SOMMARIO

EDITORIALE / *EDITORIAL*

Francesca Ruggieri
Il pubblico ministero europeo: uno sconosciuto tra di noi / *The European Public Prosecutor: A Stranger Among Us* 1

SCENARI / *OVERVIEWS*

Novità legislative interne / *National legislative news* (Roberto Puglisi) 7
Novità sovranazionali / *Supranational news* (Mitja Gialuz) 10
De jure condendo (Orietta Bruno) 15
Corti europee / *European Courts* (Antonio Balsamo) 29
Corte costituzionale (Alessia Ester Ricci) 33
Sezioni Unite (Antonio Pagliano) 38

AVANGUARDIE IN GIURISPRUDENZA / *CUTTING EDGE CASE LAW*

Chiamata *de relato* e *mutual corroboration* 43
Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 14 maggio 2013, n. 20804 43
La chiamata indiretta al vaglio delle Sezioni Unite: il principio del libero convincimento tra circuito giudiziario, circolo ermeneutico ed una pericolosa pania / *State's hearsay evidence and judge's free evaluation of evidence according to the "Sezioni Unite" of the Court of Cassation* (Teresa Bene) 53

Saggi grafici e garanzie difensive 64
Corte di Cassazione, Sezione II, sentenza 7 marzo 2013, n. 16400 64
L'efficacia "rappresentativa" auto-indiziante dei saggi calligrafici assunti da persona non imputata né indagata / *The auto-made suspect representative efficacy of the calligraphic essays assumed by a non charged or suspected* (Chiara Fanuele) 66

Captazioni "involontarie" delle comunicazioni di un parlamentare ed autorizzazione all'utilizzazione delle stesse 72
Corte costituzionale, sentenza 22 aprile 2013, n. 74 72
Membri del Parlamento ed intercettazioni "casuali": nuova pronuncia della Corte costituzionale / *Members of Parliament and interception "random": New ruling of the Costitutional Court* (Maria Francesca Cortesi) 75

Nel giudizio abbreviato d'appello ribadito il limite *in bonam partem* della rinnovazione istruttoria d'ufficio 82
Corte di Cassazione, Sezione II, sentenza 28 marzo 2013, n. 14649 82
Il giudizio abbreviato d'appello e le preclusioni istruttorie nella rinnovazione dibattimentale / *Appellate shortened proceeding and evidential exclusions in new hearing* (Eva Mariucci) 83

DIBATTITI TRA NORME E PRASSI /
DEBATES: LAW AND PRAXIS

Alessandro Diddi
Profili processuali della nuova disciplina dell'ordinamento forense / ***Procedural aspects of the new legislation on the court system*** 91

Gioia Sambuco
L'uso dei mezzi tecnici di trasmissione tra uffici giudiziari: possibile soluzione all'adempimento efficiente e rapido delle formalità procedurali? / ***Transmission of files between judicial offices and technical means*** 102

ANALISI E PROSPETTIVE /
ANALYSIS AND PROSPECTS

Mitja Gialuz
Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali / ***The pre-trial detention as a compulsory measure between constitutional legality and conventional safeguards*** 111

Lina Caraceni
L'insostenibile peso dell'ambiguità. Verso il crepuscolo delle misure di sicurezza psichiatriche / ***The unbearable Weight of Ambiguity. Towards the Twilight of Criminal Asylum*** 122

INDICI / ***INDEX***

Autori / *Authors* 139
Provvedimenti / *Measures* 140
Materie / *Topics* 140

EDITORIALE / *EDITORIAL*

FRANCESCA RUGGIERI
Professore ordinario di Procedura penale – Università dell'Insubria

Il pubblico ministero europeo: uno sconosciuto tra di noi

The European Public Prosecutor: A Stranger Among Us

Il testo espone le ultime novità sulla possibile creazione di un ufficio del pubblico ministero europeo, diffuse dalla Commissione europea il 17 luglio 2013, sottolineandone origini, storia e criticità.

The paper exposes the latest news on the possible creation of a European Public Prosecutor's Office, spread by the European Commission on 17 July 2013, pointing up the origin, the history and the critical points.

LE NOVITÀ DALL'UNIONE: IL PME

Pochi osservatori, ad oggi, risultano aver dato il giusto risalto alla notizia. Eppure si tratta di una nascita in gestazione da quasi vent'anni. Tanto ha, infatti, atteso il pubblico ministero europeo (PME) prima di essere oggetto di un compiuto progetto da parte della Commissione, diffuso il 17 luglio u.s.. Se poi si considera che l'idea della sua istituzione risale addirittura a Giscard d'Estaing a metà degli anni Settanta si può forse comprendere la rilevanza di un avvenimento tanto aspettato.

Certo, prima che il progetto di regolamento (se mai verrà approvato) possa esaurire il suo *iter* trascorrerà almeno un altro anno. Ma la novità non può essere ignorata, almeno per un duplice ordine di ragioni, di carattere politico le prime, di natura giuridica le seconde.

Nell'ottica delle istituzioni dell'Unione Europea si tratta della prima proposta volta a istituire un organo comune preposto alla repressione dei reati in danno dei propri interessi finanziari: quindi l'embrione di un'istituzione (un magistrato dell'accusa) sino ad oggi per molti versi estranea dagli orizzonti di un organismo, comunque si voglia definire l'Unione, dalle competenze soprattutto economiche e di diritto civili in senso lato. Reciprocamente, nella prospettiva degli Stati Membri e dei suoi cittadini il progetto costituisce la prima occasione in cui gli ordinamenti nazionali si mettono in gioco anche con riferimento alla giustizia penale, solitamente oggetto di gelosa riserva da parte delle singole sovranità.

Dal punto di vista del giurista il progetto costituisce la punta dell'*iceberg* degli studi che, trascinati dalla sfida dell'azione penale senza giurisdizione, ovvero dell'azione europea di fronte alle giurisdizioni nazionali, da oltre vent'anni costituiscono il volano per le ricerche di diritto comparato, affiancando accademici e pratici nella individuazione di norme e principi comuni a ordinamenti di *civil law* e sistemi di *common law*.

ALLE ORIGINI DI UN'AZIONE PENALE EUROPEA SENZA GIURISDIZIONE

L'idea di un pubblico ministero europeo, come è noto, si concretizza in modo organico per la prima

volta a livello accademico con gli studi volti a creare il *Corpus Juris* (*http://www.dirittopenaleeuropeo.it/apri_documenti.php?integrale=S&id_indice=2*), ovvero un articolato di una trentina di diposizioni che, predisposto sotto il coordinamento di M. Delmas-Marty e J. Vervaele, esce in due versioni (nel 1995 e nel 2000) accompagnato da una amplissima ricognizione delle peculiarità degli allora quindici Paesi membri e che apre quindi una serie di pubblicazioni di diritto comparato ancora oggi indispensabili per la conoscenza di molti ordinamenti.

Poche ma essenziali le idee fondanti: nella prima parte del *Corpus* dedicato al diritto penale sostanziale è inserita una parte generale (elementi del reato, tentativo ecc.) delle fattispecie incriminatrici e delle sanzioni ed una parte speciale contenente gli specifici reati contro gli interessi finanziari dell'Unione; nella seconda parte, riservata alle regole del processo, è delineata l'istituzione di un organo dell'accusa europeo, indipendente ed autorevole, che, muovendosi nell'ambito dello spazio giudiziario dell'Unione, svolga tutte le indagini necessarie per l'accertamento di quei reati ed eserciti quindi l'azione penale di fronte alla giurisdizione nazionale cui sarebbe stato attribuito, in base a criteri pre-determinati criteri, il giudizio. Le scarne regole dettate per l'attività investigativa del rappresentante dell'accusa si accompagnano al rinvio alle discipline nazionali per la maggior parte degli atti soggetti a riserva di legge e di giurisdizione, per i quali, dunque, il PME avrebbe dovuto rivolgersi al "giudice delle libertà" nazionali ed ivi applicare le norme nazionali (idea che in qualche modo evoca sia il principio del mutuo riconoscimento, espresso per la prima volta non a caso al Consiglio di Tampere nel 1999, sia le conseguenti decisioni quadro emanate nell'ambito del terzo pilastro nel primo decennio di questo millennio).

L'impianto è ripreso nel *Libro verde* del 2001 (*http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/fwk-green-paper-document/green_paper_it.pdf*), ampiamente discusso da soggetti di tutti i Paesi, specie non istituzionali (*http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/fwk-green-paper-suivi/follow_up_en.pdf*).

Respinta una modifica al Trattato (art. 280bis) a Nizza nel dicembre del 2000, l'istituzione del pubblico ministero europeo trova finalmente una precisa base giuridica prima nella Convenzione e ora nel Trattato di Lisbona (art. 86 TFUE). Il rappresentante dell'accusa dell'Unione può essere istituito "*a partire da Eurojust*" anzitutto per reprimere i reati posti a tutela degli interessi finanziari dell'Unione (la sua competenza potrà poi essere ampliata ai reati transnazionali). A tal fine è necessario che la proposta della Commissione sia adottata all'unanimità dagli Stati membri in sede di Consiglio, previa approvazione del Parlamento europeo. In mancanza di unanimità, l'art. 86 cit. prevede che un gruppo di almeno nove Stati membri possa instaurare una cooperazione rafforzata. Non partecipano all'iniziativa la Danimarca, il Regno Unito e l'Irlanda, salvo che decidano volontariamente ed in modo esplicito di concorrervi attraverso il ricorso alla cd. clausola *opt in*.

Non è invece prevista l'istituzione di una giurisdizione penale dell'Unione.

Dopo l'entrata in vigore del Trattato la proposta è ripresa e discussa in occasione del semestre spagnolo (v. *The Future European Public Prosecutor's Office*, a cura di J. A. Espina Ramos e I. V. Carbajosa, scaricabile liberamente *on line*). Secondo un approccio in parte analogo a quello del *Corpus Juris*, infine, una ricerca promossa dall'Università del Luxemburgo e coordinata da K. Ligeti, sulla base di rapporti provenienti da tutti 27 Stati membri nazionali, in parte già pubblicati quest'anno, ha redatto *The European Model Rules for the Procedure of the European Public Prosecutor's Office* (disponibili all'indirizzo *http://www.eppo-project.eu/*) proponendo un insieme di regole comuni procedurali per l'attività del PME.

Il progetto della Commissione

Il 17 luglio la Commissione ha diffuso (all'indirizzo *http://ec.europa.eu/justice/newsroom/criminal/news/130717_en.htm*) i progetti che dovrebbero dare attuazione all'art. 86 TFUE. Si tratta di una molteplicità di documenti, non limitati al progetto di regolamento volto all'istituzione del PME, proprio perché il nuovo organismo deve essere coordinato con tutti gli attori che, nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, si occupano degli illeciti in danno degli interessi dell'Unione.

La premessa dell'azione della Commissione è l'armonizzazione delle fattispecie a tutela degli interessi finanziari dell'Unione, per i quali verrà emanata un'apposita direttiva. Ancora una volta, dando conferma ad un diffuso luogo comune, il diritto penale in Europa sembra essere al servizio del processo, con un rovesciamento dei tradizionali rapporti tra l'una e l'altra disciplina.

Il PME, composto dal procuratore e da quattro sostituti scelti tra una rosa di candidati particolarmente autorevoli ed indipendenti, si muoverà nello spazio giudiziario europeo, quando non vorrà agire di persona, per mezzo dei procuratori nazionali delegati, che potranno altresì mantenere le funzioni loro spettanti all'interno dell'ordinamento di appartenenza.

Questa struttura estremamente snella, informata al modello del cd. "doppio cappello", solo in una seconda fase, ai sensi dell'art. 86 cit. potrà estendere la propria competenza a reati diversi da quelli che interessano appunto il patrimonio dell'Unione.

Il progetto elenca tutti gli atti che il PME potrà assumere, indicando quelli per cui gli Stati, che dovranno garantirne la disponibilità, dovranno assicurare la riserva di giurisdizione (ovviamente quelli maggiormente invasivi dei diritti di libertà). In ogni caso i provvedimenti limitanti la libertà dovranno dar conto della sussistenza di ragionevoli motivi per la loro esecuzione e rispettare il principio di proporzionalità, per cui un atto maggiormente invasivo dovrebbe essere assunto solo se non è possibile ottenere lo stesso risultato con un provvedimento meno intrusivo. Gli elementi di prova raccolti dal PME sono ammissibili dinnanzi alle corti nazionali anche nell'ipotesi in cui la legislazione interna dello Stato ove è stata individuata la giurisdizione per il reato contro gli interessi finanziari dell'UE disciplini diversamente il procedimento probatorio; è fatto salvo il rispetto del principio dell'equo processo e dei diritti della difesa garantiti nelle disposizioni di cui agli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.

Il PME, cui i procuratori delegati nazionali relazioneranno sulle indagini svolte, e che potrà comunque procedere di persona, ovvero sostituire (secondo ben determinati criteri) i delegati già designati, deciderà sull'archiviazione o sul rinvio a giudizio di fronte alla giurisdizione ritenuta "competente". Il Progetto non qualifica la natura –obbligatoria o facoltativa – dell'azione. La sua disciplina, tuttavia, sembra riecheggiare più nella prima opzione che non nella seconda. Il PME potrà determinarsi per l'azione sulla base delle indicazioni del procuratore delegato nazionale. L'archiviazione è disposta in presenza dei tradizionali casi di irrilevanza penale della fattispecie concreta per cui si è proceduto, di morte dell'indagato, di prescrizione là ove prevista, in caso di amnistia... Soprattuto il procedimento deve essere archiviato in difetto di elementi probatori sufficienti e, nel caso vi sia stato preventivamente risarcimento, a seguito del pagamento di una somma di denaro *una tantum* (una sorta di oblazione).

Eurojust, cui la Commissione dedica una proposta di regolamento articolata quasi quanto quella del PME, mantenendo le attuali competenze amministrative e di coordinamento, fornirà al nuovo organismo supporto informatico e logistico. La sinergia dei due organi sarà assicurata anche da una sempre più stretta collaborazione. Olaf, a sua volta, potrà perdere l'autonomia delle sue attuali competenze investigative per quegli illeciti in danno del bilancio dell'Unione che diventeranno oggetto dell'attività investigativa del PME, supportando quale organo di polizia l'attività del titolare dell'azione penale europea per quei reati.

Last but not least, agli indagati dovranno essere sempre garantiti almeno i diritti affermati nella Carta di Nizza e i diritti cui Unione ha già dedicato specifiche direttive, tra cui il diritto alla traduzione, all'interpretazione, all'informazione e all'accesso ai documenti; il diritto ad un avvocato, garantito anche con l'istituto del gratuito patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti, il diritto al silenzio ed alla prova nonché la presunzione di innocenza.

Prime annotazioni

Anche pensando al (pur lontano) dibattito che segnerà molto probabilmente proprio il semestre italiano del 2014, in vista della eventuale approvazione del relativi testi, qualche rilievo "a caldo" di alcuni degli innumerevoli profili del progetto (che qui non è stato possibile neppure enunciare interamente) può essere utile.

L'uso ormai pacifico dell'inglese quale lingua franca nelle istituzione dell'Unione offre intanto una prima versione (per ora l'unica disponibile) che già semanticamente non è sempre chiarissima, essendo profondamente distante dal lessico giuridico del popolo che ha dato i natali a Shakespeare. Di certo, tuttavia, il ricorso alla lingua franca è anche funzionale (e necessaria) ad una circolazione di concetti sufficientemente ampi -anche se talvolta generici- da consentire agli esponenti di tutti i 28 Stati membri di comprenderne il significato, o meglio di individuare nel proprio ordinamento il concetto più o meno equivalente. Emblematica a questo proposito la (a dir poco ridondante) disposizione che all'art. 27 specifica che il PME di fronte alle giurisdizioni nazionali gode degli "*same powers as national public prosecutors in respect of prosecution and bringing a case to judgement, in particular the power to present trial pleas, participate in evidence taking and exercise the available remedies"* ovvero (con una certa approssimazione e imprecisione) "stessi poteri dei procuratori nazionali con riferimento all'azione penale, al rinvio a giudizio, al discorso introduttivo al dibattimento, all'istruzione probatoria e alla proposizione delle relative impugnazioni".

Nell'ambito di questa precisazione, la Commissione, appare essersi mossa perfettamente consapevole delle perplessità che accompagnano le vicende del PME in Europa.

Lo scenario dei pur articolati progetti è "minimalista". Il nuovo organismo, che pure coordinerà le indagini per i reati che pregiudicano le finanze dell'Unione, si muoverà, supportato dalle strutture di Eurojust, soprattutto per mezzo dei procuratori delegati, nel rispetto delle normative nazionali, cui il progetto richiede il rispetto di imprescindibili garanzie comuni (dalla riserva di giurisdizione al principio di proporzionalità sino al rispetto dei diritti fondamentali, in particolare, ovviamente, di quelli funzionali ad un processo equo).

Per ridurre le criticità, la Commissione ha optato per soluzioni che incidono in piccola parte sugli ordinamenti degli Stati membri. Anche l'organizzazione gerarchica-burocratica del PME sembra non offrire il destro a manifeste perplessità là ove, nelle ipotesi dei casi cd. misti o particolarmente controversi, coinvolge le autorità locali per determinare se e in quale modo una certa fattispecie possa essere oggetto di indagine europea o solo interna. E quando il PME eserciterà i suoi poteri di sostituzione (e di avocazione) avrà dei ben precisi limiti entro cui muoversi.

Gli aspetti più sensibili rimangono quelli relativi alla disciplina della ammissione probatoria presso giurisdizioni diverse da quelle all'interno delle quali la prova è stata assunta e i criteri per l'individuazione della "giurisdizione competente".

Con riguardo al primo profilo, imporre l'ammissibilità di prove assunte in modo diverso (ma nel rispetto dei diritti fondamentali e del diritto di difesa) da quanto previsto nell'ordinamento di destinazione sembra sottintendere, anche in modo condivisibile, il principio del mutuo riconoscimento. Residua tuttavia il dubbio che alcuni degli Stati membri non condividano affatto tale scelta, permeabile a materiale probatorio raccolto senza l'osservanza delle norme domestiche.

I secondi spaziano dal luogo del commesso delitto a quello della residenza dell'indagato o della vittima sino al luogo dove si trovano le prove: fanno cioè riferimento, rispetto ad altre proposte, a criteri che risultano più precisi e circoscritti. È difficile tuttavia immaginarne un'applicazione senza problemi, specie per tutti le ipotesi in cui ci si trovi di fronte a ipotesi di più reati. L'assenza di un qualsiasi ordine gerarchico tra i diversi criteri non aiuta l'interprete.

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE / *NATIONAL LEGISLATIVE NEWS*

di *Roberto Puglisi*

Femminicidio
(D.L. 14 agosto 2013, n. 93 – L. 15 ottobre 2013, n. 119)

Con la l. n. 119/2013 (G.U., 15 ottobre 2013, n. 242, entrata in vigore il 16 ottobre 2013), è stato convertito con modificazioni il d.l. n. 93/2013 (G.U, 16 agosto 2013, n. 191, entrato in vigore il 17 agosto 2013), «*Misure urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province*». Il provvedimento, da iscrivere nella interminabile serie di atti normativi intitolati alla sicurezza pubblica, segue l'onda dell'ultima emergenza rappresentata dal cd. "femminicidio"; in realtà, si deve tenere conto anche dell'evoluzione normativa sovranazionale che, con la Direttiva 2012/29/UE del 4 ottobre 2012 e la "*Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti della donna e la violenza domestica*" (Instanbul, 11 maggio 2011), ha certamente costituito un forte incentivo per l'operato del legislatore interno. Dal preambolo abbastanza corposo emerge l'intenzione di fornire una risposta alla crescente domanda di protezione da parte delle donne. Il piano di intervento viene, dunque, individuato con l'ottica di perseguire un'anticipazione delle tutele attraverso l'irrigidimento del sistema punitivo, l'adattamento di alcuni moduli processuali alle particolari esigenze delle vittime di tale particolare categoria di reati e, altresì, l'introduzione di misure di prevenzione *ad hoc*. In realtà, il testo contiene numerosi temi di modifica incidenti su aspetti di diritto penale sostanziale e su articolazioni processuali; l'ambito si estende sino alle politiche sociali finalizzate alla prevenzione e al contrasto dei fenomeni di particolare allarme sociale.

Le modifiche di carattere processuale sono contenute nell'art. 2 del d.l. n. 93/2013. Le ricadute sul processo penale interessano, innanzitutto (art. 2, comma, lett. 0a), i diritti della persona offesa che, ai sensi dell'art. 101, comma 1, c.p.p. dovrà essere informata della facoltà di nominare un difensore e della possibilità di accedere al gratuito patrocinio.

Sono stati allargati (art. 2, comma 1, lett. 0b) i limiti di ammissibilità delle intercettazioni telefoniche con l'aggiunta dell'art. 612-*bis* c.p. (atti persecutori) nella lettera f-*quater* all'art. 266 c.p.p.

L'art. 2, comma 1, lett. a), interviene sull'ambito applicativo della misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare (art. 282 *bis* c.p.p.) allargando l'area delle fattispecie presupposto (ora anche lesioni personali, art. 582 c.p. limitatamente alle ipotesi procedibili d'ufficio o comunque aggravate) e minaccia grave, art. 612, comma 2, c.p.). In sede di conversione, si è aggiunta, altresì, la possibilità di prevedere le modalità di controllo di cui all'art. 275 *bis* c.p.p. (braccialetto elettronico); si deve rilevare come a tale strumento, in oltre dieci anni, si sia fatto sinora scarso ricorso potendosi contare poco più di una decina di casi.

L'art. 2, comma 1, lett. a-*bis*), introduce una tipizzazione delle circostanze valutabili dal giudice della cautela per l'attenuazione della stessa ai sensi dell'art. 299, comma 2, c.p.p. Nell'art. 282-*quater* c.p.p., viene, infatti, che venga comunicata al giudice e al p.m. l'eventuale partecipazione dell'imputato a un programma di prevenzione della violenza organizzato dai servizi socio-assistenziali del territorio.

Le due fattispecie sono state inserite anche nel comma 6 dell'art. 282 *bis* c.p.p., con l'effetto del venire meno del limite di pena edittale previsto in via ordinaria dall'art. 280 c.p.p. (come modificato dalla l. n. 94/2013 c.d. "svuotacarceri", v. *infra*). Qualora si proceda alla revoca o alla attenuazione delle misure cautelari dell'allontanamento dalla casa familiare, del divieto di avvicinamento dei luoghi frequentati dalla vittima, del divieto e obbligo di dimora, degli arresti domiciliari, della custodia cautelare in carcere o in un luogo di cura, si devono avvisare immediatamente i servizi socio-assistenziali del territorio e il difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, la persona offesa. Tale obbligo informativo si attiva solo per i procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alle persone. Se il procedimento di revoca di una delle misure predette viene

sollecitato dal pubblico ministero o dall'imputato, la relativa richiesta deve essere "*contestualmente notificata, a cura della parte richiedente, al difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa, a pena di inammissibilità*". Si introduce, in favore della persona offesa, un diritto a essere informati – esteso anche alla fase successiva alla chiusura delle indagini preliminari (art. 299, comma 4 *bis*, c.p.p.) – in grado di incidere anche sulla validità del procedimento di revoca o sostituzione. Il giudice procede dopo che sia scaduto il termine di due giorni concesso alla persona offesa per presentare memorie. Tale finalità viene perseguita con l'introduzione (art. 2, comma 1, lett. g), altresì, del comma 3 *bis* nell'art. 408 c.p.p. che rende obbligatoria la notifica dell'avviso della richiesta di archiviazione nel caso in cui si proceda per i delitti commessi con violenza alla persona; pertanto, a prescindere da una specifica richiesta della persona offesa (come nelle ipotesi ordinarie), quest'ultima viene inclusa nel procedimento di archiviazione con facoltà di opporsi in un termine di venti giorni (anziché dieci). Stessa prerogativa informativa in favore della persona offesa è, ora prevista (qualora si proceda per i reati di cui agli artt. 572 e 612 *bis* c.p.) per l'invio dell'avviso di conclusione delle indagini (art. 2, comma 1, lett. h).

Si allunga l'elenco delle fattispecie per le quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, con l'aggiunta delle fattispecie di cui agli artt. 625, comma 7 *bis* e 648, comma 1, ultimo periodo (furto aggravato e ricettazione di materiale metallico sottratto a infrastrutture), 572 e 612 *bis*, c.p.

Di impatto è l'introduzione dell'art. 384 *bis* c.p.p. (art. 2, comma 1, lett. *d)*, d.l. n. 93/2013), che prevede l'inserimento dell'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare nel tessuto delle misure c.d. precautelari. Nei casi di flagranza dei delitti di cui all'art. 282 *bis* c.p.p., viene riconosciuta agli ufficiali e agli agenti di polizia giudiziaria la "*facoltà di disporre, previa autorizzazione del pubblico ministero, scritta, oppure resa oralmente e confermata per iscritto, o per via telematica, l'allontanamento urgente dalla casa familiare con il divieto di avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa*"; sullo sfondo è prevista la necessità di un pericolo di reiterazione idoneo a suscitare un pericolo attuale per la vita o l'integrità della persona offesa. L'ambito applicativo è costituito dalla violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.), abuso dei mezzi di correzione o di disciplina (art. 571 c.p.), prostituzione minorile (art. 600 *bis* c.p.), pornografia minorile (art. 600 *ter* c.p.), detenzione di materiale pornografico (art. 600 *quater* c.p.), violenza sessuale (art. 609 *bis* e *ter* c.p.), atti sessuali con minorenne (art. 609 *quater* c.p.), corruzione di minorenne (art. 609 *quinquies* c.p.), violenza sessuale di gruppo (art. 609 *octies* c.p.). Il richiamo agli artt. 385 ss. c.p.p. "*in quanto applicabili*" iscrive il nuovo istituto nell'ambito della procedura di arresto e fermo. La previsione della flagranza tra i presupposti applicativi, in realtà, ridimensiona la portata innovativa riservando l'applicabilità della norma solamente a quei reati per i quali non si può procedere ad arresto o fermo (la doverosità di questi due atti neutralizza la portata della nuova precautela). Allo stesso tempo, sulla polizia giudiziaria incombe l'obbligo di fornire alla vittima tutte le informazioni relativa ai centri antiviolenza.

Con l'interpolazione degli artt. 398, comma 5 *bis*, e 498, comma 4 *ter* c.p.p., si allarga l'ambito applicativo della disciplina che prevede modalità protette di audizione di minorenni; all'art. 498 c.p.p. viene, poi, aggiunto il comma 4 *quater* teso a proteggere la persona offesa maggiorenne (tenuto conto della vulnerabilità della stessa) che debba essere esaminata. Il giudice può valutare, qualora richiesto dalla persona offesa maggiorenne, se procedere con l'audizione protetta. Analoga tutela è stata inserita per le sommarie informazioni rese ai sensi dell'art. 351 c.p.p. alla p.g.

Un ulteriore profilo preso in considerazione dal legislatore dell'urgenza è rappresentato dall'esigenza di un celere accertamento processuale per le fattispecie di violenza domestica. Su questo piano, il d.l. n. 93/2013 si muove in due direzioni. È prevista (con l'inserimento dell'art. 572 c.p. nell'art. 406, comma 2 *ter* c.p.p. accanto ai reati di omicidio e lesioni colpose commessi con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro) una sola possibilità di proroga del termine di conclusione delle indagini preliminari. D'altro canto, è esteso l'elenco dei reati di cui all'art. 132 disp. att. c.p.p. (formazione dei ruoli di udienza e trattazione dei processi) per i quali è stabilita una "priorità assoluta"; la lett. a *bis*) riserva la precedenza, ora, anche "*ai delitti previsti dagli articoli 572 e da 609-bis a 609-octies e 612-bis del codice penale*".

Infine, è da rilevare l'attenzione prestata anche alle ricadute finanziarie derivanti dall'esercizio del diritto di difesa da parte della persona offesa. Nell'art. 76, comma 4 *ter*, d.P.R. n. 115/2002 (patrocinio a spese dello Stato), sono, ora, inclusi gli artt. 572 (maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli), 583 *bis* (pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili) e 612 *bis* (atti persecutori) c.p. con la conseguente ammissione al beneficio del gratuito patrocinio a prescindere dai limiti reddituali previsti dal d.P.R. n. 115/2002. Il provvedimento sarà oggetto di

un'analisi più approfondita in un prossimo numero della Rivista.

* * *

Svuotacarceri
(L. 9 agosto 2013, n. 94)

È stato convertito con modificazioni il decreto legge 1° luglio 2013, n. 78, recante disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena (L. 9 agosto 2013, n. 94, pubbl. in G.U., 19 agosto 2013, n. 193, entrata in vigore il 20 agosto 2013). Il provvedimento in esame tenta di dare una risposta concreta al problema del sovraffollamento del sistema carcerario nazionale la cui gravità ha da tempo oltrepassato i confini interni giungendo sul tavolo dei giudici di Strasburgo (che non hanno esitato a sanzionare l'Italia). Sono due i piani di intervento.

Il primo piano di intervento riguarda il contenimento dell'applicazione della carcerazione preventiva con l'innalzamento da quattro a cinque anni del limite di pena (art. 280, comma 2, c.p.p.); per evitare esclusioni (ritenute) inopportune, nel contempo, è stata prevista la deroga specifica (nella stessa disposizione) "*per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'articolo 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195, e successive modificazioni*" ed è stata innalzata a cinque anni la pena per il reato di cui all'art. 612 *bis* c.p. Le medesime modifiche sono state apportate all'art. 274, comma 1, lett. *c)*, c.p.p. laddove è stato aggiunto il limite di cinque anni per delimitare le ipotesi di reato per le quali si può ricorrere alla massima restrizione cautelare dettata dal pericolo di commissione di nuovi reati. Non sono previste norme transitorie, ma, trattandosi di una modifica più favorevole per l'accusato, non dovrebbero sorgere particolari difficoltà interpretative per ricorrere alla revoca delle misure in atto per reati che sfuggono al nuovo art. 280 c.p.p.

Per la misura degli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.), si è aggiunta la previsione che «*1* bis *Il giudice dispone il luogo degli arresti domiciliari in modo da assicurare comunque le prioritarie esigenze di tutela della persona offesa dal reato*». Tale modifica si muove, invece, nel senso del rafforzamento delle garanzie in favore delle vittime del reato e, dunque, nel senso opposto a quello del provvedimento analizzato.

Ulteriori scopi di accelerazione delle fasi procedimentali connesse alla restrizione personale vengono perseguiti con la previsione anche "*per via telematica*" del verbale di arresto o fermo.

L'altro sentiero seguito dal legislatore è il contenimento della popolazione carceraria attraverso una serie di accorgimenti normativi finalizzati a eliminare *inutili* brevi accessi a persone che potrebbero usufruire di benefici penitenziari in tempi brevi.

Su questa linea si pone l'aggiunta del comma 4 *bis* all'art. 656 c.p.p. in virtù del quale il p.m., prima di emettere l'ordine di esecuzione, deve trasmettere gli atti al magistrato di sorveglianza laddove verifichi «*l'esistenza di periodi di custodia cautelare o di pena dichiarata fungibile relativi al titolo esecutivo da eseguire*» affinché venga disposta l'eventuale applicazione della liberazione anticipata. Scopo della norma è evidentemente evitare l'entrata nel circuito carcerario di persone che già hanno maturato il beneficio di cui all'art. 54 l. ord. pen. In questo caso, i provvedimenti del p.m. ai sensi dell'art. 656, commi 1, 5 e 10, c.p.p. sono ovviamente rinviati all'esito della decisione del magistrato di sorveglianza (potendosi rivelare del tutto inutili).

È stato innalzato a 4 anni, per le categorie di cui all'art. 47 *ter* l. ord. pen. (donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci, con lei convivente; padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole; persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali; persona di età superiore a sessanta anni, se inabile anche parzialmente; persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia), il limite delle condanne oltre il quale non è concedibile la sospensione della pena in sede di emissione dell'ordine di esecuzione. È stato ridotto, poi, il divieto di sospensione della pena disposto sempre in sede esecutiva eliminando il riferimento ai recidivi reiterati contenuto nell'art. 656, comma, lett. *c)*, c.p.p.

Il provvedimento sarà oggetto di un'analisi più approfondita in un prossimo numero della Rivista.

NOVITÀ SOVRANAZIONALI / *SUPRANATIONAL NEWS*

di *Mitja Gialuz*

Il dibattito sulla riforma della Corte di Strasburgo

Dopo l'entrata in vigore del Protocollo n. 11 alla Cedu, che ha eliminato la Commissione per i diritti umani e ha attribuito centralità alla Corte di Strasburgo, si è assistito a una crescita esponenziale del contenzioso davanti alla Corte europea. I numeri parlano da soli: se tra il 1955 e il 1998 i ricorsi alla Corte erano stati 45.000, nel solo 2004 erano saliti a 32.500; essi sono raddoppiati nell'arco di pochi anni, posto che, nel 2012, sono pervenuti alla Corte europea 65.200 casi.

Per far fronte al notevole aumento del numero di ricorsi e al progressivo arretrato che la Corte ha iniziato ad accumulare, nel 2004 si è realizzata una seconda importante riforma con il Protocollo n. 14. Questo non ha alterato la struttura del controllo, ma ha apportato delle modifiche significative nell'organizzazione della Corte – finalizzate soprattutto a rafforzare la capacità di filtro della Corte per quanto riguarda le domande infondate (che rappresentano più del 90%) – e ha inserito un nuovo criterio di ammissibilità dei ricorsi fondato sul danno rilevante (art. 35 par. 3, lett. *b)*, Cedu).

Ebbene, il Protocollo n. 14 è entrato in vigore nel 2010 e ha contribuito a raggiungere notevoli risultati. Nel 2012, per la prima volta dopo l'istituzione della nuova Corte, il numero di casi pendenti alla fine dell'anno è stato inferiore a quello dell'anno precedente (128.100, con un decremento del 16% rispetto al 2011); ciò che è stato possibile grazie al notevole impatto della procedura del giudice unico, con la quale la Corte ha deciso circa 81.700 domande (i dati sono tratti dall'*Annual Report 2012 of the European Court of Human Rights, Council of Europe*).

Peraltro, subito dopo l'adozione del Protocollo n. 14 è ripreso il dibattito sul futuro della Corte. Già nel 2006, i Capi di Stato e di Governo affidavano a un gruppo di saggi il compito di valutare «*the long-term effectiveness of the ECHR control mechanism, including the initial effects of Protocol No. 14*». Gli esperti notavano che «*the exponential increase in the number of individual applications is now seriously threatening the survival of the machinery for the judicial protection of human rights and the Court's ability to cope with its workload*» e aggiungevano che le riforme introdotte dal Protocollo n. 14 «*will not be sufficient to enable the Court to find any lasting solution to the problem of congestion*»; la conclusione era drastica: «*if nothing is done to resolve the problem, the system is in danger of collapsing*» (*Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, CM(2006)203, 15 November 2006).

Con questa consapevolezza, a partire dal 2010, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha avviato un'approfondita riflessione sul futuro della Corte, la quale si è snodata attraverso tre conferenze. La prima si è tenuta a Interlaken (Svizzera), nel febbraio 2010 e si è conclusa con una dichiarazione e un *Action plan*, che hanno insistito con forza sulla natura sussidiaria del meccanismo di tutela stabilito dalla Convenzione e sul ruolo fondamentale svolto dalle autorità nazionali nell'attuazione della Cedu (*Interlaken Declaration*, PP 6). La seconda conferenza si è svolta a Izmir (Turchia) nell'aprile del 2011 e ha condotto all'adozione di un *follow-up plan*, nel quale si faceva (tra l'altro) riferimento alla possibilità di introdurre un parere preliminare da parte della Corte europea (*Izmir Declaration. Follow-up plan*, § D). La terza conferenza si è tenuta a Brighton (Inghilterra), nell'aprile del 2012 e ha portato a una dichiarazione che ha ribadito la necessità di adottare misure ulteriori rispetto al Protocollo n. 14 per assicurare che il sistema della Convenzione rimanga efficace nel corso del tempo e sia in grado di continuare a proteggere i diritti e le libertà di oltre 800 milioni di persone in Europa (*Brighton Declaration*, § 6); in particolare, nella dichiarazione finale si è riaffermato il canone secondo il quale il diritto al ricorso individuale resta una pietra miliare del sistema della Convenzione e si sono tracciate le linee generali di alcu-

ne riforme volte a rafforzare la capacità del sistema della Convenzione di affrontare le violazioni gravi in modo pronto ed efficace: con riguardo specifico all'interazione tra la Corte e le autorità nazionali, si è riconosciuto che essa potrebbe venire rafforzata dall'introduzione nella Convenzione di un potere della Corte di esprimere pareri consultivi relativi all'interpretazione della Convenzione e si è invitato il Comitato dei Ministri ad elaborare a tal fine il testo di un protocollo facoltativo alla Convenzione (*Brighton Declaration*, § 12, lett. d).

Al fine di dare esecuzione alle disposizioni della Dichiarazione adottata in occasione della Conferenza di Brighton, il Comitato dei Ministri ha successivamente incaricato lo *Steering Committee for Human Rights* (CDDH) di presentare, entro il 15 aprile 2013, due diverse bozze di protocollo volto a modificare la convenzione (*Documento CDDH(2012)008*, § 6 lett. *a)*: ciò che è avvenuto soprattutto grazie al lavoro effettuato dal *Drafting Group B on the Reform of the Court* (GT-GDR-B). Le proposte del Protocollo n. 15 e n. 16 sono state sottoposte prima al vaglio della Corte, che si è espressa rispettivamente nel febbraio del 2013 (*Opinion of the Court on Draft Protocol No. 15 to the European Convention on Human Rights*) e nel maggio 2013 (*Opinion of the Court on Draft Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights*) e poi dall'Assemblea parlamentare, che ha espresso parere favorevole rispettivamente il 26 aprile 2013 (*Opinion n. 283*) e il 28 giugno 2013 (*Opinion n. 285*).

All'esito di questo percorso, il Comitato dei Ministri ha adottato, il 24 giugno 2013, il Protocollo n. 15 alla Convenzione europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali (Cets. No. 213) e, il 2 ottobre 2013, il Protocollo n. 16 alla Convenzione (Cets. N. 214). Si tratta di due strumenti di notevole importanza, che merita presentare separatamente.

* * *

Il protocollo n. 15 alla Cedu

Il primo dei due Protocolli in esame è stato firmato da 22 Paesi ed è stato ratificato dall'Irlanda. Entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo allo scadere di un periodo di tre mesi a partire dalla data in cui tutte le Alte Parti contraenti della Convenzione avranno espresso il loro consenso ad essere vincolate dal Protocollo (art. 7).

L'art. 1 ha una grande valenza simbolica, in quanto inserisce un duplice richiamo al canone di sussidiarietà e alla dottrina del margine di apprezzamento in un nuovo considerando, che si colloca al termine del preambolo della Convenzione. Esso recita: «affermando che spetta in primo luogo alle Alte Parti contraenti, conformemente al principio di sussidiarietà, garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella presente Convenzione e nei suoi protocolli e che, nel fare ciò, esse godono di un margine di apprezzamento, sotto il controllo della Corte europea dei Diritti dell'Uomo istituita dalla presente Convenzione».

Si tratta di un'affermazione di principio di grande portata, in quanto viene richiamato, per la prima volta nell'ambito della Grande Europa, il canone di sussidiarietà: un elemento chiave nel processo avviato a Interlaken è costituito proprio dal riconoscimento che la responsabilità per l'efficace funzionamento della Convenzione deve essere condivisa tra gli organi del Consiglio d'Europa e gli organi nazionali; l'idea di fondo è che l'effettività a lungo termine e la stessa sopravvivenza del sistema della Convenzione dipendano da una migliore attuazione della Cedu a livello nazionale (*Preliminary Opinion of the Court in preparation for the Brighton Conference*, § 4 e 26). Di qui l'opportunità di un richiamo espresso alla sussidiarietà intesa non in senso procedurale – ossia come necessità dell'esaurimento dei rimedi nazionali – ma in senso sostanziale, come categoria basata sulla consapevolezza che gli Stati sono, in linea di principio, in una posizione migliore per valutare la necessità e la proporzionalità delle misure specifiche che possono interferire con alcuni diritti (v. Parliamentary Assembly - Committee on Legal Affairs and Human Rights, *Explanatory memorandum by Mr. Chope*. *Doc. 13154*, 28 marzo 2013, § 8).

Se il riferimento alla sussidiarietà è stato accolto in termini sostanzialmente positivi, non altrettanto può dirsi con riguardo alla dottrina di origine giurisprudenziale del margine di apprezzamento. Durante i lavori della Conferenza di Brighton diverse organizzazioni di tutela dei diritti dell'uomo avevano contestato l'inserimento nella Convenzione di un canone di origine giurisprudenziale, soprattutto in quanto sembrava che il richiamo potesse indebolire il potere di controllo della Corte (Joint NGO Statement, *Protocol 15 to the European Convention on Human Rights must not result in a weakining of human rights protection*, p. 2). La stessa Corte di Strasburgo aveva espresso riserve rispetto al testo proposto, che avrebbe potuto suscitare ambiguità e incertezza e, alla fine, ha manifestato parere positivo solo nella consapevolezza che «*the current wording represents a compromise among States in order to reach agreement*

over the Protocol as a whole» (*Opinion of the Court on Draft Protocol No. 15*, cit., § 4).

In realtà, dall'*Explanatory Report* emerge come la dottrina del margine di apprezzamento vada intesa nell'accezione desumibile dalla giurisprudenza della Corte (§ 7). Il che assume grande importanza dal momento che la portata del margine di apprezzamento varia a seconda dei diritti considerati e che la Corte esclude che esso possa venire in rilievo con riguardo ad alcuni diritti fondamentali, come quelli relativi alla vita e alla morte, alla tortura e alla schiavitù (Parliamentary Assembly - Committee on Legal Affairs and Human Rights, *Explanatory memorandum*, cit., § 8).

Accanto a tale norma, che ha un significato soprattutto sul piano dei principi, il Protocollo contiene alcune misure molto innovative sul piano della procedura davanti alla Corte di Strasburgo.

Anzitutto, l'art. 4 emenda l'art. 35 par. 1 Cedu, prevedendo la riduzione da sei a quattro mesi del termine entro il quale il ricorso deve essere presentato alla Corte. Si tratta di una modifica prospettata dalla stessa Corte nel documento preparatorio della Conferenza di Brighton, nel quale aveva suggerito l'opportunità di riconsiderare il termine semestrale sulla scorta di due considerazioni: per un verso, si faceva notare che tale periodo, del tutto ragionevole cinquant'anni fa, forse è eccessivo nella società digitale di oggi, ove si può disporre di strumenti di comunicazione rapidi; per altro verso, si richiamavano dei termini nazionali generalmente più brevi (*Preliminary Opinion of the Court*, cit., § 37). L'emendamento ha suscitato le critiche di talune organizzazioni internazionali di tutela dei diritti dell'uomo, le quali hanno rilevato come la riduzione del periodo di tempo a disposizione delle vittime di presentare il ricorso rischia di pregiudicare le persone che vivono in aree geograficamente remote, nonché quelle che non hanno accesso alle tecnologie di comunicazione e coloro che lamentano casi complicati o che hanno accesso limitato ad avvocati sufficientemente qualificati (Joint NGO Statement, *Protocol 15*, cit., p. 3).

La seconda riforma di notevole portata relativamente alla ricevibilità del ricorso concerne il criterio dello "svantaggio significativo", di cui all'art. 35, par. 3, lett. *b)*, Cedu: l'art. 5 del Protocollo contempla la cancellazione della seconda clausola di salvaguardia introdotta con il Protocollo n. 14, in forza della quale l'inammissibilità per assenza del pregiudizio non può essere pronunciata laddove risulti che il caso non sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno. La *ratio* di tale modifica è evidentemente quella di restringere le vie d'accesso alla Corte e di dare attuazione al motto *de minimis non curat praetor* (*Explanatory Report*, § 23).

In terzo luogo, il Protocollo prevede un emendamento all'art. 30 Cedu, che riconosce alla Camera il potere di rimettere la causa alla Grande Camera se la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, oppure se la sua soluzione rischia di dar luogo a un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte: oggi questo potere è interdetto laddove vi sia l'opposizione di una delle parti. Ebbene, l'art. 3 del Protocollo n. 15 mira a rimuovere questo diritto delle parti coinvolte in un caso di opporsi alla rimessione alla Grande Camera.

Evidentemente, si tratta di una misura volta a rafforzare il ruolo nomofilattico della Grande Camera, nella consapevolezza dell'importanza di garantire la massima coerenza nella giurisprudenza della Corte: come noto, non vi è alcuna dottrina formale del precedente nella giurisprudenza di Strasburgo, ma la Corte ha da tempo riconosciuto che «*it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that it should not depart, without cogent reason, from precedents laid down in previous cases*» (Corte e.d.u., 18 gennaio 2001, *Chapman c. Regno Unito*, § 70; v. la *Preliminary Opinion of the Court*, cit., § 16). La modifica suggerita dal Protocollo n. 15 mira proprio a minimizzare i rischi di incoerenze; per di più, potrebbe contribuire ad accelerare il procedimento dinanzi alla Corte nei casi che sollevano una questione grave relativa all'interpretazione della Convenzione o dei suoi protocolli.

L'ultimo cambiamento previsto dal Protocollo n. 15 riguarda il limite massimo di età per i giudici. L'art. 2 inserisce nell'art. 21 Cedu un nuovo paragrafo 2, in forza del quale «i candidati devono avere meno di 65 anni di età alla data in cui la lista di tre candidati deve pervenire all'Assemblea parlamentare in virtù dell'articolo 22». Si tratta di una riformulazione che è stata ritenuta necessaria al fine di rimuovere l'obbligo per coloro che raggiungono l'età di 70 anni di lasciare la Corte, in alcuni casi prima di aver svolto l'intero mandato di nove anni. Il nuovo testo, prevedendo l'obbligo che i candidati abbiano età inferiore ai 65 anni alla data di presentazione delle candidatura, finisce infatti per estendere il limite di età a 74 anni.

Il protocollo n. 16 alla Cedu

Il Protocollo n. 16 è aperto alla firma dal 2 ottobre 2013 ed entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo allo scadere di un periodo di tre mesi a decorrere dal momento in cui dieci Alte Parti contraenti della Convenzione avranno espresso il loro consenso ad essere vincolate dal Protocollo (art. 8).

Si tratta di un testo che introduce una novità molto significativa nel sistema della Cedu, in quanto attribuisce alla Corte di Strasburgo il potere di fornire pareri preliminari su richiesta delle Corti supreme degli Stati membri. Questa riforma era stata prospettata già nel documento dei saggi del 2006 e nella Dichiarazione di Izmir e aveva ricevuto l'appoggio della Corte. I giudici di Strasburgo avevano riconosciuto che l'innovazione in parola, sebbene nel breve periodo potrebbe aggravare il lavoro della Corte, nel lungo periodo potrebbe contribuire, per un verso, a rafforzare la «*domestic implementation of the Convention in accordance with the principle of subsidiarity*» e, per l'altro, a incrementare «*the Court's "constitutional" role*» (*Reflection Paper on the Proposal to extend the Court's advisory jurisdiction*, § 4).

Ebbene, lo scopo del Protocollo n. 16 è strettamente connesso a quel canone di sussidiarietà inserito nel preambolo della Cedu dal Protocollo n. 15: l'idea di base è che l'istituzionalizzazione di un dialogo giudiziario tra la Corte di Strasburgo e le Corti supreme degli Stati membri potrà facilitare la conoscenza e il rispetto della giurisprudenza della Corte europea a livello nazionale. Per di più, l'introduzione dei pareri potrà contribuire a spostare la risoluzione di una serie di questioni di interpretazione delle disposizioni della Convenzione nel contesto nazionale, da *ex post* a *ex ante*, affiancando la procedura di sentenza pilota già esistente, ma con un meccanismo esteso anche a casi che non rivelano violazioni strutturali o sistemiche in uno Stato contraente. Da ultimo, si è rilevato che l'istituto in parola potrebbe assumere un certo rilievo nella prospettiva dell'adesione dell'Unione europea alla Cedu: la Corte di giustizia dell'Unione europea (C. giust. UE) potrà infatti avvalersi della procedura del parere consultivo e ciò potrebbe servire a garantire il rispetto del principio di autonomia del diritto dell'Unione europea (*Reflection Paper*, cit., § 10).

Dunque, l'art. 1 del Protocollo stabilisce che le Corti o i Tribunali supremi delle parti contraenti «*may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto*».

Con riguardo agli organi legittimati a chiedere il parere, si dovrà trattare delle sole magistrature supreme dei singoli Paesi, con esclusione dunque di Parlamenti e Governi. Queste Corti andranno indicate dai singoli Stati al Segretariato generale al momento della firma o della ratifica (art. 10): peraltro, va notato che il Protocollo dice «*highest courts and tribunals*» e non "*the highest*", il che significa che potranno essere individuate anche quelle corti che, anche se inferiori alla Corte costituzionale o suprema, siano comunque di particolare rilevanza in considerazione di essere le più elevate in una particolare materia (*Explanatory Report*, § 8).

Con riferimento invece alla natura delle questioni sulle quali è possibile chiedere un parere alla Corte, va notato che potranno essere unicamente questioni sorte in relazione a un caso concreto (art. 1, par. 2); per di più, non potranno essere questioni meramente teoriche, che condurrebbero a una richiesta di sindacato astratto sulla norma. Inoltre, dovrà trattarsi di una questione di principio e di interesse generale relativa all'interpretazione o applicazione dei diritti e delle libertà definiti nella Convenzione o nei suoi Protocolli: la formulazione è in linea con quanto suggerito, sia dal Gruppo dei Saggi, che dalla Corte (*Reflection Paper*, cit., § 27) e richiama in qualche modo quanto previsto oggi dall'art. 43, par. 2, Cedu con riguardo al rinvio alla Grande Camera. Al proposito, nel documento di riflessione preparato dalla Corte, si era fatto l'esempio della questione relativa alla compatibilità con il diritto ad un processo equo e di assistenza legale di cui all'articolo 6, par. 1 e par. 3, lett. *c)*, Cedu del diniego all'indagato di avere un avvocato durante la detenzione di polizia: si tratta di una questione di interesse generale e di rilevanza per diversi Stati parti della Convenzione, tanto da essere stata poi decisa dalla *Grand Chamber* (*Reflection Paper*, cit., § 30). Peraltro, va ribadito che le questioni di interesse generale non sono affatto circoscritte alle fattispecie che rivelino un potenziale problema strutturale o sistemico.

Sul versante procedurale, va rilevato anzitutto che la Corte proponente avrà un onere di motivare la richiesta e dovrà fornire informazioni circa il contesto giuridico e i fatti relativi al caso *a quo* (art. 1, par. 3). Proprio tale onere implica che il giudice richiedente abbia riflettuto sulla necessità e l'utilità del parere consultivo ed è finalizzato a porre la Corte europea nelle condizioni di concentrarsi sulla questione di principio relativa all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione. Nel fornire il relativo contesto giuridico e fattuale, il giudice richiedente deve presentare: l'oggetto della causa nazionale e i fatti pertinenti; le disposizioni giuridiche nazionali in materia; i diritti o le libertà in gioco; se del caso, una sintesi degli argomenti delle parti nel procedimento nazionale sulla questione; se possibile e opportuno, una dichiarazione delle proprie opinioni sulla questione, comprese le eventuali analisi che il giudice abbia già fatto della questione (così, l'*Explanatory Report*, § 12).

Un collegio della Grande Camera composto da cinque giudici deciderà in modo discrezionale sulla ricevibilità della richiesta: in contrasto con quanto auspicato dalla Corte (*Opinion of the Court on Draft Protocol No. 16*, cit., § 9), si prevede che il provvedimento negativo debba essere motivato (art. 2, par. 1). Ove la richiesta venga ritenuta accoglibile, sarà la Grande Camera – composta necessariamente da un giudice dello Stato dal quale proviene la richiesta (art. 2 par. 3) – a emettere il parere (art. 2 par. 2), che dovrà essere motivato (art. 4, par. 1), ma non sarà vincolante per il giudice *a quo* (art. 5).

Come si può immaginare, la natura (vincolante o meno) del parere è stata tra i punti più discussi durante i lavori preliminari. Un certo numero di giudici della Corte aveva espresso una preferenza per il carattere vincolante, posto che l'eventuale mancato recepimento del parere potrebbe indebolire l'autorità della Corte (*Reflection Paper*, cit., § 43).

In realtà, alla fine è prevalsa la soluzione opposta, che appare in linea con quanto espresso nel documento dei saggi (*Report of the Group of Wise Persons*, cit., § 82) e con le procedure davanti alla Corte Internazionale di Giustizia (ICJ), alla Corte interamericana dei Diritti Umani (CIDH) e alla Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli. Inoltre, si è rilevato che l'opzione a favore del carattere non vincolante del parere appare pienamente coerente con la natura e con la finalità del meccanismo, che è quella di instaurare un dialogo tra Corte e autorità nazionale, la quale finisce per decidere sugli effetti del parere consultivo nei procedimenti nazionali (*Explanatory Report*, § 25).

Infine, va segnalato che la natura non vincolante risulta in linea anche con la centralità del sistema del ricorso individuale, che non può essere limitato neanche dinnanzi alla previsione di una giurisdizione consultiva: la Corte ha infatti chiarito che «*the individual must retain the right to bring his or her case to Strasbourg where he or she claims that a domestic court did not (fully) follow the Court's non-binding advisory opinion*» (*Reflection Paper*, cit., § 45).

In fondo, non si deve dimenticare che il ricorso individuale alla Corte rappresenta «*a cornerstone of the Convention system*» (*Interlaken Declaration. Action plan*, § 1). Come si è ricordato, è proprio per tutelare l'effettività di questo istituto che sono stati concepiti i Protocolli n. 15 e 16.

DE JURE CONDENDO

di *Orietta Bruno*

Responsabilità disciplinare dei magistrati e trasferimento d'ufficio

Degno di attenzione è il d.d.l. S. 112. Presentato il 15 marzo 2013, è riconducibile all'on. Nitto Francesco Palma. La rubrica è eloquente «*Disposizioni in materia di responsabilità disciplinare dei magistrati e di trasferimento d'ufficio*».

Sullo sfondo si colloca l'incisivo discorso tenuto dal Presidente della Repubblica nell'ambito di un intervento al *Plenum* del CSM nel febbraio del 2012: esisterebbero, per i magistrati, vuoti nel settore disciplinare e del trasferimento d'ufficio, sicché il nostro ordinamento risulterebbe carente di un articolato normativo teso a reprimere quelle condotte che sarebbero (*comunque*) meritevoli di provvedimenti afflittivi ad opera dell'organo di autogoverno della magistratura. In più, si continuerebbe ad utilizzare, per arginare comportamenti colpevoli, ma privi di tipicità, (*ancora*) l'art. 2 del r.d.lg. 31 maggio 1946, n. 511 in fatto di garanzie.

In particolare, si è evidenziato come il d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, che domina la scena in campo disciplinare, reca una lacuna quanto a disposizioni volte a sanzionare «esternazioni di appartenenti all'ordine giudiziario che risultino palesemente in contrasto con i doveri di imparzialità e indipendenza richiesti per il credibile esercizio delle funzioni giurisdizionali» (v. Relazione di accompagnamento al d.d.l. in esame). È quel che emerge, del resto, in una delibera del CSM ove si dice, a chiare lettere, che i magistrati, come tutti i cittadini, sono liberi di manifestare le loro opinioni in pubblico e, dunque, di esprimere le loro idee (*anche*) circa gli orientamenti politico-istituzionali o legislativi a prescindere dalla loro appartenenza a forze di governo o di opposizione. Tuttavia, non possono ignorare altri valori fondamentali, rinvenibili sempre negli assetti costituzionali (indipendenza e imparzialità), che connotano lo *status* degli appartenenti all'ordine giudiziario. Si ricorda, inoltre, che essi, nelle esternazioni pubbliche, devono tenere conto che il loro incarico istituzionale amplifica doveri quali «la correttezza espositiva, la compostezza e la sobrietà»: ovvio, rispetto agli «*standards* di diligenza» che sono dovuti da chi non ricopra simile posizione.

Invece, spesso si registrano manifestazioni comportamentali che, non essendo enucleate in modo tassativo, sfuggono a qualsivoglia sanzione disciplinare e che, al contrario, abbisognano di una immediata copertura legislativa. Si tratta di quelle che, disorientando i cittadini e acuendo polemiche e tensioni sociali, travalicano i criteri di misura, correttezza espositiva e riserbo; introducono nei provvedimenti giudiziari riferimenti non indispensabili ai fini della motivazione e che, spesso, coinvolgono terzi estranei; ovvero consistenti (poco opportunamente) in incarichi politici per, poi, riassumere funzioni giudiziarie dopo averli adempiuti o essersi dichiarati pronti a svolgerli. Ciò incide sulla terzietà che, viceversa, dovrebbe assistere, sul piano deontologico, ogni magistrato in merito all'esercizio delle sue funzioni.

Ma non esisterebbero espedienti interpretativi: il legislatore del 2006 – con il d.lgs. n. 109 – si è affidato ad una rigida tipizzazione quanto a sanzionabilità disciplinare e le condotte in discussione non possono farsi risalire nemmeno alla cerchia della regolamentazione paradisciplinare del trasferimento di ufficio disposto in via amministrativa. Cosa, questa, di cui occorre essere consci e tentare la strada del rimedio a livello normativo non potendo, in alcun modo, avvalersi dell'ermeneutica.

Ecco, allora, il disegno di legge in parola il quale si compone di tre previsioni. Ci si propone, innanzitutto, di provvedere a riscrivere, con mano pesante, l'art. 3 d.lgs. n. 109 del 2006 e, soprattutto, il disposto dell'originaria lett. *f)* che era stata abrogata per effetto dell'art. 1, comma 3, lett. *d)*, n. 1, l. 24 ottobre 2006, n. 269. La sua nuova formulazione mirerebbe ad allinearsi alle indicazioni del Presidente della Repubblica (cui si accennava), elidendo, dal testo

originario, «spazi di discrezionalità che avrebbero potuto condizionare indebitamente la libertà di manifestazione del pensiero da parte dei magistrati» (sempre, testualmente, la Relazione di sintesi al progetto).

Per raggiungere l'obiettivo, più esattamente, si vorrebbe aggiungere, all'art. 3, comma 1, d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, dopo la lett. *i)*, la *i) bis* per cui «[costituisce illecito disciplinare al di fuori dell'esercizio del proprio ruolo: *n.d.r.*, altresì,] il [proferire] dichiarazioni che, per il contesto sociale, politico o istituzionale in cui sono rese, rivelano l'assenza dell'indipendenza, della terzietà e dell'imparzialità richieste per il corretto esercizio delle funzioni giurisdizionali (…)».

L'altro profilo su cui viene posto lo sguardo è l'avvenuta abrogazione, per effetto della legge n. 269 del 2006, della lett. *l)* dell'art. 3 d.lgs. n. 109 del 2006 che, con una formula di chiusura della tipologia degli illeciti disciplinari, sottoponeva a sanzione «ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza». Detta soppressione avrebbe comportato numerose lamentele in quanto i titolari dell'azione disciplinare avrebbero perso, nella sostanza, il potere di colpire gli atteggiamenti "privi di tipicità", ma che susciterebbero ugualmente allarme sociale e sconcerto nell'opinione pubblica. Allo scopo, si vorrebbe inserire, nell'art. 3 d.lgs. n. 109 del 2006, un'altra lettera, la *i) ter*, volta a riconsegnare a costoro quanto sottratto, considerando un abuso pure «ogni altro comportamento idoneo a compromettere gravemente l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza, nel contesto sociale o nell'ufficio giudiziario in cui il magistrato esercita [la propria opera]» (art. 1 d.d.l.).

Poi, si vorrebbe agire sull'art. 2, comma 2, r.d.lg. 31 maggio 1946, n. 511 che, dopo la parziale modifica approvata nel 2006, andrebbe modellato in relazione all'introduzione del principio di tipicità dell'illecito disciplinare ed alla menzionata abrogazione dell'art. 3, lett. *l)*. Cosicché, le parole «per qualsiasi causa indipendente da loro colpa» andrebbero sostituite da «per qualsiasi situazione non riconducibile ad un comportamento volontario del magistrato». In concreto, si vorrebbe impedire che, mediante il trasferimento d'ufficio per condotte incolpevoli, si sottopongano, in realtà, a grave sanzione quelle «[volontarie] del magistrato, con menomazione della titolarità dell'azione disciplinare che la Costituzione affida al solo Ministro della giustizia e al Procuratore generale presso la Corte di cassazione» (cfr. Relazione abbinata al d.d.l. S. 112). In definitiva, lo scopo di tale previsione (espresso riportando, peraltro, anche casistica in materia e le perplessità manifestate dagli organi chiamati a decidere su questioni sollevate dalla prassi, oltre che dal Capo dello Stato) sarebbe quello di disegnare una netta linea di confine tra azioni volontarie e colpevoli e circostanze fortuite ed incolpevoli che potrebbero chiamare in causa l'art. 2 r.d.lg. n. 511 del 1946.

Da ultimo, in merito al regime intertemporale, la proposta prevede che «tutti i procedimenti pendenti, alla data di entrata in vigore della presente legge (ci si riferisce a quella in eventuale approvazione dal Parlamento: *n.d.r.*), ai sensi dell'art. 2 del r.d.lg. n. 511 del 1946, «sono rimessi al Ministro della giustizia e al Procuratore generale presso la Corte di cassazione per le proprie determinazioni in ordine all'eventuale esercizio dell'azione disciplinare e restano, conseguentemente, sospesi per il periodo di sei mesi». Ad essi, peraltro, si applicherebbe la disposizione dell'introducendo art. 2 del quale si è riferito poc'anzi.

* * *

Riduzione e velocizzazione della tempistica processuale: tante norme per un obiettivo (piuttosto) ambizioso

È all'esame della Commissione Giustizia del Senato il d.d.l. S. 666. Sul terreno dal 17 maggio 2013 per iniziativa dell'on. Casson e altri, reca il titolo «*Modifiche al codice di procedura penale in tema di notifiche, contumacia, irreperibilità, prescrizione del reato, nonché disposizioni in materia di razionalizzazione e accelerazione dei tempi del processo penale*». Si tratta di una compagine normativa di notevole spessore che, se approvata, rappresenterebbe un'autentica rivoluzione. Non sarà facile; non stonerebbe neppure una maggiore riflessione; molti anche gli approfondimenti richiesti. Ma, costituirebbe un primo, significativo passo verso la soluzione delle problematiche che attanagliano il settore processuale.

Il progetto si snoda in ben quindici articoli che, presa coscienza delle (oramai) intollerabili lungaggini della giustizia penale e della "incertezza" della pena, vorrebbero, nel complesso, superare il «dissesto» nel quale versa il sistema italiano, rendendo più «razionali e celeri» i tempi dell'*iter* accertativo. Il che consentirebbe di attribuire valenza concreta alla ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.), nonché ottimizzare la qualità dell'intera architettura giudiziaria. Ciò, peraltro, fornirebbe ai cittadini

«maggiore sicurezza, [risultati tangibili], rispetto della legalità» (v. Relazione al seguito del d.d.l. che, senza remore, impiega, per descrivere il panorama alla base, locuzioni del tipo «stato asfittico e quasi comatoso in cui versa attualmente [l'impianto procedimentale] del nostro Paese» o, persino, «esasperante e incivile lentezza [di quest'ultimo]»).

Si prefigge, inoltre, di agire sui momenti che seguono alla condanna lungo un duplice versante: sia introducendo misure tese al recupero e al reinserimento del condannato (quali la messa alla prova e il c.d. "patto per il reinserimento e la sicurezza sociale") sia – questo è l'altro aspetto – attraverso norme in materia di recidiva-esecuzione della sanzione (qui lo scopo è di "rimuovere" le conseguenze più nocive della c.d. "legge Cirielli").

Cose, queste, in grado di rappresentare atti scultorei, indispensabili per bloccare – non è di poco conto – sia la crescita delle domande di indennizzo per violazione dei termini di un equilibrato corso del processo, sia la giacenza delle cause (civili e penali).

Insomma, si presta rilievo ai motivi che hanno generato questa situazione (metodi «farragino[si]», «inutili formalismi, norme penali sostanziali e processuali eccessive e «inadeguate allo scopo primario, la carenza di organici, (…) cattiva dislocazione e organizzazione degli uffici, (…) eccessivo numero di avvocati, carenze evidenti di natura finanziaria e di programmazione e organizzazione delle attività degli uffici») e si cerca, di contro, di individuare le «priorità» e le "ricette" divenute non prorogabili. Allora, prendendo spunto anche da altri d.d.l., si elabora un testo volto a «modernizzare il processo penale», favorendone una «migliore efficienza».

La proposta prende avvio dall'ingresso nel codice penale di una nuova disposizione, l'art. 49 *bis*, rubricata «*Particolare tenuità del fatto*», secondo cui «non è punibile chi ha commesso un fatto, previsto dalla legge come reato, quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità delle conseguenze dannose o pericolose della stessa, risultino la particolare "inconsistenza" dell'offesa e la non abitualità del comportamento». Tale dichiarazione di non punibilità, si prosegue, «non pregiudica, in ogni caso, l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno».

Conseguentemente, andrebbero intaccate due previsioni del codice di rito. *In primis*, il comma 1 dell'art. 129 in cui, dopo le parole «come reato» andrebbe inserita, quale ulteriore ipotesi di immediata declaratoria di cause di non punibilità dal giudice con sentenza, la seguente: «o che il fatto non è punibile ai sensi dell'articolo 49-*bis* del codice penale». Poi, dovrebbe essere completato il comma 1 dell'art. 125 norme att. c.p.p. da arricchire, alla fine, così: «o quando risultino le circostanze di cui all'articolo 49-*bis* del codice penale». Insomma, verrebbe coniata una nuova ipotesi di archiviazione che andrebbe ad affiancare la storica "inidoneità" degli elementi raccolti a sostenere l'accusa in giudizio. L'intenzione, in altri termini, è di accentrare il lavoro degli uffici inquirenti su fatti che abbiano un minimo di rilevanza: saldo il principio di obbligatorietà dell'azione penale, si mira ad introdurre un caso di richiesta di archiviazione quando un accadimento non presenti una offensività tale da giustificare l'impiego di energie e della costosa macchina del processo penale.

Il fine del disegno dovrebbe essere perseguito anche intaccando il tema delle notificazioni per renderlo più snello; è qui che si registra un autentico rovesciamento dello scenario attuale: si auspica di ricorrere alla tecnologia e ad un maggior utilizzo del soggetto *ex* art. 55 c.p.p. territorialmente competente. Per questo va apprezzato (anche per la puntualità con cui sono costruite le norme). Si dovrebbe muovere dall'art. 148 c.p.p. il cui comma 1 andrebbe sostituito in questo modo: «Le notificazioni degli atti, salvo che la legge disponga altrimenti, sono eseguite dagli ufficiali giudiziari e dagli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria secondo le competenze loro attribuite dai regolamenti e dalle leggi speciali». Mentre, il comma 2 *bis* della stessa norma andrebbe a stabilire che «Le notificazioni e gli avvisi ai difensori sono eseguiti mediante posta elettronica certificata. All'uopo, il difensore indica, all'atto del deposito della nomina ovvero, qualora non vi abbia già provveduto, nel primo scritto difensivo, l'indirizzo di posta elettronica certificata presso cui dichiara di voler ricevere notificazioni o avvisi. La medesima indicazione è contenuta nell'albo redatto dal consiglio dell'ordine degli avvocati cui il [legale] è iscritto. In caso di impossibilità di eseguire la notificazione secondo le modalità di cui al presente comma, le notificazioni e gli avvisi ai difensori possono essere eseguiti con altri mezzi tecnici idonei. In tale caso, l'ufficio che invia l'atto attesta in calce ad esso che il testo trasmesso è conforme all'originale». Una previsione, questa, di spiccato interesse anche se da perfezionare: come accade di sovente, si ricorre all'impiego di formule generiche, «altri mezzi tecnici idonei», che potrebbero aprire ad esegesi difformi e affidare agli operatori le scelte per l'occorrenza.

Su di un piano attiguo, si colloca l'intervento sull'art. 149 c.p.p. da riscrivere nella sua interezza: «1. Nei casi di urgenza, il giudice può disporre, anche su richiesta di parte, che le persone diverse dall'indagato o dall'imputato siano avvisate o con-

vocate a mezzo del telefono, del *fax* o della posta elettronica, a cura della cancelleria o della polizia giudiziaria. 2. Sull'originale dell'avviso o della convocazione sono annotati il numero di *fax* o l'indirizzo di posta elettronica cui la convocazione è stata inviata, ovvero il numero di telefono chiamato, il nome, le funzioni o le mansioni svolte dalla persona che riceve la comunicazione, il suo rapporto con il destinatario, nonché il giorno e l'ora dell'invio o della telefonata. 3. Alla comunicazione si procede inviando il relativo *fax* o messaggio di posta elettronica all'indirizzo indicato dal destinatario ovvero, a mezzo del telefono, chiamando il numero telefonico corrispondente ai luoghi indicati nell'articolo 157, commi 1 e 2. La comunicazione non ha effetto se non è ricevuta dal destinatario ovvero da persona che conviva anche temporaneamente con il medesimo. 4. La comunicazione a mezzo del telefono, del *fax* o della posta elettronica ha valore di notificazione con effetto dal momento in cui è avvenuta, sempre che della stessa sia data immediata conferma al destinatario mediante telegramma. 5. Quando non è possibile procedere nel modo indicato nei commi precedenti, la notificazione è eseguita, per estratto, mediante telegramma».

Si vorrebbero apportare modifiche anche al comma 1 dell'art. 151 c.p.p. da sostituirsi così: «Le notificazioni di atti del pubblico ministero, nel corso delle indagini preliminari, sono eseguite dagli organi di cui all'articolo 148, comma 1».

Novità dovrebbero interessare, inoltre, l'art. 156 c.p.p., scalfito sotto vari profili. In effetti, dapprima, andrebbe cambiata la rubrica che diventerebbe «*Prima notificazione e successive notificazioni alla persona sottoposta ad indagini e all'imputato detenuti*». Poi, il primo comma della disposizione sarebbe destinato ad assumere questo tenore «1. La prima notificazione alla persona sottoposta ad indagini o all'imputato detenuti è eseguita nel luogo di detenzione mediante consegna di copia alla persona. L'atto deve contenere, a pena di nullità, la nomina del difensore d'ufficio con indicazione del nome e cognome, dell'indirizzo, del numero di telefono e di *fax*, dell'indirizzo di posta elettronica e di tutte le altre indicazioni idonee a contattarlo. L'atto deve contenere inoltre, a pena di nullità, l'avviso che tutte le notificazioni successive, riguardanti il procedimento, saranno eseguite presso il difensore d'ufficio o [quello] di fiducia. L'atto deve contenere infine l'avviso che, in caso di revoca della nomina del difensore di fiducia o di rinuncia di questo alla difesa non seguita da altra nomina, le notifiche continueranno ad essere [esperite] presso lo studio del medesimo difensore o presso il difensore d'ufficio nominato».

Tante novità sarebbero destinate a colpire pure l'art. 157 c.p.p., quasi del tutto snaturato nella sua odierna dimensione: addirittura nell'intitolazione che diventerebbe «*Prima notificazione alla persona sottoposta ad indagini non detenuta, durante le indagini preliminari*». Precisando ancora: il comma 1 sarebbe sostituito dal seguente: «1. Durante le indagini preliminari, salvo quanto previsto dagli articoli 161 e 162, la prima notificazione alla persona sottoposta ad indagini non detenuta è eseguita mediante consegna di copia alla persona. Se non è possibile consegnare personalmente la copia, la notificazione è eseguita nella casa di abitazione o nel luogo in cui la persona sottoposta ad indagini esercita abitualmente l'attività lavorativa, mediante consegna a una persona che conviva anche temporaneamente o, in mancanza, al portiere o a chi ne fa le veci». Il comma due assumerebbe, invece, tale aspetto: «Qualora i luoghi indicati nel comma 1 non siano conosciuti, la notificazione è eseguita nel luogo dove la persona sottoposta ad indagini ha temporanea dimora o recapito, mediante consegna a una delle predette persone». In seguito, si vorrebbe modificare il comma cinque: «L'autorità giudiziaria dispone la rinnovazione della notificazione quando la copia è stata consegnata alla persona offesa dal reato e risulta o appare probabile che la persona sottoposta ad indagini non abbia avuto effettiva conoscenza dell'atto notificato». L'ultimo innesto riguarderebbe il comma 8 da surrogare in questa maniera: «Se neppure in tal modo è possibile eseguire la notificazione, l'atto è depositato nella casa del comune dove la persona sottoposta ad indagini ha l'abitazione, o, in mancanza di questa, del comune dove egli esercita abitualmente l'attività lavorativa. Avviso del deposito stesso è affisso alla porta della casa di abitazione della persona sottoposta ad indagini ovvero alla porta del luogo dove egli abitualmente esercita l'attività lavorativa. L'ufficiale giudiziario dà inoltre comunicazione alla persona sottoposta ad indagini dell'avvenuto deposito a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento. Gli effetti della notificazione decorrono dal ricevimento della raccomandata». Da abrogarsi, però, il comma 8 *bis*.

Il progetto pensa, inoltre, di innestare nel comparto relativo alle notifiche anche disposizioni del tutto nuove. Si tratta degli articoli 157 *bis* e *ter* di cui non stona riportare i contenuti alla lettera. Questa la veste del primo: «(*Invito a nominare un difensore di fiducia e nomina di un difensore di ufficio*). 1. La prima notificazione alla persona sottoposta ad indagini non detenuta deve contenere, a pena di nullità, l'invito a nominare un difensore di fiducia ai sensi dell'articolo 96 entro cinque giorni dal ricevimento della stessa

e l'avviso che in caso di mancata nomina del difensore di fiducia è nominato un difensore di ufficio ai sensi dell'articolo 97, con l'indicazione del nome e cognome, dell'indirizzo, del numero di telefono e di *fax*, dell'indirizzo di posta elettronica e di tutte le altre indicazioni idonee a contattarlo». Quest'altro, invece, il profilo dell'art. 157 *ter* «(*Notificazioni successive alla persona sottoposta ad indagini non detenuta*) 1. Oltre a quanto stabilito dall'articolo 157-*bis*, la prima notificazione deve contenere altresì, a pena di nullità, l'avviso che tutte le notificazioni successive, riguardanti il processo, saranno eseguite presso il difensore di ufficio o presso il difensore di fiducia, nonché l'avviso che, in caso di revoca della nomina del difensore di fiducia o di rinuncia di questo alla difesa non seguita da altra nomina o di rinuncia da parte del difensore di ufficio, le notifiche continueranno ad essere eseguite presso il medesimo difensore. 2. In caso di revoca del difensore di fiducia o di sua rinuncia al mandato, ovvero nel caso in cui il difensore di ufficio dichiari di trovarsi nell'impossibilità di adempiere all'incarico, il pubblico ministero o il giudice provvede immediatamente e direttamente alla nomina di altro difensore di ufficio, notificando la nomina al precedente difensore e all'indagato, con la contestuale comunicazione dell'indirizzo, del numero di telefono e di *fax* e dell'indirizzo di posta elettronica del nuovo difensore. Dal momento della nomina del nuovo difensore fino alla notifica della medesima, le notificazioni e le comunicazioni dirette alla persona sottoposta alle indagini saranno fatte sia al nuovo difensore che al precedente. 3. Se la rinuncia al mandato è motivata dalla sopravvenuta impossibilità a mettersi in contatto con la persona sottoposta ad indagini non detenuta, il giudice o il pubblico ministero procede con le modalità stabilite nell'articolo 159. 4. Le notificazioni successive alla prima sono eseguite mediante consegna di copia unica dell'atto al difensore di fiducia o al difensore di ufficio. 5. Copia di ogni atto del procedimento notificato alla persona sottoposta ad indagini non detenuta è comunque notificata anche al difensore di fiducia o di ufficio».

Si vorrebbe passare al setaccio, dunque, l'art. 159 c.p.p. dove, con una intestazione rispolverata («*Notificazioni alla persona sottoposta alle indagini in caso di irreperibilità*»), al primo comma, primo periodo, le parole «dell'imputato» dovrebbero essere sostituite da «della persona sottoposta ad indagini non detenuta» e quelle dello stesso comma, secondo periodo, «all'imputato», verrebbero cambiate con «alla persona sottoposta ad indagini non detenuta», mentre i termini «copia al difensore» verrebbero sostituiti da «unica copia dell'atto al difensore».

Al comma 1 dell'art. 160 c.p.p., quindi, verrebbe soppressa la dicitura: «con la pronuncia del provvedimento che definisce l'udienza preliminare ovvero, quando questa manchi,»; da elidere pure i commi 2, 3 e 4 della medesima disposizione.

Cambiamenti ricadrebbero anche sull'art. 167 c.p.p. da riproporre come di seguito: «Le notificazioni a soggetti diversi da quelli indicati negli articoli precedenti si eseguono ai sensi dell'articolo 154, escluso il deposito in cancelleria, ovvero, nei casi di urgenza, ai sensi dell'articolo 149».

Per conseguenza, si vorrebbe ritoccare pure il comma 1 dell'articolo 168 c.p.p. nella modalità che si enuclea: «Gli organi di cui all'articolo 148, comma 1, che procedono alla notificazione scrivono, in calce all'originale e alla copia notificata, la relazione in cui indicano l'autorità o la parte privata richiedente, le ricerche effettuate, l'avvenuta consegna della copia nelle mani del destinatario, ovvero, nei casi in cui la legge consente che la notificazione non sia effettuata nelle mani del destinatario, le generalità della persona alla quale è stata consegnata la copia, i suoi rapporti con il destinatario, le funzioni o le mansioni da essa svolte, il luogo e la data della consegna della copia, apponendo la propria sottoscrizione».

Poi, al comma 1 dell'articolo 169 c.p.p., le parole da: «nonché l'invito» fino alla fine del comma sono sostituite dalle seguenti: «, nonché l'invito a nominare un difensore di fiducia e l'avviso che in caso di mancata nomina del difensore di fiducia è nominato un difensore di ufficio ai sensi dell'articolo 97».

Un'importante metamorfosi riguarderebbe l'art. 171 c.p.p. che, in punto di "nullità delle notificazioni" andrebbe a statuire che queste ultime sono viziate:
a) se l'atto è notificato in modo incompleto, fuori dei casi nei quali la legge consente la notificazione per estratto; *b)* se vi è incertezza assoluta sull'autorità o sulla parte privata richiedente ovvero sul destinatario; *c)* se nella relazione della copia notificata manca la sottoscrizione di chi l'ha eseguita; *d)* se sono violate le disposizioni circa la persona cui deve essere consegnata la copia; *e)* se sono omessi l'invito a nominare un difensore di fiducia ovvero la nomina del difensore di ufficio o sono omessi gli avvisi di cui agli articoli 156, 157, 157-*bis*, 157-*ter* e 161».

Non si tralascia di intaccare l'art. 55 norme att. c.p.p. sebbene nella sola rubrica che diventerebbe «*Modalità di attuazione delle notificazioni urgenti a mezzo del telefono, del* fax *o della posta elettronica*».

L'affondo del progetto di riforma è tale che non si trascura neppure l'istituto dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari; tant'è che nell'art. 415 *bis* c.p.p. il comma 1 andrebbe sostituito come

si riporta: «1. Prima della scadenza del termine previsto dal comma 2 dell'articolo 405, anche se prorogato, il pubblico ministero, se non deve formulare richiesta di archiviazione ai sensi degli articoli 408 e 411, fa notificare al difensore, mediante posta elettronica certificata, l'avviso della conclusione delle indagini preliminari»; 1-*bis*. «Nel caso in cui il difensore non sia provvisto di posta elettronica certificata ovvero nel caso di impossibilità tecniche dovute al difensore, l'avviso della conclusione delle indagini preliminari è notificato al consiglio dell'ordine di appartenenza dello stesso, mediante posta elettronica certificata. In tal caso, il termine di venti giorni di cui al comma 3 decorre dal primo giorno feriale successivo a quello della notifica al consiglio dell'ordine».

Il progetto vorrebbe ridurre, poi, i casi di ammissibilità e proponibilità del ricorso per cassazione. Si restringono, allora, le ipotesi in cui è consentito aggredire una serie di provvedimenti. Da qui, all'art. 409 c.p.p., dopo il comma 1, andrebbe collocato il seguente: «1-*bis*. Il decreto di archiviazione di cui al comma 1 è appellabile dalla persona offesa solo nel caso di mancato avviso della richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero ai sensi dell'articolo 408, comma 2»; e il comma 6 sostituito secondo questa modalità «L'ordinanza di archiviazione è appellabile solo nei casi di nullità previsti dall'articolo 127, comma 5». Dopo tale comma ne andrebbe aggiunto un altro, il 6 *bis*, per cui «La corte di appello decide in camera di consiglio sull'appello di cui ai commi 1-*bis* e 6, con le forme previste dall'articolo 127».

Segue un interessante incursione nella materia dell'applicazione della pena su richiesta delle parti; all'art. 448 c.p.p., in coda, si vorrebbe aggiungere il seguente comma: «3-*bis*. Contro la sentenza il pubblico ministero e l'imputato possono proporre ricorso per cassazione soltanto per illegittima acquisizione della volontà dell'imputato, per difetto di corrispondenza tra la richiesta e la sentenza, nonché qualora vengano inflitte una pena o una misura di sicurezza errate o non previste dalla legge». Probabilmente, meriterebbe spiegare, più attentamente, cosa si intende per "illegittima acquisizione della volontà dell'imputato" dal momento che l'espressione non è davvero icastica.

Sulla falsariga, si pone la variazione dell'art. 568 c.p.p. dove, invece, andrebbe inserito, dopo il comma 2, il 2 *bis*, per il quale «Il ricorso per cassazione avverso le sentenze, diverse da quelle sulla competenza che possono dar luogo al conflitto di cui al comma 2, deve essere accompagnato, a pena di improcedibilità, dal versamento di una cauzione di 300 euro, fatta eccezione per i soli imputati già ammessi al gratuito patrocinio. In caso di accoglimento del ricorso, la cauzione è restituita all'avente diritto, dopo la trasmissione della copia della sentenza da parte della cancelleria della Corte di cassazione a norma dei commi l e 3 dell'articolo 625».

Si continua nel terreno del terzo grado di giudizio prospettando una correzione del comma 1 dell'art. 610 c.p.p. il cui periodo quinto diventerebbe «Si applica l'articolo 611, ma l'inammissibilità è dichiarata senza formalità, sentito il procuratore generale, se il ricorso è stato proposto oltre il termine stabilito o contro un provvedimento non impugnabile o da chi non ha diritto all'impugnazione, nonché se il ricorso è privo dei motivi o non è sottoscritto da un difensore iscritto nell'albo speciale della Corte di cassazione o se vi è rinuncia al ricorso. Allo stesso modo è dichiarata l'inammissibilità del ricorso contro la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, eccettuati i casi di dissenso del pubblico ministero di cui all'articolo 448, comma 2».

Si intenderebbe sopprimere, ancora, le parole «Salvo che la parte non vi provveda personalmente,» contenute nel comma 1 dell'art. 613 c.p.p.

Con riguardo all'argomento in discussione, infine, l'intento sarebbe di modificare l'art. 616 c.p.p. dove al comma 1, le parole: «euro 258» andrebbero sostituite dalle seguenti: «euro 300»; invece, dopo il comma 1 dovrebbe essere aggiunto il seguente: «1-*bis*. Nei casi di cui al comma 1, la cauzione di cui all'articolo 568, comma 2-*bis*, è utilizzata per il pagamento delle spese del procedimento. La parte della cauzione eccedente l'ammontare delle spese del procedimento è utilizzata a copertura, anche parziale, della somma eventualmente prevista dalla sentenza a favore della cassa delle ammende».

Allo scopo di razionalizzare e ridurre il carico e la durata dei procedimenti, si interviene radicalmente anche sull'istituto della contumacia e dell'assenza in udienza preliminare e in quella dibattimentale. Difatti, all'art. 419, comma 1, c.p.p., le parole: «sarà giudicato in contumacia» andrebbero sostituite dalle seguenti: «si applicheranno le disposizioni di cui agli articoli 420-*quater*, 420-*quinquies* e 420-*sexies*».

Si vorrebbe sradicare pure l'art. 420 *quater* c.p.p. che, intitolato, «*Rinnovazione della udienza preliminare*», assumerebbe la seguente connotazione: «1. Se l'imputato, libero o detenuto, non è presente all'udienza e la notificazione dell'avviso dell'udienza preliminare, di cui all'articolo 419, è stata omessa o è nulla, il giudice rinvia l'udienza e dispone che l'avviso sia notificato all'imputato personalmente o a mani di un familiare convivente, a norma dell'articolo 148. Salvo quanto previsto dal comma 3, allo

stesso modo provvede quando l'imputato non è presente all'udienza e la notificazione dell'avviso è stata effettuata a norma degli articoli 159, 161, comma 4, 165 o 169. 2. Quando la notificazione ai sensi del comma 1 non risulta possibile, sempre che non debba essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non doversi procedere, il giudice dispone con ordinanza la sospensione dell'udienza, salvo che, in presenza di più imputati e in ragione della natura o della gravità del reato contestato o del numero dei reati contestati, delle persone, offese o dei testimoni, ovvero dell'esigenza di garantire la genuinità e la completezza della prova, la sospensione possa arrecare grave pregiudizio all'accertamento dei fatti per cui si procede. In tal caso il giudice dispone procedersi in assenza dell'imputato non notificato con ordinanza motivata, previa separazione della sua posizione processuale. 3. Le disposizioni di cui al comma 1, secondo periodo, e al comma 2 non si applicano: *a)* se l'imputato nel corso del procedimento abbia nominato un difensore di fiducia; *b)* in tutti i casi in cui dagli atti emerga la prova che l'imputato sia a conoscenza che si procede nei suoi confronti ovvero che lo stesso si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo. 4. Alla scadenza di un anno dalla pronuncia dell'ordinanza di sospensione dell'udienza, di cui al comma 2, o anche prima quando ne ravvisi l'esigenza, il giudice dispone nuove ricerche dell'imputato per la notifica dell'avviso. Analogamente provvede a ogni successiva scadenza annuale, qualora il procedimento non abbia ripreso il suo corso. 5. Il giudice revoca l'ordinanza di sospensione dell'udienza: *a)* se le ricerche di cui al comma 4 abbiano avuto esito positivo e sia stata regolarmente effettuata la notifica dell'avviso; *b)* se l'imputato abbia nominato un difensore di fiducia; *c)* in ogni altro caso in cui emerga la prova che l'imputato sia a conoscenza che si procede nei suoi confronti. 6. Nei casi previsti dal comma 5, il giudice fissa la data per la nuova udienza, dandone comunicazione alle parti. 7. All'udienza di cui al comma 6 l'imputato, ancorché decaduto, può formulare richiesta ai sensi dell'articolo 444».

Dovrebbe mutare anche l'attuale art. 420-*quinquies* c.p.p. («*Assenza o allontanamento volontario dell'imputato*») da sostituirsi in questa maniera: «1. Quando, all'esito delle verifiche di cui all'articolo 420-*quater*, comma 1, il giudice ritiene che non ricorrono i presupposti per ordinare la sospensione dell'udienza, ordina di procedere in assenza dell'imputato. Se l'imputato compare prima della pronuncia della sentenza, il giudice revoca l'ordinanza. 2. Le disposizioni dell'articolo 420-*quater* non si applicano quando l'imputato, anche se impedito, chiede o consente che l'udienza si svolga in sua assenza o, se detenuto, rifiuta di assistervi. 3. Nei casi di cui ai commi 1 e 2, l'imputato è rappresentato dal difensore. È altresì rappresentato dal difensore ed è considerato presente l'imputato che, dopo essere comparso, si allontana dall'aula di udienza. 4. L'imputato che, presente a un'udienza, non compare a udienze successive, è considerato presente non comparso. 5. L'ordinanza di cui al comma 1 è nulla se al momento della pronuncia vi è la prova che l'assenza dell'imputato è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento. 6. Se la prova indicata nel comma 5 perviene dopo la pronuncia dell'ordinanza di cui al comma 1, ma prima della decisione, il giudice revoca l'ordinanza medesima e, se l'imputato non è comparso, sospende o rinvia anche d'ufficio l'udienza. Restano comunque validi gli atti compiuti in precedenza, ma se l'imputato ne fa richiesta e dimostra che la prova è pervenuta con ritardo senza sua colpa, il giudice dispone l'assunzione o la rinnovazione degli atti che ritiene rilevanti ai fini della decisione. 7. L'ordinanza di cui al comma 1 è nulla altresì se l'udienza doveva essere sospesa ai sensi dell'articolo 420-*quater*, comma 2. In tal caso il giudice revoca l'ordinanza e procede a norma dell'articolo 420-*quater*».

Dopo la menzionata norma dovrebbe essere introdotto l'art. 420 *sexies*: «(*Assenza dell'imputato in casi particolari*). 1. Qualora il giudice abbia disposto di procedere in assenza dell'imputato, ai sensi dell'articolo 420-*quater*, comma 2, secondo periodo, se l'imputato compare prima della chiusura dell'udienza, il giudice revoca la relativa ordinanza. In tal caso, quando si procede a carico di più imputati, il giudice può procedere separatamente».

Per conseguenza, al comma 2-*bis* dell'articolo 484 c.p.p., le parole: «e 420-*quinquies*» [andrebbero] sostituite dalle seguenti: «, 420-*quinquies* e 420-*sexies*».

Contraccolpi sarebbero destinati a verificarsi sul codice penale dove, all'art. 159, dopo il numero 3, andrebbe aggiunto un 3-*bis* dal seguente contenuto: «sospensione del processo penale nei casi di assenza dell'imputato all'udienza di cui agli articoli 420-*quater*, 420-*quinquies* e 420-*sexies* del codice di procedura penale».

L'esigenza di accorciare i tempi del processo non poteva che far immaginare ai proponenti dei mutamenti in ordine ai tempi concessi al pubblico ministero per le determinazioni in ordine all'azione penale. Così, all'art. 407 c.p.p., dopo il comma 3 dovrebbe essere inserito il 3 *bis*: «In ogni caso il pubblico ministero è tenuto a esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro e non oltre il

termine di tre mesi dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini o dalla scadenza del più ampio termine di cui all'articolo 415-*bis*, comma 4. Ove non assuma le proprie determinazioni in ordine all'azione penale nel termine stabilito dal presente comma, il pubblico ministero ne dà tempestiva comunicazione al procuratore generale presso la corte di appello. Il mancato rispetto degli obblighi di cui al presente comma costituisce illecito disciplinare ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109».

Sulla scia si propone di sostituire nell'art. 412, comma 1, c.p.p., il primo periodo: «Il procuratore generale presso la corte di appello, se il pubblico ministero non esercita l'azione penale o non richiede l'archiviazione nel termine previsto dall'articolo 407, comma 3-*bis*, avoca, con decreto motivato, l'indagine preliminare».

Una profonda modifica riguarderebbe l'art. 132-*bis* norme att. c.p.p. in punto di programma e disciplina delle udienze dibattimentali. Per raggiungere gli obiettivi del caso sarebbe indispensabile restringere i tempi all'esito delle indagini preliminari e prevedere un'udienza programmatica per tagliare la durata delle udienze dibattimentali. Questa sarebbe la sua nuova conformazione: «Alla prima udienza dibattimentale il giudice provvede alla verifica della regolare costituzione delle parti, alla discussione e decisione delle questioni preliminari, incluse le questioni sulla competenza per territorio o per connessione, le nullità di cui all'articolo 181, commi 2 e 3, del codice, la costituzione di parte civile, l'intervento di enti o associazioni ai sensi dell'articolo 91 del codice, nonché l'inserimento o l'espunzione di atti dal fascicolo per il dibattimento e la riunione o la separazione di giudizi, alle formalità di apertura del dibattimento, all'ammissione delle prove, alla definizione, nei casi previsti dalle vigenti disposizioni, dei giudizi ai sensi degli articoli 444 e seguenti del codice o nelle forme del rito abbreviato, purché non condizionato all'assunzione di prove dichiarative, nonché alla dichiarazione di estinzione o di improcedibilità del reato. 2. Nella stessa udienza il giudice, sentite le parti, stabilisce con ordinanza il calendario delle udienze successive. La lettura del calendario in udienza sostituisce la notifica degli avvisi di rinvio per i soggetti che sono o devono considerarsi presenti. Il giudice autorizza, inoltre, le parti alla citazione dei soggetti inclusi nella lista di cui all'articolo 468 del codice, secondo le scadenze previste dal calendario per l'assunzione delle prove. Ai fini della formulazione del calendario, i difensori comunicano al giudice l'eventuale sussistenza di concomitanti impegni professionali e, tenuto conto dell'attività istruttoria da svolgere alla data indicata, possono contestualmente nominare un sostituto ai sensi dell'articolo 102 del codice. 3. Si procede all'audizione o all'esame della parte offesa che compare alla prima udienza solo se si tratti di persona detenuta ovvero proveniente da altro Stato o da regione diversa da quella in cui si celebra il processo, nonché nei casi in cui il processo sia di particolare complessità e comunque in tutti i casi in cui il giudice lo ritenga, con provvedimento motivato, assolutamente necessario. 4. Nella formazione del ruolo e nella trattazione dei processi il giudice attribuisce priorità ai processi in ragione della gravità e della concreta offensività del reato, del pregiudizio che può derivare dal ritardo per la formazione della prova e per l'accertamento dei fatti, nonché dell'interesse della persona offesa e, in ogni caso, ai processi a carico di imputati detenuti, anche per reato diverso da quello per cui si procede, ai processi relativi ai delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera *a)*, del codice e ai delitti di cui all'articolo 589 del codice penale commessi con violazione delle norme sulla sicurezza e l'igiene sul lavoro. 5. Il giudice programma le udienze in modo in modo da assicurare la ragionevole durata del processo, considerando altresì la particolare complessità del processo, avuto riguardo anche al numero, alla natura e alla gravità dei reati contestati, al numero degli imputati, delle persone offese o dei testimoni, ovvero alla natura delle questioni tecnico-giuridiche da affrontare. 6. Non incidono sulla ragionevole durata i periodi di sospensione del processo imposti da una particolare disposizione di legge, dal tempo necessario per ottenere l'estradizione di un imputato dall'estero, l'esecuzione di una o più rogatorie internazionali o l'espletamento di perizie ritenute indispensabili, dal tempo in cui il dibattimento è sospeso o rinviato per impedimento dell'imputato o del suo difensore o su richiesta dell'imputato o del suo difensore, nonché a causa dell'assenza, dell'allontanamento o della mancata partecipazione del difensore che renda privo di assistenza l'imputato, ovvero dal tempo che consegue alla dichiarazione di ricusazione del giudice o alla richiesta di rimessione del processo e dal tempo intercorrente tra il giorno della lettura del dispositivo e la scadenza dei termini per l'impugnazione».

Novità riguarderebbero pure il codice di rito in merito alle deduzioni e ai provvedimenti sulla domanda di incidente probatorio. In effetti, all'art. 396 c.p.p. sono apportate le seguenti modificazioni: *a)* al comma 1, dopo le parole: «il pubblico ministero» sono inserite le seguenti: «, la persona offesa dal reato» e, dopo le parole: «fondatezza della richiesta,»

sono inserite le seguenti: «e sulle modalità di assunzione del provvedimento di cui all'articolo 398, comma 5-*bis*,»; *b)* al comma 2, nel primo periodo, dopo le parole: «dalla persona sottoposta alle indagini» sono inserite le seguenti: «o dalla persona offesa dal reato» e, nel secondo periodo, dopo le parole: «La persona sottoposta alle indagini» sono inserite le seguenti: «o la persona offesa dal reato».

Anche l'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., nel primo periodo, dovrebbe subire limature; difatti, dopo le parole: «necessario od opportuno» sono aggiunte le seguenti: «, indicando le ragioni specifiche della tutela».

Per superare gli aspetti non funzionali e macchinosi del processo penale, il disegno di legge in esame prevede interventi anche sui tempi di prescrizione del reato attraverso l'abrogazione della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (v. art. 6 d.d.l.). A cascata, si stabilisce che, a decorrere dalla data di entrata in vigore del provvedimento, gli articoli 157, 158, primo comma, 159, 160, comma 3, e 161, comma 2, del codice penale riacquisteranno efficacia nel testo vigente prima della data di entrata in vigore della c.d. "Cirielli".

Uno dei profili di maggiore interesse della proposta in disamina attiene alla dilatazione del meccanismo della messa alla prova e alla previsione del "patto per il reinserimento e la sicurezza sociale". Si punta, dunque, sulla funzione rieducativa della pena e si tenta, indirettamente, di alleggerire le carceri. Nel codice di diritto sostanziale dovrebbe affacciarsi l'art. 168-*bis* proprio in materia di sospensione del processo con messa alla prova. Esso, intitolato «*Sospensione del processo con messa alla prova*» dovrebbe statuire che «Nei procedimenti relativi a reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a due anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, l'imputato può chiedere la sospensione del processo con messa alla prova. La sospensione non può essere chiesta nei procedimenti relativi ai reati previsti dall'articolo 173-*bis* del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, dal testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, nonché dall'art. 2621 del codice civile. La sospensione del processo con messa alla prova non può essere concessa più di una volta. L'esito positivo della prova estingue il reato per cui si procede».

L'innovazione si riverbera sul codice di procedura penale; in effetti, dopo l'art. 420-*sexies* c.p.p., che verrebbe, peraltro, inserito dalla ipotizzabile approvazione della proposta, si vorrebbe mettere il 420-*septies* («*Sospensione del procedimento con messa alla prova*»): 1. Nei casi previsti dall'articolo 168-*bis* del codice penale l'imputato, prima dell'inizio della discussione, può formulare, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova. All'istanza è allegato un programma di trattamento, elaborato d'intesa con i servizi sociali, il quale in ogni caso prevede: *a)* le modalità di coinvolgimento dell'imputato, del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita nel processo di reinserimento sociale, ove ciò risulti necessario; *b)* le prescrizioni comportamentali e gli impegni specifici che l'imputato assume al fine di eludere o di attenuare le conseguenze del reato. A tale fine sono considerati il risarcimento del danno, le condotte riparatorie e le restituzioni. Nei procedimenti relativi a reati previsti dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, nonché a reati previsti dalla normativa in materia di prevenzione degli infortuni e di igiene sul lavoro, tale indicazione è richiesta a pena di inammissibilità dell'istanza; *c)* le condotte volte a promuovere, ove possibile, la conciliazione con la persona offesa. 2. Il giudice, se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'articolo 129, dispone con ordinanza la sospensione del procedimento con messa alla prova quando reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati. In tal caso affida l'imputato ai servizi sociali. 3. Nei casi di cui al comma 2 il processo è sospeso per un periodo: *a)* non superiore a due anni quando si procede per reati per i quali è prevista una pena detentiva, sola o congiunta con la pena pecuniaria; *b)* non superiore a un anno quando si procede per reati per i quali è prevista la sola pena pecuniaria. 4. I termini di cui al comma 3 decorrono dalla sottoscrizione del verbale di messa alla prova. 5. Si applicano le disposizioni di cui all'art. 71, commi 4 e 6, in quanto compatibili. 6. Contro l'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova possono ricorrere per cassazione l'imputato e il pubblico ministero, anche su istanza della persona offesa. L'impugnazione in ogni caso non sospende il procedimento.

Alla sospensione per messa alla prova seguono una serie di vincoli e regole a carico dell'imputato durante tale frangente. Infatti, c'è l'idea di coniare anche l'art. 420-*octies* c.p.p. per il quale: «Quando viene presentata istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova ai sensi dell'articolo 420-*septies* il giudice, al fine di decidere sull'istanza, nonché ai fini della determinazione degli obblighi e delle prescrizioni ai quali eventualmente subordinare la concessione della messa alla prova, può

acquisire tramite la polizia giudiziaria, i servizi sociali o altri enti pubblici tutte le ulteriori informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato. 2. Il giudice, anche sulla base delle informazioni acquisite ai sensi del comma 1, può integrare il programma di trattamento mediante la previsione di ulteriori obblighi e prescrizioni volti ad eludere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato, nonché, ove lo ritenga necessario, di obblighi o prescrizioni di sostegno volti a favorire il reinserimento sociale dell'imputato. Quando le ulteriori prescrizioni hanno per oggetto obblighi di fare o prestazioni a contenuto economico, esse non possono essere disposte senza il consenso dell'imputato. Se l'imputato nega il consenso, il giudice rigetta l'istanza di ammissione alla prova. 3. Contro l'ordinanza di rigetto dell'ammissione alla prova l'imputato può ricorrere per cassazione, a pena di decadenza, nel termine di cui all'articolo 585, comma 1, lettera *a)*; il ricorso non comporta la sospensione del procedimento e la questione non può essere riproposta come motivo di impugnazione. 4. Nell'ordinanza che dispone la sospensione del procedimento, il giudice stabilisce il termine entro il quale le prescrizioni e gli obblighi imposti devono essere adempiuti; tale termine può essere prorogato, su istanza dell'imputato, non più di una volta e solo quando ricorrono gravi e comprovati motivi. Il giudice può altresì, con il consenso della persona offesa, autorizzare il pagamento rateale delle somme eventualmente dovute a titolo di risarcimento del danno. 5. L'ordinanza di cui al comma 4 è immediatamente trasmessa ai servizi sociali che devono prendere in carico l'imputato».

Dovrebbe seguire l'art. 420-*novies* (*Esito della prova. Revoca*) 1. Decorso il periodo di sospensione del procedimento con messa alla prova, il giudice dichiara con sentenza estinto il reato se, tenuto conto del comportamento dell'imputato, ritiene che la prova abbia avuto esito positivo. A tale fine acquisisce la relazione conclusiva dai servizi sociali che hanno preso in carico l'imputato. 2. In caso di esito negativo della prova, il giudice dispone con ordinanza che il procedimento riprenda il suo corso. 3. La sospensione del procedimento con messa alla prova è revocata: *a)* in caso di grave o reiterata trasgressione al programma di trattamento o alle prescrizioni imposte; *b)* (…) di commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo ovvero di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede. 4. In caso di revoca ovvero di esito negativo della prova, l'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova non può essere riproposta».

Per coprire normativamente lo stesso tema dovrebbe prevedersi, dopo l'art. 491 c.p.p., l'art. 491-*bis* (*Sospensione del processo con messa alla prova*) 1. Fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, l'imputato, ove non vi abbia già provveduto nell'udienza preliminare, può formulare istanza di sospensione del processo con messa alla prova ai sensi degli articoli 420-*septies*, 420-*octies* e 420-*novies*».

È evidente che l'ingresso, in ambito procedurale, di un meccanismo sinora adottato solo per i minori implica ammodernamenti anche nella fase esecutiva. Perciò, dopo l'art. 657 c.p.p. andrebbe inserito l'art. 657-*bis* (*Computo del periodo di messa alla prova in caso di revoca*) 1. In [ipotesi] di revoca o di esito negativo della messa alla prova, il pubblico ministero, nel determinare la pena da eseguire, detrae da questa un periodo corrispondente a quello della prova eseguita. Ai fini della detrazione, dieci giorni di prova sono equiparati a un giorno di reclusione o di arresto, ovvero a euro 75 di multa o di ammenda. 2. Ai fini della detrazione e della conversione, non si considerano periodi di prova inferiori a cinque giorni, anche quale residuo di un periodo maggiore».

Le novità in tema di messa alla prova hanno ricadute anche in sede di norme di attuazione con l'introduzione dell'articolo 191-*bis* delle norme di attuazione del c.p.p.: (*Attività dei servizi sociali nei confronti degli adulti ammessi alla prova*) 1. Le funzioni dei servizi sociali per la messa alla prova, disposta ai sensi dell'articolo 168-*bis* del codice penale, sono svolte dagli uffici locali di esecuzione penale esterna del Ministero della giustizia, nei modi e con i compiti previsti dall'articolo 72 della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni. 2. Ai fini di cui al comma 1, l'imputato rivolge richiesta all'ufficio di esecuzione penale esterna competente affinché predisponga un programma di trattamento. L'imputato deposita gli atti rilevanti del procedimento penale nonché le osservazioni e le proposte che ritenga di fare. 3. L'ufficio di cui al comma 2, all'esito di apposita indagine socio-familiare, verifica l'utilità e la praticabilità del programma di trattamento proposto dall'imputato e lo integra o lo rettifica, acquisendo su tale programma il consenso dell'imputato. L'ufficio trasmette quindi al giudice il programma, accompagnandolo con l'indagine socio-familiare e con le considerazioni che lo sostengono. Quando non è possibile acquisire il consenso dell'imputato su un programma idoneo al suo trattamento, l'ufficio lo comunica al giudice. Nell'indagine e nelle considerazioni, l'ufficio riferisce specificamente sulle possibilità economiche dell'imputato, sulla capa-

cità e sulla possibilità di svolgere attività riparatorie nonché, [se riesce], (…) di conciliazione con la persona offesa. Il programma è integrato da prescrizioni di trattamento e di controllo che risultino utili, scelte fra quelle previste nell'articolo 47 della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni. 4. Quando viene disposta la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, l'ufficio informa il giudice, con la cadenza stabilita nel provvedimento di ammissione e comunque non superiore a tre mesi, dell'attività svolta e del comportamento dell'imputato, proponendo, ove necessario, modifiche al programma di trattamento, eventuali abbreviazioni di esso ovvero, in caso di grave o reiterata trasgressione, la revoca del provvedimento di sospensione. 5. Alla scadenza del periodo di prova, l'ufficio trasmette al giudice che procede una relazione dettagliata sul decorso e sull'esito della prova medesima».

Senza dilungarsi sulle ulteriori modifiche al codice penale estranee alla sede, appare opportuno soffermarsi sulle innovazioni che dovrebbero essere apportate alle l. 26 luglio 1975, n. 354 e 26 novembre 2010, n. 199, in materia di esecuzione delle pene.

All'articolo 1, comma 1, della l. 26 novembre 2010, n. 199, le parole: «Fino alla completa attuazione del piano straordinario penitenziario nonché in attesa della riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2013,» andrebbero soppresse. Mentre alla legge 26 luglio 1975, n. 354, dovrebbero essere apportati i seguenti cambiamenti:

a) l'articolo 30-*quater* è abrogato;

b) all'articolo 47-*ter*:

1) al comma 01, le parole: «né sia stato mai condannato con l'aggravante di cui all'articolo 99 del codice penale» sono soppresse;

2) il comma 1.1 è abrogato;

3) al comma 1-*bis*, ultimo periodo, le parole: «e a quelli cui sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale» sono soppresse;

c) all'articolo 50-*bis*, comma 1, le parole: «ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale, soltanto dopo l'espiazione dei due terzi della pena ovvero,» sono soppresse e le parole: «di almeno tre quarti di essa» sono sostituite dalle seguenti: «soltanto dopo l'espiazione di almeno tre quarti della pena».

Sempre per quanto concerne l'ordinamento penitenziario, si parla di collocare, dopo l'art. 47-*sexies* della legge 26 luglio 1975, n. 354, il 47-*septies* (*Patto per il reinserimento e la sicurezza sociale*) 1. Il condannato che abbia espiato almeno metà della pena, allorquando la parte residua della pena sia inferiore a tre anni, può essere ammesso, su richiesta sua o del difensore, al regime del patto per il reinserimento e la sicurezza sociale. 2. L'ammissione al regime del patto per il reinserimento e la sicurezza sociale può essere concessa ai detenuti, ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale, allorquando la parte residua della pena sia inferiore a due anni. 3. Per il computo della durata della pena residua non si tiene conto della pena pecuniaria inflitta congiuntamente a quella detentiva. 4. Il patto per il reinserimento e la sicurezza sociale consiste nella sottoscrizione da parte del condannato di impegni a svolgere attività riparativa in favore di vittime dei reati, attività culturali, istruttive, formative, di assistenza sociale e di inserimento lavorativo, di informazione e prevenzione del rischio di devianza criminale o comunque utili al reinserimento sociale, da svolgere fuori dall'istituto per un periodo pari alla pena residua da espiare, in coordinamento coi piani regionali e di zona per gli interventi ed i servizi sociali territoriali di cui alla legge 8 novembre 2000, n. 328. 5. Per favorire i patti per il reinserimento e la sicurezza sociale e per l'istituzione di strutture di accoglienza di detenuti in misura alternativa, la cassa delle ammende autorizza annualmente l'erogazione di finanziamenti pari ad almeno la metà delle entrate complessive, anche in cofinanziamento o in convenzione con le regioni, le province, i comuni o con altri enti pubblici e privati, utili all'organizzazione e allo svolgimento delle attività di cui al comma 4, ovvero per il sostegno ai condannati e agli internati indigenti nei primi sei mesi di applicazione della misura. 6. L'ammissione al regime del patto per il reinserimento e la sicurezza sociale è disposta in favore del condannato e dell'internato che ha dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione, ai fini del suo più efficace reinserimento nella società, sulla base dei risultati della osservazione della personalità, condotta dal gruppo di osservazione e trattamento dell'istituto penitenziario previsto dal regolamento di esecuzione della presente legge. 7. Fermo quanto diversamente stabilito dal presente articolo, al regime del patto per il reinserimento e la sicurezza sociale si applicano le disposizioni di cui all'articolo 47, commi da 5 a 12-*bis*, nonché le disposizioni previste dal regolamento di esecuzione della presente legge per la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale. 8. Il tribunale di sorveglianza, nel disporre l'ammissione al regime del patto per il reinserimento e la sicurezza sociale, ne fissa le modalità; definisce e impartisce altresì le disposizioni per gli interventi dell'ufficio locale dell'esecu-

zione penale esterna. Tali prescrizioni e disposizioni possono essere modificate dal magistrato di sorveglianza competente per il luogo in cui si svolge la misura alternativa. 9. Nel disporre l'ammissione al regime del patto per il reinserimento e la sicurezza sociale, il tribunale di sorveglianza, quando ne abbia accertato la disponibilità da parte delle autorità preposte al controllo, può prevedere modalità per la verifica dell'osservanza delle prescrizioni imposte, anche mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 275-*bis* del codice di procedura penale. 10. Il patto è revocato se il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appare incompatibile con la prosecuzione della misura. 11. Il patto deve essere inoltre revocato quando vengono a cessare le condizioni previste nei commi 1 e 2. 12. Il condannato ammesso al regime del patto per il reinserimento e la sicurezza sociale che si rende irreperibile è punito ai sensi dell'articolo 385 del codice penale. Si applica la disposizione dell'ultimo comma dello stesso articolo. 13. La denuncia per il delitto di cui al comma 12 comporta la sospensione del beneficio; la conseguente condanna ne comporta la revoca. 14. Se il patto per il reinserimento e la sicurezza sociale è revocato ai sensi dei commi 10 e 11 la pena residua non può essere sostituita con altra misura».

Alla citata l. n. 354 del 1975 dovrebbero essere apportate anche altre modificazioni di cui si può far menzione solo per brevi cenni:

a) all'articolo 51-*bis*, comma 1, al primo periodo, dopo le parole: «della detenzione domiciliare speciale», sono inserite le seguenti: «o del patto per il reinserimento e la sicurezza sociale» e, al secondo periodo, dopo le parole: «dell'articolo 47-*quinquies*» sono inserite le seguenti: «o ai commi 1, 2 e 7 dell'articolo 47-*septies*»;

b) all'articolo 51-*ter*, comma 1, dopo le parole: «di detenzione domiciliare speciale» sono inserite le seguenti: «o del patto per il reinserimento e la sicurezza sociale»;

c) all'articolo 54, comma 4, dopo le parole: «dei permessi premio» sono inserite le seguenti: «, del patto per il reinserimento e la sicurezza sociale»;

d) all'articolo 58-*quater*:

1) al comma 1, dopo le parole: «la detenzione domiciliare» sono inserite le seguenti: «, il patto per il reinserimento e la sicurezza sociale»;

2) al comma 2, dopo le parole: «dell'articolo 47-*ter*, comma 6» sono inserite le seguenti: «,dell'articolo 47-*septies*, comma 10».

La necessità di accorciare i tempi del processo impone un intervento anche sull'apparato, per così dire, burocratico. A ciò dovrebbero provvedere norme ove si stabilisce la creazione dell'ufficio per il processo, l'affiancamento al magistrato, dirigente giudiziario, della figura del *manager* con autonome e puntuali responsabilità e, in ultimo, la riduzione dei termini del procedimento penale nel periodo feriale da quarantacinque a venticinque giorni.

In effetti, si scrive che «1. Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, allo scopo di razionalizzare e rendere efficiente lo svolgimento dell'attività giudiziaria, negli uffici giudiziari di ogni ordine e grado è istituito l'ufficio per il processo, quale articolazione delle cancellerie e delle segreterie giudiziarie. 2. Ai fini di cui al comma 1, all'ufficio per il processo sono attribuiti: *a)* compiti e funzioni necessari per garantire assistenza ai magistrati nell'attività preparatoria e preliminare rispetto all'attività giurisdizionale, mediante istituzione di unità operative, assegnate alle sezioni, a singoli magistrati o ai gruppi di lavoro, secondo le previsioni contenute nel provvedimento di cui al comma 3, destinate, altresì, a coadiuvare i magistrati nell'organizzazione dell'attività processuale di udienza e di decisione, svolgendo attività di ricerca dottrinale e dei precedenti giurisprudenziali, curando la stesura di relazioni preliminari e collaborando nell'espletamento delle attività strumentali all'esercizio della funzione giurisdizionale; *b)* compiti strumentali finalizzati a garantire assistenza nell'esercizio dell'attività giurisdizionale, anche attraverso l'utilizzo di nuove tecnologie, collaborando alla sua semplificazione mediante la rilevazione dei flussi dei processi e la formazione e la tenuta dell'archivio informatizzato dei provvedimenti emessi, curando i rapporti con le parti e con il pubblico per i profili connessi a dette attività; *c)* compiti di monitoraggio dell'attività e dei risultati dell'ufficio per il processo e dell'ufficio giudiziario, di cui riferisce con relazione al magistrato responsabile dell'ufficio e al dirigente amministrativo, secondo le rispettive competenze, ai sensi del decreto legislativo 25 luglio 2006, n. 240. 3. La composizione, il funzionamento e le modalità di coordinamento delle attività dell'ufficio per il processo sono definiti con provvedimenti assunti dal magistrato titolare dell'ufficio giudiziario, sentiti i presidenti di sezione o i procuratori aggiunti, e dal dirigente amministrativo, che, nell'ambito delle rispettive competenze, stabiliscono compiti, obiettivi e articolazioni della struttura, tenuto conto dei carichi dell'ufficio e delle disposizioni sull'organizzazione degli uffici giudiziari. I provvedimenti di cui al periodo precedente sono inseriti nelle tabelle di cui agli articoli 7-*bis* e 7-*ter* dell'ordinamento giudiziario, di cui al regio decreto

30 gennaio 1941, n. 12, e successive modificazioni, e sono indicati nel programma delle attività annuali di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 25 luglio 2006, n. 240. 4. Per lo svolgimento delle attività di cui al comma 2, lettere *b)* e *c)*, i praticanti avvocati, i tirocinanti delle scuole di specializzazione per le professioni legali e i dottorandi di ricerca in materie giuridiche, che abbiano svolto il primo anno rispettivamente di pratica forense, di tirocinio o di dottorato, possono essere assegnati all'ufficio per il processo, per un periodo massimo di un anno non rinnovabile, mediante apposite convenzioni stipulate, nell'osservanza di modalità dirette a garantire l'imparzialità della scelta e a privilegiare il merito degli aspiranti, per il periodo massimo di due anni, dal consiglio giudiziario, sentiti i capi degli uffici giudiziari assegnatari, nonché il consiglio dell'ordine degli avvocati, le scuole di specializzazione nelle professioni legali o le università di provenienza. 5. Ai magistrati è attribuito il controllo sull'attività svolta da coloro che sono assegnati all'ufficio per il processo ai sensi del comma 4 e la disciplina delle modalità di autorizzazione al trattamento dei dati giudiziari ai sensi degli articoli 21 e 22 del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, nonché degli obblighi di riservatezza e di riserbo per quanto attiene ai dati, alle informazioni e alle conoscenze acquisite durante il periodo di collaborazione, e dell'obbligo del segreto per quanto conosciuto in ragione della loro attività, prevedendo l'obbligo di astensione dalla deposizione testimoniale per i fatti e le notizie appresi nello svolgimento dell'attività. 6. Per coloro che sono assegnati all'ufficio per il processo ai sensi del comma 4, l'ammissione al periodo di collaborazione presso l'ufficio giudiziario sospende, per tutta la sua durata, l'eventuale abilitazione al patrocinio, e comporta il divieto, in ogni fase e grado del processo, di rappresentare o difendere le parti dei procedimenti svoltisi dinanzi al magistrato affidatario, o comunque in relazione ai quali hanno svolto attività preparatoria, o di assumere da costoro qualsiasi incarico professionale. 7. Per coloro che sono assegnati all'ufficio per il processo ai sensi del comma 4 e che siano praticanti avvocati o tirocinanti delle scuole di specializzazione, il periodo di collaborazione è riconosciuto, per il tempo effettivamente prestato, al fine del completamento della pratica ovvero del tirocinio. 8. Al dirigente giudiziario spettano la titolarità e la rappresentanza dell'ufficio, nei rapporti con enti istituzionali e con i rappresentanti degli altri uffici giudiziari, nonché la competenza ad adottare i provvedimenti necessari per l'organizzazione dell'attività giudiziaria e, comunque, concernenti la gestione del personale di magistratura ed il suo stato giuridico. 9. Il dirigente amministrativo preposto all'ufficio giudiziario è responsabile della gestione del personale amministrativo, delle risorse strumentali e finanziarie e di tutte le incombenze in ordine alla gestione delle strutture e agli obblighi consequenziali, con il compito di razionalizzare e organizzare l'utilizzo delle risorse esistenti, di programmare la necessità di nuove strutture tecniche e logistiche e di provvedere al loro costante aggiornamento, di pianificare il loro sviluppo in relazione alle esigenze di esercizio della giurisdizione e alle esigenze sociali di un corretto rapporto tra servizio giustizia e cittadini, nonché di redigere annualmente un bilancio consuntivo al fine di relazionare i cittadini sull'attività svolta dall'ufficio, citando dati concreti e segnalando il suo impatto sulla cittadinanza interessata. 10. Per l'assolvimento dei compiti previsti dal d.lgs. 25 luglio 2006, n. 240, e dai commi 8 e 9 del presente articolo, i dirigenti giudiziari e i dirigenti amministrativi degli uffici giudiziari frequentano appositi corsi di formazione organizzati dal Ministero della giustizia e dalla Scuola superiore della magistratura, d'intesa tra loro.

All'art. 1 della l. 7 ottobre 1969, n. 742, dovrebbero, invece, essere apportate dette modificazioni: *a)* al primo comma, dopo le parole: «ed a quelle amministrative» sono inserite: «, ad esclusione di quanto previsto dal secondo comma»; *b)* dopo il primo comma è inserito il seguente: «Il decorso dei termini del procedimento penale è sospeso dal 1º al 25 agosto di ciascun anno e riprende a decorrere dalla fine del periodo di sospensione. Ove il decorso abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso è differito alla fine di detto periodo».

* * *

Diffamazione a mezzo stampa o altro strumento di diffusione, ingiuria e condanna del querelante

Un cenno merita il progetto C. 925 («*Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale e al codice di procedura penale in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante*») allestito il 13 maggio 2013 dall'on. Costa e attualmente all'esame dell'Assemblea, dopo essere stato assegnato alla Commissione Giustizia della Camera e aver ottenuto i pareri favorevoli, seppure sotto condizioni

e osservazioni, da parte delle Commissioni Affari costituzionali, Cultura e Trasporti. Il disegno di legge viene trattato unitamente ad altri cinque, C. 191, C. 1100, C. 1165, C. 1190, C. 1242-A, tutti con rubrica e contenuti sovrapponibili, salvo alcune sfumature. Ma, non è questa la sede per insistere su queste ultime.

La proposta, i cui punti focali sono da anni sottoposti alla disamina del Parlamento attraverso altri disegni di legge, intende dare effettività a diritti di rango sovraordinato: non sarebbe accettabile che la rigida disciplina attuale esponga il giornalista, spesso in buona fede, a rischi che interferiscono con la libertà di espressione e di critica e con il diritto di cronaca. Eppure, sino ad oggi, non si è giunti ad una soluzione capace di contemperare questa esigenza con quella, di non poco momento, di salvaguardare l'onore delle persone offese dalla notizia o dal giudizio diffamatorio.

Il reticolato che si prospetta vorrebbe agire, dapprima, sulla l. 8 febbraio 1948, n. 47 allargandone le maglie alla rettifica e stabilendo una sua applicazione anche per la stampa non periodica, riformulando il reato di diffamazione con il mezzo della stampa per fatto determinato e disciplinando il risarcimento del danno. Si pensa di apportare una serie di cambiamenti anche al codice penale (artt. 57 c.p., 594 e 595 c.p.), innovando il regime dei delitti contro l'onore, l'ingiuria, la diffamazione e quella messa in atto con il mezzo della stampa (art. 2 d.d.l.).

Da ultimo, ed è quel che maggiormente interessa, il disegno di legge mirerebbe ad agire sul codice di rito e precisamente sull'art. 427 che dovrebbe arricchirsi di un nuovo comma, il 3-*bis*, e recitare «Il giudice può altresì condannare il querelante al pagamento di una somma da 1.000 euro a 10.000 euro in favore della cassa ammende». Si auspica, quindi, una sanzione pecuniaria in ipotesi di querela temeraria. Si scorge nella Relazione che affianca il progetto una riflessione interessante – e giova darne conto -: la previsione «potrebbe risultare ultronea rispetto (…) [alla] proposta di legge, ma (…) in realtà è strettamente connessa alla *ratio* del provvedimento. Infatti, essa è volta a ridurre il rischio di querele presentate solamente come forma di pressione psicologica in vista di un risarcimento civile, fenomeno che vede proprio i giornalisti quali principali vittime».

Da ultimo, sempre per quanto concerne gli aspetti procedimentali, non stona riportare la nota della Commissione Trasporti, poste e telecomunicazioni che suggerisce di aggiungere un'ulteriore limatura al codice di procedura penale proponendo una modifica anche del comma 3 dell'art. 200 c.p.p. da sostituirsi come segue: «Le disposizioni previste dai commi 1 e 2 [l'operatività del segreto professionale: *n.d.r.*] si applicano ai giornalisti professionisti e pubblicisti, iscritti nei rispettivi elenchi dell'albo professionale, relativamente ai nomi delle persone dalle quali i medesimi hanno avuto notizie di carattere fiduciario nell'esercizio della loro professione. Tuttavia, se le [informazioni] sono indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e la loro veridicità può essere accertata solo attraverso l'identificazione della "bocca" della notizia, il giudice ordina al giornalista professionista o pubblicista di indicare la fonte [dei ragguagli ottenuti]».

CORTI EUROPEE / *EUROPEAN COURTS*

di *Antonio Balsamo*

L'esclusione del carcere per i giornalisti (*Corte e.d.u., 24 settembre 2013, Belpietro c. Italia)*

Tra i "nodi irrisolti" del sistema penale interno su cui si riscontra una forte incidenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo vi è il problema, quanto mai attuale, delle sanzioni penali applicabili nei confronti dei giornalisti per reati commessi nell'esercizio della loro professione.

Sul tema è intervenuta la sentenza emessa il 24 settembre 2013 dalla II Sezione della Corte di Strasburgo nel caso Belpietro contro Italia, che potrebbe assumere una notevole rilevanza ai fini della valutazione della legittimità costituzionale della normativa dettata dell'art. 13 della l. 8 febbraio 1948 n. 47, secondo cui «*nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, si applica la pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa non inferiore a lire 500.000*».

La pronuncia in esame ha accolto il ricorso presentato, per violazione dell'art. 10 Cedu, dall'allora direttore del quotidiano "Il Giornale", Maurizio Belpietro, il quale era stato condannato alla pena di quattro mesi di reclusione, con il beneficio della sospensione condizionale, dalla Corte di Appello di Milano, per il reato di diffamazione in danno di due magistrati già in servizio presso la Procura della Repubblica di Palermo, Giancarlo Caselli e Guido Lo Forte. L'addebito mosso al ricorrente consisteva nell'omissione del controllo - dovuto ai sensi dell'art. 57 c.p. - sul contenuto dell'articolo «*Mafia, tredici anni di scontri tra P.M. e Carabinieri*» pubblicato il 7 novembre 2004 sul predetto quotidiano. L'autore dell'articolo era il sen. Lino Iannuzzi, nei cui confronti era stata emessa, in un separato procedimento, sentenza di non luogo a procedere, avendo il Senato ritenuto che le espressioni da lui usate fossero coperte dalla garanzia di cui all'art. 68, comma 1, Cost.

Nel decidere sulle doglianze prospettate dal ricorrente, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha premesso che la stampa gioca un ruolo eminente all'interno di una società democratica, svolgendo il compito di comunicare, nel rispetto dei suoi doveri e delle sue responsabilità, informazioni e idee su tutte le questioni di interesse generale, comprese quelle relative alla giustizia. Si è inoltre precisato che, oltre alla sostanza delle idee e delle informazioni espresse, l'art. 10 della Convenzione protegge il loro modo di espressione, e che la libertà giornalistica comprende anche il possibile ricorso a una certa dose di esagerazione.

La Corte ha altresì segnalato che i limiti della critica ammissibile possono essere in determinati casi più ampi in relazione ai funzionari pubblici che agiscono nell'esercizio dei loro poteri, piuttosto che nei confronti dei semplici cittadini. Ciò tuttavia non significa che i funzionari si espongano consapevolmente ad un attento controllo dei loro fatti e gesti esattamente come nel caso degli uomini politici, e debbano essere trattati allo stesso modo di questi ultimi per quanto attiene alle critiche sul loro comportamento. Infatti, per disimpegnare le loro incombenze, i funzionari devono beneficiare della fiducia del pubblico senza indebite turbative, con la conseguenza che può rivelarsi necessaria la loro protezione contro attacchi privi di serio fondamento. E, a questo riguardo, si è rammentato che l'azione dei tribunali, i quali sono garanti della giustizia e svolgono una missione fondamentale all'interno di uno Stato di diritto, ha bisogno della fiducia del pubblico per funzionare bene.

In aggiunta, la Corte ha evidenziato che il diritto dei giornalisti di comunicare notizie su questioni di interesse generale è tutelato a condizione che essi agiscano in buona fede, sulla base di fatti esatti, e forniscano informazioni affidabili e precise nel rispetto dell'etica giornalistica. L'art. 10 §2 Cedu sottolinea che l'esercizio della libertà di espressione comporta doveri e responsabilità che valgono anche per i media in rapporto a questioni di grande interesse generale. Questi doveri e responsabilità

possono assumere ancor più rilevanza quando si rischia di offendere la reputazione di una persona determinata e di ledere i diritti altrui. Devono quindi esistere motivi specifici per poter sollevare i media dall'obbligo, che grava in linea di principio su di loro, di verificare le dichiarazioni fattuali potenzialmente diffamatorie; al riguardo, vengono in gioco la natura e il grado della diffamazione, e la questione di stabilire fino a che punto i media possano ragionevolmente considerare le loro fonti come credibili.

Infine, si è specificato che la natura e la gravità delle pene inflitte sono elementi da prendere in considerazione quando si tratta di misurare la proporzionalità dell'ingerenza. Al riguardo, la Corte di Strasburgo ha richiamato i principi già affermati con la sentenza emessa il 17 dicembre 2004 dalla Grande Camera nel caso *Cumpănă e Mazăre c. Romania*, secondo cui gli Stati, in forza degli obblighi positivi scaturenti dall'art. 8 della Convenzione, hanno la facoltà o addirittura il dovere di disciplinare l'esercizio della libertà di espressione in modo da assicurare una protezione legale adeguata alla reputazione degli individui, ma devono evitare di provvedervi mediante l'adozione di misure idonee a dissuadere i media dall'adempiere al proprio ruolo di sensibilizzare il pubblico nei casi di abuso, apparente o supposto, del potere pubblico. I soggetti impegnati nel giornalismo di inchiesta rischiano, infatti, di essere reticenti nell'esprimersi su questioni di interesse generale se corrono il pericolo di essere condannati, qualora la legislazione preveda sanzioni detentive o interdittive dall'esercizio della professione per le condotte di attacco ingiustificato alla reputazione altrui. L'effetto dissuasivo che il timore di siffatte sanzioni comporta per l'esercizio della libertà d'espressione da parte dei giornalisti è evidente. Conseguentemente, ad avviso della Corte di Strasburgo, la pena detentiva inflitta per reati commessi nel settore della stampa può essere compatibile con la libertà di espressione giornalistica solo in circostanze eccezionali, segnatamente nel caso di grave minaccia ad altri diritti fondamentali, come nelle ipotesi di diffusione di discorsi di odio e di incitamento alla violenza.

Facendo applicazione dei suesposti principi, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ravvisato una violazione dell'art. 10 Cedu non per effetto della condanna, bensì in conseguenza della irrogazione di una pena detentiva.

Precisamente, i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto che con il suddetto articolo erano state mosse accuse gravi nei confronti di funzionari dello Stato, non sopportate da elementi obiettivi. Hanno, inoltre, escluso ogni contrasto con la Convenzione dell'art. 57 c.p., che impone un dovere di controllo al direttore del giornale, ed hanno esplicitato che la qualità di membro del Parlamento rivestita dall'autore dell'articolo non può esonerare il direttore del quotidiano dal dovere di rifiutare la pubblicazione di affermazioni diffamatorie, sottolineando che la libertà d'espressione degli eletti dal popolo non è illimitata, in quanto sarebbe ingiustificabile un totale diniego di accesso alla giustizia a fronte di affermazioni diffamatorie compiute da membri del parlamento in assenza di un legame evidente con la loro attività parlamentare.

La Corte europea ha poi osservato che il direttore del giornale è responsabile del modo in cui l'articolo è presentato e della rilevanza che gli viene attribuita nell'ambito della pubblicazione. Nel caso in esame, la presentazione grafica contribuiva a corroborare presso i lettori le tesi esposte nell'articolo, comprese quelle che si risolvevano in un attacco alla reputazione professionale dei magistrati del pubblico ministero.

Conseguentemente, si è escluso che la condanna del ricorrente fosse di per sé incompatibile con l'art. 10 Cedu.

Si è però rilevato che la pena detentiva inflitta poteva assumere un significativo effetto dissuasivo, senza che ricorressero circostanze eccezionali suscettibili di giustificare il ricorso a una sanzione così severa, trattandosi di omesso controllo nel quadro di una diffamazione.

In considerazione della natura e della misura della sanzione irrogata al ricorrente, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dunque ritenuto che, nel caso di specie, l'ingerenza nel suo diritto alla libertà di espressione non fosse proporzionata al fine legittimo perseguito.

La sentenza Belpietro, che riprende argomentazioni già sviluppate in altre pronunce, apre il problema della compatibilità con l'art. 10 Cedu della legislazione nazionale che impone il ricorso alla pena detentiva nell'ipotesi di diffamazione commessa col mezzo della stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato.

Sulla base delle specifiche indicazioni ermeneutiche provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo potrebbe, in effetti, essere sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 della l. 8 febbraio 1948, n. 47, per violazione dell'art. 117 Cost., in relazione al "parametro interposto" dell'art. 10 Cedu.

L'indirizzo seguito dalla Corte di Strasburgo è finalizzato ad assicurare una tutela rafforzata al ruolo della stampa, incisivamente qualificata come "cane da guardia della democrazia", che rende possibile

la sottoposizione dell'attività politica al controllo dell'opinione pubblica e favorisce la partecipazione dei cittadini al processo decisionale.

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

La paternità di tale concezione viene comunemente attribuita all'intellettuale inglese Edmund Burke, la cui attività politica, saggistica e filosofica si sviluppò negli ultimi decenni del XVIII secolo, in posizione esplicitamente critica nei confronti dell'illuminismo, ma sulla base di un bagaglio concettuale profondamente radicato nella cultura liberale. Secondo Thomas Carlyle, proprio Burke durante un dibattito parlamentare del 1792 avrebbe valorizzato fortemente il ruolo della stampa come "quarto stato" (*fourth estate*), ritenuto "più importante" dei tre ordini di potere tradizionali (gli "stati", rispettivamente formati dalla nobiltà, dal clero e dai "comuni") presenti in via ufficiale nel parlamento britannico. Si tratta di una visione che inserisce la stampa tra i pesi e contrappesi di una democrazia rappresentativa, esaltandone la funzione politica svolta nell'interesse della collettività secondo modalità "informali", parallele ai tradizionali canali istituzionali di natura ufficiale. Questo ordine di idee ha mantenuto una grande carica di attualità anche due secoli dopo il tramonto dei tre "stati" presenti in parlamento e la compiuta affermazione del principio di separazione dei poteri.

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

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

In questa prospettiva, se il ricorso alla pena detentiva appare di regola incompatibile con il "diritto vivente" formatosi nell'interpretazione dell'art. 10 Cedu, va però segnalato il rischio che l'applicazione della sola pena pecuniaria conduca a trattare la sanzione penale come un semplice "costo di produzione" dell'informazione (cfr. Giudici, *Il caso Belpietro c. Italia: la pena detentiva per la diffamazione è contraria all'art. 10 CEDU, Diritto Penale Contemporaneo*, 26 settembre 2013).

De jure condendo, sembra quindi preferibile la predisposizione di una più articolata strategia sanzionatoria, che comprenda la sperimentazione di diverse misure quali le pene prescrittive, ben conosciute in altri ordinamenti nei quali il rapporto tra *mass media* e giustizia forma oggetto di una ampia attenzione da parte dei giuristi e dell'opinione pubblica.

* * *

Processo equo e diritto dell'arrestato all'assistenza difensiva
(*Corte e.d.u., 17 settembre 2013, Fazlı Kaya c. Turchia)*

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha accolto il ricorso presentato da un cittadino turco condannato alla pena di 12 anni e 6 mesi di reclusione per la sua appartenenza ad una organizzazione illegale; l'istante lamentava la violazione dell'art. 6 della Convenzione allegando, segnatamente, di non avere avuto accesso ad un difensore durante il periodo di custodia cautelare, nel quale era stato, peraltro, sottoposto a diversi interrogatori, negando sempre la propria responsabilità.

Il governo turco, invece, sosteneva che le restrizioni imposte al diritto di accesso al difensore da parte del ricorrente durante il periodo di custodia non avevano violato il suo diritto ad un "processo equo".

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha rilevato che le restrizioni imposte al diritto all'assistenza legale avevano natura sistemica e si applicavano a tutte le persone tenute in custodia cautelare in connessione con un reato rientrante nella competenza delle Corti per la Sicurezza dello Stato. Si è pertanto ravvisata una violazione dell'art. 6 §3 lett. *c)*, Cedu in collegamento con l'art. 6 §1.

È stato, così, riaffermato l'orientamento già espresso dalla Corte di Strasburgo in alcune precedenti pronunce aventi ad oggetto casi analoghi (Corte e.d.u., 13 ottobre 2009, ric. 7377/03 *Daya-*

nan c. Turchia; Corte e.d.u., 27 novembre 2008, ric. 36391/02 *Salduz c. Turchia*), nei quali sono stati fissati alcuni significativi principi sul diritto dell'accusato ad essere assistito da un difensore di sua scelta, sancito dall'art. 6 §3 lett. *c)*, Cedu.

La suddetta disposizione, come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, richiede di norma che l'indagato possa beneficiare dell'assistenza del difensore sin dai primi momenti degli interrogatori di polizia. Tale diritto può essere compresso soltanto eccezionalmente, in presenza di ragioni imperative. Ma in ogni caso, le restrizioni, benché giustificate, non devono pregiudicare indebitamente i diritti dell'accusato. Un simile pregiudizio si verifica in modo irrimediabile quando le dichiarazioni incriminanti fatte durante un interrogatorio di polizia senza assistenza difensiva sono utilizzate per fondare la condanna (Corte e.d.u., 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, cit.). Allo stesso modo, quando il silenzio mantenuto dall'interrogato possa poi essere valutato sfavorevolmente del giudice, il diniego di prendere contatto con un avvocato determina una lesione del principio del "processo equo" (Corte e.d.u., 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*).

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha progressivamente fornito una lettura particolarmente rigorosa dall'art. 6 §3 lett. *c)*, Cedu, con riferimento alla individuazione del momento in cui sorge il diritto all'assistenza difensiva e alla legittimità delle restrizioni dei contatti tra l'accusato detenuto e il difensore, giungendo, infine, ad escludere che la mancanza di assistenza difensiva durante le prime fasi degli interrogatori di polizia possa essere "compensata" dalla possibilità di contestare le iniziali dichiarazioni nella successiva fase dibattimentale.

Alla base di questo orientamento vi è la considerazione della necessità della protezione dell'accusato contro coercizioni abusive da parte delle autorità, anche al fine di evitare errori giudiziari e di garantire la "parità delle armi tra accusa e difesa", nonché la sottolineatura dell'importanza assunta dalla fase investigativa per la preparazione del procedimento penale (dato che le prove raccolte in questa fase determinano il quadro in cui il reato verrà preso in considerazione nel corso del giudizio). Si ritiene quindi che la situazione di vulnerabilità in cui si trova l'imputato nella fase investigativa - il cui effetto è amplificato dalla crescente complessità della normativa processuale penale segnatamente con riguardo all'introduzione e all'utilizzazione della prova - possa essere compensata in maniera adeguata, nella maggioranza dei casi, soltanto dall'assistenza di un legale, avente, tra l'altro, il compito di assicurare il rispetto del diritto di non autoincriminarsi (Corte e.d.u., 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, cit.).

La Corte di Strasburgo ha altresì riconosciuto che l'imputato in stato di custodia cautelare deve poter beneficiare dell'assistenza del difensore indipendentemente dagli interrogatori cui potrebbe essere sottoposto, ed ha specificato che la discussione del caso, l'organizzazione della difesa, la ricerca di prove favorevoli, la preparazione degli interrogatori, il sostegno dell'imputato in difficoltà e il controllo sulle condizioni di detenzione sono elementi fondamentali della difesa che l'avvocato deve poter liberamente esercitare (Corte e.d.u., 2 marzo 2010, *Adamkiewicz c. Polonia*).

Si evidenzia comunque che l'imputato è libero di rinunziare consapevolmente all'assistenza del difensore, a condizione che tale rinuncia sia inequivoca ed assistita da garanzie sufficienti (come la circostanza che la polizia abbia espressamente avvertito l'accusato della possibilità di essere assistito da un legale; cfr. Corte e.d.u., 23 febbraio 2010, *Yoldaş c. Turchia*).

CORTE COSTITUZIONALE

di *Alessia Ester Ricci*

Illegittima la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere per il reato di sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione *ex* art. 630 c.p.
(*C. cost., sent. 18 luglio 2013, n. 213*)

La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p., come modificato dall'articolo 2 del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 («*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*»), convertito, con modificazioni, dalla l. 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 630 c.p., è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

Nel giudizio di legittimità costituzionale promosso dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Bologna (con ordinanza del 21 giugno 2012), il giudice rimettente reputa estensibili ai procedimenti relativi a detto reato le considerazioni che hanno già indotto la Suprema corte a dichiarare costituzionalmente illegittima la norma censurata in rapporto a numerose altre figure criminose. Al pari di queste ultime, neppure il delitto previsto dall'art. 630 c.p. potrebbe essere assimilato ai delitti di mafia, in relazione ai quali la Corte ha ritenuto giustificabile la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere, stabilita dalla disposizione sottoposta a scrutinio. Alla luce dei correnti indirizzi giurisprudenziali, infatti, il sequestro di persona a scopo estorsivo può essere integrato da fattispecie concrete di disvalore fortemente differenziato, tanto sul piano delle modalità della condotta che dell'offesa agli interessi protetti, le quali potrebbero bene proporre anche esigenze cautelari suscettibili di essere soddisfatte con misure diverse dalla custodia carceraria.

Secondo il rimettente, la presunzione censurata si porrebbe, di conseguenza, in contrasto – conformemente a quanto già deciso dalla Corte – con i principi di eguaglianza e di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di inviolabilità della responsabilità penale (art. 13, comma 1, Cost.), nonché con la presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2, Cost.).

Nel ritenere fondata la questione, la Corte ribadisce che «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa» (C. cost., sent., nn. 331, 231 e 164 del 2011, nn. 265 e 139 del 2010).

Conseguentemente - ad avviso della Corte - anche in rapporto al delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, valgono, con gli opportuni adattamenti, le medesime considerazioni svolte in ordine ai delitti per i quali non è stata ritenuta estensibile la *ratio* giustificativa del regime derogatorio già ravvisata in rapporto ai delitti di mafia.

Pur nella particolare gravità che il fatto assume nella considerazione legislativa, anche nel caso in esame la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia carceraria non può considerarsi, infatti, rispondente a un dato di esperienza generalizzato, ricollegabile alla «struttura stessa» e alle «connotazioni criminologiche» della figura criminosa. Dal paradigma legale tipico esula, in specie, il necessario collegamento dell'agente con una struttura associativa permanente. Alla luce della descrizione del fatto incriminato, non è neppure escluso che questo possa costituire frutto di iniziativa meramente

individuale. Ma quando pure – come avviene nella generalità dei casi – il sequestro risulti ascrivibile ad una pluralità di persone, esso può comunque mantenere un carattere puramente episodico od occasionale, basarsi su una organizzazione solo rudimentale di mezzi e recare una limitata offesa agli interessi protetti (libertà personale e patrimonio). Dal che deve conclusivamente inferirsi che in un numero non trascurabile di casi le esigenze cautelari potrebbero trovare risposta in misure diverse e meno afflittive della custodia carceraria.

In conclusione, a parere della Corte costituzionale, ciò che vulnera i valori costituzionali non è la presunzione in sé, ma il suo carattere assoluto, che implica una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del «minore sacrificio necessario». Di contro, la previsione di una presunzione solo relativa di adeguatezza della custodia carceraria – atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio suggerita da aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi di segno contrario – non eccede i limiti di compatibilità costituzionale, rimanendo per tal verso non censurabile l'apprezzamento legislativo circa la ordinaria configurabilità di esigenze cautelari nel grado più intenso (C. cost. n. 57 del 2013, n. 110 del 2012, nn. 331, 231 e 164 del 2011, n. 265 del 2010).

* * *

Giudizio abbreviato e violazione del diritto all'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole

(*C. cost., sent. 18 luglio 2013, n. 210*)

La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, del d.l. 24 novembre 2000, n. 341 («*Disposizioni urgenti per l'efficacia e l'efficienza dell'Amministrazione della giustizia*»), convertito, con modificazioni, dalla l. 19 gennaio 2001, n. 4; dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, del d.l. 24 novembre 2000, n. 341 («*Disposizioni urgenti per l'efficacia e l'efficienza dell'Amministrazione della giustizia*»), convertito, con modificazioni, dalla l. 19 gennaio 2001, n. 4, sollevata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione; dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 del d.l. n. 341 del 2000, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 4 del 2001, sollevata, in riferimento agli articoli 3 e 117, comma 1, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 7 Cedu.

Con ordinanza depositata il 10 settembre 2012, la Corte di cassazione, Sezioni Unite penali, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'articolo 7 Cedu, questioni di legittimità costituzionale degli articoli 7 e 8 del decreto-legge n. 341 del 2000, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 4 del 2001, nella parte in cui tali disposizioni interne operano retroattivamente e, più specificamente, in relazione alla posizione di coloro che, pur avendo formulato richiesta di giudizio abbreviato nella vigenza della sola legge 16 dicembre 1999, n. 479, sono stati giudicati successivamente, quando cioè, a far data dal pomeriggio del 24 novembre 2000, era entrato in vigore il citato decreto-legge, con conseguente applicazione del più sfavorevole trattamento sanzionatorio previsto dal medesimo decreto.

L'ordinanza della Corte di cassazione muove dal presupposto che il ricorrente si trovi in una in una situazione analoga a quella che nel caso Scoppola contro Italia aveva formato oggetto della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 17 settembre 2009.

Secondo le sezioni unite rimettenti «tale precedente sovranazionale», censurando il meccanismo processuale col quale si attribuisce efficacia retroattiva all'art. 7, comma 1, del d.l. n. 341 del 2000, qualificato come norma d'interpretazione autentica dell'art. 442 c.p.p. (nel testo risultante dalla modifica operata dalla l. n. 479 del 1999) enuncia, in linea di principio, una «regola di giudizio di portata generale, che, in quanto tale, è astrattamente applicabile a fattispecie identiche a quella esaminata» e quindi anche al caso dell'attuale ricorrente. Ne conseguirebbe che l'avere inflitto al ricorrente, la cui posizione è sostanzialmente sovrapponibile a quella di Scoppola, la pena dell'ergastolo, anziché quella di trent'anni di reclusione, avrebbe violato il suo diritto all'applicazione retroattiva (art. 7 Cedu) della legge penale più favorevole, e la violazione inevitabilmente si rifletterebbe, con effetti perduranti in fase esecutiva, sul diritto fondamentale alla libertà personale.

Pertanto, la norma contenuta nell'art. 7 e di riflesso quella del successivo art. 8 del d.l. n. 341 del 2000 sarebbero in contrasto, in primo luogo, con il parametro di cui all'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, e quindi alla norma interposta contenuta nell'art. 7 Cedu, e, stante il suo carattere retroattivo, con l'art. 3 Cost., violando il canone di ragionevolezza e il principio di uguaglianza; essa, infatti, interverrebbe sull'art. 442, comma 2, ultimo periodo,

c.p.p. nel testo risultante dalla l. n. 479 del 1999, in assenza di una situazione di oggettiva incertezza del dato normativo di riferimento. Tradirebbe poi il principio dell'affidamento connaturato allo Stato di diritto, legittimamente sorto nel soggetto al momento della scelta del rito alternativo regolato da una norma più favorevole. Determinerebbe, infine, ingiustificate disparità di trattamento, dipendenti dai variabili tempi processuali, tra soggetti che versano in un'identica posizione sostanziale.

La Corte costituzionale, nel reputare rilevante e fondata nel merito la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, del d.l. n. 341 del 2000, sollevata in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 7 Cedu, osserva che la sentenza della Corte e.d.u., 17 settembre 2009, *Scoppola contro Italia* ha affermato che l'art. 442, comma 2, c.p.p. costituisce «una disposizione di diritto penale materiale riguardante la severità della pena da infliggere in caso di condanna secondo il rito abbreviato» e che l'art. 7, comma 1, d.l. n. 341 del 2000, nonostante la formulazione, non è in realtà una norma interpretativa, perché «l'art. 442, comma 2, c.p.p. non presentava alcuna ambiguità particolare; esso indicava chiaramente che la pena dell'ergastolo era sostituita da quella della reclusione di anni trenta, e non faceva distinzioni tra la condanna all'ergastolo con o senza isolamento diurno».

Si tratta, a parere della Corte, di valutazioni ineccepibili anche in base all'ordinamento interno: la natura sostanziale della disposizione dell'art. 442, comma 2, c.p.p. è stata già chiaramente affermata dalle sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza 6 marzo 1992, n. 2977 ed è vero, inoltre, che l'art. 7, comma 1, del d.l. n. 341 del 2000 costituisce solo formalmente una norma interpretativa: è questa una qualifica non corrispondente alla realtà, che gli è stata data per determinare un effetto retroattivo, altrimenti non consentito. Infatti, come è stato precisato dalla stessa Corte, «la legge interpretativa ha lo scopo di chiarire "situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo", in ragione di "un dibattito giurisprudenziale irrisolto" (C. cost., sent. n. 311 del 2009), o di "ristabilire un'interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore" (ancora C. cost., sent. n. 311 del 2009), a tutela della certezza del diritto e dell'eguaglianza dei cittadini» (C. cost., sent. n. 103 del 2013 e n. 78 del 2012) e nessuna di queste ragioni sorregge la norma impugnata.

Ancora, la Corte e.d.u., con la sentenza Scoppola del 17 settembre 2009, ha ritenuto, mutando il proprio precedente e consolidato orientamento, che «l'art. 7, paragrafo 1, della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa», che si traduce «nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della commissione 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»; si tratta nell'ambito dell'art. 7, paragrafo 1, della Cedu, di un principio analogo a quello contenuto nel quarto comma dell'art. 2 c.p., che dalla Corte di Strasburgo è stato elevato al rango di principio della Convenzione.

Posto questo principio, la Corte rileva che «l'articolo 30 della legge n. 479 del 1999 si traduce in una disposizione penale posteriore che prevede una pena meno severa» e che «l'articolo 7 della Convenzione […] imponeva dunque di farne beneficiare il ricorrente». Di conseguenza, secondo la Corte, «nella fattispecie vi è stata violazione dell'articolo 7, paragrafo 1, della Convenzione».

Secondo un orientamento costante della giurisprudenza di legittimità «le norme della Cedu – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione (art. 32, paragrafo 1, Cedu) – integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali» (C. cost., nn. 236, n. 113, n. 80 – che conferma la validità di tale ricostruzione dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 – e n. 1 del 2011; n. 196 del 2010; n. 311 del 2009), e deve perciò concludersi che, costituendo l'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, rispetto all'art. 117, comma 1, Cost., una norma interposta, la sua violazione, riscontrata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza della Grande Camera del 17 settembre 2009, *Scoppola contro Italia*, comporta l'illegittimità costituzionale della norma impugnata.

Un profilo di inammissibilità è invece ravvisabile dalla Corte rispetto alla questione avente ad oggetto l'art. 8 del d.l. n. 341 del 2000, che disciplina, in via transitoria, il potere dell'imputato di revocare la richiesta di giudizio abbreviato nel termine di trenta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto in questione; infatti, mentre le censure di costituzionalità riguardano sia l'art. 7 sia l'art. 8 del d.l. n. 341 del 2000, nell'ordinanza di rimessione manca la motivazione sulla rilevanza della questione relativa a

quest'ultima norma, della quale non è indicato l'ambito di applicabilità nel giudizio principale.

In ultimo, riguardo alla questione di legittimità costituzionale proposta con riferimento all'art. 3 Cost. la Corte costituzionale ritiene che essa sia inammissibile, perché non attiene alla necessità di conformarsi a una sentenza della Corte e.d.u., cioè al solo caso che può giustificare un incidente di legittimità costituzionale sollevato nel procedimento di esecuzione nei confronti di una norma applicata nel giudizio di cognizione.

* * *

Illegittima la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere per il reato di violenza sessuale di gruppo ex. art. 609-octies c.p.

(*C. cost., sent. 18 luglio 2013, n. 232*)

La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 275, comma 3, terzo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'articolo 2 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 («*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*»), convertito, con modificazioni, dalla l. 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'articolo 609-*octies* del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

Ad avviso del rimettente sarebbero riferibili anche alla fattispecie in questione le ragioni che hanno indotto questa Corte a dichiarare costituzionalmente illegittima la norma censurata in relazione a numerose altre figure criminose.

Esclusa la praticabilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata, il giudice rimettente ritiene la norma censurata in contrasto con i principi di uguaglianza e di ragionevolezza (art. 3 Cost.), con il principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13, comma 1, Cost.) e con la presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2, Cost.), principi che portano a individuare nel «"minor sacrificio necessario" il criterio che deve informare la materia delle misure cautelari personali» e a considerare che «le restrizioni della libertà personale dell'indagato o dell'imputato nel corso del procedimento debbono assumere connotazioni chiaramente differenziate da quelle della pena».

Nel ritenere la questione fondata, la Corte osserva che la «più intensa lesione del bene della libertà sessuale» (C. cost., sent. n. 325 del 2005) ricollegabile alla violenza sessuale di gruppo – se ha orientato le opzioni del legislatore nella prospettiva della definizione di un severo trattamento sanzionatorio – non offre un fondamento giustificativo costituzionalmente valido al regime cautelare speciale previsto dalla norma censurata. Infatti, nonostante l'indiscutibile gravità del fatto, che «peserà opportunamente nella determinazione della pena inflitta all'autore, quando ne sia riconosciuta in via definitiva la colpevolezza», anche nel caso della violenza sessuale di gruppo, la presunzione assoluta di cui si discute non è rispondente a un dato di esperienza generalizzato, ricollegabile alla «struttura stessa» e alle «connotazioni criminologiche» della figura criminosa, non trattandosi di un «reato che implichi o presupponga necessariamente un vincolo di appartenenza permanente a un sodalizio criminoso con accentuate caratteristiche di pericolosità – per radicamento nel territorio, intensità dei collegamenti personali e forza intimidatrice – vincolo che solo la misura più severa risulterebbe, nella generalità dei casi, in grado di interrompere» (C. cost., sent. n. 164 del 2011).

Né può argomentarsi, nel senso della legittimità della presunzione assoluta in questione, sulla base del carattere necessariamente plurisoggettivo del delitto di violenza sessuale di gruppo. Secondo la Corte, è di tutta evidenza, infatti, la profonda differenza tra il paradigma punitivo ritenuto idoneo a giustificare la presunzione assoluta in esame e la connotazione normativa del delitto di cui all'art. 609-*octies* c.p., in relazione al quale la giurisprudenza di legittimità ha chiarito la differenza tra la nozione di gruppo e quella di associazione, quest'ultima ricollegabile al requisito della apposita creazione di una organizzazione, sia pure minima e rudimentale (Cass., sez. III, 3 giugno 1999, n. 11541). Se alla differenza della nozione di gruppo rispetto a quella di organizzazione – quest'ultima, peraltro, ancora insufficiente, di per sé sola, ad assicurare la tenuta costituzionale della presunzione in esame – si aggiunge la considerazione che, per consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, il delitto di cui all'art. 609-*octies* c.p. può perfezionarsi anche con il concorso di due sole persone, ossia con un numero di partecipi inferiore a quello necessario

alla configurazione di qualsiasi figura di associazione per delinquere, emerge l'inidoneità della fattispecie criminosa della violenza sessuale di gruppo a rispondere a «dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*» (C. cost., sent. n. 139 del 2010), in forza dei quali riconoscere la legittimità della presunzione assoluta di cui alla norma censurata.

SEZIONI UNITE

di *Antonio Pagliano*

Il giudizio di equivalenza già ribadito non rende obbligatoria la diminuzione di pena anche in caso di riconoscimento di una circostanza attenuante o dell'esclusione di una aggravante

(Cass., sez. un., 2 agosto 2013, n. 33752)

In merito al contrasto ermeneutico relativo alla possibilità per il giudice di appello, dopo avere escluso una circostanza aggravante o concesso un'attenuante, di confermare la pena applicata in primo grado senza effettuare, in presenza di un già riconosciuto giudizio di equivalenza fra le residue circostanze, alcuna diminuzione, le Sezioni Unite hanno affermato che tale possibilità rientra pienamente nella potestà decisionale del giudice del gravame.

Nel risolvere il riferito contrasto, il massimo organo di legittimità ha preliminarmente inteso chiarire come la questione in oggetto attenga, tanto alla corretta individuazione del perimetro del divieto di *reformatio in peius*, quanto alla sempre assai controversa tematica dell'ambito di operatività della cognizione del giudice di appello. Altresì, afferma il collegio, resta fermo il principio secondo cui il divieto di *reformatio in peius* debba necessariamente riguardare non solo il risultato sanzionatorio finale ma anche tutti gli elementi del calcolo della pena stessa in considerazione del fatto che la obbligatoria diminuzione della pena complessiva in conseguenza dell'accoglimento dell'impugnazione proposta dall'imputato deve comportare la riduzione dell'entità di uno degli elementi costitutivi del trattamento sanzionatorio, non potendo essa mai essere compensata da un aumento della misura di un altro elemento.

Poste tali premesse, le Sezioni Unite hanno affermato che il giudice dell'impugnazione, pur dopo l'esclusione di una circostanza aggravante o il riconoscimento di una ulteriore circostanza attenuate, è pienamente legittimato a confermare l'entità della pena edittale comminata in primo grado senza dover necessariamente provvedere ad operare una diminuzione della pena fissata dal giudice di prime cure. L'omessa riduzione della pena, secondo il Collegio, non violerebbe i principi già citati e contenuti nei commi 3 e 4 dell'art. 597 c.p.p.; sempre che, ovviamente, si sia in presenza di un già riconosciuto giudizio di comparazione fra le varie circostanze.

Ciò che pertanto discrimina le due distinte ipotesi in cui è o non è obbligatoria la riduzione della pena a seguito dell'accoglimento dei motivi dell'imputato sul mancato riconoscimento di una circostanza attenuante o sull'erronea applicazione di una circostanza aggravante è la sussistenza o meno di un già riconosciuto giudizio di equivalenza fra circostanze di segno opposto. Ove tale equivalenza sia stata già riconosciuta dal giudice di prime cure, un eventuale accoglimento in ordine all'applicazione di una circostanza attenuante o all'esclusione di una aggravante può non determinare una diminuzione della pena inflitta in primo grado. Diminuzione che, al contrario, diventa obbligatoria in assenza del giudizio di equivalenza riconosciuto in primo grado.

Tale conclusione viene avvalorata dalla costatazione che il micro sistema delle impugnazioni di secondo grado intende limitare la cognizione del giudice ai soli punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi preposti, con poche e tassative eccezioni, fissando altresì il più volte evocato divieto di *riformatio in peius* in caso di sola impugnazione dell'imputato. Invero, nessun richiamo o riferimento al divieto di *reformatio in peius* risulta rinvenibile nella disposizione di cui al comma 5 dell'art. 597, non potendosi al contempo procedere ad una sorta di "lettura integrata" della norma sulla base del disposto di cui al comma che lo precede.

D'altronde, affermano le Sezioni Unite, risulterebbe assai incongrua la presunzione assoluta della necessità di modifica del precedente giudizio nell'ipotesi in trattazione poiché essa implicherebbe non già una mera riduzione della pena ma un'obbligatoria formulazione di un giudizio più favorevole,

passando dalla equivalenza alla preminenza. Ragionando diversamente, affermano infine i giudici, si escluderebbe in capo all'organismo di seconde cure un autonomo spazio deliberativo che determinerebbe una sorta di efficacia demolitiva del giudizio di comparazione operato in primo grado, anche in presenza del riconoscimento di una attenuate o dell'esclusione di una aggravante in virtù di elementi solo marginali per qualità o quantità.

Tuttavia, sottolineano le Sezioni Unite, in presenza di una diversa valutazione da parte della corte di appello circa il riconoscimento di una circostanza attenuante o l'esclusione di una aggravante che però non determini un mutamento del giudizio di equivalenza già riconosciuto senza pertanto incidere sulla pena comminata in primo grado, sorge un pregnante obbligo motivazionale. Ne consegue che una eventuale motivazione inadeguata o mancante può essere fatta oggetto di sindacato di legittimità, con eventuale annullamento della sentenza, come è accaduto nel caso da cui è scaturita la pronuncia in oggetto.

Chiamata *de relato* e *mutual corroboration*

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 14 maggio 2013, n. 20804 – Pres. Lupo; Rel. Milo - Vecchio

La chiamata in correità o in reità de relato, *anche se non asseverata dalla fonte diretta, il cui esame risulti impossibile, può avere come unico riscontro, ai fini della prova della responsabilità penale dell'accusato, altra o altre chiamate di analogo tenore, purché siano rispettate le seguenti condizioni: a) risulti positivamente effettuata la valutazione della credibilità soggettiva di ciascun dichiarante e dell'attendibilità intrinseca di ogni singola dichiarazione, in base ai criteri della specificità, della coerenza, della costanza, della spontaneità; b) siano accertati i rapporti personali fra il dichiarante e la fonte diretta, per inferirne dati sintomatici della corrispondenza al vero di quanto dalla seconda confidato al primo; c) vi sia la convergenza delle varie chiamate, che devono riscontrarsi reciprocamente in maniera individualizzante, in relazione a circostanze rilevanti del "thema probandum"; d) vi sia l'indipendenza delle chiamate, nel senso che non devono rivelarsi frutto di eventuali intese fraudolente; e) sussista l'autonomia genetica delle chiamate, vale a dire la loro derivazione da fonti di informazione diverse.*

[*Omissis*]

1. La Corte di assise di appello di (omissis), con sentenza del 29 aprile 2010, depositata il 9 luglio successivo, confermava la decisione in data 16 gennaio 2009 della Corte di assise di (omissis), che, ricostruendo le vicende relative alla guerra di mafia scatenatasi, nell'arco temporale compreso tra il 1991 e il 1995, tra l'articolazione agrigentina di "cosa nostra" e l'associazione, pure di stampo mafioso, denominata "stidda", aveva dichiarato:

– …. colpevole dei reati di partecipazione all'associazione mafiosa "cosa nostra" con contestazione "aperta" (capo A), di omicidio premeditato in danno di … e …., commesso il 24 dicembre 1991 (capo K), di omicidio premeditato in danno di …., commesso il 26 agosto 1992 (capo M), di tentato omicidio premeditato in danno di …, commesso il 4 ottobre 1992 (capo O), di detenzione e porto illegali delle armi utilizzate per l'esecuzione dei fatti di sangue (capi L, N, P), reati - fine tutti aggravati ai sensi degli artt. 112, comma primo, n. 1, c.p. e 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e lo aveva condannato alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno per un anno e mesi sei

– … e …. colpevoli di concorso nell'omicidio premeditato in danno di …. e dei connessi reati in materia di detenzione e porto illegali di armi, aggravati ai sensi degli artt. 112, comma primo, n. 1, c.p. e 7 d.l. n. 152 del 1991, commessi il 28 settembre 1992 (capi Y, Z), e li aveva condannati alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno per un anno;

– … colpevole dei reati di partecipazione all'associazione mafiosa (capo A), di tentato omicidio premeditato in danno di …, commesso l'11 agosto 1991 (capo I), di omicidio premeditato in danno di … (capo M), di detenzione e porto illegali delle armi utilizzate per tali fatti di sangue (capi J, N), reati - fine aggravati ai sensi degli artt. 112, comma primo, n. l, c.p. e 7 d.l. n. 152 del 1991, e lo aveva condannato alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno per un anno;

– … colpevole del reato di cui agli artt. 378, comma secondo, c.p. e 7 d.l. n. 152 del 1991, per avere favorito, tra il 13 gennaio e il luglio 1991, la latitanza di … (capo B), e lo aveva condannato alla pena di anni due e mesi sei di reclusione;

– … colpevole dei reati di omicidio premeditato in danno di … e … (capo K), di tentato omicidio premeditato in danno di … (capo O), di omicidio premeditato in danno di …, commesso il 5 ottobre 1991 (capo S), di omicidio premeditato in danno di …, commesso il 7 settembre 1991 (capo W), di tentato omicidio premeditato in danno di …, commesso il 15 gennaio 1992 (capo U), di omicidio premeditato in danno di …, commesso il 24 ottobre 1995 (capo AA), di omicidio premeditato in danno di …, commesso il 6 luglio 1991 (capo CC), di detenzione e porto illegali delle armi utilizzate per l'esecuzione dei fatti di sangue (capi L, P, T, X, V, BB, DD), illeciti tutti aggravati ai sensi degli artt. 112, comma primo, n. 1, c.p. e 7 d.l. n. 152 del 1991, e lo aveva condannato alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno per anni due e mesi sei;

– … colpevole dei reati di partecipazione all'associazione mafiosa (capo A), di tentato omicidio premeditato in danno di … (capo I), di detenzione e porto illegali delle armi utilizzate per l'esecuzione di tale illecito (capo J), reati - fine aggravati ai sensi degli artt. 112, comma primo, n. 1, c. p.

e 7 d.l. n. 152 del 1991, e lo aveva condannato alla pena di anni sedici di reclusione e di euro mille di multa;
– … colpevole dei reati di partecipazione all'associazione (capo A), di tentato omicidio premeditato in danno di … (capo I), di omicidio premeditato in danno di S. S. (capo M), di tentato omicidio premeditato in danno di … (capo U), di detenzione e porto illegali delle armi utilizzate per l'esecuzione di tali fatti di sangue (capi J, N, V), reati - fine aggravati ai sensi degli artt. 112, comma primo, n. 1, c. p. e 7 d.l. n. 152 del 1991, nonché di omicidio premeditato in danno di … e di soppressione del cadavere del medesimo, illeciti questi ultimi due commessi in epoca prossima al 17 dicembre 1990 (capi EE, FF), e lo aveva condannato alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno per un anno.

2. Il Giudice distrettuale perveniva alla conferma della pronuncia di colpevolezza degli imputati in ordine ai reati come loro rispettivamente addebitati, facendo leva sul materiale probatorio integrato essenzialmente dalle propalazioni di numerosi collaboratori di giustizia – …, ed altri, tutti comunque esponenti di primo piano dell'articolazione di "cosa nostra" operante in (omissis) - i quali avevano avuto, in alcuni casi, cognizione diretta dei fatti oggetto del presente procedimento, per avervi materialmente partecipato, e, in altri casi, avevano riferito quanto appreso da altri soggetti.

[*Omissis*]

3. Hanno proposto ricorso per cassazione, a mezzo dei rispettivi difensori, gli imputati … e, con atti sottoscritti personalmente, gli imputati …

Ha proposto ricorso per cassazione, a mezzo del proprio difensore e procuratore speciale, anche la parte civile …

3.1. Ricorso...

Il ricorrente denuncia promiscuamente, ai sensi dell'art. 606, comma 1, lettere b) ed e), c.p.p., inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche di cui si deve tenere conto nella applicazione della legge penale, in relazione agli artt. 40, 56, 575 e 577, comma primo, numero 3, c.p., nonché vizio della motivazione.

Erroneamente la Corte territoriale, omettendo di prendere in considerazione quanto esposto nell'atto di appello e nella memoria in data 28 aprile 2010, aveva desunto la responsabilità dell'imputato dalla condizione di "avvicinato", dal ruolo di custode del materiale balistico e delle autovetture, nonché dai meri compiti esecutivi espletati; contraddittoriamente, poi, aveva fatto riferimento ai compiti affidati di volta in volta al giudicabile, per ricondurre genericamente la responsabilità per i singoli fatti reato alla posizione associativa, senza verificare la sussistenza di concreti ed idonei dati probatori.

In particolare, con riferimento al duplice omicidio … reato perpetrato in danno di vittime diverse da quella designata, il Giudice distrettuale non aveva offerto la dimostrazione della compartecipazione del ricorrente, che non era stato preventivamente informato, al diverso omicidio consumato; la chiamata in correità proveniente, in ordine a tale imputazione, da ... era assolutamente sprovvista di riscontri, non potendosi ritenere tali i contributi dichiarativi, del tutto insufficienti, del collaborante … Quanto all'omicidio di … non si era data adeguata risposta alla eccepita inattendibilità delle dichiarazioni rese dal collaborante ... Anche in relazione al tentato omicidio di..., i rilievi difensivi proposti in sede di appello erano rimasti del tutto privi di replica.

[*Omissis*]

3.8. Ricorso …

Con un primo motivo, il ricorrente lamenta la violazione degli artt. 192, commi 2 e 3, c.p.p., 110, 575, 577, comma primo, n. 3, c.p. e il connesso vizio di motivazione in relazione all'omicidio di …

Deduce, in particolare, che la Corte di merito aveva fatto leva, ai fini probatori, sulle dichiarazioni di alcuni collaboratori di giustizia … senza una adeguata valutazione in ordine all'attendibilità soggettiva di ciascun dichiarante, senza dare rilevo alle dissonanze emerse (e specificamente evidenziate) tra i vari propalanti e senza farsi carico di ricercare precisi riscontri individualizzanti; i riscontri erano stati ravvisati in sole considerazioni di carattere logico, non essendo stato possibile escutere le fonti dirette, che erano state indicate o in persone decedute o nello stesso imputato. Richiama la giurisprudenza di legittimità che esclude la riscontrabilità reciproca delle chiamate in reità de relato.

Censura la motivazione nelle parti relative alla ritenuta sussistenza dell'aggravante della premeditazione e al diniego delle circostanze attenuanti generiche.

Con il secondo motivo, denuncia la violazione degli artt. 192, commi 2 e 3, c.p.p., 110, 575, 577, comma primo, n. 3, 61 n. 2 c.p., 7 d.l. n. 152 del 1991, 10, 12, 14 legge 14 ottobre 1974 n. 497 in relazione all'omicidio di …

Evidenzia che la pronuncia di colpevolezza riposava sulle dichiarazioni dei collaboranti …, non coincidenti tra loro e sfornite di riscontri individualizzanti: il primo aveva riferito che lo ... si era recato, prima della commissione del delitto, dal … per chiedere l'autorizzazione e vi era successivamente ritornato per informarlo dell'avvenuta esecuzione; il secondo, invece, aveva riferito di avere chiesto personalmente l'autorizzazione al reggente di (omissis) (F.), non ricordano se a lui si accompagnava, nell'occasione, … ed aggiungendo che quest'ultimo aveva comunque partecipato con gli altri sodali alla deliberazione del delitto. Censura, inoltre, la motivazione della sentenza di merito nella parte relativa al diniego delle circostanze attenuanti generiche e alla ritenuta sussistenza dell'aggravante della premeditazione e di quella di cui all'art. 7 d.l. n. 152 del 1991.

Con il terzo motivo, deduce il vizio di motivazione in ordine al formulato giudizio di responsabilità per il tentato omicidio di …

Pone in evidenza, in particolare, che tra il giorno in cui era stato deliberato il delitto (all'indomani della prima strage di (omissis)) e quello in cui era stato eseguito erano trascorsi ben 17 giorni, durante i quali ben potevano essere cambiati, come di frequente accade nell'ambito delle consorterie mafiose, i mandanti e gli esecutori materiali; dell'incarico conferitoda … allo …. di accorciare le canne del fucile da utilizzare per l'omicidio aveva parlato soltanto … e non anche gli altri collaboranti (i fratelli ….); pure la partecipazione dell'imputato alla fase esecutiva, con ruolo di supporto per la fuga, era stata riferita dal solo …;

le dichiarazioni de relato del collaborante ... erano dotate di scarsissima valenza probatoria. Censura la sentenza di merito anche nella parte relativa alla ritenuta sussistenza dell'aggravante della premeditazione e di quella ad effetto speciale di cui all'art. 7 d.l. n. 152 del 1991.

Con il quarto motivo, denuncia il vizio di motivazione in relazione al tentato omicidio di …., evidenziando che non si era data adeguata risposta agli specifici e puntuali rilievi formulati con l'atto di appello in ordine alla genericità delle dichiarazioni accusatorie dei collaboranti …., alla scarsa valenza delle dichiarazioni de relato rese da …., al contrasto tra le dichiarazioni di …

Anche in relazione a tale illecito, ribadisce la censura sulla non configurabilità dell'aggravante della premeditazione e di quella di cui all'art. 7 d.l. n. 152 del 1991. Con il quinto motivo, lamenta il vizio di motivazione sulla partecipazione al sodalizio mafioso, ritenuta sulla base delle dichiarazioni dei collaboranti, che lo avevano indicato come "avvicinato", qualità questa non sufficiente ad integrare la condotta partecipativa; nonché la mancanza di motivazione sul diniego delle circostanze attenuanti generiche, la cui concessione era stata sollecitata in appello per tutti i reati contestati.

[*Omissis*]

4. Con ordinanza del 23 maggio 2012, la Quinta Sezione penale, assegnataria dei ricorsi, ne ha rimesso la decisione alle Sezioni Unite, per risolvere il rilevato contrasto di giurisprudenza sulla questione di diritto, sollevata espressamente da alcuni ricorrenti (…) ed estensibile anche alla posizione di altri, in ordine alla possibilità o meno, ai fini del giudizio di responsabilità penale, di reputare conforme alla regola di giudizio di cui all'art. 192, comma 3, c.p.p. la chiamata in reità o in correità de relato riscontrata esclusivamente da altra chiamata de relato.

La Sezione rimettente richiama ed analizza gli opposti orientamenti ermeneutici della giurisprudenza di legittimità, per inferirne il carattere dirimente della questione di diritto prospettata e, quindi, la necessità di risolvere il rilevato contrasto interpretativo.

5. Il Primo Presidente, con decreto in data 2 luglio 2012, ha assegnato - ex art. 618 c.p.p. - il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione l'odierna udienza pubblica.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. La questione di diritto per la quale i ricorsi sono stati rimessi alle sezioni unite è la seguente: «se la chiamata in reità o in correità de relato, in assenza della possibilità di esaminare anche la fonte diretta, possa avere come unico riscontro, ai fini della prova di responsabilità penale dell'accusato, un'altra chiamata de relato».

2. Si contrappongono al riguardo, come rileva l'ordinanza di rimessione, due diversi orientamenti della giurisprudenza di legittimità.

2.1. Un primo indirizzo interpretativo esclude che la chiamata in correità o in reità de auditu, non confermata dalla fonte di riferimento, possa essere riscontrata, ai fini della prova della colpevolezza del chiamato, esclusivamente da altra chiamata di analoga natura. Ciò perché i riscontri estrinseci, a conforto di dichiarazioni caratterizzate da "credibilità congenitamente carente", devono essere certi, univoci, specifici, individualizzanti, sì da consentire un collegamento diretto ed obiettivo con i fatti contestati e con la persona imputata.

La tesi presuppone il riconoscimento di una sorta di gerarchia tra le varie ipotesi di chiamata, genericamente indicate nell'art. 192 c.p.p., nel senso che le stesse si differenzierebbero sul piano della maggiore o minore attendibilità.

La chiamata in correità, infatti, comportando un notevole rischio personale per il dichiarante, in quanto contiene, oltre all'accusa nei confronti del correo, anche la confessione del fatto proprio, presenta oggettivamente un grado di attendibilità intrinseca più elevato rispetto alla chiamata in reità ed è più agevolmente riscontrabile.

La chiamata in reità, invece, non comportando, per l'assenza del momento confessorio, alcun rischio personale per il dichiarante in ordine al fatto denunciato, è di per sé meno attendibile e necessita, quindi, di approfondimenti estremamente più rigorosi, sì da penetrare in ogni aspetto della dichiarazione, dalla causale alla efficacia rappresentativa della dichiarazione stessa.

Differenziato è anche l'approccio circa il grado di attendibilità della chiamata de relato e di quella diretta.

Alla prima, assimilabile per struttura alla testimonianza indiretta ed annoverata, come pure si è sostenuto, nel genus degli indizi, è allegata una valenza probatoria inferiore rispetto a quella della seconda, con l'effetto che, anche in tale caso, la ricerca dei riscontri esterni, obiettivi e individualizzanti che ne confermino l'attendibilità deve essere particolarmente rigorosa. Tra tali riscontri non possono essere ricomprese altre dichiarazioni de relato, proprio perché la congenita debolezza dimostrativa delle medesime è inidonea a colmare il "deficit probatorio" della prima dichiarazione di analogo tenore. In sostanza, pur non escludendosi in astratto la *mutual corroboration* tra dichiarazioni *de auditu*, si sottolinea che, per poterla attuare, ciascuna di esse deve essere, per così dire, "vestita" da riscontri specifici di diversa natura (Sez. VI, n. 16939 del 20 dicembre 2011, dep. 7 maggio 2012, De Filippi, Rv. 252631; Sez. V, n. 37239 del 9 luglio 2010, Canale, Rv. 248648; Sez. V, n. 43464 del 9 maggio 2002, Pinto, Rv. 223544).

2.2. Altro orientamento ermeneutico ritiene coerente con le regole di valutazione della prova dettate dall'art. 192 c.p.p. l'idoneità, in via generale, della chiamata in correità o in reità de relato, riscontrata da altra chiamata di identica natura, aintegrare la prova del giudizio di responsabilità penale, purché dette chiamate, sottoposte a penetrante vaglio critico, si rivelino intrinsecamente attendibili, convergenti, specifiche, indipendenti, vale a dire non frutto di pregresse intese fraudolente, e autonome, cioè derivanti da una fonte diretta non comune e non espressione della c.d. "circolarità della notizia" (Sez. I, n. 33398 del 4 aprile 2012, Rv. 252930; Sez. I, n. 34545 del 28 febbraio 2012, Rv. 252937; Sez. I, n. 31695 del 23 giugno 2010, Rv. 248013; Sez. I, n. 1560 del 21 novembre 2006, dep. 19 gennaio 2007, Rv. 235801; Sez. I, n. 1263 del 20 ottobre 2006, dep. 18 gennaio 2007, Rv. 235800; Sez. V, n. 36451 del 24 giugno 2004, Rv. 230240; Sez. IV, n. 35569 del 16 aprile 2003, Rv. 228299; Sez. I, n. 29679 del 13 giugno 2001, Rv. 219889; Sez. V n. 9001 del 15 giugno 2000, Rv. 217729; Sez. II, n. 3616 del 17 dicembre

1999, dep. 20 marzo 2000, Rv. 215558; Sez. V, n. 14272 dell'8 ottobre 1999, Rv. 215800; Sez. IV, n. 6343 del 31 marzo 1998, Rv. 211625; Sez. I, n. 11344 del 10 maggio 1993, Rv. 195775).

A sostegno di tale conclusione, si sottolinea, nelle decisioni che hanno affrontato *ex professo* il tema specifico (cfr., in particolare, la seconda delle sentenze citate), che negare rilevanza probatoria alla chiamata indiretta, riscontrata soltanto da altra chiamata della medesima natura, darebbe luogo ad una sorta di «valutazione "legale" della portata probatoria di un fatto comunque rilevante, da affidare invece al prudente apprezzamento del giudicante», in coerenza col principio del libero convincimento del giudice.

3. Osserva la Corte che questo secondo orientamento è più in linea con le regole di valutazione della prova di cui all'art. 192 c.p.p., anche se, come meglio si preciserà in seguito, non può essere marginalizzato, per così dire, in una mera operazione di calcolo matematico, vale a dire in una meccanica e asettica trasposizione della regola della convergenza del molteplice, quasi che la semplice esistenza di due o più chiamate de auditu convergenti costituisca sempre e comunque prova della responsabilità del chiamato ed integri, di per sé, una sorta di prova legale, che prescinda, rendendole ininfluenti, dalla disamina e dalla complessiva e coordinata valutazione dei restanti dati probatori eventualmente acquisiti.

4. Procedendo con ordine, deve rilevarsi innanzi tutto che, ai sensi dell'art. 187 c.p.p., oggetto della prova sono «i fatti che si riferiscono all'imputazione».

Il *thema probandum* logicamente deve trovare preciso ancoraggio ai principi di rilevanza e di pertinenza, onde scongiurare il rischio di rendere indeterminato l'oggetto stesso dell'accertamento penale.

"Provare" altro non significa che fornire la dimostrazione di un fatto umano sociale verificatosi, secondo determinate modalità, in un certo contesto spazio temporale.

Si è efficacemente rilevato in dottrina che la prova, con particolare riferimento a quella dichiarativa, non è mai un fatto in sé bensì una affermazione, che deve essere verificata come vera o come non vera sull'esistenza di un fatto passato.

Una serie di affermazioni vere e convergenti su un determinato accadimento del passato integra la prova del medesimo come fatto giuridico, dal quale derivano determinate conseguenze legali.

5. L'art. 192 c.p.p., il cui contenuto è sintetizzato nella rubrica («Valutazione della prova»), si limita ad un mera operazione ricognitiva finalizzata ad avallare, sotto il profilo normativo, come si è osservato in dottrina, «effetti già "pretoriamente" conseguiti» nel vigore del codice del 1930 in ordine al peso probatorio da allegarsi a taluni dati conoscitivi di controversa efficacia dimostrativa, ribadendo il cardine attorno a cui ruota l'attività dello *ius dicere*, vale a dire il principio del libero convincimento del giudice.

La citata norma, infatti, s'inserisce in un consolidato filone giurisprudenziale, che col previgente codice di rito si era attestato su posizioni di particolare rigore in materia di valutazione dell'efficacia probatoria di emergenze istruttorie ritenute sospette (dichiarazioni rese da coimputato o da imputato di reato connesso in sede di interrogatorio libero ex artt. 348-bis e 450-bis c.p.p. 1930), e non rappresenta altro che la trasposizione normativa di principi già cristallizzati nel diritto vivente.

Il principio del libero convincimento implica che il giudice ha ampia libertà di valutare tutti gli elementi di prova legittimamente acquisiti e di avallare, in relazione all'attendibilità degli stessi, alla credibilità delle fonti, all'idoneità di massime di esperienza o di leggi scientifiche, il discorso inferenziale sul quale si basano le ricostruzioni dell'accusa o della difesa.

Il significato delle prove acquisite sul tema dell'imputazione e la loro valenza in concreto non possono che essere apprezzati soltanto dal giudice, costituendo ciò l'essenza stessa della funzione giurisdizionale, da preservare rispetto a qualunque costrizione normativa.

La nozione di intime conviction risale all'illuminismo e rappresenta una forma di emancipazione del giudice dalle strettoie delle prove legali, che caratterizzavano il percorso procedurale dell'Ancien Régime.

6. È, in particolare, il comma 1 dell'art. 192 c.p.p. che detta la regola generale, secondo cui «il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati», raccordando così, con corrispondenza biunivoca, l'aspetto valutativo all'obbligo di motivazione. È proprio tale obbligo la spia e la riconferma del valore ideale del principio del libero convincimento, quale punto di riferimento del processo valutativo dei dati probatori.

Nella stessa Relazione al Progetto preliminare del codice (p. 61) si chiarisce che «l'art. 192 conferma la scelta in favore del principio del libero convincimento del giudice di cui offre una formulazione che in parte ricorda il disposto dell'art. 116 c.p.c. [«il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento...»]. Decisamente nuovo è, però, il raccordo tra convincimento del giudice e obbligo di motivare: su un piano generale, esso mira a segnalare, anche a livello legislativo, come la libertà di apprezzamento della prova trovi un limite in principi razionali che devono trovar risalto nella motivazione; sotto un profilo più strettamente operativo, il nesso vuol fare risaltare il contenuto della motivazione in fatto, chesi esprime nella enunciazione delle risultanze processuali e nella indicazione dei criteri di valutazione [...] utilizzati per vagliare il fondamento della prova».

Il principio in esame non è posto in crisi dalle previsioni contenute nei commi successivi dell'art. 192 c.p.p., in cui si codifica, forse superfluamente, apparendo sufficiente la previsione contenuta nel comma 1 dello stesso articolo, un "segnale didattico" per la valutazione di dati probatori che, isolatamente considerati, si rivelano di minore efficacia dimostrativa, quali - da un lato - gli indizi in genere e - dall'altro - quegli specifici indizi costituiti dai contributi dichiarativi di coimputati del medesimo reato, di imputati in procedimento connesso a norma dell'art. 12 c.p.p. e di imputati di un reato collegato ex art. 371, comma 2, lett. b), c.p.p.: i primi, per integrare la prova del fatto, devono essere «gravi, precisi e concordanti»; la valutazione probatoria dei secondi è subordinata anche alla simultanea presenza di «altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità».

La selezione di tali linee - guida lungo le quali il giudice, nell'operazione intellettiva di valutazione di questa tipologia di prove, deve muoversi si atteggia a metodo euristico, normativamente imposto, per scrutinare prove legalmente acquisite e verificarne la conducenza rispetto all'enunciazione accusatoria; si pone, almeno in apparenza, come deroga al principio del libero convincimento, senza determinarne, però, una effettiva contrazione o addirittura il superamento sotto il profilo contenutistico; non introduce, in via indiretta, un limite negativo di prova legale a tale principio e quindi una regola di esclusione probatoria; lascia al decidente, in assenza di qualunque indicazione aprioristica di segno contrario, la libertà di utilizzare anche propalazioni di chiamanti in correità o in reità prive di riscontri e legittimamente acquisite, non per inferirne la sicura sussistenza del fatto a carico dell'accusato (caso in cui è necessaria la conferma ab extra), ma nella prospettiva, per esempio, di evidenziare una trama di mendacio ordita in danno del medesimo soggetto, attinto da chiamate plurime.

Si richiede soltanto, sotto il profilo metodologico, un più rigoroso sforzo nell'evidenziare l'efficacia dimostrativa di dati di per sé meno affidabili, in quanto non autosufficienti ad affermare l'altrui colpevolezza, senza minimamente incidere sulla libertà di valutazione del giudice di merito, la quale non è condizionata, come avviene in un regime di prova legale, da un esito precostituito, ma è semplicemente guidata da più pregnanti criteri "razionali" di analisi, nella prospettiva di pervenire ad un risultato logicamente apprezzabile, che non sia espressione di discrezionalità incontrollabile e connotata dei caratteri dell'arbitrio.

In sostanza, si richiede al giudice di spiegare con puntualità, in ossequio al disposto dell'art. 546, comma l, lett. e), c.p.p., le ragioni della pronuncia, sì da indurlo a seguire, con la più ampia libertà valutativa e pur nel rispetto dei criteri normativi dettati dall'art. 192 c.p.p., un itinerario argomentativo che assicuri uno standard di adeguatezza quanto più elevato possibile.

Il metodo legale di valutazione della prova non ingloba indirettamente la regola di esclusione della stessa. Il primo si differenzia, sotto il profilo ontologico - funzionale, dalla seconda.

Quest'ultima opera nella fase prodromica a quella della valutazione, impedendo, in particolare, l'acquisizione e conseguentemente la valutazione di un determinato dato cognitivo, al quale viene negata qualsiasi valenza epistemologica, con l'ulteriore effetto che l'inosservanza del divieto è presidiata dalla sanzione dell'inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p.

Il primo presuppone la legittima acquisizione della prova e, come si è incisivamente osservato in dottrina, «orienta il giudice nell'operazione volta ad assegnare un valore epistemologico alla prova».

7. In un sistema incentrato sul principio del libero convincimento del giudice, appare poco coerente una catalogazione gerarchica in senso piramidale dei tipi di prova secondo una loro asserita ed astratta idoneità dimostrativa, sganciata dalla specifica realtà processuale.

La valutazione dell'efficacia di un mezzo di prova, quale che esso sia, deve tenere conto della dinamica operativa del medesimo all'interno del contesto processuale in cui viene acquisito. A fronte della libertà di valutazione del giudice, non può trovare spazio, come si è rilevato in dottrina, «una prefissione normativa dell'efficacia della prova»; è consentita soltanto una indicazione legislativa della metodologia di acquisizione e di verifica dei mezzi di prova.

8. Ciò posto, l'attenzione va polarizzata sulla questione specifica rimessa all'esame delle Sezioni unite, vale a dire la valenza probatoria della chiamata in correità o in reità de relato.

Oggetto di tale mezzo di prova sono circostanze di fatto non percepite personalmente dal dichiarante, ma a costui riferite da altri e, quindi, frutto di conoscenza, per così dire, di "seconda mano".

La persona cioè che riferisce in giudizio le percezioni altrui, a lei confidate, del fatto da provare finisce con l'offrire una attestazione non originale del fatto medesimo, con l'effetto che la valutazione delle corrispondenti dichiarazioni deve essere orientata, come si preciserà, da criteri di particolare rigore.

L'intuibile diffidenza verso la prova inoriginale aumenta logicamente in maniera direttamente proporzionale ai gradi di inoriginalità (informazioni di seconda, terza, quarta mano e così via), in quanto crescono le possibilità di errore o addirittura di inganno, che si riverberano sul fatto da accertare, sfumandone progressivamente i contorni, sino al punto da rendere sempre più difficoltosa, se non impossibile, la individuazione del vero. Tale situazione può paragonarsi alla visibilità di un corpo attraverso uno o più strati di vetro: il corpo si scorge distintamente attraverso un solo vetro, la visione è sempre meno chiara e deformata per l'interposizione di altri strati di vetro.

8.1. La chiamata de relato si traduce - di norma - in una chiamata in reità, stante la sua provenienza da imputato di reato connesso o collegato, il quale riferisce fatti che, avendoli appresi da altri, lo vedono quasi sempre estraneo rispetto al reato che viene in considerazione.

Non può escludersi tuttavia che il propalante de relato abbia avuto un ruolo nella vicenda delittuosa raccontata, anche se, in relazione ad alcuni aspetti della medesima, non sia stato diretto protagonista, ma destinatario di altrui confidenze: si pensi al killer di mafia, divenuto collaboratore di giustizia, il quale riferisce in ordine alla fase esecutiva di un omicidio e indica, per cognizione diretta, i complici con i ruoli dagli stessi spiegati nella esecuzione del delitto; in ordine alla causale dell'omicidio e al mandante, invece, riferisce quanto appreso dai sodali, non avendo avuto diretti contatti con il vertice del sodalizio e non avendo partecipato alla fase deliberativa e organizzativa del delitto. In tal caso, è di tutta evidenza che il dichiarante è un chiamante in correità diretto per alcuni aspetti della vicenda e de auditu per altri.

La chiamata *de relato*, pur non essendo espressamente evocata nel codice, non è da questo ignorata o ritenuta inutilizzabile, in quanto trova significativi riferimenti normativi nella disciplina dei mezzi di prova attraverso i quali la stessa chiamata è veicolata nel processo.

8.2. L'art. 210 c.p.p. detta, infatti, un'apposita regolamentazione per l'esame dibattimentale della persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'art. 12, comma 1, lett. a), c.p.p.; mezzo di prova - questo - che normalmente introduce la chiamata in correità o in reità, diretta o indiretta che sia.

La richiamata norma, dopo le previsioni circa la citazione, le modalità attraverso le quali deve procedersi all'esame, i diritti dell'esaminando (con particolare riferimento alla facoltà di non rispondere), stabilisce, al comma 5, che si applicano le disposizioni dettate dall'art. 195 c.p.p. per la testimonianza indiretta, il che chiarisce, in maniera inequivoca, l'intenzione del legislatore del 1988 di comprendere tra i mezzi di prova indicati nel Libro III, Titolo II, Capo II del codice di rito anche la chiamata in correità o in reità de auditu effettuata da imputato in procedimento connesso, tanto da imporre le medesime cautele e limitazioni previste per la testimonianza indiretta.

L'ambito di operatività dell'istituto disciplinato dall'art. 210 c.p.c., a seguito della riforma introdotta dalla legge 10 marzo 2001, n. 63, si è ovviamente ridotto rispetto a quello definito nell'originaria versione della medesima disposizione, il cui comma 1 risulta oggi circoscritto alle «persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'art. 12, comma l, lett. a)», le quali non possono assumere, ai sensi dell'art. 197-bis c.p.p., l'ufficio di testimone.

L'istituto in esame si applica anche, secondo quanto prevede il comma 6 dell'art. 210 c.p.p., alle «persone imputate in un procedimento connesso ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett. c), o di un reato collegato a norma dell'art. 371, comma 2, lett. b)», soltanto se le medesime «non hanno reso in precedenza dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato».

8.3. Con l'entrata in vigore della legge n. 63 del 2001, altro mezzo di prova attraverso cui vengono introdotte nel processo le chiamate de relato è la testimonianza assistita, prevista dall'art. 197-bis c.p.p.

Tale norma, pur non richiamando, a differenza dell'art. 210 c.p.p., l'art. 195 c.p.p., non rende inapplicabile quest'ultima disposizione, il cui espresso richiamo sarebbe stato pleonastico, considerato che il teste assistito è un vero e proprio testimone e quindi soggiace, sia pure con un peculiare regime di assunzione e valutazione dei relativi dieta, alle regole dettate per la testimonianza indiretta.

8.4. La chiamata de relato, infine, può essere fatta anche dall'imputato nel medesimo processo nel corso del suo esame, ipotesi questa implicitamente disciplinata dall'art. 209 c.p.p., dettante le regole per l'esame delle parti e che, però, per espressa indicazione, esclude l'applicabilità delle regole della testimonianza indiretta, previsione questa giustificata, nella Relazione al Progetto preliminare del codice, dall'esigenza, data la peculiare posizione dell'imputato, di «acquisire tutto quanto sia venuto a sua conoscenza anche per via indiretta» (p. 64).

La lettera della norma desta, in verità, non poche perplessità circa la sua razionalità e la parità di trattamento con l'analoga situazione in cui l'imputato, non giudicato cumulativamente ai suoi coimputati, sia esaminato ex art. 210 c.p.p. nel procedimento connesso a norma dell'art. 12, comma 1, lett. a), c.p.p.; ciò perché finisce, almeno in apparenza, per sottrarre a qualsiasi verifica i dicta de relato eteroaccusatori del predetto soggetto e per rendere irragionevolmente non operativa la causa di inutilizzabilità prevista dall'art. 195, comma 3, c.p.p. e persino quella di cui al comma 7 della stessa norma (rifiuto od omessa indicazione della fonte diretta). È evidente quindi un possibile contrasto con l'art. 3 della Carta Fondamentale.

Una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 209 c.p.p. induce a ritenere, come sostenuto da autorevole dottrina, che quando l'imputato non si limiti a parlare della propria responsabilità ma riferisca circostanze di fatto confidategli da terzi in relazione all'altrui responsabilità andrebbe equiparato, in via analogica, al soggetto indicato dall'art. 210 c.p.p., con conseguente applicazione delle regole di cui all'art. 195 c.p.p. In sostanza, la voluntas legis di abilitare l'imputato ad enunciare, senza preclusioni di sorta, tutte le proprie conoscenze sui fatti di causa - ivi incluse quelle apprese da altri soggetti o anonime - non può che essere letta nell'ottica di valorizzare, con riferimento circoscritto alla sola posizione personale del dichiarante, la finalità squisitamente difensiva connessa alla natura giuridica dell'esame dibattimentale. Ciò non toglie, però, che la dichiarazione de relato contra alios resta pur sempre un tema di prova che non può essere sottratto, ove ne ricorrano i presupposti, all'operatività dell'art. 195 c.p.p..

9. Il rilievo che il legislatore del 1988 non ha sostanzialmente mostrato indifferenza verso la chiamata in correità o in reità de relato, affermando l'applicabilità - in astratto – alla medesima delle regole di cui all'art. 195 c.p.p., non può tuttavia prescindere dall'ulteriore rilievo circa il concreto utilizzo che di tale peculiare mezzo di prova viene fatto nei processi di criminalità organizzata. In tali processi, infatti, il dichiarante de auditu è di solito un collaboratore di giustizia o comunque un soggetto inserito in una realtà criminale, il quale riferisce quanto appreso da altri sodali o comunque da persone intranee a gruppi criminali; soltanto in casi marginali le informazioni riferite provengono da testimoni estranei ai fatti oggetto di accusa.

Ciò posto, è necessario stabilire se l'obbligatorietà - prevista a pena di inutilizzabilità dal comma 3 dell'art. 195 c.p.p. - dell'audizione, a richiesta di parte, della fonte diretta operi anche nell'ipotesi in cui questa si identifichi con un imputato nel medesimo processo, con un imputato in processo connesso o collegato ovvero con un testimone assistito.

9.1. Premesso che, nei processi di criminalità organizzata, accade spesso che il chiamante in correità o in reità riferisca legittimamente confidenze ricevute da un imputato, non ostandovi il divieto di cui all'art. 62 c.p.p., norma che, pur rubricata «divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato», si riferisce alle sole dichiarazioni rese in un contesto procedimentale (Sez. II, n. 46607 del 19 novembre 2009, Rv. 246563; Sez. II n. 4439 del 2 dicembre 2008, dep. 2 febbraio 2009, Rv. 243274), deve ritenersi che, in tale evenienza, il disposto dell'art. 195 c.p.p. non impone l'escussione della fonte diretta.

Tale opzione ermeneutica è legittimata, innanzi tutto, dal tenore letterale della norma, la quale, prevedendo che «il giudice, a richiesta di parte, dispone che queste [Cioè le fonti dirette] siano chiamate a deporre» (comma 1) e «può disporre anche d'ufficio l'esame» (comma 2), presuppone in capo all'organo giudicante il potere di ottenere la presenza in dibattimento della fonte diretta ai fini dell'esame e quindi connessi poteri, quale quello di disporre l'accompagnamento coattivo (artt. 132, 133, 490 c.p.p.), che non può avere come destinatario l'imputato, il quale può essere sottoposto ad esame solo se ne fa richiesta o vi consente (art. 208 c.p.p.). Milita, inoltre, a favore di tale interpretazione l'argomento logico - sistematico che fa ritenere incongruo a seconda dei casi - l'obbligo o la facoltà del giudice di escutere la fonte diretta, che, identificandosi con l'imputato, non può essere chiamata a rendere dichiarazioni che possono pregiudicare la sua posizione (Sez. II, n. 17107 del 22 marzo 2011, Rv. 250252; Sez. VI, n. 33750 dell'11 maggio 2005, Rv. 232043; Sez. V. n. 26628 del 25 marzo 2004, Rv. 229863; Sez. V, n. 552 del 13 marzo 2003, dep. 12 gennaio 2004, Rv. 227021).

9.2. A diversa conclusione deve pervenirsi, quanto meno sul piano formale, laddove l'autore della confidenza extraprocessuale, riferita nel corso dell'esame dibattimentale dal dichiarante de relato, sia un imputato in procedimento connesso o collegato ai sensi dell'art. 210 c.p.p.

Con riferimento a tale figura "ibrida", che è a metà strada tra l'imputato e il testimone, l'applicazione dell'art. 195 c.p.p. è doverosa in quanto, come detto, espressamente prevista dal comma 5 dell'art. 210 c.p.p..

Non può tuttavia essere sottaciuto che, qualora la fonte primaria, identificabile nell'imputato connesso o collegato, si avvalga, ex art. 210, comma 4, c.p.p., della facoltà di non rispondere, la dichiarazione di seconda mano è comunque utilizzabile, anche se non sottoposta al vaglio della fonte diretta (Sez. I, n. 26284 del 6 luglio 2006, Rv. 235001; Sez. IV, n. 46556 del 4 ottobre 2004, Rv. 231465).

9.3. È il caso di precisare che ad analoga conclusione deve pervenirsi allorché il dictum stragiudiziale provenga da imputati che abbiano assunto obblighi testimoniali ai sensi degli artt. 64, comma 3, lett. c), e 197-bis c.p.p., non essendo più tutelato in modo assoluto il loro diritto al silenzio, fatte salve le ipotesi marginali di cui all'art. 197-bis, comma 4, e 198, comma 2, c.p.p. a garanzia di tale diritto.

9.4. Non è, quindi, sempre necessario, per l'utilizzabilità delle chiamate de relato, acquisire le dichiarazioni del soggetto di riferimento: non lo prescrive la legge (si pensi al caso in cui manchi l'espressa richiesta di parte o a quello in cui il giudice non ritenga di disporre d'ufficio l'audizione della fonte primaria ovvero quando l'esame di questa risulti impossibile) né lo impone la logica.

Osserva, al riguardo, la Corte che si è progressivamente consolidato l'orientamento in base al quale, pur individuando l'art. 195, comma 3, c.p.p. soltanto tre casi di impossibilità di esaminare l'originaria fonte della notizia (morte, infermità o irreperibilità), deve escludersi che tale elenco sia tassativo e che non possano essere individuati, nella pratica, altri casi di impossibilità oggettiva, assimilabili a quelli indicati dal legislatore (Sez. II, n. 17107 del 22 marzo 2011, Rv. 250252; Sez. IV, n. 37434 del 12 giugno 2003, Rv. 226036).

Tali sono certamente i casi esaminati ai tre punti che precedono, posto che i soggetti di riferimento non hanno l'obbligo di sottoporsi all'esame (imputato nel medesimo procedimento e imputato in procedimento connesso o collegato) o di deporre (teste assistito, nei casi tassativamente previsti dall'art. 197-bis, comma 4, e 198, comma 2, c.p.p.).

In sostanza, il confronto con le dichiarazioni del soggetto di riferimento è soltanto un modo - tra l'altro non l'unico né da solo sufficiente - per verificare la veridicità dei relata.

Né va sottaciuto che, in caso di convergenza delle due dichiarazioni, le stesse si fonderebbero virtualmente in un'unica, non idonea di per sé a provare il fatto storico oggetto di giudizio, in quanto sarebbe comunque imprescindibile, proprio perché la notizia deriva *ex unica fonte*, la ricerca di ulteriori elementi estrinseci di riscontro sia di natura oggettiva che soggettiva (ciò ovviamente non vale ove la fonte primaria sia un testimone puro).

10. In un sistema ruotante intorno al principio del libero convincimento del giudice, pertanto, la chiamata de relato è comunque utilizzabile ed ha una sua efficacia, ove anche la fonte primaria non possa essere compulsata (imputato nel medesimo procedimento che non ne fa richiesta o non vi consente) o si avvalga della facoltà di non rispondere (imputato in procedimento connesso o collegato) o ne divenga impossibile l'audizione (morte, infermità, irreperibilità).

È indubbio che, in tali ipotesi, la valutazione del mezzo di prova di cui si discute assume caratteri di particolare complessità, nel senso che, provenendo da persona che riferisce fatti non per scienza diretta, impone al giudice del merito diapprezzare, con particolare attenzione e prudenza, l'efficacia del medesimo mezzo di prova nella sua dinamica operativa all'interno dello specifico contesto processuale.

La struttura della chiamata de relato è certamente complessa: trattasi di prova rappresentativa rispetto all'accadimento della narrazione resa al dichiarante dalla fonte originaria; si manifesta, in relazione alla valenza da allegare al narrato di quest'ultima, come prova critica ed assume la morfologia dell'indizio.

Nel sistema considerato tuttavia non rileva l'aspetto strutturale della prova, vista nella sua staticità, bensì la sua efficacia dimostrativa, quale frutto di una scrupolosa e approfondita valutazione effettuata, in concreto, nell'ambito di uno specifico processo.

Non va sottaciuto, invero, che ben possono esserci casi in cui una chiamata de auditu, per l'ampiezza e la precisione dei dettagli che la contraddistinguono, può rivelarsi molto più attendibile ed affidabile di una generica chiamata diretta e persino di una testimonianza vaga ed imprecisa.

La libertà di convincimento del giudice non tollera, come si è detto, una classificazione dei tipi di prova in base ad una loro predeterminata e differenziata idoneità dimostrativa; è compatibile, invece, con una indicazione normativa circa i metodi, che possono essere diversi, di acquisizione e di verifica dei mezzi di prova, non incidendo

tale indicazione sulla efficacia dei medesimi, che è astrattamente la stessa e deve essere, di volta in volta, liberamente apprezzata e valutata con riferimento al caso concreto.

11. La chiamata in correità o in reità de relato, in quanto contenuta nelle dichiarazioni eteroaccusatorie rese da uno dei soggetti indicati nell'art. 192, commi 3 e 4, c.p.p. (coimputato o imputato in procedimento connesso o collegato), non può che soggiacere ai criteri di valutazione della prova ivi previsti, nel senso che la sua attendibilità deve trovare conferma in altri elementi di prova, con conseguente accentuazione, in ossequio alla previsione di cui al comma 1 dello stesso articolo, dell'obbligo di motivazione del convincimento del giudice.

L'art. 192 c.p.p., per la sua generica formulazione, priva di indicazioni limitatrici, assume, pertanto, importanza centrale nella soluzione della questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite.

Ai fini della corretta valutazione del mezzo di prova di cui si discute, infatti, la metodologia a cui il giudice di merito deve conformarsi non può che essere quella «a tre tempi» indicata da sez. un., n. 1653 del 21 ottobre 1992, dep. 22 febbraio 1993, Rv. 192465: a) credibilità del dichiarante, desunta dalla sua personalità, dalle sue condizioni socio - economiche e familiari, dal suo passato, dai rapporti col chiamato, dalla genesi remota e prossima delle ragioni che lo hanno indotto all'accusa nei confronti del chiamato; b) attendibilità intrinseca della chiamata, in base ai criteri della precisione, della coerenza, della costanza, della spontaneità; c) verifica esterna dell'attendibilità della dichiarazione, attraverso l'esame di elementi estrinseci di riscontro alla stessa.

È il caso tuttavia di aggiungere, in linea con quanto opportunamente precisato dalla successiva giurisprudenza di questa Corte, che la detta sequenza non deve essere - per così dire - rigorosamente rigida, nel senso cioè che il percorso valutativo dei vari passaggi non deve muoversi lungo linee separate. In particolare, la credibilità soggettiva del dichiarante e l'attendibilità oggettiva del suo racconto, influenzandosi reciprocamente, al pari di quanto accade per ogni altra prova dichiarativa, devono essere valutate unitariamente, «discendendo ciò dai generali criteri epistemologici e non indicando l'art. 192, comma 3, c.p.p., sotto tale profilo, alcuna specifica regola derogatoria» (Sez. I, n. 19759 del 17 maggio 2011, n. m. sul punto; Sez. VI, n. 11599 del 13 marzo 2007, Rv. 236151). In sostanza, devono essere superate eventuali riserve circa l'attendibilità del narrato, vagliandone la valenza probatoria anche alla luce di tutti gli altri elementi di informazione legittimamente acquisiti.

11.1. La procedura di verifica delle dichiarazioni eteroaccusatorie dei coimputati o degli imputati in procedimento connesso o collegato deve essere più attenta e rigorosa nei casi di conoscenza de auditu.

Il giudizio di attendibilità del chiamante (c.d. attendibilità intrinseca soggettiva) e della specifica dichiarazione da costui resa (c.d. attendibilità intrinseca oggettiva) impone, infatti, un'indagine molto attenta anche sulla causa scientiae del dichiarante, la cui conoscenza, traendo origine dalla trasmissione di informazioni ad opera di un altro soggetto, può essere esposta a maggiori rischi di errore.

La chiamata de relato, presentando una struttura analoga alla testimonianza indiretta, mutua da questa, almeno per quanto attiene alla valutazione dell'attendibilità intrinseca, il metodo di verifica, che implica necessariamente uno sdoppia mento della valutazione, nel senso che occorre verificare non soltanto l'attendibilità intrinseca soggettiva ed oggettiva del dichiarante in relazione al fatto storico della narrazione percepita, ma anche l'attendibilità della fonte primaria di conoscenza e la genuinità del suo narrato, che integra l'elemento di prova più significativo del fatto *sub iudice*.

Si è di fronte, come si è precisato in dottrina, ad «una catena inferenziale a due tempi»: dal chiamante de relato alla fonte diretta e da quest'ultima al thema probandum.

11.2. Con specifico riferimento alla chiamata de auditu non asseverata dalla fonte primaria, la valutazione della credibilità intrinseca delle relative dichiarazioni impone di apprezzarne la spontaneità, la coerenza, la costanza e la precisione, indagando, in particolare, proprio per il maggiore rigore valutativo imposto dalla peculiarità del caso, sulle circostanze concrete di tempo e di luogo in cui avvenne il colloquio tra il *loquens* e il soggetto di riferimento nonché sulla natura dei rapporti (di frequentazione e di familiarità) tra i due, sì da giustificare le confidenze, di tenore certamente compromettente, ricevute dal primo.

Nella situazione data, sicuramente più complicato è saggiare l'attendibilità intrinseca del terzo, il cui racconto proviene dalla fonte di seconda mano.

Se questa, però, non avendo avuto un ruolo diretto nei fatti delittuosi in contestazione, fornisce, in ordine a questi, particolari precisi, compatibili col quadro probatorio già acquisito enon contraddetti da questo, per averli appresi dalla fonte primaria, con la quale intratteneva rapporti di frequentazione e di confidenza, e se non sussistono ragioni sintomatiche di una comunicazione di notizie false, può agevolmente ritenersi, per consequenzialità logica e in base ad una consolidata massima di esperienza, la corrispondenza al vero della confidenza extraprocessuale proveniente dal soggetto di riferimento, anche se dal medesimo non asseverata in sede processuale.

11.3. L'operazione logica conclusiva di verifica giudiziale della chiamata de relato, perché la stessa possa assurgere al rango di prova idonea a giustificare un'affermazione di responsabilità, necessita, inoltre, di «convergenti e individualizzanti riscontri esterni in relazione al fatto che forma oggetto dell'accusa e alla specifica condotta criminosa dell'incolpato, essendo necessario, per la natura indiretta dell'accusa, un più rigoroso e approfondito controllo del contenuto narrativo della stessa e della sua efficacia dimostrativa» (sez. un., n. 45276 del 30 ottobre 2003, Rv. 226090).

Quanto alla tipologia e all'oggetto dei riscontri, la genericità dell'espressione «altri elementi di prova» utilizzata dall'art. 192, comma 3, c.p.p. legittima l'interpretazione secondo cui, in subiecta materia, vige il principio della "libertà dei riscontri", nel senso che questi, non essendo predeterminati nella specie e nella qualità, possono essere di qualsiasi tipo e natura, ricomprendere non soltanto le prove storiche dirette, ma ogni altro elemento probatorio, anche indiretto, legittimamente acquisito al processo ed

idoneo, anche sul piano della mera consequenzialità logica, a corroborare, nell'ambito di una valutazione probatoria unitaria, il mezzo di prova ritenuto ex lege bisognoso di conferma.

Non si richiede che il riscontro integri la prova del fatto, giacché, se così fosse, perderebbe la sua funzione "gregaria", sarebbe da solo sufficiente a sostenere il convincimento del giudice e verrebbe meno la necessità di far leva anche sulla prova principale, ritenuta da sola non sufficiente.

L'unico dato certo, evincibile da una corretta interpretazione della previsione di cui all'art. 192, comma 3, c.p.p., è costituito dall'esigenza che i riscontri alle dichiarazioni ivi considerate devono essere caratterizzati dalla necessaria straneità - nel senso di provenienza ab externo - rispetto alle dichiarazioni medesime, sì da scongiurare una verifica tautologica, autoreferenziale ed affetta dal vizio della circolarità.

Tenuto conto della mancanza di qualsiasi indicazione normativa in senso contrario, deve escludersi che i riscontri debbano essere necessariamente di natura diversa rispetto alla categoria probatoria considerata (dichiarazioni de auditu rese dal coimputato o da imputato in procedimento connesso o collegato). La norma, infatti, fa riferimento ad "altri" elementi di prova, da intendersi come elementi "ulteriori", da utilizzare in chiave corroborativa, il che chiarisce che si è inteso evocare un parametro meramente quantitativo e non qualitativo di tali elementi, senza alcuna pretesa di una imprescindibile differenziazione di tipo ontologico dei medesimi rispetto alla prova dichiarativa da riscontrare.

Ciò posto, il riscontro estrinseco alla chiamata in correità o in reità de auditu ben può essere offerto dalle dichiarazioni di analoga natura rese da uno o più degli altri soggetti indicati nella richiamata norma. Qualunque elemento probatorio, diretto o indiretto che sia, purché estraneo alle dichiarazioni da riscontrare, può essere legittimamente utilizzato a conferma dell'attendibilità delle stesse.

Non può, in sostanza, condividersi l'affermazione secondo cui una chiamata de relato sarebbe, in linea di principio, funzionalmente inidonea a riscontrarne altra avente la stessa natura. Una tale limitazione probatoria non è legittimata da alcuna previsione del sistema processuale vigente e si pone in netto contrasto con il principio del libero apprezzamento del giudice.

Certamente non può ignorarsi che la tecnica della c.d. mutual corroboration può portare in sé il rischio che l'armonia tra le dichiarazioni dei diversi propalanti possa nascondere una trama di mendacio concordato e finalizzato a incolpare una persona estranea ai fatti.

È affidato al giudice di merito il delicato compito di scongiurare tale rischio, verificando, in maniera rigorosa, l'attendibilità intrinseca di ogni singola dichiarazione e, quindi, l'attitudine di una o più di esse a fungere da riscontro estrinseco di quella o di quelle che lo stesso giudice ritenga di porre a fondamento, con valenza primaria o paritaria rispetto alle prime, della propria decisione.

In tale ottica, il giudice deve, nel percorrere l'itinerario di formazione del proprio convincimento, sottoporre, innanzi tutto, la dichiarazione accusatoria utilizzabile come riscontro di altra di analogo tenore allo stesso controllo di attendibilità intrinseca che vale per quest'ultima. Deve poi procedere alla verifica che le ulteriori dichiarazioni accusatorie siano connotate da: a) convergenza delle chiamate in ordine al fatto materiale oggetto della narrazione; b) indipendenza intesa come mancanza di pregresse intese fraudolente - da suggestioni o condizionamenti inquinanti; c) specificità, nel senso che la c.d. convergenza del molteplice deve essere sufficientemente individualizzante e riguardare sia il fatto nella sua oggettività che la riferibilità soggettiva dello stesso alla persona dell'incolpato, fermo restando che deve privilegiarsi l'aspetto sostanziale della concordanza delle plurime dichiarazioni d'accusa sul nucleo centrale e più significativo della questione fattuale da decidere; d) autonomia "genetica", vale a dire derivazione non *ex unica fonte*, onde evitare il rischio della circolarità della notizia, che vanificherebbe la valenza dell'elemento di riscontro esterno e svuoterebbe di significato lo stesso concetto di convergenza del molteplice.

Dall'esito positivo di tale delicata e complessa operazione valutativa è agevole dedurre la prova della res iudicanda.

12. La tesi qui privilegiata non contrasta con gli artt. 111, comma quarto, Cost. e 6, comma 3, lett. d), CEDU, che postulano il principio del contraddittorio nel procedimento di formazione della prova.

Nel caso in esame, invero, non difetta il controllo dialettico sulle prove dichiarative di seconda mano, le uniche che, in quanto legittimamente acquisite, sono utilizzabili e ben possono essere poste a base della decisione, data l'impossibilità di esaminare quelle dirette. Non si pone, pertanto, nella specie, un problema di violazione del contraddittorio, ma piuttosto di efficacia dimostrativa del citato materiale probatorio.

È imprescindibile a tal fine, come si è innanzi precisato, l'esigenza di verificare, con particolare attenzione e con estremo rigore, l'attendibilità intrinseca di ciascuna delle plurime chiamate de relato, la compatibilità delle stesse con i dati fattuali del thema probandum, la loro autonomia "genetica" e, quindi, la loro idoneità a riscontrarsi reciprocamente ab extrinseco e con valenza individualizzante, in virtù della regola della c.d. convergenza del molteplice, in modo da inferirne, sia pure in via mediata, la esclusione di una "congiura" in danno del chiamato e conseguentemente la veridicità del racconto proveniente dalle diverse fonti primarie.

12.1. La circostanza che il narrato extraprocessuale proveniente da tali fonti non entra nel circuito dialettico, ma è veicolato nel processo attraverso i relata di coimputati o imputati in procedimento connesso o collegato, non si pone in contrasto con la Carta Fondamentale.

Non si versa, infatti, nell'ipotesi in cui la persona che fornisce, per percezione diretta, la notizia si sottrae volontariamente, per libera scelta, all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore (artt. 111, comma quarto, Cost. e 526, comma 1-bis, c.p.p.). Si è di fronte, invece, all'impossibilità oggettiva di esaminare la fonte originaria, perché deceduta o perché riveste la qualità soggettiva di imputato.

Soccorre, al riguardo, il comma quinto dell'art. 111 Cost., che prevede espressamente una deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova, ove si verifichi una causa oggettiva esterna, normativa mente regolata, che lo impedisca. L'espressione «accertata impossibilità di natura oggettiva», utilizzata nella norma costituzionale, implica che tale situazione formi oggetto di discussione tra le parti processuali, con la conseguenza che il contraddittorio viene recuperato attraverso il dibattito sull'esistenza in concreto del requisito dell'impossibilità oggettiva e la valutazione sull'attendibilità delle propalazioni de relato, considerate nel loro duplice aspetto di prova rappresentativa e di prova critica.

L'art. 195, comma 3, c.p.p. legittima l'utilizzabilità dei relata, qualora l'esame del confidente diretto risulti impossibile per le ragioni non tassative ivi indicate (morte, infermità, irreperibilità) o per altre, come si è detto, alle prime assimilabili (fonte diretta che, rivestendo lo status di imputato, non si sottopone all'esame). Tale previsione codicistica è compatibile con quanto stabilito dall'art. 111, comma quinto, Cost.

È il caso di sottolineare che, con riferimento all'impossibilità ex art. 195, comma 3, c.p.p. di esaminare la fonte diretta, non può evocarsi, come sostenuto in dottrina, la disciplina, per certi versi affine alla testimonianza indiretta, sulle letture dibattimentali di cui agli artt. 512 e 513 c.p.p. e l'intervento al riguardo della Consulta sul divieto di testimonianza de auditu e di lettura ex art. 512 c.p.p. delle dichiarazioni rese in precedenza dai prossimi congiunti dell'imputato che in dibattimento si avvalgono della facoltà di non rispondere (sent. n. 440 del 2000).

Quest'ultima disciplina è riferibile alla persona (testimone o parte) alla quale si contesta di avere reso una differente dichiarazione in un momento anteriore al dibattimento ma sempre nell'ambito procedimentale (indagini preliminari o udienza preliminare), mentre l'art. 195, comma 3, c.p.p. prende in considerazione l'impossibilità di esaminare in dibattimento la persona che ha reso confidenze extraprocessuali sul fatto sub iudice alla persona che ne riferisce de relato.

12.2. Né contrasta con i principi convenzionali sui diritti umani una pronuncia di condanna che si fondi su più chiamate de auditu che, pur non asseverate, per oggettiva impossibilità, dalle fonti dirette, sono entrate nel circuito del contraddittorio e si riscontrano reciprocamente secondo le rigorose modalità di valutazione più sopra diffusamente precisate.

La sentenza della Corte EDU, G.C., 15 dicembre 2011, Al Khawaja C. Regno Unito, pur esaminando casi che non riguardano, per vero, l'istituto della testimonianza indiretta ex art. 195 c.p.p. o quello della chiamata in reità de relato, bensì quelli dell'eventuale utilizzabilità in dibattimento, ai fini della decisione, di dichiarazioni testimoniali rese nel corso delle indagini preliminari al di fuori di ogni contraddittorio, va ben al di là dei casi britannici presi in considerazione ed enuncia principi destinati ad avere ripercussioni nei singoli Stati.

I giudici di Strasburgo ammettono, in via eccezionale, deroghe al principio del contraddittorio: nel caso esaminato, assenza in dibattimento della teste diretta d'accusa, perché deceduta. Aggiungono che non sussiste tuttavia violazione della norma convenzionale, ove venga comunque assicurata,

attraverso solide garanzie procedurali, l'equità complessiva del processo, bilanciando gli interessi concorrenti della difesa, della vittima del reato e dello Stato al perseguimento del colpevole. In sostanza, i giudici di Strasburgo precisano che la c.d. regola della "prova unica e determinante" non può essere applicata in modo eccessivamente rigido, sì da concretare, di fronte all'impossibilità del contraddittorio con la medesima, automaticamente la violazione dell'art. 6, comma 3, lett. d), CEDU: l'equità complessiva del processo è assicurata dal modo in cui le garanzie legali sono applicate, dall'estensione delle possibilità procedurali offerte alla difesa per compensare gli ostacoli con i quali deve confrontarsi, dalla maniera in cui il giudice conduce il procedimento. L'equità processuale conclusivamente è garantita, ove esistano forti garanzie procedurali idonee a controbilanciare la prova "sola e determinante", attraverso la forza probante di altre prove, che quanto più sono significative, tanto meno la prima potrà essere ritenuta "determinante" (nel caso esaminato, la Corte EDU ha ritenuto equo il processo celebratosi a carico di persona condannata per violenza sessuale, in quanto il relativo giudizio, pur in assenza della testimonianza in contraddittorio della vittima, era stato avallato dalle testimonianze indirette di altre due persone con le quali la vittima si era confidata subito dopo l'accaduto e dal *modus operandi* dell'imputato in occasione di analogo episodio criminoso in danno di altra persona).

Non contrasta con tali principi il particolare rigore richiesto dal nostro ordinamento nella valutazione dell'efficacia di-mostrativa di plurime chiamate in correità o in reità de relato, che s'inseriscono nel circuito dialettico del processo.

13. Le argomentazioni sin qui sviluppate impongono, a norma dell'art. 173, comma 3, disp. att. c.p.p., l'enunciazione dei seguenti principi di diritto:

– «la chiamata in correità o in reità de relato, anche se non asseverata dalla fonte diretta, il cui esame risulti impossibile, può avere come unico riscontro, ai fini della prova di responsabilità penale dell'accusato, altra o altre chiamate di analogo tenore»;

– «per il conseguimento del fine precisato si richiede: a) la valutazione positiva della credibilità soggettiva di ciascun dichiarante e dell'attendibilità intrinseca di ogni singola dichiarazione, in base ai criteri della specificità, della coerenza, della costanza, della spontaneità; b) l'accertamento dei rapporti personali tra il dichiarante e la fonte diretta, per inferirne dati sintomatici della corrispondenza al vero di quanto dalla seconda confidato al primo; c) la convergenza delle varie chiamate, che devono riscontrarsi reciprocamente in maniera individualizzante in relazione a circostanze rilevanti del thema probandum; d) l'indipendenza delle chiamate, nel senso che non devono rivelarsi frutto di eventuali intese fraudolente; e) l'autonomia genetica delle chiamate, vale a dire la loro derivazione da fonti d'informazione diverse».

[*Omissis*]

24. È fondato il ricorso della parte civile.

Osserva la Corte che …. risultano essere stati condannati, con la sentenza di primo grado che li riteneva colpevoli dell'omicidio di …. (capo S), al risarcimento dei danni e alle relative spese di costituzione e rappresentanza in favore di sei parti civili, tra cui la ricorrente.

Nel giudizio d'appello, è stata confermata la responsabilità di … e …. (…. non era appellante), con conseguente condanna dei medesimi alla rifusione delle ulteriori spese sostenute nel grado dalle parti civili …. Non è menzionata …., regolarmente costituita e rappresentata, come risulta dalla intestazione della sentenza di appello; trattasi di evidente disattenzione in cui si è incorsi nella redazione del dispositivo.

S'impone, pertanto, l'annullamento senza rinvio della sentenza nei confronti del … e di …., limitatamente all'omessa condanna solidale dei medesimi alla rifusione delle spese sostenute nel secondo grado di giudizio da …., spese che vanno determinate nella ulteriore misura indicata in dispositivo ed in aumento ovviamente a quella già stabilita dalla Corte di merito.

[*Omissis*]

Teresa Bene*

Professore associato di Procedura penale– Seconda Università di Napoli

La chiamata indiretta al vaglio delle Sezioni Unite: il principio del libero convincimento tra *circuito giudiziario*, *circolo ermeneutico* ed una pericolosa pania

State's hearsay evidence and judge's free evaluation of evidence according to the "Sezioni Unite" of the Court of Cassation

Le Sezioni Unite affermano che la chiamata indiretta, in assenza della possibilità di esaminare la fonte diretta, possa essere riscontrata da altra chiamata indiretta. Il ragionamento, che non trova fondamento nelle deroghe al principio del contraddittorio, mostra molte insidie pericolose e non argina il pericolo di una condanna sulla base di prove sulle quali l'imputato non ha potuto interloquire direttamente.

The "Sezioni Unite" affirm that state's hearsay evidence may be supported through mutual corroboration consisting in another state's hearsay evidence. This may seriously endanger the accused' right of confrontation.

Premessa

Con la pronuncia che si annota la tendenza delle Sezioni unite alla ricostruzione sistemica si estende al regime delle chiamate *de relato*. Nei suoi contenuti essenziali, la questione controversa riguardava la "possibilità o meno di reputare conforme alla regola di giudizio posta dall'art. 192, comma 3, c.p.p. la chiamata in reità o in correità *de relato*, in assenza della possibilità di esaminare la fonte diretta, riscontrata esclusivamente da altra chiamata *de relato"*, ai fini della prova di responsabilità penale dell'accusato[1]. La risposta affermativa offerta al quesito dal giu-

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

[1] Cass., sez. un., 14 maggio 2013, n. 20804, *Arch. n. proc. pen.* 2013, 4, 395. La Corte di cassazione avendo rilevato sul tema un contrasto giurisprudenziale ha rimesso la questione alle Sezioni unite, v. Cass., sez. V, 23 maggio 2012, n. 21264, *www.penalecontemporaneo.it*, in particolare, v. *Note del procuratore generale presso la Corte di cassazione, www.penalecontemporaneo.it.*. Cfr. per un commento dell'ordinanza Casiraghi, *La chiamata di correo: riflessioni in merito alla mutual corroboration, www.penalecontemporaneo.it.* Per l'orientamento giurisprudenziale in senso negativo v. Cass., sez. I, 25 ottobre 2001, n. 43928, *CED Cass.* 220334; Cass., sez. V, 9 maggio 2002, n. 43464, *CED Cass.* 223544; Cass. sez. V, 9 luglio 2010, n. 37239, *CED Cass.* 248648; Cass., sez. VI, 20 dicembre 2011, n. 16939, *CED Cass.*

dice di legittimità rimanda alle discutibili decisioni non tutte recenti[2], che ammettono la riscontrabilità reciproca di chiamate indirette, riconoscendo la idoneità della chiamata *de relato* a costituire elemento di riscontro di altra chiamata diretta[3]. L'orientamento trova conferma implicita in quelle pronunce che individuano elementi di riscontro nelle ulteriori dichiarazioni, quando oltre ad essere convergenti e specifiche, siano anche indipendenti tra di loro. Se, dunque, non vi è una comune fonte diretta e se non vi è una "circolarità della notizia", la condanna può essere sorretta da una o più chiamate in reità *de relato*, ad esclusione del caso in cui le dichiarazioni provengano da un propalante, che sia anche intraneo ad una cosca mafiosa, e che questi renda con riferimento a notizie assunte presso altri intranei nell'ambito associativo, poiché si tratta di informazioni costituenti un patrimonio comune, in ordine ad associati ed attività proprie del sodalizio[4].

Di vario genere le tematiche coinvolte: criteri di valutazione della chiamata *de relat*o, relatività dei canoni logici, obbligatorietà di audizione della fonte diretta, metodo di valutazione "a tre tempi".

Liquidare l'orientamento della Corte di cassazione come una occasione mancata o una inutile riaffermazione di principi indiscussi, come il libero convincimento del giudice, sarebbe tuttavia "ingeneroso" e improduttivo, poiché sono significativi i mutamenti del contesto normativo e ideologico. Sono molti i fattori che contribuiscono ad alimentare un dibattito che ricorda un *circolo ermeneutico*[5], favorito da vivaci contrasti, che non sempre si ricompongono, neanche alla luce della pronuncia in esame. Vieppiù, solo apparentemente le incertezze appaiono risolte nel *circuito giudiziario:* interazione tra ordinamento interno e ordinamenti sovranazionali[6], complessità dei profili legati alla chiamata in correità[7], relativi all'efficacia probatoria delle dichiarazioni di accusa dei correi[8], alla qualità argomentativa dei riscontri, alle tecniche di indagine da cui conseguono le collaborazioni di giustizia[9].

252631; in senso positivo esplicitamente v. Cass., sez. I, 10 maggio 1993, n. 11344, *Cass. pen.*, 1995, 47; Cass., sez. I, 21 novembre 2006, n. 1560, *Riv. Pen.,* 2007, 10, 1066; Cass., sez. I, 23 giugno 2010, n. 31695, *Cass. pen.*, 2012, 630; Cass., sez. I, 4 aprile 2012, n. 33398, *CED Cass*., 252930; Cass., sez. I, 28 febbraio 2012, n. 34525, *CED Cass*., 252937 (la motivazione è stata depositata successivamente alla precedente ma decisa prima). Quest'ultimo orientamento contesta la svalutazione astratta delle dichiarazioni indirette intravedendo il rischio che vengano riesumate quelle gerarchie formali di efficacia dei mezzi di prova tipici del sistema delle prove legali che contrastano con il principio della libera valutazione da parte del giudice e che evocano meccanismi di ponderazione aritmetica delle prove che caratterizzavano i sistemi dell'ancien regime. Sul tema v. tra gli altri Iacoviello, *Il diritto imprevedibile*: *le contraddittorie pronunce della Suprema Corte sulla motivazione delle ordinanze cautelari fondate su chiamate in reità del relato*, *Cass. pen*., 1993, 2339, ss.; Di Paolo, voce *Testimonianza indiretta,* in *Dig. pen.,* agg. 2005, Torino, 1673, ss.

[2] Il riferimento è a Cass., sez. I, 10 maggio 1993, *CED Cass*. 195775 secondo cui: ‹‹la possibilità di valida corroborazione reciproca fra più chiamate in correità provenienti da diversi soggetti, ai fini di cui all'art. 192, comma 3, c.p.p., opera anche nel caso in cui trattasi di chiamate fondate su conoscenza indiretta della condotta attribuita al chiamato, dandosi luogo, in tal caso, soltanto all'obbligo, da parte del giudice, di una verifica particolarmente accurata dell'attendibilità intrinseca delle dichiarazioni accusatorie, alla stregua del principio di ordine generale stabilito dal comma primo del medesimo art. 192 c.p.p. e nell'osservanza del disposto di cui all'art. 195, richiamato dall'art. 210, comma 5, c.p.p.››.

[3] cfr. Cass., sez. I, 21 novembre 2006, n. 1560, cit., secondo cui ‹‹in tema di valutazione della chiamata in reità, i necessari riscontri individualizzanti possono essere offerti anche da elementi di natura logica e da un'altra dichiarazione, sia pure *de relato*, purché sottoposta ad un pregnante vaglio critico e purché consenta di collegare l'imputato ai fatti a lui attribuiti dal chiamante in reità, non necessariamente con specifico riferimento al frammento di fatto a cui quest'ultimo ha assistito››, in senso conforme, come indicato nello stesso orientamento, v. Cass., sez. I, 22 marzo 1999, n. 9531, *CED Cass*., 215129; Cass., sez. II, 19 marzo 2001, n. 21621, *Cass. pen.,* 2002, 2448.

[4] L'ordinanza richiama Cass., sez. VI, 2 novembre 1998, *CED Cass.,* 213445 secondo cui ‹‹In tema di chiamata di correo, non sono assimilabili a mere dichiarazioni *de relato* quelle con le quali si riferisca in ordine a fatti o circostanze attinenti la vita e l'attività di un sodalizio criminoso, dei quali il dichiarante sia venuto a conoscenza nella sua qualità di aderente, in posizione di vertice, al medesimo sodalizio, trattandosi di un patrimonio conoscitivo derivante da un flusso circolare di informazioni relativamente a fatti di interesse comune agli associati››, e Cass., sez. I, 10 settembre 2008, n. 38321, *CED Cass.,* 241490 secondo cui ‹‹in tema di chiamata di correo, non può definirsi *de relato* l'accusa proveniente da un correo di associazione mafiosa, il quale, proprio per la sua qualità di associato, ha precisa e sicura conoscenza degli altri partecipanti al sodalizio, anche se nell'ipotesi in cui l'accusato abbia una posizione preminente nella gerarchia dell'organizzazione - il chiamante non abbia avuto con lui contati diretti›› e Cass. sez. I, 6 maggio 2010, *CED Cass*., 247585, secondo cui ‹‹in tema di chiamata di correo, non sono assimilabili a pure e semplici dichiarazioni *de relato* quelle con le quali un intraneo riferisca notizie assume nell'ambito associativo, costituenti un patrimonio comune, in ordine ad associati ed attività propri della cosca mafiosa››.

[5] Sulla filosofia che ha ispirato l'idea di un "circolo ermeneutico" e sulla dilagante ricerca di una razionalità tecnico-scientifica quale disagio della modernità è interessante la rilettura di Gadamer, *Verità e metodo*, Vattimo (a cura di), Milano, 2001

[6] In particolare sottolinea il fatto che in altri Paesi il processo è equo anche se la condanna è fondata sulle sole dichiarazioni dei coimputati, purché la difesa li abbia potuti controesaminare, Bernasconi, *Relazione*, AA.VV., *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso* (Atti del convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale. Torino, 26-27 settembre 2008), Milano, 2010, 146

[7] Buzzelli, *Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto*, Ubertis (a cura di), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992, 79; Di Chiara, *In tema di chiamata in correità (Osservazioni a Cass. 30.1.1992), Foro it*., 1993, II, c. 23

[8] Cordero, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, 234, ss..

[9] V. su questi profili Cordero, *Contratto penale e giustizia amministrata nella filosofia del processo*, AA.VV. *La legislazione premiale*, Milano, 1987, 110 ss.; Cisterna, *Chiamata in correità*, *Dig. pen*., agg. 2008, 93. In particolare sulla attendibilità delle dichiarazioni del collaborante e sulla necessità di porla in discussione tutte le

La vicenda

Il percorso argomentativo privilegiato dalle Sezioni unite[10] mostra significativi spunti di novità. Dopo aver, diffusamente, riaffermato il ‹‹valore ideale del principio del libero convincimento, quale punto di riferimento del processo valutativo dei dati probatori››, principio che per le Sezioni unite non è messo in discussione nei commi 3 e 4 dell'art. 192 c.p.p., in cui ‹‹si codifica, forse superfluamente››, confermano il valore di "segnale didattico" del comma 1 della disposizione per "la valutazione di dati probatori che hanno, isolatamente considerati, minore efficacia dimostrativa, mentre le disposizioni successive rappresentano una selezione di "linee-guida" lungo le quali il giudice deve muoversi che si atteggia "a metodo euristico". Esse richiedono solo un più rigoroso sforzo probatorio rispetto a prove meno affidabili. Né, del resto, per le Sezioni unite è coerente con il sistema una "catalogazione gerarchica in senso piramidale", astratta dei tipi di prova, ma occorre verificarne l'idoneità dimostrativa concreta nel processo. In riferimento ai limiti applicativi della disciplina della testimonianza indiretta alla chiamata *de relato,* in particolare con riguardo ai casi di esclusione dell'esame della fonte diretta, previsti dall'art. 195, commi 3 e 4, c.p.p., le Sezioni unite chiariscono che l'elenco, non è tassativo, poiché possono individuarsi "altri casi di impossibilità oggettiva". Nell'ipotesi considerata, all'interrogativo se l'obbligatorietà, prevista a pena di inutilizzabilità dal comma 3 dell'art. 195 c.p.p., dell'audizione, a richiesta di parte, della fonte diretta operi anche nell'ipotesi in cui questa si identifichi con un imputato nel medesimo processo, con un imputato in processo connesso o collegato ovvero con un testimone assistito, la Corte ritiene doverosa l'applicazione dell'art. 195 c.p.p. nell'ipotesi prevista dall'art. 210, comma 5, c.p.p. Tuttavia, qualora la fonte primaria sia identificabile nell'imputato connesso o collegato e questi si avvalga della facoltà di non rispondere, essa afferma la utilizzabilità della dichiarazione, anche se non sottoposta al vaglio della fonte diretta[11]. Le Sezioni unite giungono alla stessa conclusione nel caso in cui la dichiarazione provenga da imputati che abbiano assunto obblighi testimoniali ai sensi degli artt. 64, comma 3, lett c) e 197 *bis* c.p.p., non essendo più tutelato in modo assoluto il loro diritto al silenzio, fatte salve le ipotesi di cui all'art. 197 *bis*, comma 4, e 198, comma 2, c.p.p. a garanzia di tale diritto[12]. Ciò premesso, la Corte, esclusa per ragioni logico-sistematiche l'escussione della fonte diretta qualora essa sia l'imputato, individuano "altri casi di impossibilità oggettiva"[13], deducendone che ‹‹il confronto con le dichiarazioni del soggetto di riferimento è soltanto un modo - tra l'altro non l'unico né da solo sufficiente - per verificare la veridicità dei *relata*››. Dunque, in ragione del principio del libero convincimento del giudice la chiamata *de relato* è comunque utilizzabile ed ha una sua efficacia, anche quando la fonte primaria non sia compulsata, imputato nel medesimo procedimento che non ne fa richiesta o non vi consente, o si avvalga della facoltà di non rispondere, imputato in procedimento connesso o collegato, e ne divenga impossibile l'audizione, nei casi di morte, infermità, irreperibilità.

La Corte va oltre. Una chiamata *de relato* può essere riscontrata anche da altra chiamata del medesimo tenore, a condizione che esse non provengano dalla stessa fonte, in questo senso depone la previsione dell'art. 192, comma 3, c.p.p.

Pertanto, nel caso in cui la chiamata *de relato* sia riscontrata da altra chiamata *de relato*, il giudice di merito dovrà seguire il metodo "a tre tempi"[14] e verificare: la convergenza delle varie chiamate *de relato*, sia oggettivamente che soggettivamente; l'assenza di suggestioni e condizionamenti; l'autonomia genetica delle chiamate.

Alla messa a punto concettuale effettuata dalla Corte di cassazione avrebbe giovato una maggiore

volte in cui le sue dichiarazioni possono essere ispirate da sentimento di vendetta, dall'intento di copertura di complici o amici, dalla volontà di compiacere gli organi di polizia e dell'accusa, assecondandone l'indirizzo investigativo, ossia "gli organi dalle cui valutazioni dipende la concessione o il mantenimento del regime di protezione", v. Cass., sez. II, 14 gennaio 1997, n. 37, *CED Cass*., 207305; nello stesso senso, v. Cass. sez. I, 29 settembre 2000, n. 5850, *Cass. pen*., 2001, 3433.

[10] In particolare sulla non tassatività dell'elenco dei casi di impossibilità di audizione v. Cass., sez. I, 13 marzo 1997, n. 7947, *Cass. pen*., 1998, 2424; Cass., sez. IV, 23 maggio 2000, n. 7119, *Cass. pen.,* 2001, 3433 ; Cass., sez. V, 30 gennaio 2002, n. 7367, *CED Cass*., 223875; Cass., sez. IV, 12 giugno 2003, n. 37434, *CED Cass.,* 226036; *contra* ma sporadicamente v. Cass., sez. III, 7 giugno 2002, n. 32144, *CED Cass.,* 223247. In riferimento invece alla utilizzabilità della dichiarazione *de relato,* quando sia impossibile identificare il soggetto di riferimento v. Cass., sez. V, 26 giugno 2001, n. 32464, *CED Cass.*, 219702; Cass., sez. I, 2 marzo 2010, n. 12916, *CED Cass*., 246611

[11] v. Cass., sez. I, 6 luglio 2006, n. 26284, *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 5, 644; Cass., sez. IV, 4 ottobre 2004, n. 46556, *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 5, 644

[12] Cass., sez. un., 29 dicembre 2012, cit., 34

[13] In linea con l'orientamento che ammette la ‹‹dilatazione dei casi di impossibilità oggettiva›› cfr. Cass., sez. II, 22 marzo 2011, n. 17107, *CED Cass.* 250252; Cass., sez. IV, 12 giugno 2003, n. 37434, cit..

[14] Cass., sez. un., 21 ottobre 1992, n. 1653, *CED Cass*., 192465. Cfr. Maggio, *Il testimone "forte": specificità ed anomalie della prova dichiarativa nei porcessi di criminlità organizzata,* De Cataldo Neuberger (a cura di) *Testimoni e testimonianze "deboli"*, Padova, 2006, 303

attenzione al principio del contraddittorio nell'ordinamento processuale: ne sarebbe emerso che le ragioni a sostegno del percorso argomentativo, non sembrano in linea con il principio, quindi né con l'art. 111 Cost. né con l'art. 6, comma 3, lett d), Cedu[15].

L'art. 192, commi 3 e 4, c.p.p.: una regola di valutazione

Può dunque la chiamata *de relato* non confermata essere posta a base di un'affermazione di penale responsabilità, seppur affidando al giudice di merito un vaglio ancor più attento di quegli elementi che possono essere utilizzati a sua conferma?

Partiamo, per comodità espositiva, dai principi enunciati dalla Corte di cassazione nella pronuncia in esame: ‹‹la chiamata in correità o in reità *de relato*, anche se non asseverata dalla fonte diretta, il cui esame risulti impossibile, può avere come unico riscontro, ai fini della prova di responsabilità penale dell'accusato, altra o altre chiamate di analogo tenore››, ma ‹‹per il conseguimento del fine precisato si richiede: a) la valutazione positiva della credibilità soggettiva di ciascun dichiarante e dell'attendibilità intrinseca di ogni singola dichiarazione, in base ai criteri della specificità, della coerenza, della costanza, della spontaneità; b) l'accertamento dei rapporti personali tra il dichiarante e la fonte diretta, per inferirne dati sintomatici della corrispondenza al vero di quanto dalla seconda confidato al primo; c) la convergenza delle varie chiamate, che devono riscontrarsi reciprocamente in maniera individualizzante in relazione a circostanze rilevanti del *thema probandum*; d) l'indipendenza delle chiamate, nel senso che non devono rivelarsi frutto di eventuali intese fraudolente; e) l'autonomia genetica delle chiamate, vale a dire la loro derivazione da fonti d'informazione diverse››.

L'affermazione del doppio principio lascia perplessi non solo con riguardo alla prima parte, ma anche in riferimento alla seconda, poiché riporta all'efficacia del metodo di valutazione "a tre tempi".

Se i profili si concentrano, in particolare, sui limiti di utilizzabilità delle chiamate in correità o in reità *de relato* non asseverate o che non siano asseverabili dalla fonte diretta, l'analisi richiede una severa e doverosa, quanto sintetica, precisazione a carattere metodologico relativa al significato ed alla natura della regola prevista nell'art. 192, commi 3 e 4, c.p.p..

La valutazione del contributo proveniente dal coimputato o dall'imputato di reato connesso o collegato ha alimentato un vivace dibattito[16]. Tant'è che già vigente il codice Rocco, in cui non vi era una disciplina puntuale, la questione riguardava il valore della conoscenza e l'incidenza della chiamata di correo sul convincimento giudiziale[17]. Le perplessità[18] sembravano essere venute meno con le previsioni normative introdotte nel 1988, poiché il legislatore, attraverso l'introduzione dell'art. 192 c.p.p., aveva inteso realizzare una discontinuità rispetto al passato[19], individuando il criterio di valutazione e tipizzando le modalità di acquisizione di questo tipo di conoscenza. In particolare, l'art. 192, comma 3 e 4, c.p.p. stabilisce che le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata

[15] Non vi è una conferma, contrariamente a quanto sostengono le Sezioni unite nella sentenza della Corte e.d.u., G.C., 15/12/11, Al Khawaja c. Regno Unito, sull'utilizzabilità in dibattimento di dichiarazioni testimoniali rese nel corso delle indagini e al di fuori del contraddittorio, ipotesi in cui l'assenza in dibattimento della teste diretta di accusa era dipesa dalla sua morte. Per una proiezione in ordine alla effettività delle garanzie in tema di *corroboration* nel nostro paese in comparazione con quelli europei, v. Bernasconi, *Relazione*, AA.VV., *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso* (Atti del convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Torino, 26.27 settembre 2008), Milano, 2010, 146.

[16] La materia disciplinata è riservata alle evoluzioni pratiche, giurisprudenziali: ‹‹il passo propriamente inferenziale, volto a stabilire cosa sia in concreto idoneo a confermare l'attendibilità di una dichiarazione, lo può compiere esclusivamente il giudice, proprio quel soggetto della cui "libera" valutazione si diffida›› (Ferrua, *Il giudizio penale. Fatto e valore giuridico*, AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, II ed., Torino, 2005, 327).

[17] Negava la efficacia probatoria della conoscenza in esame Di Chiara, *Chiamata di correo, garantismo collettivo e diritto di difesa, Riv.it.dir.e proc.pen.*, 1987, 233; Dosi, *Sul principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 368. Come è noto il codice Rocco, se si escludono gli artt. 348 *bis* e 450 *bis* che riguardavano l'interrogatorio libero ed individuavano i criteri attraverso cui assumere nel processo le chiamate di correo, non disciplinava la valenza probatoria delle c.d. chiamate di correo. D'altro canto gli orientamenti giurisprudenziali, a partire dal fenomeno del pentitismo prima collegato al terrorismo e successivamente alla mafia, hanno elaborato i principi posti a fondamento dell'attuale disciplina ed utilizzati anche nelle elaborazioni giurisprudenziali successive. Per la diversa attitudine probatoria del contributo del coimputato sul fatto altrui dopo l'introduzione dell'interrogatorio libero ad opera della l. n. 534 del 1977, v. Nobili, *Nuovo "interrogatorio libero" e autorizzazione a procedere, Crit. pen.* 1977, 310

[18] Dominioni, *La valutazione delle dichiarazioni dei "pentiti", Riv.dir.processuale* 1986, 755; Molinari, *La valutazione della chiamata di correo tra dubbi ed oscillazioni giurisprudenziali, Giust. pen.*, 1992, III, 328**;** Petrachi, *Sulla valutazione della chiamata, Giur.it.* 1994, II, 763.

[19] Su questi profili v. Nobili, *Art. 192 – Valutazione della prova,* Chiavario (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale,* II, Torino, 1990, 418; in particolare sull'inquadramento dell'art. 192, comma 3, c.p.p. come divieto d'uso, v. Bargi, *Osservazioni sul valore probatorio della chiamata in correità, Cass. pen.* 1991, p. 689; Grevi, *Le "dichiarazioni rese dal coimputato" nel nuovo codice di procedura penale, Riv. dir. processuale pen*. 1991, 1175 ss; Galantini, *Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie, Cass. pen*. 1991, I, 666

in un procedimento connesso a norma dell'art. 12 c.p.p., ovvero da persona imputata di un reato collegato a quello per il quale si procede nel caso di collegamento probatorio previsto dall'art. 371, comma 2, lett b) c.p.p., sono valutate unitamente agli altri "elementi di prova" che ne confermano l'attendibilità.

Il legislatore del 1988, individuando le modalità di valutazione della prova che viene generalmente indicata come "chiamata in correità" o "chiamata in reità"[20], ha previsto un'unica regolamentazione e, quindi, tendenzialmente il riconoscimento di un identico valore probatorio[21].

Tuttavia, in ragione della particolare veste del dichiarante è nato il sospetto nei confronti della dichiarazione del soggetto interessato all'epilogo della vicenda giudiziaria, poiché coinvolto nella commissione del fatto criminoso[22].

La giurisprudenza, infatti, attribuisce alle due forme di chiamata una diversa valenza dimostrativa ed afferma che le regole da utilizzare, ai fini del giudizio di attendibilità, mutano a seconda che il dichiarante riferisca vicende relative a terze persone, accusate di fatti di reato, ovvero ammetta la sua partecipazione agli stessi fatti[23]. L'assenza di un momento confessorio in pregiudizio del chiamante richiede, dunque, approfondimenti più rigorosi, proprio in ragione del vizio di origine di queste dichiarazioni[24], per ogni aspetto della dichiarazione[25].

Così è nata l'idea dell'introduzione di una regola di valutazione[26] che vieta al giudice ‹‹di basare il proprio convincimento su risultanze giudicate carenti di efficacia persuasiva, subordinando la valutazione della dichiarazione del coimputato alla sussistenza di ulteriori elementi conoscitivi››[27] che ne confermino l'attendibilità[28].

La scelta normativa dell'art. 192, comma 3, c.p.p. ha favorito molti contrasti articolati sulla inopportunità metodologica di limitare il libero convincimento del giudice[29], in particolare le controversie hanno avuto ad oggetto la natura e il significato della regola.

Se da un lato si ritiene che le regole normative espresse fissano ‹‹uno specifico canone valutativo precostituito[30], circa la non idoneità delle dichiarazioni del coimputato a concorrere, di per sé sole, alla decisione giudiziale[31], dall'altro, si sostiene che tali regole non realizzano eccezioni al libero convincimento, né pongono divieti di utilizzazione o indicano una gerarchia di valore delle acquisizioni probatorie ma introducono una tecnica logica del libero convincimento[32]. Del resto, il momento della valuta-

[20] In seguito alle modifiche inserite con la l n. 63 del 2001 ed all'introduzione dell'art. 197 *bis* c.p.p., relativo al "testimone assistito", anche a quest'ultima figura, proprio in virtù del richiamo operato dalla norma con il comma 6, si applica lo stesso criterio di valutazione della prova previsto nei commi 3 e 4 dell'art. 192, sul profilo v. Scalfati-Servi, *Premesse sulle prove penali,* Spangher (a cura di), *Trattato di procedura penale*, II, I, Torino, 2009, 75

[21] Sulla complessità dell'inquadramento della chiamata in correità nell'ambito della prova si ritornerà in seguito

[22] v. Dominioni, *La valutazione delle dichiarazioni dei pentiti*, cit., 755; cfr. anche Iacoviello, *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione, Cass. pen.*, 2004, 3452

[23] La giurisprudenza afferma che l'assenza di un momento confessorio in pregiudizio del chiamante richiede necessari approfondimenti, estremamente più rigorosi, sì da penetrare in ogni aspetto della dichiarazione, dalla sua causale all'efficacia rappresentativa della dichiarazione stessa, tra gli altri, v. Cass., sez. V, 8. Ottobre 1999, n. 14272, *Cass. pen.* 2001, 590; Cass., sez. VI, 22 gennaio 1997, CED Cass., 208896; Cass., sez. VI, 31 gennaio 1996, n. 7627, *CED Cass.,* 206593. Contra Iacoviello, *Il diritto imprevedibile: le contraddittorie pronunce della Suprema Corte sulla motivazione delle ordinanze cautelari fondate su chiamate in reità de relato, Cass. pen.* 1993, 2339.

[24] ‹‹….alla generale affidabilità si sostituisce la generale diffidenza, così da essere portati a ritenere che la dichiarazione probatoria del chiamante in correità riesce verificata nella sua veridicità in quanto risulti corrispondere a determinati requisiti››, in questi termini Dominioni, *La valutazione delle dichiarazioni dei "pentiti"*, cit., 755

[25] In questo senso cfr. *ex plurimis* Cass., sez. VI, 31 gennaio 1996, n. 7627, cit.; Cass., sez. VI, 22 gennaio 1997, n. 5649, *Cass. pen.*, 1999, 1573; Cass., sez. V, 8 ottobre 1999, n. 14272, cit.; *contra* Iacoviello, *Il diritto imprevedibile: le contraddittorie pronunce della Suprema Corte sulla motivazione delle ordinanze cautelari fondate su chiamate in reità de relato,* cit., 2239, secondo cui: "gli automatismi concettuali della Corte, secondo cui una chiamata in reità vale meno di una chiamata in reità [sono] il malcelato retaggio del sistema delle prove legali.

[26] Su questi profili v. Ruggiero, *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, Torino, 2012, 48

[27] Ubertis, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici,* Torino, 1995, 85

[28] Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova,* Torino, 2009, 121. In particolare, sull'ambito di operatività dell'art. 192, comma 3, c.p.p., rivolto alle dichiarazioni che hanno contenuto *contra reum* ma anche a quelle dirette a favore dell'imputato, v. Grevi, *Le "dichiarazioni rese dal coimputato nel nuovo codice di procedura penale,* cit., 1175 ss.

[29] Interessante spunto di comparazione sulle "regole" del giudice si rinviene in Posner, *Introduction, How judges think,* Harvard, 2010 secondo cui: ‹‹*…traditional legal thinkers are likely to say that if legalism…the rule of law…does not exist everything is permitted to judges-so watch out! Legalism does exist, and so not everything is permitted. But its kingdom has shrunk and grayed to the point where today it is largely limited to routine cases, and so a great deal is permitted to judges*››.

[30] Grevi, *Le "dichiarazioni rese dal coimputato nel nuovo codice di procedura penale,* cit., 1174

[31] Grevi, *Le "dichiarazioni rese dal coimputato nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 1174 secondo cui "il giudice potrà (anzi, dovrà) valutare tali dichiarazioni, e quindi tenerne conto all'interno del proprio itinerario logico, soltanto se, e quando, le medesime risultino suscettibili di riscontro attraverso altri elementi probatori, la cui presenza e la cui potenzialità corroborativa si pongono come *condicio sine qua non* per l'impiego delle dichiarazioni stesse a fini decisori".

[32] Cfr. *ex plurimis* Cass., sez. un., 21 gennaio 1992, n. 1653, cit.; Cass., sez. II, 12 dicembre 2002, n. 15756, *CED Cass.*, 225565;

zione della prova, diverso dalla fase di ammissione e di acquisizione, non può subire costrizioni normative[33]. Le regole hanno una funzione "pedagogica"[34], non suggeriscono i risultati ma indicano la via per raggiungerli, devono guidare il giudice nella valutazione di alcuni elementi di prova[35]. Estremizzando si è detto che la valutazione della chiamata di correo appartiene alla "clinica giurisprudenziale" perché non è un argomento "codificabile"[36].

Invero, l'art. 192, comma 3, c.p.p. è una norma infelice, forse mal riuscita e i diversi interventi di dottrina e di giurisprudenza non hanno contribuito ad individuare un significato univoco ma, aldilà delle ragioni storiche che hanno indotto il legislatore a prevederla, che da sole spingono a capirne la formulazione, il dato più inquietante è altrove e riguarda l'idoneità della previsione a garantire l'attendibilità delle dichiarazioni in esame[37].

Per quanto attiene alla natura della chiamata in correità o in reità, con l'introduzione dell'art. 192, commi 3 e 4, c.p.p. essa ha valenza probatoria e può essere impiegata a fini decisori, come risulta dagli orientamenti giurisprudenziali in base ai quali essa non è un mero indizio ma una prova[38], seppure non autosufficiente ad affermare l'altrui colpevolezza. La conclusione sembra essere avvalorata dai lavori preparatori[39], che seguendo il principio del necessario riscontro probatorio della chiamata in correità, individuano nell'art. 192 c.p.p. la norma chiave di valutazione delle prove, escludendo che le dichiarazioni del chiamante in correità possano ‹‹qualificarsi *ex lege* come elementi probatori inutilizzabili››[40].

I riscontri

Dunque, con l'introduzione dell'art. 192, commi 3 e 4, c.p.p. si impone al giudice di ricercare "altri elementi di prova"[41] che possono supportare la conclusione probatoria cui conduce la dichiarazione del coimputato[42].

L'elaborazione giurisprudenziale sulla individuazione degli elementi di prova che confermano l'attendibilità di una dichiarazione *ex* art. 192, commi 3 e 4, c.p.p. è decisamente copiosa. Come è noto la giurisprudenza ha affermato che ai fini della valutazione di una dichiarazione *ex* art. 192, comma 3 e 4, c.p.p., il giudice deve seguire una scansione logica precisa, articolata attraverso tre diversi passaggi[43], la credibilità del dichiarante, la attendibilità della dichiarazione, i riscontri esterni.

In particolare, l'accertamento che attiene alla credibilità del dichiarante, deve essere condotto attraverso la valutazione complessiva ed unitaria, autonoma dalle valutazioni realizzate in altri contesti[44] e seguendo indici che riguardano la personalità del dichiarante, le sue condizioni socio-economiche, il suo passato, i rapporti con il chiamato in correità, la genesi, le ragioni che lo hanno indotto alla confessione e all'accusa dei coautori o dei complici. In particolare, qualora il dichiarante sia un "collaboratore di giustizia", ammesso al programma di protezione previsto dal d.l. n. 8 del 1991 (conv. in l. n. 82 del 1991), come modificato dalla l. n. 45 del 2001, la valutazione sulla credibilità deve avere ad oggetto

Cass., sez. V, 28 giugno 2006, n. 31442, *CED Cass*., 235212; Cass., sez. VI, 20 dicembre 2011, n. 16939, cit. In termini critici, nel senso che i criteri sono meri "canoni logici" che non hanno una reale autonomia fra loro e che non sono in grado davvero di consentire una valutazione effettiva del dichiarante, potendosi prestare a letture alternative v. Iacoviello, *La tela del ragno; ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione,* cit., 3456, secondo cui i criteri proposti dalla Cassazione, in particolare quello sulla credibilità del dichiarante e sull'intrinseca consistenza delle dichiarazioni, altro non sono che meri "canoni logici".

[33] Ferrua, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove, in Questioni giustizia*, 1988, 588, secondo cui, l'essenza stessa della funzione giurisdizionale è individuare il valore delle prove acquisite, dunque, ‹‹il legislatore costruisce la fattispecie criminosa, detta i criteri di acquisizione delle prove…delimita il materiale utilizzabile a fini decisori, ma qui s'arresta il suo potere››. *Contra* Sanna, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, 2000, 279

[34] Cfr. *ex plurimis*, Cass., sez. I., 30 gennaio 1992, n. 6992, *CED Cass.*, 190649; Cass., sez. I, 15 ottobre 1990, n. 16564, *CED Cass*., 186122; Cass., sez. I, 28 settembre 1998, n. 13008, *CED Cass*., 211895.

[35] Ferrua, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, cit., p. 90; Id., *Garanzie formali e garanzie sostanziali nel processo penale,* in *Questioni giustizia* 2001, 1120

[36] Del resto, la testimonianza del correo non risulta credibile individuando una teoria dei requisiti v. Cordero, *Codice di procedura penale commentato,* Torino, 1992, 234 ss.

[37] Tema sul quale si ritornerà, v. paragr. 5

[38] Sulla chiamata in reità quale prova rappresentativa, v. Scalfati-Servi, *Premesse sulle prove penali*, cit.,p. 77

[39] v. *Rel.prog.prel*., cit., p. 61

[40] v. *Rel.prog.prel.,* cit. p. 61

[41] Grevi, *Le dichiarazioni rese dal coimputato nel nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 1150

[42] Grevi, *Prove*, AA.VV., *Compendio di procedura penale*, VI ed. Padova, 2012, 325; in giurisprudenza v. Cass., sez. un., 6 dicembre 1991, n. 1048, *Cass. pen*. 1992, 39: ‹‹L'art. 192, commi 3 e 4, c.p.p. non ha svalutato sul piano probatorio le dichiarazioni rese dal coimputato di un medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso ex art. 12 c.p.p. o di un reato collegato a quello per cui si procede nel caso previsto dall'art. 371, comma 2, lett b) c.p.p. perché ha riconosciuto a tali dati probatori che possono essere di qualsiasi tipo e natura››; v. anche Cass., sez. V, 15 giugno 2000, n. 9001, *CED Cass*., 217729

[43] Cfr. *ex plurimis* Cass., sez. un. 21.10.1992, n. 1653, cit.; Cass., sez. II, 12 dicembre 2002, n. 15756, cit.; Cass., sez. V, 28 giugno 2006, n. 31442, cit.; Cass., sez. VI, 20 dicembre 2011, n. 16939, cit.; esprime critiche sul criterio di valutazione affermato dalla giurisprudenza Iacoviello, *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione*, cit., 3456

[44] In particolare, v. Cass., sez. VI, 24 giugno 2003, n. 34076, *Riv. Pen.*, 2004, 1028

anche le ragioni che hanno indotto il soggetto a tale scelta e la natura dei rapporti con gli accusati[45]. In realtà, ad un esame rigoroso appare evidente che il criterio della credibilità soggettiva ha una sua valenza solo se contestualizzato, vale cioè solo caso per caso, non se ne può riconoscere il valore in assoluto, poiché la credibilità soggettiva non risponde a categorie razionali ferme. Dunque, non può essere considerato un criterio di inferenza assoluto, poiché esso è solo utile per verificare la attendibilità della dichiarazione[46].

Le perplessità aumentano in ordine alla valutazione sulla intrinseca consistenza e sulle caratteristiche delle dichiarazioni. Anche in questo caso, essa dovrà essere autonoma ed indipendente ed orientata da criteri di giudizio di precisione, coerenza, costanza e spontaneità. Dunque, i criteri sono orientativi, in parte sovrapponibili a quelli che valgono per la credibilità del dichiarante, non assoluti. Così, ad esempio, si afferma la legittimità di una valutazione frazionata delle dichiarazioni accusatorie, riconoscendo attendibilità e valenza probatoria solo ad alcune sue parti[47], ovvero si afferma che l'accertata falsità di uno specifico fatto narrato non comporta, in modo automatico, l'aprioristica perdita di credibilità di tutto il compendio conoscitivo-narrativo dichiarato, rientrando tra i compiti del giudice la verifica e la ricerca di ciò che viene riferito nel contesto di tutti gli altri fatti narrati, in una sorta di compensazione con un più consistente riscontro[48]. Dunque, i criteri logici sono "equiprobabili", cioè non hanno un carattere inferenziale assoluto[49].

Per quanto riguarda, in particolare, la necessità di individuare elementi di riscontro[50] ciò rappresenta il tratto distintivo della valutazione di una chiamata di correo[51], o meglio l'unico elemento che l'art. 192, nel riferirsi agli "altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità", richiede esplicitamente e che differenzia la chiamata in correità dalle altre tipologie di prova dichiarativa[52]. Nessuno dubita che la mancata previsione definitoria o tipologica[53] affidi al giudice l'accertamento, secondo il suo prudente apprezzamento, sugli elementi di verifica della chiamata. Vi è, infatti, una vasta produzione giurisprudenziale, ormai consolidata, secondo la quale gli elementi possono essere rappresentativi o logici, ma dotati di una consistenza tale da resistere a quelli di segno opposto eventualmente dedotti dall'imputato. Non devono rappresentare una prova autonoma della colpevolezza del chiamato, in questo caso sarebbe superflua la chiamata in correità, ma non concernere in modo diretto il *thema probandum*, perché è sufficiente che gli stessi si risolvano in una conferma, anche indiretta delle dichiarazioni accusatorie tale da consentire per la sua consistenza di dedurre in via logica l'attendibilità di tali fonti di prova[54].

I riscontri richiesti dall'art. 192, comma 3, c.p.p. devono essere, però, esterni alla dichiarazione da verificare[55], altri, devono cioè consistere in circostanze autonome rispetto ad essa, per evitare che la verifica sia autoreferenziale[56], apparente. Devono essere "elementi di prova" ulteriori[57] che possano essere utilizzati come fondamento dell'inferenza giudiziale[58].

Dunque è indispensabile stabilire quali elementi possano fungere da valida ed adeguata conferma[59]. Se la genericità della formula normativa spinge verso un'interpretazione poco rigida, al punto che si ritiene che in materia viga il principio della "libertà dei riscontri"[60], sembrerebbe che essi possano essere di qualsiasi tipo e natura[61] e, dunque, che possa

[45] Cass., sez. II, 14 gennaio 1997, n. 37, cit.; nello stesso senso v. Cass., sez. I, 29 settembre 2000, n. 5850, cit.

[46] Iacoviello, *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio in cassazione,* cit., 3452

[47] Gli orientamenti sono copiosi v. tra gli altri Cass., sez. VI, 18 dicembre 2009, n. 6425, *Cass. pen*. 2011, 12, 4390; Cass., sez. VI, 2 febbraio 2004, n. 17248, *CED Cass.,* 228660 secondo cui: "in tema di chiamata di correo, è lecita la valutazione frazionata delle dichiarazioni accusatorie relative al singolo dato, soprattutto quando i fatti narrati siano in gran parte non vicini nel tempo e si riferiscono ad una serie di episodi appresi non direttamente ma solo in conseguenza delle rilevazioni degli autori materiali degli specifici reati"

[48] Cass., sez. VI, 28 aprile 2010, n. 20514, *Cass. pen.* 2011, 12, 4390

[49] Per un esame dei criteri di inferenza, v. Iacoviello, *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio in cassazione,* cit., 3452

[50] Cfr. Ruggiero, *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità,* cit., 61

[51] Sul tema dei riscontri v. Fanchiotti, voce *Corroboration*, *Enc. giur. Trecc*., IX, 1991, 4 ss.

[52] Iacoviello, *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio in cassazione,* cit., 3459

[53] Cisterna, voce *Chiamata in correità,* in *Dig.pen.,* agg. 2008, 103 più diffusamante cfr. Ruggiero, *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità,* cit., 61

[54] Cass., sez. VI, 17 febbraio 1996, n. 4108*, CED Cass*., 204439; Cass., sez. IV, 2 febbraio 1996, n. 3501, *CED Cass.,* 204657; Cass., sez. I, 20 ottobre 2006, n. 1263, *Riv. Pen.*, 2007, 10, 1066.

[55] Grevi, *Le dichiarazioni rese dal coimputato*, p. 34

[56] Cass., sez. IV, 31 marzo1998, n. 6343, *CED Cass.,* 211625

[57] Vitari, *La chiamata in correità tra teoria e prassi, Cass. pen*. 1998, 566

[58] Cfr. Ubertis, *Sistema di procedura penale,* I, *Principi generali*, Torino, 2004, 64

[59] Cfr. Ruggiero, *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, cit., 61

[60] Cosi Cass., sez. un. in commento. In dottrina v. Bevere, *La chiamata di correo. Itinerario del sapere dell'imputato nel processo penale*, Milano, 2001, 153.

[61] Cass., sez. un., 3 febbraio 1990, cit., c. 223; Cass., sez. un., 6 dicembre 1991, *Cass. pen*. 1992, 1475; Cass., sez. I, 20 dicembre 2006, *CED Cass*., 235800

svolgere la medesima funzione anche una dichiarazione testimoniale[62] che abbia ad oggetto circostanze comunque attinenti al reato o, persino, il comportamento del chiamato in correità, anche successivo al reato, se valutato nel contesto delle altre circostanze probatorie[63]. Cioè può fungere da valida conferma la prova rappresentativa così come quella indiziaria, le prove reali come le dichiarazioni[64] e tra queste anche le altre chiamate di correità.

La conclusione, in realtà, non è pacifica, si è sottolineato, infatti, che la debolezza strutturale della chiamata in correità, di cui è sintomo la necessità imposta *ex lege* di una conferma esterna, non possa essere compensata mediante una verifica che passi attraverso un elemento viziato dallo stesso difetto congenito[65].

Tuttavia l'orientamento ammissivo dei riscontri incrociati si fonda sull'osservazione secondo cui la norma individua "altri elementi di prova", si riferisce, dunque, ad elementi ulteriori, non già ad elementi tipologicamente differenti rispetto alla prova da riscontrare[66].

Le deroghe tassative del principio del contraddittorio: l'audizione della fonte diretta

I problemi ermeneutici attengono al valore ed ai limiti di utilizzo della chiamata *de relato* rispetto ai quali, la mancanza apparente di riferimenti normativi ha spinto la giurisprudenza ad un ruolo di supplenza, non espresso sempre chiaramente, ed ha interessato talvolta anche la dottrina[67].

Epperò, se alla chiamata *de relato* non si riferisce l'art. 192 c.p.p. né altra disposizione codicistica[68], il legislatore ha indicato specifiche cautele in ordine alle modalità di acquisizione e di utilizzazione della prova, quando ha trattato i mezzi di prova attraverso cui la chiamata può essere "veicolata" nel processo[69].

L'applicabilità delle disposizioni previste per la testimonianza indiretta individua i caratteri della chiamata *de relato*, dal momento che i principi che si ricavano dall'art. 195 c.p.p. possono, tendenzialmente, essere applicati ad essa.

L'esame sistematico dei commi 1, 3 e 5 dell'art. 195 c.p.p. spinge ad individuare il tratto caratterizzante la deposizione indiretta nel riferire dichiarazioni o racconti, orali o meno che siano, aventi specifica funzione comunicativa[70].

Il dubbio riguarda il valore da riconoscere a tali dichiarazioni che, in ogni caso non può prescindere dall'acquisizione di riscontri esterni che le confermino sul piano oggettivo e soggettivo.

Se la dichiarazione *de relato* può fungere da riscontro occorre verificare come si declina l'obbligatorietà, prevista a pena di inutilizzabilità dal comma 1 dell'art. 195, dell'audizione, quando sia richiesta dalle parti e sempre che non risulti impossibile, della fonte diretta, se quest'ultima coincide con il coimputato che abbia scelto la via del silenzio. L'ipotesi è alquanto frequente in particolare nei processi di mafia, tanto che si è verificata anche nel caso in esame. Occorre dunque domandarsi se alle tre situazioni derogatorie, previste nell'art. 195, comma 3, c.p.p., possa assimilarsi il rifiuto di rispondere.

Le Sezioni unite, accogliendo un orientamento giurisprudenziale[71], escludono il carattere tassativo delle ipotesi derogatorie previste dall'art. 195, comma 3, c.p.p., fondando l'assunto sulla qualificazione

---

[62] Cass., sez. I, 22 giugno 1993, n. 7576, *CED Cass*., 194785

[63] Cass., sez. VI, 26 marzo 1992, n. 8148, *CED Cass*., 191400

[64] Grevi, *Le dichiarazioni rese dal coimputato nel nuovo codice di procedura penale,* cit., 1180, in senso contrario v. Sanna, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi,* cit., 283, secondo cui solo gli elementi formati nel contraddittorio sono idonei a corroborare le dichiarazioni del correo

[65] Cordero, *Procedura penale*, cit., 2012, 1019. In termini ugualmente critici ma non così radicali Bevere, *La chiamata di correo,* cit., 154, secondo cui uno dei rischi dei riscontri incrociati è che l'accertamento si risolva in un circolo vizioso in base al quale si usi come verifica di un fatto narrato da un primo chiamante, il fatto narrato da un secondo, a sua volta verificato attraverso la narrazione del primo.

[66] v. diffusamente su questi profili Ruggiero, *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, cit., 64 e 90 ss.

[67] Non può essere considerato un riscontro valido un elemento probatorio euristicamente carente, in quanto attribuibile ad una fonte la cui affidabilità non sia stata in alcun modo verificata perché silente o perché mai comparsa in dibattimento, indipendentemente dalla causa (Casiraghi, *La chiamata di correo: riflessioni in merito alla mutual corroboration, cit*., 10) né del resto si ritiene che il riscontro reciproco sia da considerarsi inammissibile in quanto ci si trova comunque in presenza di dichiarazioni doppiamente inattendibili a causa del dichiarante, fonte interessata, e della natura, in quanto propalazioni per sentito dire (Cavalli, *La chiamata in correità,* Milano, 2006, 123; in termini non dissimili, *Romano Barocci, La chiamata di correo de relato e i gravi indizi ex art. 273, comma1, c.p.p, Giur.it. 1994, II,* 764)

[68] In termini anche Cavalli, *La chiamata in correità,* cit. 123.

[69] Il riferimento è al combinato disposto normativo indicato negli artt. 210-195; 363-195, comma 7; 197 bis; 209 c.p.p.

[70] Sulla lacunosità dell'art. 195 per aver trascurato l'aspetto definitorio, v. Di Paolo, voce *Testimonianza indiretta*, cit., 1684

[71] L'elenco dei casi di impossibilità di audizione previsto nell'art. 193, comma 5, c.p.p. non è tassativo per Cass., sez. I, 13 marzo 1997, n. 7947, cit.; Cass., sez. IV, 23 maggio 2000, n. 7119, cit, v. anche tra le altre Cass., sez. VI, 15 ottobre 2008, *Cass. pen*. 2010, 1912; Cass., sez. II, 22 marzo 2011, n. 17107, *CED Cass.,* 250252. In dottrina v. Aprati, *Diritto alla controprova e testimonianza indiretta, Cass. pen*. 2004, 624; Balsamo-Lo Piparo, *La prova "per sentito dire". La testimonianza indiretta tra teoria e prassi applicativa*, Milano, 2004, 371; Caprioli, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, 279, Giuliani, *Utilizzabilità e valutazione delle dichiarazioni de relato tra principio di oralità e libero convincimento del giudice, Riv.it.dir. e proc.pen*., 1995, 293

della ipotesi del silenzio tra i casi di impossibilità sopravvenuta e oggettiva di assumere la dichiarazione in dibattimento.

La conclusione non è condivisibile.

L'ambito delle possibili deroghe rispetto al principio del contraddittorio è indicato nel comma 5 dell'art. 111 Cost. In tal modo, evidentemente, è stata operata una scelta che, se per un verso prende atto della pratica impossibilità di vincolare il legislatore ordinario all'osservanza senza eccezioni al contraddittorio nel momento formativo della prova, dall'altro mira a predeterminare a livello costituzionale il catalogo delle fattispecie derogatorie da rimettersi alla discrezionalità legislativa. Affida cioè alla legge ordinaria non la ‹‹determinazione dei modi, ma dei casi nei quali è possibile l'assunzione delle prove al di fuori del contraddittorio per impossibilità oggettiva››[72]. Scontando, così, il rischio di un eccessivo irrigidimento del sistema: sia con riferimento alla gamma delle ipotesi ivi descritte, sia anche con riferimento ad eventuali difficoltà di interpretazione delle formule impiegate per individuare tali ipotesi. Infatti, il riferimento alla "accertata impossibilità di natura oggettiva" ha posto e pone qualche problema interpretativo[73]. Senza dubbio, però, si è voluto alludere alle situazioni nelle quali risulti in concreto impossibile realizzare tale principio per cause indipendenti dalla volontà delle parti o dei soggetti fonti di prova. Il discorso, quindi, si sposta sulla possibilità di far rientrare nelle ipotesi di "impossibilità di natura oggettiva, previste dall'art. 111 comma 5 Cost, anche le situazioni in cui la impossibilità non derivi da inerzia o da negligenza della parte interessata alla formazione della prova ma dalla scelta del soggetto fonte di prova di sottrarsi alla proceduta acquisitiva, o di rifiutarsi di rispondere, nell'ambito di un rapporto dialettico dinanzi al giudice.

La risposta deve essere negativa. Non è rilevante appellarsi al carattere della prevedibilità[74], poiché la scelta di non rispondere è sempre prevedibile, tant'è che vi sono ipotesi nelle quali ne è riconosciuta la facoltà al dichiarante. D'altro canto, il termine "oggettiva" si riferisce a cause indipendenti dalla volontà del soggetto, ed assimilabili alla forza maggiore[75].

È bene chiarire, infatti, che il fatto che l'imputato o il coimputato non siano costretti a deporre su fatti inerenti la propria responsabilità penale, non rientra nella imprevedibilità, come richiesto dalla giurisprudenza in tema di deroga al principio del contraddittorio, né ha connotazioni di elemento oggettivo[76]. È, invece, una condizione di natura soggettiva, che cadrebbe qualora il (co)imputato decidesse di essere sottoposto ad esame, dunque, l'impossibilità stessa di sentirlo verrebbe meno. Ne consegue che non vi è alcun margine di utilizzabilità dibattimentale poiché l'inutilizzabilità prevista nell'art. 195, comma 7, c.p.p. è assoluta e viene meno solo nelle ipotesi oggettive di morte, irreperibilità e infermità della fonte diretta[77].

Se il controllo della fonte non è possibile, la chiamata *de relato* non può essere utilizzata neanche come riscontro. Diversamente si svuoterebbe di significato la garanzie prevista nell'art. 192, comma 3, c.p.p., anche se si assicurasse l'individualizzazione, il riscontro non potrebbe superare il rischio di inattendibilità che caratterizza la dichiarazione da convalidare[78].

Alla tesi contraria consegue la utilizzabilità della dichiarazione *de relato* del coimputato, quale prova principale e come riscontro anche nel caso in cui il soggetto che ha una percezione diretta scelga di non rispondere.

L'insidia è molto pericolosa ed è chiara alle Sezioni unite: ‹‹la tecnica della *mutual corroboration* può portare in sé il rischio che l'armonia tra le dichiarazioni dei diversi propalanti possa nascondere una trama di mendacio concordato e finalizzato a incolpare una persona estranea ai fatti››. Da qui la necessità di individuare dei precisi parametri ermeneutici attraverso i quali circoscrivere nella valutazione probatoria il rilievo da attribuire alla chiamata *de relato*.

In estrema sintesi, per una parte della dottrina[79] la chiamata *de relato* non asseverata è differente dal-

[72] In questi termini Cesari, *"Giusto processo", contraddittorio ed irripetibilità degli atti di indagine,* in *Riv.it. dir. e proc. pen.* 2001, 63.

[73] Grevi, *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del conraddittorio,* in *Riv.it. dir. e proc. pen*. 1999, 850.

[74] Cass., sez. un., 29 novembre 2012, cit., in commento, 32, ss..

[75] In altri termini, "l'ambito applicativo della disposizione riguarda le ipotesi classiche di morte o grave infermità del dichiarante, Conti, *Le "due" anime del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost, Dir. pen. proc.* 2000, 2, 197.

[76] Di difficile comprensione anche il richiamo che le Sezioni unite fanno alla giurisprudenza europea, il caso richiamato riguarda un testimone deceduto, dunque, un'ipotesi di impossibilità di natura oggettiva.

[77] Sui profili di illegittimità costituzionale delle tre ipotesi, in riferimento alle deroghe al contraddittorio previste dell'art. 111 comma 5 Cost, nel caso in cui si accolga una lettura "rigorosa" che riporti l'impossibilità alla "natura dell'oggetto" e non alla sua "causa oggettiva esterna", v. Ubertis, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, cit., 174.

[78] v. Ruggiero, *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità,* cit., 73.

[79] Cfr. Iacoviello, *Il diritto imprevedibile: le contraddittorie pronunce della Suprema Corte sulla motivazione delle ordinanze cautelari fondate su chiamate in reità de relato*, cit., 2340; Romano Barocci, *La chiamata di correo de relato e i gravi indizi ex art. 273, comma1, c.p.p, Giur.it*. 1994, II, 763; Petrachi, *Sulla valutazione della chiamata,* cit., 763

la chiamata diretta con la quale ha in comune solo il carattere di prova rappresentativa, atteggiandosi invece come prova critica, dunque, come un indizio, relativamente alla vicenda di cui il dichiarante ha avuto conoscenza. Ne consegue che solo dopo aver ritenuto attendibile e credibile la circostanza che il dichiarante ha ricevuto un racconto da terzi, occorre verificare come ritenere provati gli elementi introdotti dal terzo narrante[80]. In questi termini si è espressa, sembrerebbe, anche la giurisprudenza quando sostiene che la particolare struttura della chiamata *de relato* richiede un vaglio di attendibilità diverso dalla chiamata diretta poiché deve concentrarsi sul dichiarante ma anche sulla fonte diretta[81].

Tuttavia, lascia molto perplessi l'orientamento secondo il quale è sufficiente richiamare l'attenzione del giudice di merito ad un vaglio ancora più attento di quegli elementi che possono essere utilizzati per la conferma[82]. Non vi è dubbio che l'atteggiamento verso la chiamata *de relato* sia di diffidenza, eppure la giurisprudenza, sebbene, talvolta, non ritenga che la chiamata possa essere posta a base di un'affermazione di responsabilità, ha affidato al giudice di merito, alla sua attenzione ed ad un vaglio ancor più attento quegli elementi che possono essere utilizzati a sua conferma.

Non sembra agevole, aldilà dell'utilizzo degli aggettivi che devono caratterizzare i riscontri, certi, univoci, specifici ed individualizzanti, distinguere questi elementi di conferma rispetto a quelli pure necessari per asseverare una chiamata in correità, soprattutto se si adotti l'orientamento ormai decisamente prevalente che, comunque, considera ineludibili i riscontri individualizzanti anche per queste prove dichiarative. Diversamente risulterebbe particolarmente complesso saggiare l'attendibilità del terzo[83], se cioè questi non fosse ascoltato dal giudice, potendo eventualmente raggiungere solo un elevato valore di attendibilità.

Il ragionamento in parte trova una conferma in un orientamento intermedio[84].

L'obbligo, o il potere, previsto nell'art. 195 c.p.p., di disporre l'esame delle persone che hanno fornito l'informazione è finalizzato alla ricerca di una convalida e all'ottenimento di un controllo su quanto riferito, posto che, in tali casi, "è oscura e incerta l'origine della conoscenza" e notevolmente ridotta la possibilità di contestazione e di controesame. Questo meccanismo di garanzia, previsto per la testimonianza indiretta, costituisce un'indicazione generale, da tener presente, a maggior ragione, per dichiarazioni *de relato* rese da coimputati o imputati di reato connesso. In questi casi alla debolezza dell'elemento probatorio derivante dal riferimento ad ulteriore fonte, si aggiunge il sospetto intrinseco a ogni dichiarazione del coimputato o imputato di reato, normalmente interessato a una determinata versione o ricostruzione dei fatti da accertare.

Epperò, sulla base di queste ragioni, si ritiene che "se non si può escutere la persona come fonte originaria della dichiarazione, per essere l'imputato accusato da quella dichiarazione e, perciò, interessato a smentirla, devono applicarsi le regole e i principi stabiliti in tema di chiamata in correità dall'art. 192, comma 3, c.p.p., compresa la necessità di riscontri oggettivi"[85].

Questi ultimi devono essere autonomi rispetto alla fonte da verificare e di densità e significatività tali da assumere il valore di prova autosufficiente, sì da conferire al narrato del chiamante in correità il valore residuale di una mera chiave di lettura e di trama espositiva, cronologicamente ordinata, di un composito intreccio di evidenze.

D'altro canto, la chiamata *de relato* che dovesse superare positivamente questo doppio vaglio di attendibilità non potrà essere considerata prova utile

[80] Cfr. Iacoviello, *Il diritto imprevedibile: le contraddittorie pronunce della Suprema Corte sulla motivazione delle ordinanze cautelari fondate su chiamate in reità de relato,* cit., 2340

[81] Pur non definendo la chiamata come prova ovvero come indizio le Sez. Un. 30 ottobre 2003, n. 45276 (*Cass. pen*. 2004, 811, con nota di Carcano) fanno affermato: ‹‹la chiamata in reità fondata su dichiarazioni de relato, per poter assurgere al rango di prova pienamente valida a carico del chiamato ed essere posta a fondamento di una pronuncia di condanna, necessita del positivo apprezzamento in ordine alla intrinseca attendibilità non solo del dichiarante, ma anche delle persone che hanno fornito le notizie, oltre che dei riscontri esterni. In dottrina v. Bevere, *La chiamata di correo*, cit., 157; Casiraghi, *La chiamata di correo: riflessioni in merito alla mutual corroboration*, cit.; Di Paolo, voce *Testimonianza indiretta,* cit., 1673 ss.; Gaito, *Chiamata di correo de relato*, cit., 318; Iacoviello, *Il diritto imprevedibile*, cit., 2340; Peroni, *Chiamate di correo, dichiarazioni de relato*, cit., 683

[82] In questo senso v. Cass., sez. un., 30 ottobre 2003, n. 45276, cit. Sebbene le Sezioni unite abbiano affermato che i "riscontri esterni alla chiamata stessa" debbano essere individualizzanti, cioè riferirsi ad ulteriori, specifiche circostanze, strettamente e concretamente ricolleganti in modo diretto il chiamato al fatto di cui deve rispondere, perché una chiamata de relato assurga al rango di prova pienamente valida a carico del chiamato, e altri orientamenti abbiano ancora specificato che i riscontri devono essere estrinseci, certi, univoci, specifici e individualizzanti, ‹‹la pluralità degli aggettivi non consente, né potrebbe farlo, di distinguere questi elementi di conferma rispetto a quelli pure necessari per asseverare una chiamata in correità››. V. anche Cass., sez. VI, 12 dicembre 2002, n. 1692/02 e Cass., sez. VI, 20 dicembre 2011, n. 16939, cit.

[83] In questo modo la chiamata da indizio generico si trasforma in indizio grave, o secondo qualche orientamento, in prova.

[84] La novità è nell'aver individuato la necessità di una preventiva selezione delle chiamate *de relato* utilizzabili per un'affermazione di colpevolezza, v. Cass., sez. VI, 20 dicembre 2011, n. 16939,cit., v. anche Cass., sez. I, 4 aprile 2012, n. 33398, cit.

[85] Cass., sez. VI, 20 dicembre 2011, n. 16939, cit.

per ritenere acclarata la regiudicanda e nemmeno sufficiente per poter ottenere un provvedimento cautelare[86].

L'effetto di tale sistema è molto insidioso e non consente di discernere quando le dichiarazioni mutualmente corroboranti siano veridiche e quando siano false[87].

La linea più rigorosa, sostenuta anche da una parte della giurisprudenza[88] argina le insidie possibili e offre maggiori garanzie all'imputato che non può essere condannato sulla base di prove sulle quali non ha potuto interloquire direttamente, sentendo dalla voce della fonte diretta le accuse a lui mosse[89].

La tesi opposta[90], d'altro canto, che ammette in astratto la convergenza del molteplice anche *de relato* appare, proiettata sul piano prasseologico, "incapace" di affermare la penale responsabilità per reati spesso gravissimi, con il contributo dichiarativo di soggetti che, riportando a terzi le proprie conoscenze, non si assumono la responsabilità delle proprie dichiarazioni[91] ed inidonea anche per quanto attiene alla attendibilità della prova.

[86] Del resto, la conclusione trova conferma in quell'orientamento giurisprudenziale che già richiedeva un riscontro di tipo individualizzante per la chiamata de relato e che con la modifica dell'art. 273 c.p.p. e dopo l'intervento delle Sez. un., 30 maggio 2006, n. 36267, *Giur. It*. 2007, 2291, è divenuto la regola "tendenzialmente" applicabile per ogni forma di chiamata, anche in correità

[87] Vi è il ‹‹rischio che, in simili eventualità, dietro la convergenza delle dichiarazioni accusatorie provenienti da diversi coimputati possa in realtà nascondersi una trama di mendacio concordato dei chiamanti ai danni del chiamato››, così Grevi, *Le "dichiarazioni rese dal coimputato" nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 1179.

[88] Cass., sez. I, 25 ottobre 2001, n. 43928, cit.; Cass., sez. V, 28 maggio 2002, n. 43464, cit.; Cass., sez. V, 9 luglio 2010, n. 37219; in posizione intermedia ma individuata nell'ordinanza di rimessione come orientamento negativo Cass., sez. VI, 20 dicembre 2011, n. 16939, cit.

[89] Si obietta che la tesi dà per scontata una sorta di gerarchia tra le prove in contrasto con il principio del libero convincimento del giudice

[90] L'orientamento, come sottolineato nell'ordinanza di rimessione e confermato anche da Casiraghi, *La chiamata di correo: riflessioni in merito alla mutual corroboration, cit*., 9, sembra desumersi indirettamente in quella giurisprudenza che avendo consentito ad una chiamata *de auditu* di giungere da riscontro, implicitamente ammetteva anche la reciproca riscontrabilità tra *de relato*. Per le pronunce che direttamente affermano il principio della possibilità della mutua corroborazione, cfr. Cass., sez. I, 10 maggio1993, n. 11344, cit.; Cass. sez. I, 21 novembre 2006, n. 1560, cit.; Cass., sez. I, 23 giugno 2010, n. 31695, cit.; Cass., sez. I, 4 aprile 2012, n. 33398, cit.; Cass. sez. I, 28 febbraio 2012, n. 34525, cit.. In dottrina v. Di Paolo, voce *Testimonianza indiretta,* cit., 1673 ss.; Iacoviello, *Il diritto imprevedibile*, cit., 2342

[91] Non rassicura l'osservazione secondo cui mai la Corte nelle sue pronunce si è limitata a fare una mera operazione di calcolo matematico, aggiungendo ad un *de relato* un altro analogo e con ciò ritenendo chiuso il cerchio dei riscontri.

Saggi grafici e garanzie difensive

Corte di Cassazione, Sezione II, sentenza 7 marzo 2013, n. 16400 – Pres. Casucci; Rel. Davigo

Il rilascio di saggio grafico non può essere equiparato alle dichiarazioni autoindizianti la cui inutilizzabilità in caso di violazione delle prescrizioni è prevista dall'art. 63 cod. proc. pen. e, pertanto, non è affetto da nullità il provvedimento con cui il giudice disponga la raccolta di essi, al fine di sottoporli al perito quali scritture di comparazione senza averne dato avviso alle parti ed in mancanza dell'intervento dei difensori.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

Con sentenza del 13.5.2011, il Tribunale di Noia dichiarò G. V. responsabile dei reati di violenza e minaccia aggravate nei confronti di D.R.A., Sindaco del Comune di (OMISSIS) e di S.T., Senatore e Consigliere comunale dello stesso Comune al fine di impedire la loro attività politica e amministrativa (capo A), di detenzione e porto di pistola (capo A1) di violenza e minaccia nei confronti dei Carabinieri della Stazione di (OMISSIS) e del Gruppo di (OMISSIS), al fine di costringerli a compiere atti contrari ai doveri d'ufficio o ad omettere atti d'ufficio (capo B), di minacce aggravate nei confronti di D.G., direttrice della filiale del Banco di Napoli di (OMISSIS) e di detenzione e porto di proiettili (capo C), di tentata estorsione capo d), di detenzione e porto di arma comune da sparo e di spari in luogo pubblico (capo D1), di minacce, danneggiamento aggravato, detenzione e porto di proiettili (capo E), tutti aggravati ai sensi della L. n. 203 del 1991, art. 7 unificati sotto il vincolo della continuazione e lo condannò alla pena di anni 9 mesi 2 di reclusione ed Euro 2.450,00 di multa.

Avverso tale pronunzia l'imputato propose gravame e la Corte d'appello di Napoli, con sentenza del 12.4.2012, in parziale riforma della decisione di primo grado, ridusse la pena ad anni 7 mesi 6 di reclusione ed Euro 2.300,00 di multa.

Ricorre per cassazione il difensore dell'imputato deducendo:

1. violazione della legge processuale in relazione all'inutilizzabilità delle consulenze tecniche svolte sul saggio grafico e della perizia dibattimentale per essere stato il predetto saggio grafico acquisito da persona formalmente informata sui fatti, ma che avrebbe dovuto assumere qualità di persona sottoposta ad indagini; il saggio grafico avrebbe valore di dichiarazione auto indiziante e come tale rientrerebbe nella previsione di cui all'art. 63 cod. proc. pen. (richiamando Cass. Sez. 6 sent. n. 32577 del 27.4.2006); peraltro il Cap. De Simone ha spiegato di aver interrotto il saggio avendo rilevato l'uso della doppia "b", nella parola "abito", come negli anonimi e quindi l'interruzione era una forma di garanzia;

2. violazione di legge e vizio di motivazione in ordine all'affermazione di responsabilità per i capi D e D1, in quanto sarebbe stato indispensabile farsi rilasciare un saggio grafico ampio ed esaustivo, come rilevato dalla consulente di parte; lo stesso consulente R.I.S. ha rilevato deboli elementi di collegamento; l'episodio in danno della Nuova Caffetteria è stato posto a carico del ricorrente in ragione delle analogie con quello relativo all'attentato al Sindaco, pur in presenza di dubbi sulla paternità della scrittura, mentre gli episodi non sarebbero affatto sovrapponibili;

3. violazione di legge e vizio di motivazione in ordine all'affermazione di responsabilità basata sulla perizia della dott.ssa F.M. che soffre di un pregiudizio, in quanto il perito, pur avendo acquisito ulteriori saggi grafici avrebbe finito per non utilizzarli, ritenendo che l'imputato avrebbe avuto interesse ad alterare la sua grafia abituale;

4. violazione di legge e vizio di motivazione in relazione all'affermazione di responsabilità per i reati contestati in assenza di elementi dotati di elevata capacità dimostrativa, sull'argomento suggestivo che dopo il fermo di G.V. erano cessate le condotte analoghe a quelle contestate e trascurando altre possibili piste e che anche altri soggetti erano stati arrestati per condotte simili;

5. violazione della legge processuale in quanto per il reato di cui al capo E non era stata inflitta in primo grado alcuna pena, sicchè la Corte d'appello non avrebbe potuto infliggere l'aumento per continuazione di mesi 6 giorni 5 di reclusione ed Euro 300,00 di multa per i reati di cui a tale capo, essendo appellante il solo imputato;

6. violazione di legge e vizio di motivazione in ordine all'affermazione di responsabilità per il reato di cui al capo B in assenza di elementi dotati di significativa capacità dimostrativa; la telefonata al 112 del (OMISSIS) con la

quale il chiamante chiede di parlare con il Comandante di Compagnia, non sarebbe raffrontarle per contenuto a quella del (OMISSIS) nella quale la minaccia è indirizzata al Sindaco e non è rivendicativa di attentati compiuti; la telefonata ai Carabinieri sembrerebbe attinente a far desistere dall'attività di sequestri per violazione delle norme sulla circolazione stradale; quanto alla perizia fonica la sentenza impugnata da atto che non è stata effettuata l'analisi oggettiva sulla telefonata al 112 per il rumore di fondo, ma solo quella soggettiva, che non consentirebbe una sicura attribuzione della voce;

7. vizio di motivazione in ordine alla determinazione della pena; l'incremento per continuazione è pari al triplo della pena base, pur avendo la Corte territoriale rilevato che andava ridotta la pena inflitta dal primo giudice perchè prossima al massimo edittale di cui all'art. 81 cod. pen..

CONSIDERATO IN DIRITTO

Il primo motivo di ricorso è infondato.

Sotto il previgente codice di rito questa Corte aveva ritenuto che per l'assunzione della scrittura di comparazione, la legge non prescrive alcuna particolare garanzia, onde nessun avviso è dovuto alle parti ed ai loro difensori, dei quali non e stabilito l'intervento all'atto della raccolta dei saggi grafici. Si tratta, infatti, di un incombente che sta al di fuori dello schema giuridico dell'atto istruttorie costituito dalla perizia, onde non soggiace agli avvisi ed alle altre formalità dettate a garanzia dei diritti della difesa. (Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 18 del 08/01/1974 dep. 27/07/1974 Rv. 127683).

Con tale pronunzia la Corte aveva disatteso un precedente orientamento (Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 828 del 02/05/1973 dep. 10/08/1973 Rv. 124794) che richiedeva invece che il testimone, che fosse stato invitato a rilasciare scritture di comparazione per gli accertamenti relativi a un delitto di falso, assumeva da quel momento - agli effetti della norma dell'art. 304 c.p.p., comma 3 previgente la posizione di un indiziato di reità e pertanto il magistrato istruttore non potesse raccogliere immediatamente i saggi grafici, ma dovesse provvedere alle formalità previste dalla norma citata e quindi sospendere l'interrogatorio e rinviarlo ad un'altra seduta, nella quale soltanto raccogliere le scritture di comparazione.

Con la pronunzia n. 18 del 08/01/1974 dep. 27/07/1974 Rv. 127683 la Corte era tornata al precedente orientamento secondo il quale nessuna norma vieta al giudice istruttore di procedere alla raccolta di saggi grafici da sottoporre, in prosieguo, al perito, per essere utilizzati quali scritture di comparazione ed in mancanza di una esplicita disposizione al riguardo, l'atto compiuto dal giudice senza avvisare le parti e senza l'intervento dei difensori, non può essere ritenuto nullo, ne tanto meno può ritenersi nulla la perizia grafica eseguita in base ai saggi grafici cosi raccolti. (Cass. Sez. 5, Sentenza n. 496 del 10/05/1968 dep. 05/07/1968 Rv. 108573).

Nessuna disposizione nel nuovo codice ha modificato il quadro normativo e l'art. 63 cod. proc. pen. si limita a prevedere la inutilizzabilità delle dichiarazioni auto indizianti raccolte in violazione delle prescrizioni.

Il rilascio di saggio grafico non può essere equiparato alle dichiarazioni se non attraverso l'analogia, ma va ricordato che, per espressa previsione dell'art. 177 cod. proc. pen., le nullità sono tassative e che le inutilizzabilità, ai sensi dell'art. 191 cod. proc. pen. sussistono solo quando una prova sia stata acquisita in violazione di un divieto di legge. Tale divieto peraltro non si rinviene nel vigente codice di procedura penale, mentre gli artt. 356, 361 e 364 cod. proc. pen. non indicano il rilascio di saggio grafico fra gli atti ai quali il difensore ha il diritto di assistere.

D'altro canto questa Corte ha espressamente escluso l'esistenza di un divieto li legge che possa comportare l'inutilizzabilità laddove ha ritenuto che, in tema di indagini preliminari, l'acquisizione delle scritture di comparazione preordinate ad accertamenti tecnici diversi da quelli inerenti alla falsità in atti - per i quali solo vale la disciplina dettata dall'art. 75 disp. att. cod. proc. pen..
– può essere liberamente disposta dal Pubblico Ministero, considerato che si tratta di atto di parte liberamente valutabile dal giudice come elemento indiziario e che le relative modalità acquisitive possono avere rilievo solo ai fini dell'attendibilità della consulenza tecnica, la quale non ha valore di prova e non è equiparata alla perizia. (Cass. Sez. 6, Sentenza n. 22540 del 2/03/2006 dep. 27/06/2006 Rv. 234723, citata anche nella sentenza impugnata).

La decisione citata nel ricorso (Cass. Sez. 6 sent. n. 32577 del 27.4.2006) si limita a ritenere non manifestamente infondata la questione prospettata e ciò non sposta i termini della questione giacchè la non manifesta infondatezza (sulla scorta della quale la Corte pervenne ad una pronunzia di prescrizione) è cosa diversa dalla fondatezza dell'eccezione proposta.

Il secondo, terzo, quarto e sesto motivo di ricorso sono infondati e si risolvono nella prospettazione di questioni di merito, attraverso una lettura alternativa delle risultanze.

La Corte territoriale ha condiviso la valutazione del perito e delle consulenze del P.M. circa la riconducibilità della grafia all'imputato ed ha argomentato in modo non manifestamente illogico, con riferimento alle omogeneità segniche. Peraltro tale valutazione è stata integrata dalla complessiva valutazione degli elementi raccolti, quali la caratteristiche estrinseche dei biglietti, l'evidente collegamento con le telefonate e le modalità operative.

Nel caso in esame il ricorrente propone una ricostruzione alternativa a quella operata dai giudici di merito, ma, in materia di ricorso per Cassazione, perchè sia ravvisabile la manifesta illogicità della motivazione considerata dall'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e), la ricostruzione contrastante con il procedimento argomentativo del giudice, deve essere inconfutabile, ovvia, e non rappresentare soltanto una ipotesi alternativa a quella ritenuta in sentenza. (V., con riferimento a massime di esperienza alternative, Cass. Sez. 1 sent. n. 13528 del 11.11.1998 dep. 22.12.1998 rv 212054).

Il quinto e settimo motivo di ricorso sono infondati.

Quanto al fatto che non sia stata inflitta alcuna pena per il reato di cui al capo E, ciò non risulta dal dispositivo, ma solo dalla motivazione della sentenza di primo grado. Nel dispositivo infatti vi è l'affermazione di responsabilità per tutti i delitti ascritti all'imputato e la determinazione della

pena complessiva di anni 9 mesi 2 di reclusione ed Euro 2.450,00 di multa.

Il divieto di "reformatio in peius" riguarda esclusivamente il dispositivo della sentenza ed il suo concreto contenuto afflittivo, ma non anche la motivazione, che può contenere una valutazione più grave della violazione commessa, sia in termini di fatto che di diritto. (Cass. Sez. 4, Sentenza n. 3447 del 03/10/2007 dep. 23/01/2008 rv 238738).

In ordine all'entità della pena la Corte territoriale ha ravvisato l'esigenza di ridurre la pena in quanto eccessiva e l'ha ridotta richiamando i parametri di cui all'art. 133 cod. pen..

La determinazione in concreto della pena costituisce il risultato di una valutazione complessiva e non di un giudizio analitico sui vari elementi offerti dalla legge, sicchè l'obbligo della motivazione da parte del giudice dell'impugnazione deve ritenersi compiutamente osservato, anche in relazione alle obiezioni mosse con i motivi d'appello, quando egli, accertata l'irrogazione della pena tra il minimo e il massimo edittale, affermi di ritenerla adeguata o non eccessiva. Ciò dimostra, infatti, che egli ha considerato sia pure intuitivamente e globalmente, tutti gli aspetti indicati nell'art. 133 cod. pen. ed anche quelli specificamente segnalati con i motivi d'appello. (Cass. Sez. 6, sent. n. 10273 del 20.5.1989 dep. 12.7.1989 rv 181825. Conf. mass. n. 155508; n. 148766; n. 117242).

È vero che vi è la frase riportata nel settimo motivo di ricorso, ma tale frase, incongrua, non vanifica la residua motivazione.

Il ricorso deve pertanto essere rigettato.

Ai sensi dell'art. 616 cod. proc. pen., con il provvedimento che rigetta il ricorso, l'imputato che lo ha proposto deve essere condannato al pagamento delle spese del procedimento

[*Omissis*]

Chiara Fanuele*

Ricercatore confermato di Diritto processuale penale nell'Università di Siena

L'efficacia "rappresentativa" auto-indiziante dei saggi calligrafici assunti da persona non imputata né indagata

The auto-made suspect representative efficacy of the calligraphic essays assumed by a non charged or suspected

L'autrice, dopo avere evidenziato – sulla base dei più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità – come l'ambito applicativo delle regole stabilite dall'art. 63, comma 1, c.p.p. risulti ormai inadeguato, cerca di aprire nuovi spiragli verso interpretazioni più attente alla difesa di chi, in séguito all'acquisizione d'un atto che, formalmente, non ha natura dichiarativa, si trovi coinvolto nella vicenda oggetto di indagine.

The author, after having pointed out – on the basis of the latest trend of jurisprudence of legitimacy – how the applicatory sphere of the rules established by art. 63, paragraph 1, c.p.p., comes out inadequate at this time, tries to open new perspectives towards interpretations more careful to the defence of who, following the acquisition of an act that, formally, doesn't have declarative nature, find himself involved in the event object of the investigation.

Premessa

La sentenza in commento offre lo spunto per alcune riflessioni su di un tema delicato, dati gli interessi di natura costituzionale ch'esso coinvolge: il valore e l'uso procedimentale dei saggi grafici acquisiti da persona informata sui fatti durante la fase investigativa.

Più specificamente, nel caso *de quo*, il pubblico ministero, avvalendosi di consulenti tecnici[1], aveva

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

[1] Sul potere del pubblico ministero di compiere accertamenti tramite propri consulenti, v., in particolare, Scalfati, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, *Ind. pen.*, 1992, 136.

assunto un saggio calligrafico da una persona, che ancora non rivestiva formalmente la qualifica di indagata, nel corso di un procedimento penale diretto ad accertare, tra gli altri, i reati di violenza e di minaccia nei confronti di alcuni esponenti politici e delle forze dell'ordine. In sostanza, il magistrato inquirente aveva raccolto detto saggio per sottoporlo poi ad un perito ed utilizzarlo quale scrittura di comparazione nell'eventuale successivo procedimento, senza avvisare né le parti né i loro difensori; e ciò, in base al presupposto per cui tale operazione non sarebbe stata equiparabile ad una perizia, onde avrebbe potuto essere espletata senza gli avvisi né le altre formalità prescritte dal codice di rito penale per garantire i diritti della difesa.

Conseguentemente, il difensore dell'imputato ricorreva per cassazione, deducendo, quale motivo d'impugnazione, l'erronea applicazione della legge processuale penale, per essere inutilizzabili sia la consulenza tecnica svolta sul saggio grafico sia la successiva perizia dibattimentale; ciò in quanto, - egli adduceva - il predetto saggio grafico era stato acquisito come proveniente da un soggetto avente formalmente la posizione di persona informata sui fatti; il quale, invece, avrebbe dovuto essere considerato come indagato. Secondo lo stesso patrocinatore, infatti, il saggio grafico avrebbe avuto valore auto-indiziante e, quindi, nel caso di specie, si sarebbero dovute applicare le regole stabilite dall'art. 63, comma 1, c.p.p.

Invece, la Cassazione – con una decisione discutibile – ha ritenuto *utilizzabile* quel saggio grafico che il pubblico ministero aveva ottenuto dalla persona successivamente imputata, con l'argomento per cui il "rilasciare un saggio grafico" non può essere considerato equivalente al "rendere una dichiarazione"; di conseguenza, il caso di specie è stato ritenuto sottratto alla disciplina garantistica di cui all'art. 63, comma 1, c.p.p.

Inoltre, per confermare ulteriormente la piena utilizzabilità dell'atto, la Suprema Corte ha affermato che il codice di rito penale non include l'acquisizione di un saggio grafico tra gli atti a cui il difensore ha diritto di assistere. In sostanza, - secondo il Giudice di legittimità – il pubblico ministero, nello svolgere la propria funzione investigativa, è libero di disporre «l'acquisizione delle scritture di comparazione preordinate ad accertamenti tecnici diversi da quelli inerenti alla falsità in atti – per i quali soltanto vale la disciplina dettata dall'art. 75 disp. att. cp.p.-», trattandosi «di un atto di parte liberamente valutabile dal giudice come elemento indiziario». Semmai, le modalità acquisitive del documento in questione possono rilevare solo al fine di verificare «l'attendibilità della consulenza tecnica»; la quale – ribadisce la Cassazione - «non ha valore di prova e non è equiparata alla perizia».

La sentenza *de qua* risulta particolarmente interessante perché – ora che sono trascorsi quasi venticinque anni dalla riforma in senso accusatorio del nostro sistema - consente di riflettere sulla tutela del diritto al silenzio nei riguardi della persona il cui nome non sia stato ancora iscritto nel registro di cui all'art. 335.

Tutela "anticipata" del diritto al silenzio e dichiarazioni (auto)indizianti

La massima sancita dalla sentenza in commento («l'acquisizione di un saggio grafico non può essere equiparata all'assunzione di una dichiarazione; onde il pubblico ministero, ai fini di tale operazione, non è tenuto a osservare le regole fissate dall'art. 63 c.p.p.») si inserisce in un più ampio orientamento della giurisprudenza di legittimità[2], peraltro anch'esso assai criticabile: simile indirizzo comprime il diritto dell'indagato alla difesa e consente – come si vedrà - l'ingresso in dibattimento di elementi che – seppure indirettamente – possono essere utilizzati come prove in giudizio.

Questo indirizzo non è spiegabile altrimenti che con la permanenza di un'ideologia inquisitoria, ancora parzialmente radicata nell'amministrazione giudiziaria, tendente a considerare l'indagato – perfino "l'indagabile"- come "organo di prova"[3]: nonché, quindi, le manifestazioni di sua provenienza pienamente utilizzabili per l'accertamento del fatto.

Invero, nella sentenza in esame, i giudici, per avvalorare il proprio ragionamento, innanzitutto, richiamano una sentenza della Suprema Corte - emessa mentre ancora vigeva il codice di rito penale del 1930, e peraltro disattesa da una decisione successiva -; poi, affermano che «nessuna disposizione nel nuovo codice ha modificato il quadro normativo e l'art. 63 si limita a prevedere la inutilizzabilità delle dichiarazioni auto indizianti raccolte in violazione delle prescrizioni».

Tuttavia, si deve evidenziare come la previsione d'un complesso di norme volte a garantire il pieno esercizio della difesa alla persona sottoposta ad indagini o – perfino – non ancora divenuta tale[4] - sebbene parzialmente anticipata dalle modifiche

[2] V. Cass., sez. VI, 2 marzo 2006, n. 22540, *CED. Cass*., 234723; Trib. Milano, 14 febbraio 2005, *Foro ambr*., 2005, 59.

[3] In proposito, v. la tradizionale classificazione di Florian, *Delle prove penali*, II, Milano, 1924, 9 ss.

[4] V. *Relazione al Progetto Preliminare del codice di procedura penale. Supplemento ordinario n. alla G.U. - Serie generale* - n. 250 - 24 ottobre 1988, 28.

apportate al testo normativo fascista dalla l. 5 dicembre 1969, n. 532 - abbia costituito una delle più salienti novità del sistema introdotto attraverso la riforma processuale del 1988; cosicché la riduzione dell'ambito applicativo riguardato da simile disciplina non può non apparire come una successiva prassi distorta intesa a circoscrivere la salvaguardia del diritto al silenzio.

Difatti, il testo codicistico dell'88, nella sua versione originaria (poi modificata dalla l. 1° marzo 2001, n. 63, di attuazione delle norme costituzionali sul giusto processo), proseguendo nel solco dell'*iter* riformatore avviato con la suddetta l. n. 932 del 1969 (la quale, anzitutto, attraverso la sostituzione dell'art. 78, comma 3, c.p.p. 1930, aveva riconosciuto espressamente alla persona interrogata la facoltà di non rispondere)[5], ha stabilito un sistema di garanzie a favore anche del "non indagato", per evitare possibili elusioni del principio *nemo tenetur se detegere*[6].

Invero, proprio dall'avvertita necessità di tutelare lo *status* di colui che si trovi ad essere possibile soggetto di attività investigative derivano, ad esempio:
– il divieto di testimonianza sulle dichiarazioni rese dall'imputato (art. 62 c.p.p.);
– il diritto del dichiarante auto-indiziatosi ad essere avvertito che, in conseguenza delle sue parole, potranno essere svolte indagini contro di lui; nonché il corrispettivo divieto di utilizzare le dichiarazioni già rese contro il loro autore (art. 63, comma 1, c.p.p.);
– l'esplicito riconoscimento all'interrogato del diritto al previo avvertimento circa la facoltà di non rispondere (art. 64, comma 3, lett. *b*, c.p.p.);
– l'incompatibilità con l'ufficio di testimone di colui che ha assunto la qualità di indagato per lo stesso reato od in un procedimento connesso o di un reato collegato (artt. 197, lett. *a* e *b*, c.p.p.).

In particolare, l'art. 63, comma 1, secondo periodo – contenente una disposizione analoga a quella di cui all'art. 304, comma 3, come sostituito nel contesto del c.p.p. 1930 - sancisce l'inutilizzabilità, contro il rispettivo autore, delle dichiarazioni rese all'autorità procedente da una persona non imputata né indagata, quando da tali dichiarazioni derivi la possibilità che vengano svolte indagini nei confronti della medesima[7]. Questa norma, quindi, assicura una tutela anticipata allo *ius tacendi* rispetto al momento dell'interrogatorio[8]; e, più in generale, garantisce il diritto di difesa[9] di chi, fino all'istante in cui ha emesso quelle sue medesime dichiarazioni, risultava estraneo al fatto oggetto di accertamento; il quale, perciò, a seguito delle proprie parole autoindizianti, deve essere edotto circa la sua nuova posizione di possibile indagato e quanto alla sua facoltà di nominare un difensore[10].

Tuttavia, progressivamente, la funzione garantistica dell'art. 63, comma 1, c.p.p. è stata parzialmente compromessa da una giurisprudenza incline a interpretare restrittivamente questa disposizione.

In tal senso, si è fatta dipendere l'applicazione di simile disciplina dalla pre-esistenza di elementi inequivocabilmente indizianti circa la reità a carico del soggetto successivamente dichiarante, richiedendo, altresì, l'emersione di tali dati dal materiale probatorio già in possesso dell'autorità giudiziaria[11]; e si è escluso che l'obbligo di sentire «sin dall'inizio» il soggetto in qualità d'indagato scatti anche nei confronti della persona verso la quale si nutrano meri sospetti[12].

In quest'ottica, allora, si sono ritenute utilizzabili le dichiarazioni rese da chi, pur essendo coinvolto nella vicenda oggetto di indagine, non vi ha assunto - almeno inizialmente - un ruolo tale da comporta-

[5] Sul punto, ci sia consentito rinviare a Fanuele, *Le contestazioni nell'esame testimoniale,* Padova, 2005, 16.

[6] Sull'argomento, cfr., ampiamente, Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio,* Torino, 2000, 23. V., altresì, Bernasconi, *La collaborazione processuale,* Milano, 1995, 300 ss.

[7] V. *Relazione al Progetto Preliminare del codice di procedura penale*, cit., 30.

[8] Sul punto, Dominioni, sub *art. 63 c.p.p.*, Amodio – Dominioni (diretto da) *Comm. del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano, 1990, 398; Moscarini, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana, Riv. it. dir. proc. pen*., 2006, 629 e, già, Grevi, *Nemo tenetur se detegere*, Milano, 1972, 134 ss.

[9] V., tra gli altri, Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, II, Milano, 1982, 169; Corso, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da eliminare?*, *Ind. pen*., 1999, 1080; Dinacci, *Involuzioni giudiziarie: l'annullamento del diritto al silenzio, Giust. pen*., 1984, III, 397; Ferrua, *Difesa (diritto di), Dig. pen*., III, Torino, 1989, 470; Id., *La difesa dell'imputato*, Torino, 1988, 13; Illuminati, *I principi generali del processo penale italiano*, *Pol. dir*., 1999, 305 ss.; Mazza, *Esame delle parti private (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir*., Annali, II, 1, Milano, 2008, 213 ss.; Id., *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 12 ss.; Moscarini, *Silenzio dell'imputato (diritto al), Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 1082 ss.; Patanè, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, 81 ss.; Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato,* Torino, 2008, 73 ss.; Presutti, *Autodifesa giudiziaria, Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 234 ss.; Scaparone, *Evoluzione ed involozione del diritto di difesa*, Milano, 1980, 24 ss.; Ubertis, Nemo tenetur se detegere *e dialettica procesuale*, *Giust. pen*., 1994, III, 97; Voena, *Difesa III) Difesa penale*, *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 16.

[10] Sanna, *Ristretto l'uso delle dichiarazioni autoindizianti*, *Dir. pen. proc*., 1997, 603; Ead., *Dichiarazioni autoindizianti e loro utilizzabilità*, *Giur. it*., 1996, II, 177. In proposito, cfr., altresì, Santoru, sub *art. 63 c.p.p*., Giarda – Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, IV ed., Milano, 2010, 824.

[11] Così, Cass., sez. I, 17 gennaio 2008, n. 6617, *CED. Cass*., 239362; Cass., sez. II, 2 ottobre 2008, n. 39380, *ivi*, 241867; Cass., sez. V, 5 dicembre 2001, n. 305, *ivi*, 221360.

[12] In questo senso, Cass., sez. I, 17 gennaio 2008, n. 6617, cit.

re l'iscrizione del suo nominativo nel registro delle notizie di reato[13]. Analogamente, si è affermato che la disciplina garantistica di cui all'art. 63, comma 1, è applicabile solo nell'ipotesi di dichiarazioni dalle quali emerga una responsabilità del dichiarante in ordine al reato per cui si procede, mentre non opera se il reato è diverso e del tutto privo di legami con il fatto addebitato al dichiarante; cosicché questi, rispetto al fatto *de quo agitur*, è solo testimone; onde, riferendo su fatto altrui, totalmente scollegato dal proprio, non rischia di compromettere la sua stessa posizione[14].

È evidente, però, come queste soluzioni ermeneutiche restrittive favoriscano applicazioni della disposizione in oggetto tali da sminuirne l'efficacia garantistica[15].

Infatti, far dipendere l'applicazione dell'art. 63, comma 1, dalla previa conoscenza, in capo all'autorità procedente, circa la sussistenza d'indizi non equivoci della colpevolezza a carico del soggetto ascoltato significa consentire agli organi inquirenti di sentire un individuo considerato sospetto in qualità di persona informata sui fatti, in modo tale da raccogliere intanto, "non formalmente", ulteriori elementi anche a suo carico.

Proprio per disincentivare soluzioni di questo tipo, sembra preferibile, invece, ricollegare l'efficacia dell'art. 63, comma 1, già alla sola insorgenza di meri *sospetti* nei confronti di chi venga a colloquio con l'autorità procedente; se non – addirittura – considerare comunque applicabile medesima disposizione, a prescindere anche dalla preesistenza, in capo all'appellato, di ogni qualsiasi sospetto.

"Prova reale" e privilegio contro l'autoincriminazione

Più in generale, si deve osservare come la disposizione di cui all'art. 63, comma 1, miri a proteggere l'accusato contro *acquisizioni di informazioni* da parte degli organi inquirenti *"abusive"*, cioè attuate senza osservare le garanzie assicurate dalla legge al soggetto *de quo*; a prescindere dal fatto che la violazione di suddette garanzie sia avvenuta per errore o per ritenute ragioni di opportunità[16]. Difatti, il fondamento giustificativo degli obblighi gravanti sull'autorità procedente (pubblico ministero o polizia giudiziaria) risiede proprio nell'esigenza di assicurare lo *ius tacendi*[17] nei confronti di chi, conseguentemente ad un atto basato sulla sua collaborazione (spontanea o sollecitata), si trovi a poter essere indagato.

A proposito della fattispecie in discorso, però, va ricordato che l'orientamento della Corte di Strasburgo[18] è costante nel negare l'incidenza di alcuni atti (come, ad es., il prelievo organico coattivo) sulla sfera degli interessi protetti dal principio *nemo tenetur se detegere.*

In sostanza, i Giudici europei riconoscono ad ogni persona sospettata d'un reato il diritto al silenzio solo rispetto ad una *domanda,* e non anche in relazione ad attività investigative non dirette ad acquisire una dichiarazione[19].

Tuttavia, questo indirizzo suscita qualche perplessità: taluni atti d'indagine, pur non rivolti ad ottenere condotte di natura dichiarativa, potrebbero nondimeno configurarsi come tecniche idonee a comprimere la libertà di autodeterminazione della persona e, quindi, ricadere nell'area interessata dal divieto posto *ex* art. 188 c.p.p.; e ciò quando – come è accaduto nel caso di specie – la persona appellata non sia stata informata della *natura* e della *finalità* dell'atto che subisce.

Difatti, la tutela costituzionale e di legge ordinaria concernente la libertà morale (artt. 13, comma 4, della Carta fondamentale e 188 c.p.p.) non solo inibisce l'uso di metodi (quali l'ipnosi, il siero della verità, ecc.) idonei ad alterare la capacità di ricordare e valutare i fatti, ma – se si intende tale sistema di salvaguardia secondo un'accezione più ampia – presuppone anche la «*consapevolezza della persona interpellata di essere stata richiesta di compiere un atto potenzialmente auto-indiziante* e *del rispettivo fine*»[20].

---

[13] Nella dottrina, Vassallo, *Dichiarazioni indizianti e regime di utilizzabilità*, *Dir. pen. proc.*, 2003, 68.

[14] Così, Cass., sez. II, 21 ottobre 2009, n. 45566, *CED. Cass.*, 245630.

[15] Sul punto, v. Kostoris, sub *art. 63 c.p.p.*, Chiavario (coordinato da) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, I, Torino, 1992, 320; Santoru, sub *art. 63 c.p.p.*, cit., 826.

[16] Per quest'ultimo rilievo, v. Scomparin, *La tutela del testimone nel processo penale*, Padova, 2000, 85.

[17] Barbieri, *Interrogatorio nel processo penale*, *Dig. pen.*, VII, Torino, 1993, 230.

[18] V. *Saunders v. UK*, 23 *EHHRR*, 313 (1997). V., altresì, *Brown v. Stott*, 1 *A.C.*, 681 (2003); *Heaney and McGuinnes v. Ireland*, 22 *EHHRR*, 12 (2001); *Funke v. France*, 16 *EHHRR*, 297 (1993). Sull'argomento, nella dottrina, in particolare, Moscarini, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, cit., 611 ss.; Ubertis, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, *Cass. pen.*, 2008, 7; Maina, *Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sul diritto al silenzio*, *Leg. pen.*, 1997, 189 ss.; Zacchè, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro le autoincriminazioni e diritto al silenzio*, Balsamo e Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 183 ss.

[19] In questo senso, v. anche Corte cost., sent. 4 aprile 1973, n. 34, *Giur. cost.*, 1973, 316 ss., con nota di Grevi, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*.

[20] Sul punto, ci sia consentito rinviare a Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009, 49.

Del resto, il corpo umano, in un certo senso, potrebbe essere considerato anch'esso una "fonte di prova" di natura "dichiarativa", perché in grado di fornire indicazioni equivalenti alle (anzi, più attendibili delle) dichiarazioni provenienti da una persona che collabori con il suo interlocutore, rispondendo alle domande da questi rivolte[21].

In quest'ottica, non è facile comprendere quale differenza ci sia, sotto il profilo della tutela riguardante lo *ius tacendi*, tra "elementi materiali" (come i campioni di sangue o qualunque altra "prova reale") e "dichiarazioni" (cui, invece, si riferivano i casi esaminati dalla Corte europea)[22].

Il diritto a rimanere in silenzio e il privilegio contro l'autoincriminazione rischiano, infatti, di restare princìpi meramente teorici, se ne viene ristretta l'applicazione in base all'*astratta categoria di appartenenza dell'atto*, senza verificare, di questo, *l'effettiva potenzialità autoincriminatrice*.

Invece, con riferimento al caso di specie, la Cassazione, per escludere la rilevanza *in subiecta materia* delle regole fissate dall'art. 63, comma 1, ha ritenuto decisiva la considerazione aprioristica per cui il saggio grafico non è annoverabile tra le "dichiarazioni".

In altri termini, la Suprema Corte ha impostato la questione sul piano meramente concettuale, pervenendo ad una soluzione che, pur se formalmente corretta, sembra potere comprimere il diritto di difesa della persona sottoposta ad indagini. I giudici, infatti, non si sono preoccupati di *vagliare in concreto se la persona informata sui fatti, nel momento in cui sono stati raccolti i saggi grafici, dovesse già assumere la qualità di indagato e godere, quindi, da subito delle garanzie difensive*; invece, hanno ritenuto senz'altro utilizzabili gli stessi saggi, adducendo che questi ultimi non sono qualificabili come "dichiarazioni" in senso tecnico.

Conclusioni

Sembra doveroso – a tal punto - riflettere circa la possibile violazione del principio *nemo tenetur se detegere* in caso di acquisizione di scritture di comparazione durante la fase investigativa.

Il saggio grafico può essere considerato equivalente ad una dichiarazione orale, perché la scrittura è in grado di dare una serie di informazioni circa il suo autore all'esperto che la analizza; allo stesso modo in cui notizie possono essere fornite, oralmente, dall'indagato in sede d'interrogatorio.

In definitiva, a contare non è la distinzione tra "dichiarazioni" ed "elementi materiali" (cioè la *tipologia* dell'atto) ma il *modo* con cui l'atto è compiuto.

Per tutelare davvero la libertà di autodeterminazione del soggetto pare necessario che questo sia informato della *natura* e della *finalità* dell'operazione che subisce. Come noto, infatti, prima dell'interrogatorio, la persona sottoposta ad indagini deve esser previamente avvertita non solo circa la sua facoltà di non rispondere ad alcuna domanda relativa al merito, ma anche quanto al possibile *uso successivo dei risultati* di tale atto medesimo (art. 64, comma 3, lett. *b* e *c*, c.p.p.)[23].

Quindi, nel caso di specie, si sarebbero dovute applicare le regole stabilite dall'art. 63, comma 1; le quali – come già detto - mirano proprio a proteggere l'accusato contro "abusive" acquisizioni di *informazioni* da parte degli organi inquirenti. Pertanto, il pubblico ministero – dato che la persona sottoposta al saggio calligrafico avrebbe potuto assumere la qualifica di indagato a séguito dell'esperimento – sarebbe stato tenuto ad avvisarla circa l'eventualità di tale mutamento relativo alla posizione soggettiva; e la consulenza tecnica svolta sul saggio grafico sarebbe dovuta risultare inutilizzabile.

Per giunta, la tesi accolta nella sentenza in commento non pare convincente neppure quanto al *valore* attribuito al saggio grafico. Questo atto, infatti, - differentemente da quanto ritenuto dalla Cassazione – non serve solo a verificare l'attendibilità della consulenza tecnica, ma influenza anche il *contenuto* della perizia.

Invero, la raccolta di saggi grafici costituisce un atto *preliminare* rispetto allo svolgimento di una perizia, perché – come riconosciuto dalla giurisprudenza richiamata dalla sentenza in esame - tali saggi vengono, poi, sottoposti al perito per essere utilizzati nel dibattimento quali scritture di comparazione. Pertanto, il perito, quando risponde ai quesiti formulati dalle parti e dal giudice[24], tiene conto di suddetto materiale investigativo, per raffrontarlo con i risultati a cui egli stesso è pervenuto. Quindi, i saggi calligrafici risultano in concreto utilizzabili dal giudice, *congiuntamente* con la perizia, ai fini della decisione.

In questo modo, un atto che *non è formato nel contraddittorio*, per di più assunto *aggirando il sistema di garanzie previste a favore della persona sottoposta ad indagine*, può avere un peso effettivo sulla formazione del giudizio conclusivo della causa.

[21] V., volendo, Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, loc. ult. cit.

[22] Nella dottrina inglese, Ashworth-Redmayne, *The Criminal Process*, Oxford, 2005, 133.

[23] Così Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., 54.

[24] Sull'argomento, v., ampiamente, Scalfati, *Perizia (dir. proc. pen.)*, *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 8 ss.

In definitiva, non si può non tener conto dell'orientamento pressoché univoco seguito dalla giurisprudenza, che subordina l'applicazione delle garanzie predisposte in base al principio *nemo tenetur se detegere* ad un dato formale: l'appartenenza dell'atto assunto dall'autorità procedente alla categoria della prova dichiarativa.

Tuttavia, si ha l'impressione d'una certa forzatura. Il divario tra le classificazioni probatorie è marginale rispetto alla schiacciante evidenza delle affinità.

Un saggio calligrafico, al pari delle parole del testimone, "fa presente" qualcosa; dall'espressione che ne risulta è dato di ottenere un indizio circa la colpevolezza. Questo profilo comune impone di spingersi verso soluzioni diverse che, superando gli schematismi formali, risultino più attente alla tutela dei diritti individuali già nel corso delle indagini.

Captazioni "involontarie" delle comunicazioni di un parlamentare ed autorizzazione all'utilizzazione delle stesse

Corte costituzionale, sentenza 22 aprile 2013, n. 74 – Pres. Gallo; Est. Cassese

Dichiara che non spettava alla Camera dei deputati negare, con deliberazione del 22 settembre 2010, l'autorizzazione, richiesta dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Napoli, a utilizzare quarantasei intercettazioni telefoniche nei confronti di N.C., membro della Camera dei deputati all'epoca dei fatti, nell'ambito del procedimento penale n. 325/2011 (n. 35856/01 RGNR) nel quale il predetto parlamentare risulta imputato; annulla la deliberazione adottata dalla Camera dei deputati in data 22 settembre 2013.

[*Omissis*]

1. – Con ricorso del 6 giugno 2011 (reg. confl. pot. n. 10 del 2011), il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, prima sezione penale, accogliendo la richiesta del pubblico ministero, ha sollevato – nell'ambito di un procedimento penale innanzi ad esso pendente nei confronti dell'allora parlamentare N. C., imputato del delitto di cui agli artt. 110 e 416-*bis* del codice penale – conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato in riferimento alla deliberazione del 22 settembre 2010 (doc. IV n. 6-A), con la quale la Camera dei deputati ha negato l'autorizzazione ad utilizzare quarantasei conversazioni telefoniche, casualmente intercettate, coinvolgenti il suddetto parlamentare. L'autorizzazione è stata chiesta con ordinanza del 7 gennaio 2010 dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Napoli, ai sensi dell'art. 6, comma 2, della legge 20 giugno 2003, n. 140 (Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato).

Il Tribunale ricorrente deduce che la Camera dei deputati, nel negare l'autorizzazione, avrebbe esorbitato dai limiti delle proprie attribuzioni, stabiliti dall'articolo 68 della Costituzione, in quanto la relativa delibera sarebbe stata assunta alla stregua di criteri discrezionalmente scelti volta per volta e sulla base di valutazioni sul merito degli atti di indagine che l'art. 6, comma 2, della legge n. 140 del 2003 attribuirebbe sul merito degli atti di indagine che l'art. 6, comma 2, della legge n. 140 del 2003 attribuirebbe in via esclusiva al giudice penale. Il ricorrente chiede, quindi, che la Corte voglia dichiarare «che non spetta alla Camera dei deputati negare l'autorizzazione all'utilizzazione processuale delle intercettazioni telefoniche secondo un criterio all'uopo discrezionalmente prescelto, né in base ai criteri che presiedono all'autorizzazione all'arresto ovvero in base all'epoca di esecuzione delle intercettazioni, alla ravvisata mancanza di novità o di decisività del relativo apporto probatorio e neppure in base alla ritenuta fragilità dell'impianto accusatorio», e, conseguentemente, annullare la deliberazione adottata dalla Camera dei deputati in data 22 settembre 2010.

2. In via preliminare, va ribadita l'ammissibilità del conflitto, già dichiarata con ordinanza n. 327 del 2011, poiché ne sussistono i requisiti oggettivi e soggettivi. Anche a seguito della cessazione di N.C. dalla carica di parlamentare, avvenuta il 15 marzo 2013, resta ferma la legittimazione della Camera dei deputati (cui apparteneva l'imputato all'epoca dei fatti) ad essere parte del presente conflitto, quale organo competente a dichiarare in modo definitivo la propria volontà in ordine all'applicabilità dell'art. 68, terzo comma, della Costituzione (ordinanze n. 25 e n. 13 del 2013, nonché sentenza n. 263 del 2003).

3. – Occorre innanzitutto stabilire se spetti al Parlamento negare l'autorizzazione all'utilizzazione proces-

suale di una intercettazione «fortuita» o «casuale» nei confronti di un suo membro in base a criteri discrezionalmente scelti volta per volta.

3.1. – Nelle «considerazioni di metodo» formulate nella relazione presentata alla Presidenza della Camera dei deputati l'8 gennaio 2010 gennaio 2010 (doc. IV n. 6-A) ed approvata dall'Assemblea con la deliberazione del 22 settembre 2010 impugnata, la Giunta per le autorizzazioni afferma che l'art. 6, comma 2, della l. n. 140 del 2003 – nell'assegnare al Parlamento il potere di autorizzare l'utilizzazione delle conversazioni, cui abbia preso parte un suo membro, che risulti quindi indirettamente e casualmente intercettato - «non detta un criterio, ma rimette la concessione o il diniego dell'autorizzazione ad una decisione dell'Assemblea», la quale, quindi, «può scegliere il criterio e dimostrarne, secondo la propria elaborazione politica e concettuale, la ragionevolezza».

Questa interpretazione dell'art. 6 della legge n. 140 del 2003 non può essere accolta.

Si osserva, innanzitutto, che l'art. 6, al pari delle altre disposizioni sulle immunità e sulle prerogative a tutela della funzione parlamentare, deroga al principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione – principio che è «alle origini della formazione dello Stato di diritto» (sentenze n. 262 del 2009 e n. 24 del 2004) – e deve, quindi, «essere interpretat[o] nel senso più aderente al testo normativo» (sentenza n. 390 del 2007). Tale esigenza è stata rafforzata dalla riforma dell'art. 68 Cost., avvenuta con legge costituzionale 29 ottobre 1993, n. 3, che ha sostituito l'originaria autorizzazione a procedere nei confronti dei membri del Parlamento con un sistema basato su specifiche autorizzazioni *ad acta*. Nell'attuale sistema delle immunità e delle prerogative parlamentari, «non più l'intero procedimento, ma solo tali atti sono considerati idonei a incidere sulla libertà e l'indipendenza della funzione parlamentare», e «queste sono suscettibili di sacrificio nei limiti in cui il compimento in concreto di taluno di essi – in relazione alla sua attitudine tipica – corrisponda alle specifiche esigenze procedimentali e, in particolare, investigative» (sentenza n. 188 del 2010).

L'art. 68 Cost., inoltre, protegge l'attività parlamentare dalle interferenze giudiziarie a condizione che queste – oltre a pregiudicare «la funzionalità, l'integrità di composizione (nel caso delle misure *de libertate*) e la piena autonomia decisionale» dell'Assemblea – siano anche «illegittime», ossia impiegate «con scopi persecutori, di condizionamento, o comunque estranei alle effettive esigenze della giurisdizione», identificandosi il bene protetto «con l'esigenza di assicurare il corretto esercizio del potere giurisdizionale nei confronti dei membri del Parlamento, e non con gli interessi sostanziali di questi ultimi (riservatezza, onore, libertà personale), in ipotesi pregiudicati dal compimento dell'atto» (sentenza n. 390 del 2007).

3.2. – L'art. 6 della legge n. 140 del 2003 stabilisce che il corretto esercizio del potere giurisdizionale nei confronti dei membri delle Camere va valutato in base al criterio della «necessità» processuale. Tale criterio – deciso con legge dal Parlamento stesso – ha una duplice valenza: opera come condizione per l'utilizzazione delle intercettazioni nel corso del processo e come limite dell'attività dell'autorità giudiziaria nei confronti dei parlamentari. Ne consegue che soltanto qualora la richiesta di autorizzazione avanzata dal Giudice per le indagini preliminari abbia ad oggetto intercettazioni fortuite la cui utilizzazione non risponda al richiamato criterio di «necessità», l'esercizio del potere giudiziario andrebbe ritenuto illegittimo e riveli l'intento persecutorio della richiesta. L'apprezzamento di un simile intento da parte del Parlamento presuppone – ed è logicamente conseguente a – un giudizio negativo circa la sussistenza del requisito di «necessità». È, dunque, esclusa la possibilità che la Camera alla quale appartiene il parlamentare le cui conversazioni siano state intercettate decida su una richiesta di autorizzazione avanzata ai sensi dell'art. 6 della legge n. 140 del 2003 alla stregua di criteri discrezionalmente scelti caso per caso o comunque diversi da quello indicato dallo stesso Parlamento in sede legislativa, nei limiti di cui all'art. 68 Cost.

4.- Ciò stabilito in termini generali, ai fini del presente conflitto, occorre individuare gli ambiti di valutazione che, rispetto al requisito della necessità, competono, rispettivamente, al giudice richiedente e alla Camera di appartenenza del parlamentare.

4.1. – In base all'art. 6, comma 2, della legge n. 140 del 2003, il Giudice per le indagini preliminari chiede l'autorizzazione all'utilizzazione di intercettazioni o tabulati nei confronti del parlamentare qualora lo «ritenga necessario». Su questa base, la Corte ha precisato che «la valutazione circa la sussistenza, in concreto, di tale "necessità" spetta indubbiamente all'autorità giudiziaria richiedente», la quale è peraltro tenuta «a determinare in modo specifico i connotati del provvedimento e a dare adeguato conto delle relative ragioni, con motivazione non implausibile, nella richiesta di autorizzazione ad eseguirlo, così da porre la Camera competente in condizione di apprezzarne compiutamente i requisiti di legalità costituzionale» (sent. n. 188 del 2010).

L'art. 6 della legge n. 140 del 2003 non assegna al Parlamento un potere di riesame di dati processuali già valutati dall'autorità giudiziaria. Consente, tuttavia, alle Camere di verificare che la richiesta di autorizzazione sia coerente con l'impianto accusatorio e che non sia, dunque, pretestuosa. A tal fine, la Camera alla quale appartiene il parlamentare le cui conversazioni siano state captate deve accertare che il giudice abbia indicato gli elementi su cui la richiesta si fonda – ovvero, «da un lato, le specifiche emergenze probatorie fino a quel momento disponibili e, dall'altro, la loro attitudine a fare sorgere la "necessità" di quanto si chiede di autorizzare» - e che la asserita necessità dell'atto sia «motivata in termini di non implausibilità» (sentenza n. 188 del 2010).

4.2. – La richiesta di autorizzazione avanzata dal

Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Napoli appare conforme ai principi e ai criteri enunciati.

La «rilevanza e necessità» delle quarantasei conversazioni telefoniche oggetto della richiesta, casualmente captate su utenze appartenenti a terze persone, sono motivate sia in ordine alla mancata distruzione dei verbali e delle registrazioni relativi a quelle conversazioni (distruzione che l'art. 6, comma 1, della legge n. 140 del 2003 prescrive qualora esse siano ritenute «irrilevanti»), sia in ordine alla richiesta di autorizzazione formulata ai sensi del comma 2 del medesimo articolo.

Le intercettazioni di cui si chiede l'utilizzazione – secondo il Giudice per le indagini preliminari – nel loro insieme «attestano contatti e frequentazioni» tra l'allora deputato N.C. «e soggetti dei quali è stato accertato […] il contributo rilevante e consapevole prestato al clan dei casalesi e a sodalizi a questo collegati». In particolare, alcune conversazioni servirebbero ad avvalorare il ruolo di N.C. «nel conferimento degli incarichi all'interno delle compagini consortili interessate dall'indagine […]; il suo peso nella composizione del Consiglio di amministrazione di Ecoquattro s.p.a. […]; il suo intervento per la composizione di un contenzioso tra il Consorzio CE4 e la Ecocampania dei fratelli Ferraro», costituendo così conferme dirette della ricostruzione compiuta nell'ordinanza cautelare. Altre conversazioni fornirebbero «un riscontro diretto di interventi del parlamentare in questioni probatoriamente rilevanti nelle quali egli era stato finora chiamato in causa da collaboratori di giustizia, soggetti e/o imputati per gli stessi fatti, conversazioni tra terzi».

Simili riscontri – sempre ad avviso del giudice richiedente – appaiono rilevanti sia sotto il profilo accusatorio, non potendosi negare «che di un tale consolidamento cognitivo vi sia sempre bisogno quando si debba valutare l'affidabilità di fonti cognitive del genere sopra indicato»; sia sotto il profilo difensivo, perché «le interlocuzioni dirette del parlamentare sulle questioni indicate possono costituire la base per interpretazioni o prospettazioni alternative, indiscutibilmente utili alla piena comprensione delle vicende» e in quanto «dal loro contenuto il parlamentare indagato e i suoi difensori potrebbero trarre, una volta che queste siano rese processualmente utilizzabili, argomenti difensivi altrimenti preclusi».

Sulla base di tali considerazioni e di una puntuale disamina del valore probatorio delle singole intercettazioni, il Giudice per le indagini preliminari si è espresso «nel senso della rilevanza e necessità di tutte le conversazioni indicate» e, «ritenuta rilevante e necessaria l'utilizzazione processuale» delle medesime, ha chiesto alla Camera dei deputati di autorizzarla, con ciò conformandosi al dettato dell'art. 6 della legge n. 140 del 2003 e, in particolare, all'obbligo di indicare gli elementi e le ragioni di necessità posti a fondamento della richiesta.

4.3. – Nell'apprezzare i requisiti di legalità costituzionale della richiesta di autorizzazione all'utilizzazione delle intercettazioni e, segnatamente, il requisito della necessità, la Camera – come si è anticipato – non può sostituirsi al Giudice per le indagini preliminari nella «valutazione circa la sussistenza, in concreto, di tale "necessità"», giacché questa «spetta indubbiamente all'autorità giudiziaria richiedente», ma deve valutare la coerenza tra la richiesta e l'impianto accusatorio e, in particolare, se l'addotta necessità sia stata «motivata in termini di non implausibilità» (sent. n. 188 del 2010).

Alla luce di tale criterio, la censura prospettata dal ricorrente merita accoglimento.

Nella deliberazione parlamentare impugnata, la motivazione formulata dal Giudice per le indagini preliminari per giustificare la necessità di acquisire le intercettazioni non è in alcun modo esaminata. Il diniego dell'autorizzazione è fondato, infatti, oltre che sull'erronea premessa «di metodo», sopra richiamata, secondo cui l'art. 6, comma 2, della legge n. 140 del 2003 rimetterebbe alla Camera di appartenenza la scelta del criterio di decisione, sui seguenti argomenti: che esisterebbe un «nesso» con la precedente deliberazione – con la quale la Camera dei deputati aveva negato l'autorizzazione all'arresto del parlamentare - «stretto a tal punto che sarebbe stato contraddittorio decidere diversamente»; che le intercettazioni in questione, riguardando conversazioni avvenute tra l'allora deputato N.C. e altre persone tra il 2002 e il 2004, conterebbero «elementi ormai molto risalenti nel tempo e la cui idoneità probatoria deve ritenersi in gran parte scemata»; che il contenuto delle intercettazioni «non conferisce profili di novità alle risultanze dell'esame che è già stato svolto a proposito della richiesta di arresto»; che il dato emergente dalle intercettazioni «non può ritenersi decisivo ai fini della colpevolezza»; che, conseguentemente, sarebbe evidente «la fragilità dell'impianto accusatorio».

Tali argomenti hanno soltanto una remota attinenza con il requisito della necessità e, comunque, non concernono la plausibilità o la sufficienza della motivazione a riguardo adottata dal giudice richiedente. I richiamati argomenti sono volti, piuttosto, a negare – peraltro, in modo assiomatico – rilievo decisivo al valore probatorio delle comunicazioni intercettate, ma, come la Corte ha già avuto modo di chiarire, «impropria sarebbe una pretesa di limitare l'autorizzazione solo alle prove cui sia attribuibile il carattere della "decisività", al cui concetto non può essere ridotto e circoscritto quello di "necessità"» (sentenza n. 188 del 2010).

La deliberazione della Camera dei deputati risulta, perciò, essere stata assunta sulla base di valutazioni che trascendono i limiti del sindacato previsto dall'art. 68, terzo comma, Cost. e interferiscono con le attribuzioni che l'art. 6, comma 2, della legge n. 140 del 2003 assegna in via esclusiva al giudice penale.

[*Omissis*]

Maria Francesca Cortesi*
Ricercatore di Procedura penale – Università degli Studi di Cagliari

Membri del Parlamento ed intercettazioni "casuali": nuova pronuncia della Corte costituzionale

Members of Parliament and interception "random": New ruling of the Costitutional Court

L'esercizio del potere giurisdizionale nei confronti dei membri del Parlamento deve essere valutato sulla base del solo criterio della "necessità" processuale, a cui non può essere ricondotto il carattere della decisività della prova.

The exercise of judicial power against members of Parliament must be assessed on the basis of the sole crterion of the "necessity" of the case, which can not be traced the character of the decisiveness of the evidence.

Il caso

Con una sentenza dai tratti chiari e lineari, che si ascrive all'interno di un solco interpretativo già in precedenza tracciato almeno nei suoi profili essenziali[1], la Corte costituzionale risolve il conflitto di attribuzioni tra la Camera dei deputati ed il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Napoli, annullando la deliberazione adottata da quel ramo del Parlamento.

La vicenda ha origine da un ricorso con cui il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, accogliendo la richiesta formulata dal pubblico ministero, ha sollevato il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, in riferimento alla deliberazione del 22 settembre 2010 della Camera dei deputati, con la quale è stata negata l'autorizzazione all'utilizzo di quarantasei conversazioni telefoniche, casualmente intercettate, coinvolgenti un soggetto, all'epoca dei fatti membro del Parlamento, nell'ambito di un procedimento penale in cui lo stesso era imputato del delitto di cui agli artt. 110 e 416-*bis* c.p.

Il punto nodale della vicenda riguarda in modo specifico l'individuazione dei limiti del sindacato previsto dall'art. 68, comma 3, Cost.[2], limiti che, di conseguenza, si riverberano sulla sfera di attribuzioni assegnate, *ex* art. 6, comma 2, l. 20 giugno 2003, n. 140 (*Disposizioni per l'attuazione dell'art. 68 della Costituzione nonché in materia di procedimenti penali nei confronti delle alte cariche dello Stato*), in via esclusiva, al giudice penale.

Si tratta, come è evidente, di un aspetto primario ed ineludibile, la cui definizione proietta i suoi effetti sulla operatività dell'intero meccanismo procedimentale.

I profili dedotti dal Tribunale sono molteplici, anche se, invero, la Corte concentra il proprio giudizio solo su alcuni di essi, fornendo una lettura che, rispetto alle precedenti, mostra una maggiore aderenza al dato letterale nonché alla natura eccezionale del precetto in questione.

Al fine di inquadrare in modo corretto il percorso logico-motivazionale seguito dai giudici costituzio-

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

[1] Cfr. a tal proposito C. cost., sent. 26 maggio 2010, n. 188.

[2] Oggetto di vivace discussione è stata proprio la scelta legislativa di ricondurre anche la disciplina delle intercettazioni "casuali o fortuite" sotto l'egida dell'art. 68, comma 3, Cost., quantunque il dato testuale del citato precetto avrebbe condotto ad un risultato affatto differente, prevedendo l'autorizzazione *de qua* solo nell'ipotesi in cui i membri del Parlamento debbano essere sottoposti alle intercettazioni (le così dette intercettazioni "dirette"). In argomento Amato, *Intercettazioni: passa l'utilizzabilità limitata*, *Guida al dir.*, 2003, n. 26, 32, il quale rileva che "La disciplina delle intercettazioni «indirette» è stata costruita estendendo massimamente le indicazioni contenute nell'art. 68 della Costituzione, dove non vi è esplicita traccia di una garanzia di tali dimensioni"; Gialuz, *Intercettazioni di colloqui riservati e libertà funzionale del parlamentare: qualche riflessione sulla portata della prerogativa dell'art. 68, comma 3, Cost.*, *Cass. pen.*, 2004, 3682; Grevi, *Anomalie e paradossi in tema di intercettazioni «indirette» relative a membri del Parlamento*, *Cass. pen.*, 2007, 3159; Tracogna, *Intercettazioni indirette di conversazioni di parlamentari: la garanzia dell'art. 68 comma 3 Cost.*, *Cass. pen.*, 2006, 453 e ss.

nali, è pregiudiziale esporre, seppur succintamente, con quali argomentazioni il Tribunale abbia fondato il proprio ricorso, costituendo queste il sentiero principale entro cui si muove la pronuncia in commento.

In primo luogo, il ricorrente lamenta che la Giunta per le autorizzazioni abbia deviato dai canoni di legge contenuti nell'art. 6, comma 2, l. n. 140 del 2003, sulla scorta dell'affermazione secondo cui il precetto *de quo* non avrebbe indicato una specifica regola di giudizio, consentendo così all'Assemblea di scegliere il criterio e dimostrarne, secondo la propria elaborazione politica e concettuale, la ragione-volezza.

Ancora, la Camera dei deputati nel rigettare l'autorizzazione avrebbe individuato un inscindibile nesso con una sua precedente deliberazione con cui aveva negato l'autorizzazione all'arresto del medesimo parlamentare, sovrapponendo in tal modo diversi piani di giudizio, l'uno riguardante l'utilizzazione delle intercettazioni, l'altro l'autorizzazione all'arresto, basati su "valutazioni ontologicamente diverse ed ancorate al rispetto di criteri e di requisiti niente affatto coincidenti".

Sarebbe, inoltre, errato l'argomento utilizzato nella relazione della Giunta, secondo cui le intercettazioni riguarderebbero "elementi ormai risalenti nel tempo", "la cui idoneità probatoria deve ritenersi in gran parte scemata". Si osserva, infatti, da parte del Tribunale, come l'indizio o l'elemento di prova non perda la propria attitudine dimostrativa del fatto a cagione del trascorrere del tempo, tenuto conto, tra l'altro, che una prova, anche se acquisita in un epoca risalente, rimane tale, posto che "il codice di rito non assume il trascorrere del tempo come elemento di valutazione".

Il diniego all'utilizzazione delle intercettazioni sarebbe, inoltre, fondato su un giudizio non corretto in ordine alla correlazione tra le conversazioni intercettate e gli altri elementi di prova, sulla scorta della constatazione che il contenuto delle stesse non conferirebbe alcun profilo di novità rispetto al pregresso substrato probatorio.

Infine, costituirebbe un canone di valutazione improprio quello accolto dalla Camera, secondo cui il dato emergente dalle intercettazioni "non può ritenersi decisivo ai fini della colpevolezza" dell'allora deputato, oltre che l'osservazione circa "la fragilità dell'impianto accusatorio".

Il Tribunale, pertanto, sulla base dei predetti rilievi, ha chiesto alla Corte di dichiarare "che non spetta alla Camera dei deputati negare l'autorizzazione all'utilizzazione processuale delle intercettazioni telefoniche secondo un criterio all'uopo discrezionalmente prescelto, né in base a criteri che presiedono all'autorizzazione all'arresto ovvero in base all'epoca dell'esecuzione delle intercettazioni, alla ravvisata mancanza di novità o di decisività del relativo apporto probatorio e neppure in base alla ritenuta fragilità dell'impianto accusatorio", con il conseguente annullamento della deliberazione adottata dalla Camera in data 22 settembre 2010.

La cornice normativa

Le problematiche ed i nodi interpretativi emersi nel corso degli anni in tema di intercettazioni, soprattutto nella prospettiva del difficile bilanciamento tra la libertà e la segretezza di ogni forma di comunicazione (la cui inviolabilità trova protezione sia nelle fonti sopranazionali sia nelle fonti nazionali[3]) e le esigenze di prevenzione e di repressione dei reati, si ripropongono in modo ancora più complesso in relazione ai membri del Parlamento[4].

Nei confronti di tali soggetti, centrale è la disposizione di cui all'art. 68, comma 3, Cost., laddove si impone la necessità dell'autorizzazione della Camera di appartenenza, allorquando un membro del Parlamento debba essere sottoposto a qualsiasi forma di intercettazione di conversazioni o di comunicazioni o a sequestro della corrispondenza[5].

Il dato costituzionale appare, sul punto, quantomeno bizzarro, poiché si tratta, nel caso di specie, di mezzi di ricerca della prova in cui l'elemento "sorpresa" esaurisce *in toto* la funzionalità degli stessi, con la conseguenza che la richiesta della previa autorizzazione vanifica irrimediabilmente la loro natura e finalità[6]. Non a caso, nel corso degli anni, non

[3] Per un approfondimento cfr. Filippi, sub *art. 266 c.p.p.*, *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda – Spangher, Milano, 2010, 2560 e ss.

[4] Per una analisi del tema Cerase, *Intercettazioni telefoniche e immunità parlamentare*, *Cass. pen.*, 2007, 2660 e ss.

[5] C. cost., sent. 19 novembre 2007, n. 390, puntualizza che, richiedendo il preventivo assenso della Camera di appartenenza ai fini dell'esecuzione di tale mezzo investigativo, l'art. 68, comma 3, Cost. non mira a salvaguardare la riservatezza delle comunicazioni del parlamentare in quanto tale. Quest'ultimo diritto trova riconoscimento e tutela, a livello costituzionale, nell'art. 15 Cost., secondo il quale la limitazione della libertà e segretezza delle comunicazioni può avvenire solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria, con le garanzie stabilite dalla legge. L'ulteriore garanzia accordata dall'art. 68, comma 3, Cost. è strumentale, per contro, anche in questo caso, alla salvaguardia delle funzioni parlamentari: volendosi impedire che l'ascolto di colloqui riservati possa essere indebitamente finalizzato ad incidere sullo svolgimento del mandato elettivo, divenendo fonte di condizionamenti e pressioni sulla libera esplicazione dell'attività.

[6] In questa senso Amato, *Intercettazioni: passa l'utilizzabilità limitata*, *Guida al dir.*, 2003, n. 26, p. 29, rileva che "Poiché la sorpresa, per gli atti istruttori di che trattasi, è *conditio sine qua non*

è pervenuta in Parlamento alcuna richiesta preventiva di autorizzazione allo svolgimento di operazioni intercettive.

Sulla scorta di detta riflessione, si comprende, invece, la ragione per cui maggiore attenzione nella prassi sia stata, da sempre, riservata alla disciplina delle intercettazioni indirette o altrimenti definite "casuali o fortuite" ossia le captazioni ritualmente disposte nei confronti di un soggetto, alle cui conversazioni o comunicazioni ha preso parte personalmente un terzo interlocutore, membro del Parlamento, estraneo, però, all'individuazione soggettiva prevista nel decreto autorizzativo delle operazioni[7].

Il dato positivo in ordine a tale tipologia di intercettazione è contenuto all'interno della l. n. 140 del 2003, ove il legislatore ha esteso la protezione prevista per gli ordinari mezzi captativi anche all'acquisizione dei tabulati telefonici, qualora risulti dai dati esterni la partecipazione ad una o più comunicazioni di un parlamentare[8].

La problematica, nelle ipotesi menzionate, non riguarda certo la sequenza procedimentale da rispettare *ex ante*, essendo impossibile la previsione della stessa, quanto piuttosto l'individuazione dei parametri per consentire *ex post* l'eventuale utilizzabilità del materiale probatorio raccolto.

Il legislatore ha, a tal scopo, individuato un rigido binomio, che si dipana tra le diverse ed opposte alternative della utilizzazione/distruzione.

L'art. 6, comma 1, l. n. 140 del 2003 stabilisce, infatti, che il giudice per le indagini preliminari, anche su istanza delle parti ovvero del parlamentare interessato, qualora ritenga irrilevanti, in tutto o in parte, ai fini del procedimento i verbali e le registrazioni delle conversazioni o comunicazioni intercettate in qualsiasi forma nel corso di procedimenti riguardanti terzi, alle quali ha preso parte un membro delle Camere ovvero qualora il medesimo giudizio di irrilevanza venga formulato rispetto ai tabulati di comunicazioni acquisiti nell'ambito dei medesimi procedimenti, sentite le parti, a tutela della riservatezza, ne decide, in camera di consiglio, la distruzione totale o parziale, ai sensi dell'art. 269, commi 2 e 3 c.p.p.[9].

---

di efficacia, la preventiva conoscenza da parte dell'interessato dell'intenzione della magistratura di compierli, ne renderà assolutamente inutile la successiva esecuzione, anche qualora la Camera dovesse concedere l'autorizzazione". Per una definizione di intercettazione "diretta" C. cost., sent. 19 novembre 2007, n. 390, precisa, a tal proposito, che la disciplina dell'autorizzazione preventiva, dettata dall'art. 4 l. n. 140 del 2003, deve ritenersi destinata a trovare applicazione tutte le volte in cui il parlamentare sia individuato in anticipo quale destinatario dell'attività di captazione, ancorché questa abbia luogo monitorando utenze di diversi soggetti. In tal senso può e deve intendersi la formula «eseguire nei confronti di un membro del Parlamento […] intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni», che compare nella norma ordinaria.

[7] C. cost., sent. 19 novembre 2007, n. 390, secondo cui l'art. 6, l. n. 140 del 2003 attiene ai casi in cui le comunicazioni dell'esponente politico vengano intercettate fortuitamente, nell'ambito di operazioni che hanno come destinatarie terze persone (cosiddette intercettazioni «indirette» o «casuali»).

[8] Amato, *Intercettazioni: passa l'utilizzabilità limitata*, *Guida al dir.*, 2003, n. 26, p. 28, osserva che "La *ratio* è all'evidenza da individuare nella ravvisata esigenza di tutelare, in tal modo, la sfera di riservatezza del parlamentare in un settore particolare quale quello delle comunicazioni interpersonali. Peraltro, la disciplina di attuazione è sul punto esorbitante rispetto al dettato costituzionale. Né potrebbe ritenersi che i tabulati in questione siano in qualche misura assimilabili alle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, giacché, anzi, sul punto, si esprime in termini contrari tutta la giurisprudenza, quando, sul rilievo che trattasi di attività concettualmente diverse, esclude l'applicabilità della disciplina di garanzia prevista per le intercettazioni (artt. 266 e ss. c.p.p.) all'acquisizione dei tabulati". Sempre, in senso critico in merito a quella che definisce "un'inopinata estensione": GREVI, *Anomalie e paradossi in tema di intercettazioni «indirette» relative a membri del Parlamento*, *Cass. pen.*, 2007, 3159, secondo cui, in particolare, gli artt. 4 e 6 l. n. 140 del 2003 "…equiparando l'acquisizione dei «tabulati di comunicazioni» relative ad un membro del Parlamento agli altri atti investigativi o coercitivi riconducibili nell'ambito dell'art. 68 commi 2 e 3 Cost., sottopone anche tale atto acquisitivo (nonché l'attività di utilizzo dei suddetti tabulati, in quanto già acquisiti), alle medesime garanzie previste «per l'attuazione» dello stesso art. 68 Cost. Senonché non è difficile dimostrare che, entro questi limiti, una simile disciplina appare *ictu oculi* illegittima «per eccesso», dal momento che gli atti di acquisizione (ed a maggior ragione di utilizzazione) dei suddetti tabulati non rientrano tra gli atti compresi nell'elenco dell'art. 68 commi 2 e 3 Cost.; né vi possono essere fatti rientrare per via analogica (ad esempio con riferimento alle «intercettazioni» di conversazioni o comunicazioni), e nemmeno attraverso una artificiosa forzatura del dato testuale (ad esempio con riferimento al «sequestro di corrispondenza»). Per conseguenza, non è consentito al legislatore ordinario circondare tali atti di garanzie peculiari – a tutela del soggetto parlamentare – che, non avendo radicamento costituzionale, risultano essere in contrasto con il principio di eguaglianza *ex* art. 3 Cost.".

[9] Si rammenta come sia stato oggetto di discussione se l'area di operatività dell'art. 6, l. n. 140 del 2003 fosse riservata solo alle ipotesi di una partecipazione "in prima persona" allo scambio comunicativo del membro del Parlamento ovvero se potesse essere ricompreso anche lo scambio tra un *nuncius* del parlamentare e una terza persona, legittimamente sottoposta ad intercettazione. Per una esclusione di detta eventualità: C. cost., sent. 21 aprile 2005, n. 163, che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, commi 2, 3, 4, 5, 6 e dell'art. 7 l. n. 140 del 2003, nella parte in cui disciplinano l'utilizzabilità delle intercettazioni, effettuate nel corso di procedimenti riguardanti terzi, di conversazioni o comunicazioni alle quali hanno preso parte membri del Parlamento (così dette intercettazioni «indirette» o «casuali»), sul presupposto che fra queste ultime sia compresa anche l'ipotesi della intercettazione riguardante un soggetto che funga da mero *nuncius* del Parlamentare. (La Corte ha ritenuto non condivisibile tale premessa – e, dunque, irrilevante la questione – osservando che, secondo il senso comune, «prende parte» ad una conversazione o comunicazione chi interloquisce in essa: non colui su mandato del quale uno degli interlocutori interviene, sia pure quale mero portavoce). Nella giurisprudenza di legittimità: Cass., sez. I, 21 giugno 2006, n. 24621, *Cass. pen.*, 2007, 3243, precisa che "Sono inutilizzabili le conversazioni intercettate a cui ha preso parte un parlamentare, in assenza dell'autorizzazione di cui all'art. 6 l. 20

Se, invece, su istanza di una parte processuale e sentite le altre, con le forme ed i termini scanditi dall'art. 268, comma 6, c.p.p., ritenga necessario utilizzare le intercettazioni e i tabulati *de quibus*, il giudice lo decide con ordinanza e richiede, entro i dieci giorni successivi, l'autorizzazione della Camera a cui il membro del Parlamento appartiene ovvero apparteneva al momento in cui le conversazioni o le comunicazioni sono state intercettate (art. 6, comma 2, l. n. 140 del 2003); in caso di scioglimento della Camera alla quale il parlamentare appartiene la richiesta perde efficacia a decorrere dall'inizio della successiva legislatura e può essere rinnovata e presentata alla Camera competente all'inizio della legislatura stessa (art. 6, comma 4, l. n. 140 del 2003)[10].

Entrambe le scansioni procedimentali presuppongono, pertanto, che si sia realizzata una *discovery* del materiale intercettato, che segue le forme dettate dagli artt. 268 e 269 c.p.p.[11].

L'art. 6, comma 3, l. n. 140 del 2003 delinea, infine, in modo sufficientemente puntuale il contenuto della richiesta di autorizzazione formulata dal giudice per le indagini preliminari, prevedendo che debba essere enunciato il fatto per il quale è in corso il procedimento, debbano essere indicate le norme di legge che si assumono violate e gli elementi su cui l'istanza si fonda ed, inoltre, debba essere allegata la copia integrale dei verbali delle registrazioni e dei tabulati delle comunicazioni.

Il contenuto *de quo* è similare a quello previsto, ai sensi dell'art. 111, norme att. c.p.p., il quale individua i requisiti per la richiesta di autorizzazione a procedere.

giugno 2003, n. 140, a nulla rilevando che le frasi pronunciate dal parlamentare inquisito risultino coperte da *omissis*. L'inutilizzabilità va peraltro circoscritta alle sole conversazioni cui il soggetto abbia preso parte interloquendo, con esclusione di quelle in cui il parlamentare, pur presenziandovi, sia rimasto muto e di quelle in cui taluno, in qualità di *nuncius*, abbia riportato la sua volontà o il suo pensiero".

[10] Cass., sez. III, 28 ottobre 1999, n. 13484, *Cass. pen.*, 2000, 1641, secondo cui dopo la novella costituzionale intervenuta con legge costituzionale 29 ottobre 1993, n. 3, che ha modificato il testo originario dell'art. 68 Cost., non può più sostenersi in via generale che, sopraggiunta l'elezione parlamentare di un imputato sottoposto ad un processo penale ancora in corso, l'art. 68 Cost. imponga la sospensione del processo stesso (al fine di chiedere ed ottenere l'autorizzare a procedere). Infatti la novella ha abolito l'autorizzazione al procedimento penale, conservando solo l'autorizzazione a specifici provvedimenti penali, già previsti (perquisizioni personali e domiciliari, arresti e altre privazioni della libertà personale) oppure introdotti con la novella costituzionale (intercettazioni di comunicazioni o conversazioni, sequestri di corrispondenza). Ed ancora rileva che sopraggiunta l'elezione parlamentare dell'imputato nel corso di un procedimento penale, non è più possibile emettere o eseguire provvedimenti di arresto o altri provvedimenti cautelari limitativi della libertà personale del neoeletto, senza previa autorizzazione della camera di appartenenza; parimenti non è possibile emettere o eseguire provvedimenti di perquisizione o sequestro, senza la stessa previa autorizzazione. Tuttavia i provvedimenti di perquisizione o sequestro emessi ed eseguiti prima della elezione parlamentare (prima della proclamazione del neoeletto) restano efficaci ed utilizzabili, anche se non preceduti dall'autorizzazione (giuridicamente impossibile) della Camera di appartenenza. In dottrina Amato, *Intercettazioni: passa l'utilizzabilità limitata*, cit., 32; Grevi, *Anomalie e paradossi in tema di intercettazioni «indirette» relative a membri del Parlamento*, cit., 3161, osserva che "…se per un verso la disciplina dettata nell'art. 4 deve applicarsi quando, e soltanto quando, il soggetto parlamentare sia individuato in anticipo come il "bersaglio" dell'attività intercettiva (del resto, come si è visto, in coerenza con il disposto dell'art. 68, comma 3, Cost.), per altro verso la disciplina dettata dall'art. 6 è destinata ad operare in chiave residuale, con riferimento a tutte le ipotesi in cui lo stesso soggetto venga intercettato in modo casuale: cioè senza essere l'obiettivo di quello specifico strumento investigativo, bensì a seguito di un'operazione di intercettazione disposta nei confronti di un terzo (o magari disposta nei confronti di ignoti, come potrebbe accadere allorquando venga posta sotto controllo una utenza telefonica pubblica).

[11] Per una analisi completa Selmi – Di Bugno – Libone, *sub* art. 6, *Commenti articolo per articolo L. 20.6.2003 n. 140 (Immunità)*, *Leg. pen.*, 2004, 46 e ss. Si rammenta, per completezza, che, di recente, la stessa Corte costituzionale ha messo in luce nella nota sentenza n. 1 del 15 gennaio 2013 come, invece, nei confronti del Presidente della Repubblica, in presenza di intercettazioni, quantunque, "occasionali", non operino i richiamati precetti codicistici. Infatti, "…la cosiddetta «udienza di stralcio», di cui al sesto comma dell'art. 268 c.p.p., è inconferente rispetto al caso che ha dato origine al conflitto, essendo strumentalmente destinata alla selezione dei colloqui che le parti giudicano rilevanti ai fini dell'accertamento dei fatti per cui è processo. Nel caso di specie nessuna valutazione di rilevanza è possibile, alla luce del riscontrato divieto di divulgare, ed a maggior ragione di utilizzare in chiave probatoria, riguardo ai fatti oggetto di investigazione, colloqui casualmente intercettati del Presidente della Repubblica. Quanto alla procedura partecipata di distruzione, essa riguarda per definizione conversazioni prive di rilevanza ma astrattamente utilizzabili, come risulta dalla clausola di esclusione inserita, riguardo alle intercettazioni delle quali sia vietata l'utilizzazione, in apertura del secondo comma dell'art. 269 c.p.p.". Per la Consulta opera nel caso di specie l'art. 271, comma 3, c.p.p., norma processuale ove manca il rinvio all'art. 127 c.p.p., con la conseguenza che non sarebbe imposta la fissazione di una udienza camerale "partecipata". In riferimento, a tale ultimo aspetto, si osserva, infatti, che "Le intercettazioni inutilizzabili per vizi di ordine procedurale attengono a comunicazioni di per sé non inconoscibili, e che avrebbero potuto essere legittimamente captate se fosse stata eseguita la procedura corretta. La loro distruzione può pertanto seguire l'ordinaria procedura camerale, nel contraddittorio fra le parti. Nel caso invece si tratti di intercettazioni non utilizzabili per ragioni sostanziali, derivanti dalla violazione di una protezione "assoluta" del colloquio per la qualità degli interlocutori o per la pertinenza del suo oggetto, la medesima soluzione risulterebbe antitetica rispetto alla *ratio* della tutela. L'accesso delle altre parti del giudizio, con rischio concreto di divulgazione dei contenuti del colloquio anche al di fuori del processo, vanificherebbe l'obiettivo perseguito, sacrificando i principi e i diritti di rilievo costituzionale che si intende salvaguardare. Basti pensare alla conoscenza da parte dei terzi – o, peggio, alla diffusione mediatica – dei contenuti di una confessione resa ad un ministro di culto, ovvero all'ostensione al difensore della parte civile del colloquio riservato tra l'imputato ed il suo difensore (possibile ove la procedura di cui all'art. 271, comma 3, c.p.p. fosse avviata dopo l'esercizio dell'azione penale)". In dottrina, per commento alla menzionata sentenza della Corte, Filippi, *La riservatezza delle comunicazioni del presidente della Repubblica*, *Arch. pen.*, 2013.

Nel caso di specie, dunque, l'obbligo motivazionale del giudice può dirsi assolto nel momento in cui dall'istanza emerge, in modo chiaro, la valutazione circa la necessità ai fini processuali delle intercettazioni ovvero dei tabulati di cui si richiede l'utilizzabilità. Allo scopo di consentire alla Camera di appartenenza la verifica circa l'effettiva rilevanza dei predetti dati probatori deve essere allegata, come prima rammentato, la copia integrale dei verbali delle intercettazioni e dei tabulati delle comunicazioni[12].

A mente, poi, dei commi 5 e 6 dell'art. 6 l. n. 140 del 2003 se l'autorizzazione viene negata, la documentazione delle intercettazioni è distrutta immediatamente e, comunque, non oltre i dieci giorni dalla comunicazione del diniego. In ogni caso, tutti i verbali, le registrazioni e i tabulati delle comunicazioni acquisiti in violazione del disposto in questione devono essere dichiarati inutilizzabili dal giudice in ogni stato e grado del procedimento.

In seguito all'intervento della Consulta, l'operatività del meccanismo delineato all'art. 6, commi 2, 5, e 6 l. n. 140 del 2003 non si applica nei casi in cui le intercettazioni debbano essere utilizzate nei confronti di soggetti diversi dal membro del Parlamento, le cui conversazioni o comunicazioni sono state intercettate[13], interpretazione che consente ai menzionati precetti di riacquistare coerenza costituzionale.

I criteri di valutazione del giudice e del parlamento

Il vero perno della disciplina contenuta nell'art. 6, comma 2, l. n. 140 del 2003, che, non a caso, ha sollecitato l'intervento della Corte anche nella decisione in commento, riguarda, però, la determinazione dei profili di giudizio rimessi all'autorità giudiziaria, contenuti nella richiesta e, di converso, i confini entro cui deve muoversi il *placet* della Camera a cui appartiene o apparteneva il parlamentare casualmente intercettato.

Le difficoltà interpretative sorgono, in particolare, per l'estrema laconicità della norma, laddove forse sarebbe stata preferibile una maggiore chiarezza esplicativa.

In primo luogo, si osserva che se il comma 1 dell'art. 6, l. n. 140 del 2003 subordina la distruzione del materiale raccolto all'irrilevanza dello stesso nell'ambito del procedimento penale in corso; il successivo comma 2, ai fini della formulazione della richiesta di utilizzazione del medesimo materiale, si esprime in termini di necessità ("qualora… ritenga necessario").

La "necessità" costituisce, pertanto, il grimaldello, su cui poggia parte della operatività del meccanismo in analisi.

Se, però, il legislatore appare piuttosto criptico in merito alla reale ampiezza del canone di giudizio affidato all'autorità giudiziaria, non fornisce alcun lume in ordine ai parametri valutativi in base ai quali l'organo politico dovrebbe decidere di autorizzare o meno l'utilizzo delle intercettazioni "casuali" ad un membro del Parlamento.

Nel silenzio della legge la prassi si è talora ispirata al criterio del *fumus persecutionis*, valevole in tema di provvedimenti restrittivi della libertà personale[14].

Invero, detto richiamo non appare del tutto conferente.

L'accezione consueta di tale regola è quella di valutare se sussiste un uso distorto dello strumento giudiziario, teso a compromettere il pieno e libero esercizio dell'attività parlamentare.

Nel caso di specie, invero, detta valutazione dovrebbe essere proiettata non *ex ante*, ma rispetto a materiale probatorio già raccolto, svuotando conseguentemente il valore effettivo del canone *de quo*.

Taluni paventano, peraltro, che il *fumus persecutionis* possa essere rivolto al vaglio circa la natura e la consistenza dell'imputazione a carico del parlamentare, per la prova della quale viene richiesta l'autorizzazione all'utilizzo del materiale intercettato ovvero dei tabulati acquisiti, con il rischio di riconoscere alle Camere il potere di sindacare la stessa

[12] Selmi – Di Bugno – Libone, *sub* art. 6, *Commenti articolo per articolo L. 20.6.2003 n. 140 (Immunità)*, cit., 59.

[13] C. cost., sent. 19 novembre 2007, n. 390, osserva, infatti, che impedendo di utilizzare le intercettazioni in questione anche nei confronti dei soggetti non parlamentari, le disposizioni in parola finiscono, di fatto – senza alcuna base di legittimazione costituzionale – per configurare una immunità a vantaggio di soggetti che non avrebbero comunque ragione di usufruirne, in quanto non chiamati ad esercitare un mandato elettivo. In sostanza, ciò che rende contrastante il complesso di norme in esame non soltanto con il parametro dell'eguaglianza, ma anche con quello della razionalità intrinseca della scelta legislativa, è il fatto che – per neutralizzare gli effetti della diffusione delle conversazioni del parlamentare, casualmente intercettate – sia stato delineato un meccanismo integralmente e irrimediabilmente demolitorio, omettendo qualsiasi apprezzamento della posizione dei terzi, anch'essi coinvolti in quelle conversazioni.

[14] Cerase, *Intercettazioni telefoniche e immunità parlamentare*, cit., 2668 – 2669, il quale rileva che "È evidente tuttavia che la ricerca sulla persecutorietà di una domanda di utilizzo di intercettazioni indirette non ha senso se tale utilizzo è rivolto al terzo intercettato; ma anche se fosse rivolto al parlamentare è difficile comprendere come possa un rigetto della domanda tutelare l'interessato da eventuali ricatti mediatici, giacché le intercettazioni sono per definizione già pubbliche, quanto meno presso la Camera interessata".

legittimità dell'azione penale ossia proprio ciò che la riforma costituzionale del 1993 aveva inteso eliminare[15].

Parte della dottrina, infine, ritiene che l'unico criterio che dovrebbe guidare la fase extraprocessuale disegnata dall'art. 6, comma 2, l. n. 140 del 2003 dovrebbe vertere sulla rilevanza o meno del materiale intercettato rispetto all'oggetto dell'accusa. Il Parlamento sarebbe, dunque, chiamato a pronunciarsi sul medesimo requisito verificato dall'autorità giudiziaria, in modo da rappresentare un ulteriore presidio contro divulgazioni ingiustificate del contenuto delle conversazioni intrattenute dal parlamentare[16].

Le "linee guida" della consulta

Su tale substrato normativo, di cui è certo complesso definire l'ampiezza concettuale, si inserisce la sentenza della Corte costituzionale in analisi.

Sono assolutamente apprezzabili le "considerazioni di metodo" che costituiscono l'*incipit* della decisione dei giudici costituzionali.

Esse sono conseguenza dell'assunto formulato nella deliberazione della Camera dei deputati impugnata, secondo cui il Parlamento potrebbe negare l'autorizzazione all'utilizzazione processuale di una intercettazione "casuale" nei confronti di un suo membro "in base a criteri discrezionalmente scelti volta per volta".

La Corte, infatti, rammentando che l'art. 6, l. n. 140 del 2003, "al pari delle altre disposizioni sulle immunità e prerogative della funzione parlamentare, deroga al principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione – principio che è all'origine della formazione dello Stato di diritto", sollecita una interpretazione "nel senso più aderente al dato normativo".

Detta rigorosa impostazione è oltremodo rafforzata, sempre a parere della Consulta, in seguito alla modifica dell'art. 68, comma 3, Cost., ove si sostituisce l'originario sistema delle autorizzazioni a procedere con le "autorizzazioni *ad acta*", rispetto cioè a singoli atti che sono considerati idonei ad incidere sulla libertà e sull'indipendenza della funzione parlamentare. Tali valori sono suscettibili di sacrificio "nei limiti in cui il compimento in concreto di taluno di essi – rispetto alla sua attitudine tipica – corrisponda alle specifiche esigenze procedimentali e, in particolare, investigative"[17].

Il precetto costituzionale ha, infatti, lo scopo di proteggere l'attività parlamentare dalle eventuali interferenze giudiziarie sempre che le stesse pregiudichino "la funzionalità, l'integrità di composizione (nel caso delle misure *de libertate*) e la piena autonomia decisionale dell'Assemblea" ovvero siano illegittime ossia "impiegate con scopi persecutori, di condizionamento, o comunque estranei alle effettive esigenze della giurisdizione"[18].

Alla luce di tale ricostruzione preliminare, invero del tutto ineccepibile nelle sue premesse, la Corte esclude "la possibilità che la Camera alla quale appartiene il parlamentare le cui conversazioni siano state intercettate decida sulla richiesta di autorizzazione avanzata ai sensi dell'art. 6, l. n. 140 del 2003 alla stregua di criteri discrezionalmente scelti caso per caso o comunque diversi da quello indicato dallo stesso Parlamento in sede legislativa, nei limiti di cui all'art. 68 Cost.".

Impone, pertanto, una lettura rigidamente ancorata al dato normativo contenuto nell'art. 6, comma 2, l. n. 140 del 2003, che, seppure in maniera piuttosto laconica, indica il canone di giudizio utilizzabile nei casi *de quibus*.

Proprio in riferimento a tale interpretazione la Corte costituzionale, come già in precedenza aveva avuto modo di sottolineare, conferma preziose indicazioni.

Dal contenuto dell'art. 6, l. n. 140 del 2003 il corretto esercizio del potere giurisdizionale nei confronti di un membro del Parlamento deve essere valutato, così come emerge dalla lettera della legge con l'utilizzo della locuzione "qualora…ritenga necessario", in base al criterio della "necessità" processuale, criterio che assomma in sé una duplice valenza: opera come condizione di utilizzazione delle intercettazioni nel corso del processo e come limite dell'attività dell'autorità giudiziaria nei confronti

[15] Selmi – Di Bugno – Libone, *sub* art. 6, *Commenti articolo per articolo L. 20.6.2003 n. 140 (Immunità)*, cit., 63 – 64.

[16] Grevi, *Le intercettazioni "indirette" al parlamentare posticipano la richiesta di autorizzazione*, *Guida al dir.*, 1998, n. 10, 119; Montagna, *Autorizzazione a procedere e autorizzazione* ad acta, Padova, 1999, 396; Selmi – Di Bugno – Libone, *sub* art. 6, *Commenti articolo per articolo L. 20.6.2003 n. 140 (Immunità)*, cit., 64.

[17] In questi termini, già in precedenza, C. cost., sent. 26 maggio 2010, n. 188.

[18] C. cost., sent. 19 novembre 2007, n. 390, sottolinea, a tal proposito, che "Destinatari della tutela, in ogni caso, non sono i parlamentari *uti singuli*, ma le Assemblee nel loro complesso. [*Omissis*] In tale prospettiva, l'autorizzazione preventiva – contemplata dalla norma costituzionale – postula un controllo sulla legittimità dell'atto da autorizzare a prescindere dalla considerazione dei pregiudizi che la sua esecuzione può comportare al singolo parlamentare. Il bene protetto si identifica, infatti, con l'esigenza di assicurare il corretto esercizio del potere giurisdizionale nei confronti dei membri del Parlamento, e non gli interessi sostanziali di questi ultimi (riservatezza, onore, libertà personale), in ipotesi pregiudicati dal compimento dell'atto; tali interessi trovano salvaguardia nei presidi, anche costituzionali, stabiliti per la generalità dei consociati".

dei parlamentari", giudizio quest'ultimo che compete all'Assemblea.

Di primaria importanza è, inoltre, la definizione della linea di confine degli ambiti di valutazione che, rispetto al menzionato criterio, sono attribuiti al giudice richiedente ed alla Camera di appartenenza del parlamentare.

L'autorità giudiziaria, secondo la Corte, nella richiesta di autorizzazione, è tenuta a "determinare in modo specifico i connotati del provvedimento e dare adeguato conto delle relative ragioni, con motivazione non implausibile" così da consentire alla Camera competente di apprezzarne i requisiti di legalità costituzionale[19].

La disposizione dell'art. 6, l. n. 140 del 2003 non assegna, dunque, all'organo politico il potere di riesaminare gli atti, ma solo di verificare che la richiesta *de qua* sia coerente con l'impianto accusatorio e che, in ragione di ciò, non appaia pretestuosa. È necessario, quindi, accertare che il giudice abbia indicato gli elementi su cui si fonda la richiesta ovvero "da un lato, le specifiche emergenze probatorie fino a quel momento disponibili e, dall'altro, la loro attitudine a fare sorgere la "necessità" di quanto si chiede di autorizzare" e che, infine, la dichiarata necessità dell'atto sia sorretta da una motivazione convincente.

La costruzione argomentativa dei giudizi costituzionali, alla luce di quanto premesso, appare, pertanto, logica e conforme con il dato normativo e con la funzione che il legislatore ha voluto assegnare allo strumento di autorizzazione *ex post* di cui all'art. 6, comma 2, l. n. 140 del 2003.

Sulla scorta di tale criterio di giudizio la richiesta avanzata dal giudice per le indagini preliminari di Napoli appare, a parere della Consulta, del tutto conforme ai criteri di legge, a differenza di quanto, invece, sostenuto dalla Camera dei deputati, la quale erra nel sostituirsi all'autorità giudiziaria nella valutazione circa la sussistenza in concreto della "necessità", dovendosi limitare a verificare la coerenza tra la richiesta e l'impianto accusatorio ed, in particolare, se la suddetta "necessità" sia motivata in modo plausibile.

Giova, però, sottolineare che, da questo punto di vista, la sentenza in commento non presenta profili di novità, uniformandosi anche nel lessico utilizzato all'impostazione già offerta della stessa Corte sempre sui medesimi temi.

Il pregio che, invero, deve essere riconosciuto alla sentenza *de qua* è proprio negli ulteriori passaggi motivazionali, che tendono a circoscrivere l'ampiezza del canone di giudizio della "necessità", rispetto ad aperture, non condivisibili, i cui spiragli si intravedono nella giurisprudenza precedente.

In altra decisione, infatti, la Consulta ha considerato sussunto nel concetto di "necessità" anche quello di "indispensabilità", inteso come rappresentazione dell'omesso ricorso ad atti investigativi alternativi, ritenendo che "la concreta indisponibilità o impraticabilità o anche solo la difficoltà di indagini alternative tanto più giovano a giustificare l'atto nei confronti del parlamentare in termini di «necessità»"[20].

Nella sentenza in analisi alcuna menzione è, invece, presente del requisito della "indispensabilità" ed anzi, al fine di epurare il canone della necessità da valutazioni che esorbitano il suo confine concettuale, si precisa *ad abundantiam* come è da considerarsi esclusa anche la verifica circa "il rilievo decisivo del valore probatorio delle comunicazioni intercettate", essendo una pretesa impropria limitare l'autorizzazione solo alle prove cui sia attribuibile il carattere della "decisività", al cui concetto non può essere ridotto e circoscritto quello di "necessità".

Pregevole, pertanto, è lo sforzo dei giudici costituzionali di assegnare alla predetta regola di giudizio una valenza aderente al dettato legislativo, senza consentire all'organo politico di superare il proprio definito ambito valutativo.

Si auspica, quindi, che gli esposti contenuti motivazionali rappresentino valide "linee guida" in argomento, perfettibili certo, ma non travalicabili.

[19] Cfr. anche C. cost., sent. 26 maggio 2010, n. 188, ove si precisa che l'autorità giudiziaria è chiamata, per prima, a commisurare le proprie scelte anche all'esigenza del sacrificio minimo indispensabile dei valori di libertà e indipendenza della funzione parlamentare.

[20] Cfr. C. cost., sent. 26 maggio 2010, n. 188. In senso critico sul punto Grevi, *Tabulati telefonici e disciplina delle «immunità processuali» (art. 68 commi 2 e 3 Cost.) a tutela dei membri del Parlamento*, *Cass. pen.*, 2010, il quale evidenzia che "…un presupposto normativo calibrato sul concetto di «necessità» non può essere interpretato secondo un parametro assimilabile alla categoria della «indispensabilità»: parametro che riecheggia bensì quello enunciato di tema di intercettazioni nell'art. 267 comma 1 c.p.p.".

Nel giudizio abbreviato d'appello ribadito il limite *in bonam partem* della rinnovazione istruttoria d'ufficio

Corte di Cassazione, Sezione II, sentenza 28 marzo 2013, n. 14649 – Pres. Fiandanese; Est. Diotallevi

*Anche dopo la riforma contenuta nella L. 16 dicembre 1999, n. 479, nel giudizio abbreviato l'integrazione probatoria in appello non è esclusa in modo assoluto, ma è ammessa compatibilmente con le esigenze di celerità del rito, per cui può essere disposta, anche d'ufficio, solo per le acquisizioni documentali assolutamente indispensabili ai fini del decidere ed attinenti la capacità processuale dell'imputato o i presupposti stessi del reato o della punibilità, dovendo escludere che possa farsi ricorso all'integrazione per far fronte a ordinarie lacune probatorie nel merito, ovvero per acquisire prove a carico dell'imputato, essendo possibile l'integrazione solo in "*bonam partem*", dal momento che l'acquisizione di elementi a carico dell'imputato potrebbe incidere sulla originaria determinazione di richiedere il rito alternativo, scelta non più modificabile.*

[*Omissis*]

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Omissis ricorre avverso la sentenza, in data 25 maggio 2012, della Corte d'appello di Bari con cui è stata parzialmente confermata la condanna alla pena di anni tre, mesi otto di reclusione ed Euro 800,00 di multa per il reato di cui all'art. 629 c.p. e per il reato di cui all'art. 582 e 585 cod. pen., e chiedendone l'annullamento, lamenta:

a) Violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. b), c), d) e e) in relazione all'art. 62 c.p., n. 6 e art. 603 c.p.p.

Il ricorrente lamenta il mancato riconoscimento dell'attenuante di cui all'art. 62 c.p., n. 6, a seguito dell'applicazione del giudizio abbreviato "secco", in forza del quale è stata ritenuta preclusa la richiesta di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. In realtà l'attenuante doveva essere concessa a seguito dell'intervenuto risarcimento del danno, anche perchè in primo grado la richiesta di abbreviato era stata condizionata all'acquisizione documentale della prova che avrebbe potuto portate al riconoscimento dell'attenuante invocata.

b) Violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. b) e e) in relazione all'art. 69 c.p. Il ricorrente lamenta che sia stato applicato il giudizio di equivalenza tra circostanze aggravanti ed attenuanti generiche, mentre in realtà non era stata applicata in primo grado neppure la recidiva, con la conseguenza che si sarebbe dovuta operare nel calcolo della pena la riduzione conseguente alle riconosciute attenuanti.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Rileva la Corte che il ricorso deve essere accolto nei limiti e sensi più oltre chiariti.

2. Dall'esame della sentenza d'appello emerge che la richiesta finale dell'istante ha riguardato la fruizione di un giudizio abbreviato "secco".

Tuttavia, osserva la Corte, che la celebrazione del processo nelle forme del rito abbreviato, se non impedisce al giudice d'appello di esercitare i poteri di integrazione probatoria, comporta tuttavia l'esclusione di un diritto dell'imputato a richiedere la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale ed un corrispondente obbligo per il giudice di motivare il diniego di tale richiesta. (Sez. 2, n. 3609 del 18/01/2011 - dep. 01/02/2011, Sermone e altri, Rv. 249161); peraltro, anche dopo la riforma contenuta nella L. 16 dicembre 1999, n. 479, nel giudizio abbreviato l'integrazione probatoria in appello non è esclusa in modo assoluto, ma è ammessa compatibilmente con le esigenze di celerità del rito, per cui può essere disposta, anche d'ufficio, solo per le acquisizioni documentali assolutamente indispensabili ai fini del decidere ed attinenti la capacità processuale dell'imputato o i presupposti stessi del reato o della punibilità, dovendo escludere che possa farsi ricorso all'integrazione per far fronte a ordinarie lacune probatorie nel merito, ovvero per acquisire prove a carico dell'imputato, essendo possibile l'integrazione solo in "bonam partem", dal momento che l'acquisizione di elementi a carico dell'imputato potrebbe incidere sulla originaria determinazione di richie-

dere il rito alternativo, scelta non più modificabile (Sez. 6, n. 45240 del 10/11/2005 - dep. 13/12/2005, Spagnoli, Rv. 233506). In ogni caso, secondo la Corte, al giudice di appello è consentito, a differenza che al giudice di primo grado, disporre d'ufficio i mezzi di prova ritenuti assolutamente necessari per l'accertamento dei fatti che formano oggetto della decisione, secondo il disposto dell'art. 603 c.p.p., comma 3, potendo le parti sollecitare i poteri suppletivi di iniziativa probatoria che spettano al giudice di appello, (Sez. 1, n. 13756 del 24/01/2008 - dep. 02/04/2008, Diana, Rv. 239767) e tale potere appare possibile che venga finalizzato anche al riconoscimento di un'attenuante che può incidere in ordine alla determinazione della pena, spostando la qualità del giudizio di comparazione tra attenuanti ed aggravanti, in questo caso possibile visto la contestata aggravante di cui all'art. 61 c.p., n. 2, anche in ragione del fatto che l'esistenza di tale documentazione era stata prospettata al primo giudice.

3. Uniformandosi a tale orientamento che il Collegio condivide, va dichiarata pertanto su tale punto ammissibile l'impugnazione.

Pertanto alla luce delle suesposte considerazioni deve essere annullata la sentenza impugnata limitatamente alla determinazione della pena, che dovrà essere determinata previa valutazione della sussistenza dell'attenuante di cui all'art. 62 c.p., n. 6; deve essere dichiarato inammissibile nel resto il ricorso.

[*Omissis*]

Eva Mariucci*

Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico (indirizzo penalistico) – Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Il giudizio abbreviato d'appello e le preclusioni istruttorie nella rinnovazione dibattimentale

Appellate shortened proceeding and evidential exclusions in new hearing

L'elaborato analizza le diverse sfumature assunte dalla rinnovazione istruttoria nel giudizio abbreviato d'appello, ragionando sull'orientamento che delinea il potere d'ufficio e perimetra i confini dell'agire giudiziario in materia.

The paper provides an analysis of the different aspects of evidential renewal in appellate shortened proceeding, focusing on the limits of judiciary intervention.

Premessa

La Corte di cassazione è tornata a pronunciarsi sulla praticabilità della rinnovazione istruttoria nel giudizio abbreviato d'appello; la questione è da sempre piuttosto controversa, tanto che a tutt'oggi risulta solo in parte superata sebbene l'intervento riformatore della legge c.d. Carotti potesse indurre a ritenere applicabile l'istituto contemplato dall'art. 603 c.p.p.

La dinamica processuale evolveva da un giudizio svoltosi nella forma dell'abbreviato semplice; in seconde cure, l'imputato chiedeva la rinnovazione istruttoria, che veniva respinta dalla Corte sul presupposto della definizione "allo stato degli atti" nella pregressa fase processuale.

La pronuncia in esame è diventata così occasione per ribadire la preclusione in secondo grado dello svolgimento dell'attività istruttoria *ex novo* – se il giudizio abbreviato è celebrato nella forma incondizionata – e per precisare i confini entro cui il giudicante, eventualmente anche su sollecitazione di parte, può procedere all'integrazione officiosa, *ex* art. 603, comma 3, c.p.p.

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

L'applicabilità della rinnovazione istruttoria prima della c.d. legge Carotti

La definibilità allo stato degli atti, propria dell'archetipo originario del rito abbreviato, ha costituito – fino alla modifica legislativa del 1999 – il limite ontologico per l'applicabilità in fase di gravame della rinnovazione istruttoria, prevista dall'art. 603 c.p.p. Nondimeno, già all'epoca si registravano aperture interpretative di più ampio respiro, propense alla possibilità di re-istruire in appello l'attività probatoria.

In particolare, emergevano tre diversi filoni interpretativi.

Un primo indirizzo aveva da sempre escluso l'applicabilità dell'art. 603 c.p.p.[1], poiché l'accertamento, realizzandosi esclusivamente sulla base degli elementi investigativi e senza alcuna possibilità di arricchire il panorama conoscitivo del giudicante, non avrebbe potuto consentire in sede di gravame un recupero istruttorio di quanto nemmeno in prime cure poteva realizzarsi. Secondo tale orientamento, la rinnovazione avrebbe finito per rappresentare una contraddizione, permettendo un'attività istruttoria non consentita neppure in primo grado, stante la mancata previsione normativa di meccanismi di integrazione probatoria. Peraltro, proprio in quanto procedimento a prova contratta, la preoccupazione era quella di evitare «un varco ad una nuova deliberazione dei presupposti del rito»[2].

Una diversa tesi è invece sempre stata favorevolmente aperta alla possibilità di innovare l'istruttoria[3]. Il punto di svolta era ravvisato nel rinvio all'art. 599 c.p.p. da parte dell'art. 443, comma 4, c.p.p. Secondo gli interpreti, nel silenzio della legge e dall'esegesi della disposizione considerata nella sua interezza, non poteva escludersi il ricorso alla nuova istruzione in appello, considerato che l'art. 599, comma 3, prevede la possibilità di ricorrere all'attività disciplinata dall'art. 603 c.p.p.[4]. Tra l'altro, l'argomento letterale fu positivamente vagliato proprio dalla Corte costituzionale, che, in occasione di pronuncia interpretativa di rigetto, ammise l'operatività della rinnovazione se assolutamente necessaria ai fini della decisione[5].

Infine, si registrava una posizione per così dire "intermedia", propensa all'accrescimento istruttorio anche in fase di gravame, ma a determinate condizioni, che solo in *extrema ratio* potevano legittimare il ricorso all'istituto[6].

Nel diversificato contesto interpretativo, le Sezioni Unite intervennero a redimere il contrasto[7]. La Corte riconobbe che il giudice, attraverso la propria iniziativa officiosa, potesse anche nel rito abbreviato d'appello ricorrere ai poteri attribuiti dall'art. 603, comma 3, c.p.p., avendo «il negozio abdicativo esclusivamente ad oggetto i poteri nella piena disponibilità delle parti, non anche quelli previsti direttamente dall'art. 507 c.p.p.»[8].

Pertanto, a prescindere dalla modifica legislativa del 1999, non mancavano linee di pensiero volte a superare il vuoto legislativo, propugnando un'esegesi di sistema che impedisse al giudice del gravame di pronunciarsi su una base probatoria insufficiente[9].

(Segue): le aperture a seguito della l. 16 dicembre 1999, n. 479

Con l'innovazione strutturale realizzata dalla riforma Carotti, il legislatore ha reso il giudizio abbre-

[1] In giurisprudenza, Cass., sez. IV, 25 novembre 1998, *CED Cass.*,213228; Cass., sez. I, 2 novembre 1995, *CED Cass*., 204322. In dottrina, l'orientamento restrittivo è attribuibile a Chiliberti – Roberti, *Il giudizio abbreviato,* Chiliberti – Roberti – Tuccillo, *Manuale pratico dei procedimenti speciali,* Milano, 1994, 250; Ramajoli, *Il giudizio abbreviato, e la preclusione a disporre, in grado d'appello, la rinnovazione del dibattimento, Cass. pen.,* 1992, 3068; Spangher, *Le acquisizioni probatorie nel giudizio abbreviato in grado d'appello, Dir. pen. proc.,* 1996, 627.

[2] Cfr. Peroni, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello,* Padova, 1995, 133 ss.; Id., sub *art. 603 c.p.p.*,Giarda – Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato,* Milano, 2010, 7310.

[3] Menna, *Il giudizio d'appello,* Napoli, 1995, 276; Carcano, *Questioni in tema di integrazione probatoria e giudizio abbreviato, Cass. pen.,* 1995, 320; Campo, *Giudizio abbreviato e rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, Giur. Merito,* 1993, 133; Garuti, *Questioni in tema di compatibilità tra giudizio abbreviato in sede di appello e rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1996, 1196 ss.

[4] Cass., Sez. Un., 12 ottobre 1998, *Cass. pen.,* 2000, 949; Cass., sez. V, 18 gennaio 1994, *CED Cass.,* 197573; Cass., sez. VI, 8 ottobre 1992, *CED Cass.,* 192543. In letteratura, si cfr. Lorusso, *È veramente incompatibile con l'adozione del giudizio abbreviato in primo grado la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in grado d'appello?, Cass. pen.,* 1994, 3038; Balestrini, *Giudizio abbreviato e rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, Cass. pen.,* 2000, 950.

[5] Corte cost., sent. 19 dicembre 1991, n. 470, *Cass. pen.,* 1992, 901 ss. La natura interpretativa di rigetto rendeva però la pronuncia esclusivamente vincolante per il giudice remittente.

[6] In particolare, l'operatività dell'istituto era subordinata alla condizione che le prove nuove fossero sopravvenute o scoperte dopo la deliberazione di primo grado. Si cfr. Rancati, *L'integrazione probatoria resta possibile per fatti sopravvenuti al giudizio di primo grado, Guida dir.,* 1995, 6, 74.

[7] Cass., Sez. Un., 13 dicembre 1995, n. 930, *Cass. pen.,* 1996, 2134.

[8] Cass., Sez. Un., 13 dicembre 1995, n. 930, cit., 2135. Ovviamente il riferimento alla forma negoziale è dovuto alla vecchia fisionomia del giudizio abbreviato che, prima della riforma Carotti, prevedeva come requisito di ammissibilità l'accordo delle parti.

[9] Tra le tante Cass., sez. V, 18 gennaio 1994, *CED Cass.,* 197573; Cass., sez. VI, 24 novembre 1993, *CED Cass.,* 197263. Si cfr. anche Maffeo, *Il giudizio abbreviato,* cit., 399.

viato dinamico, sempre suscettibile di ampliamento istruttorio. La novella ha rafforzato i poteri definitori del giudice, «assegnandogli una funzione giurisdizionale per molti aspetti identica a quella dell'organo dibattimentale»[10].

Pertanto, l'attuale architettura del rito, connotata dalla possibilità di accrescere la base cognitiva attraverso l'integrazione officiosa disciplinata dall'art. 441, comma 5, c.p.p., ha consentito di «superare definitivamente i dubbi precedentemente sollevati sulla possibilità di disporre la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale»[11] in appello; venuta meno la natura a prova contratta del rito, l'effetto che dovrebbe discenderne è quello della possibilità di effettuare l'istruzione in secondo grado[12].

Ad ogni modo, l'intervento legislativo in parola non ha chiarito quali possibilità istruttorie disciplinate dall'art. 603 c.p.p. siano compatibili con il rito abbreviato d'appello.

La materia è stata ricostruita, delineando lo svolgimento dell'attività probatoria in appello attraverso la distinzione delle posizioni processuali dei soggetti coinvolti[13] e del tipo di richiesta (semplice o condizionata) all'origine del giudizio abbreviato[14].

Dall'angolo visuale dei soggetti processuali, la possibilità integrativa è ancora parzialmente preclusa quando la richiesta proviene dalla parte. Precisamente, mentre il potere officioso, ai sensi dell'art. 603, comma 3, c.p.p., rimane sempre attivabile in caso di assoluta necessità ai fini della decisione, quello dell'imputato subisce ancora oggi una contrazione in presenza di una richiesta di abbreviato "semplice", poiché in tale ipotesi, come avveniva di regola prima della legge Carotti, questi rinuncia definitivamente al suo diritto alla prova, accontentandosi di un accertamento sommario senza contraddittorio. Pertanto, a seconda che si tratti del giudice o delle parti, la facoltà istruttoria subisce ancora una graduazione: sia l'imputato, che volontariamente abdica all'esercizio del diritto alla prova in primo grado, sia il pubblico ministero, il quale a causa della fisionomia del nuovo rito subisce completamente la scelta alternativa, si trovano in una posizione di stallo probatorio[15].

Nondimeno, l'assunto merita di essere ridimensionato nell'ipotesi di prove sopravvenute o scoperte dopo la pronuncia di primo grado, *ex* art. 603, comma 2, c.p.p. Difatti, anche nel rito incondizionato, non potrebbe negarsi alla parte di far valere il mezzo di prova inizialmente sconosciuto, quando è tale da prospettare al giudice d'appello una diversa ricostruzione dei fatti. Tra l'altro, una simile preclusione rischierebbe di generare un "cortocircuito" processuale, sotto il profilo della ragionevole durata e della tutela della libertà personale, poiché la revisione consentirebbe comunque di recuperare la prova sopravvenuta favorevole[16].

Viceversa, la possibilità di ampliamento cognitivo conseguente ad una richiesta di giudizio abbreviato condizionato, superando la pregressa modalità di accertamento allo stato degli atti, consente ora alla parte di ottenere, anche su propria istanza, la nuova istruzione d'appello; in questa prospettiva di "riconquistato" diritto alla rinnovazione, un certo orientamento consente all'imputato di chiedere l'assunzione anche delle prove già acquisite, ovvero di quelle *noviter productae*, *ex* art. 603, comma 1, c.p.p.[17].

In definitiva, le due forme alternative di definizione giudiziale – semplice o condizionata – condividono nell'abbreviato d'appello la possibilità di dare corso alla nuova assunzione istruttoria solo ove essa sia frutto d'iniziativa officiosa (art. 603, comma 3, c.p.p.), o attinente a prove sopravvenute (art. 603, comma 2, c.p.p.), riconoscendosi invece esclusivamente nel rito condizionato il diritto dell'istante di chiedere la rinnovazione delle prove già acquisite in primo grado, ovvero di quelle che, seppur note, non furono introdotte in dibattimento (art. 603, comma 1, c.p.p.). Di conseguenza, l'art. 603 c.p.p. trova oggi una totale applicazione unicamente per tale ultimo modello procedimentale.

Il potere d'ufficio nella dinamica probatoria di secondo grado

La rinnovazione d'ufficio – espressione del principio di disponibilità attenuata, accolto dai codificatori del 1988 – è un'ipotesi integrativa in fase di gravame, modulata sul potere d'iniziativa probatoria del giudice dibattimentale (art. 507 c.p.p.)[18] e, come det-

[10] Caraceni, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Milano, 2007, 96.

[11] Così Maffeo, *Il giudizio abbreviato,* cit.,392

[12] Zacché, *Il giudizio abbreviato,* Milano, 2004, 212.

[13] Geraci, *Giudizio abbreviato e poteri di integrazione probatoria del giudice, Cass. pen.,* 2004, 4120.

[14] Maffeo, *Il giudizio abbreviato,* cit., 400.

[15] Si cfr. Geraci, *Giudizio abbreviato,* cit., 4121; Cass., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 8062, *Guida dir.,* 2007, 12, 84; Cass., sez. III, 2 marzo 2004, n. 15296, *Cass. pen.,* 2006, 9, 2886.

[16] Lorusso, *È veramente incompatibile con l'adozione del giudizio abbreviato,* cit., 3041; concorde Zacché, *Il giudizio abbreviato,* cit., 212. In giurisprudenza, Cass., sez. II, 3 febbraio 2012, n. 9267; Cass., sez. III, 13 gennaio 2011, n. 7974.

[17] Cass., sez. III, 29 gennaio 2008, n. 11100, *CED Cass.*

[18] Tonini, *Manuale di procedura penale,* Milano, 2012, 873. *Contra*, sulla "derivazione" dell'art. 507 dall'art. 603, comma 3, c.p.p.

to, praticabile sia nel giudizio abbreviato semplice, che nel condizionato.

Lo stesso tenore letterale delle disposizioni degli art. 603, comma 3, e 507 c.p.p. mostra la loro vicinanza contenutistica, tanto che in entrambe è presente il richiamo all'*assoluta necessità* del contributo istruttorio aggiuntivo per la decisione. Ciò dimostra che l'art. 603, comma 3, c.p.p. viene comunemente interpretato alla luce dell'art. 507 c.p.p., e che l'assunzione istruttoria d'appello è ritenuta attuabile alle stesse condizioni di ammissibilità previste per l'integrazione *ex officio* in primo grado. In particolare, il potere di intervento giudiziale non si connota per «l'autonoma iniziativa euristica», ma per l'eccezionalità ed accessorietà rispetto all'attività di parte, atteggiandosi, quindi, ad *input* per sanare lo stato di incertezza probatoria, attraverso l'approfondimento di temi istruttori rimasti parzialmente sconosciuti ed incompleti[19]. Nondimeno, le Sezioni Unite hanno avallato un orientamento estensivo, considerando i poteri officiosi come un autonomo centro di impulso probatorio, in termini di vera e propria supplenza all'inerzia di parte, e ravvisandone l'unico limite nella condizione di assoluta necessità ai fini dell'accertamento della verità[20].

Sebbene sia stato considerato ridondante[21], quello dell'assoluta necessità è un parametro oggi sufficientemente delineato nei suoi tratti essenziali. Il potere è esercitabile se vi è l'impossibilità di decidere allo stato degli atti ed ove la prova sia indispensabile a superare l'incertezza probatoria o, secondo tesi più restrittive, solo quando sia tale da incrinare la linearità della ricostruzione del fatto[22].

In ogni caso, il giudicante non può servirsi della prerogativa officiosa per la verifica di supposizioni formulate sulla base dei mezzi istruttori disponibili. La stessa Corte di cassazione ha precisato che tale potere può essere esercitato solo nell'ambito delle prospettazioni di parte, e che la sua utilizzazione non può essere volta a supportare ricostruzioni congetturali diverse, bisognose della nuova spinta probatoria solo per essere compiutamente dimostrate[23]. Consentire al giudice di percorrere ipotesi ricostruttive proprie, servendosi del potere officioso «per avallare o semplicemente rafforzare gli enunciati delle parti», rischia infatti di comprometterne la neutralità e l'imparzialità[24]. Va dunque escluso che la nuova assunzione istruttoria possa avvenire «in assenza di contributi di novità» e sulla base di una mera rivalutazione dell'assetto probatorio già vagliato dal giudice di prime cure[25].

Un dettaglio letterale fa divergere le due disposizioni: l'art. 603, comma 3, c.p.p. non riproduce la formula «anche d'ufficio» contenuta nell'art. 507 c.p.p., ma soltanto quella «d'ufficio». Va osservato come la prima espressione, pur richiamando il solo potere integrativo riconducibile all'ufficio giudicante, viene comunemente interpretata nel senso che anche alle parti è consentito sollecitarne l'attivazione[26].

Pertanto, sebbene la mancata previsione della congiunzione porterebbe ad escludere il diritto delle parti, imputato e pubblico ministero[27], di sollecitare l'esercizio del potere officioso, si sostiene che, in un'ottica sistematica, l'omissione letterale non costituisce ostacolo al potere di stimolo, e che la facoltà sollecitatoria non perde di senso[28]. Ad ogni modo, il potere giudiziale prescinde dall'iniziativa dell'imputato, non presupponendo una sua prerogativa processuale, e va esercitato solo quando emerge un'assoluta esigenza probatoria[29].

… e i limiti nel giudizio abbreviato d'appello

La sentenza in commento fissa precisi confini all'attività integrativa officiosa, ripercorrendo la scia di un isolato precedente[30].

La Corte ribadisce che nel giudizio abbreviato d'appello la rinnovazione d'ufficio è possibile solo *in bonam partem* e che lo spazio cognitivo sul quale estendere la nuova istruttoria può riguardare profili circoscritti. In particolare, sono ammesse soltanto acquisizioni documentali attinenti la capacità processuale dell'imputato o i presupposti stessi del

si cfr. Gaeta – Macchia, *L'appello*, Spangher (a cura di), *Le impugnazioni*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. 5, Torino, 2009, 542.

[19] Caraceni, *Poteri d'ufficio in materia probatoria,* cit., 145.

[20] Cass., Sez. Un, 6 novembre 1992, *Cass. pen.*, 1993, 280.

[21] Iacoviello, *Processo di parti e poteri probatori del giudice, Cass. pen.*, 1993, 287.

[22] Corbetta, sub *art. 507* c.p.p., Giarda - Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato,* Milano, 2010, 6477.

[23] Cass., Sez. Un., 17 novembre 2006, *Dir. pen. proc.*, 2007, 1155.

[24] Caraceni, *Poteri d'ufficio,* cit., 168.

[25] Garuti, *Questioni in tema di compatibilità,* cit., 1198.

[26] Vergine, *Sistema delle prove e interventi del giudice,* Bari, 2008, 208. Cass., sez. I, 2 aprile 2008, n. 13756, *CED Cass.*, 239767.

[27] Rispetto al potere di stimolo del pubblico ministero si cfr. Cass., sez. I, 9 giugno 2004, n. 36122, *Riv. pen.*, 2005, 1386.

[28] Si cfr. ancora Vergine, *Sistema delle prove*, cit., 226. Sul potere meramente sollecitatorio delle parti anche Pardo, *Il procedimento penale d'appello,* Milano, 2012, 431; Id, sub *art. 603 c.p.p.*, Canzio - Tranchina (a cura di), *Codice di procedura penale,* Milano, 2013, 5402.

[29] Così Cass., sez. III, 13 febbraio 2003, n. 12853, *Cass. pen.*, 2004, 4116 ss.

[30] Proprio negli stessi termini Cass., sez. VI, 10 novembre 2005, *Arch. n. proc. pen.*, 2007, 241 ss. In linea con tale enunciato di legittimità, si cfr. anche la più recente Cass., sez. II, 21 dicembre 2012, n. 14649, *Dir. & giustizia,* 2013, 1, 397 ss.

reato o della punibilità. Viene inoltre precluso un utilizzo dell'integrazione per far fronte a ordinarie lacune nel merito e per acquisire elementi a carico dell'imputato.

La delimitazione finalistica dell'intervento officioso, come già evidenziato dalla pregressa pronuncia da cui trae spunto il Supremo Collegio[31], imprime una «particolare connotazione teleologica»[32] all'attività probatoria del giudice, circoscrivendone per l'appunto lo spazio operativo ed il *quomodo*.

Una simile restrizione cognitiva offre spunti di riflessione sotto più profili, a partire da quello legato al rapporto tra il giudizio di primo grado e l'appello.

Difatti, se è vero che la rinnovazione officiosa muove dalla stessa necessità di sanare una base probatoria insufficiente a pervenire alla decisone, secondo il criterio dell'assoluta necessità *ex* art. 507 c.p.p., esso risente del momento processuale nel quale viene utilizzato, connotandosi per eccezionalità e residualità, alla luce della natura di mera critica dell'appello[33]. Come noto, infatti, il giudizio di seconda istanza è un mezzo attraverso il quale si realizza una forma di controllo sul merito o sulla legittimità del provvedimento, in cui non si svolge, di regola, attività probatoria; cosicché la base cognitiva fornita al giudice è la stessa del primo grado.

In questo senso, gli argini posti all'indagine officiosa appaiono del tutto coerenti con l'impianto processuale di secondo grado, consentendo quel giusto bilanciamento sistemico tra i due giudizi, senza incidere sulla vera natura della rinnovazione, istituto residuale rispetto alla formazione della prova nel dibattimento di primo grado. Tanto è vero che la rinnovazione è stata considerata una chiave di lettura privilegiata per ricostruire la vocazione dell'appello; connotandosi per il «ruolo di non stretta necessità»[34] e per la mera strumentalità all'integrazione della piattaforma probatoria, essa dimostra come la seconda istanza, lungi dall'essere un reiterato giudizio di merito, rappresenta un mezzo di pura critica della decisone[35]. Pertanto, la declinazione di limiti volti a contenere il potere officioso è una scelta senz'altro coerente con la natura e la *ratio* del giudizio di appello, quale mezzo di *controllo moderato* sulla decisione di primo grado, e ciò anche a prescindere dalla definizione processuale semplificata del rito abbreviato.

Al riguardo, tuttavia, deve anche tenersi conto di quanto affermato dalla giurisprudenza secondo cui l'ampio potere istruttorio riconosciuto al giudicante ai sensi dell'art. 441, comma 5, c.p.p. «*è estensibile con gli stessi limiti* al giudice d'appello»[36]. Tale lettura, che evidentemente incide anche sulla portata generale dell'istruzione, ampliandone la portata applicativa, contraddice la natura stessa della seconda istanza, quale luogo di controllo e di critica, aspetto che presuppone l'attività al solo di fine di «rinnovare la conoscenza» e non per conoscere *ex novo*[37].

Condivisibile appare in particolare la finalizzazione "euristica" impressa all'istruzione officiosa, laddove viene consentito al giudice di agire eslusivamente *in bonam partem*; l'effetto è quello di un intervento del giudicante in una prospettiva coerente con la natura premiale dell'abbreviato. Del resto, lo sconto di pena, unitamente alla rinuncia al contraddittorio, incarna la caratteristica propria del rito, tanto che tale finalità, di sicuro accattivante, ne rappresenta l'essenza in tutto l'arco procedimentale, anche di secondo grado.

La Corte pone altresì un limite alla possibilità di utilizzo di mezzi probatori diversi dai documenti. A tal proposito, la scelta ermeneutica, sebbene estremamente contenuta, risponde alla sottostante logica sistemica dell'appello, esame critico – e non nuovo giudizio[38] – la cui «meta finale […] è una decisione che dà atto dell'avvenuto controllo […] che si verifica, nonostante le contrarie apparenze, anche quando la sentenza d'appello conclude un dibattimento completamente rinnovato»[39]. Peraltro, la preclusione si giustifica alla luce della forma abbreviata del giudizio di primo grado, che, per la sua natura "statica", si realizza, di regola, sulla base dei soli elementi dimostrativi già precostituiti rispetto alla fase deliberativa.

[31] Cass., sez. VI, 10 novembre 2005, cit.

[32] Peroni, sub *art. 603 c.p.p.*, cit., 7312.

[33] Tra le tante, Cass., sez. II, 26 aprile 2000, *CED Cass*., 216532; Cass., sez. V, 21 aprile 1999, *Cass. pen*., 2001, 891. Cfr. anche Peroni, *L'istruzione dibattimentale,* cit., 151.

[34] Chinnici, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo,* Torino, 2009, 103.

[35] Peroni, *Nuove deduzioni probatorie in fase di discussione finale: tra logica dei gravami e diritto alla prova, Cass. pen.,* 1997, 2105.

[36] Cass., sez. V, 9 maggio 2006, n. 19388, *Riv. pen*., 2007, 452. Peraltro, la significativa portata applicativa della disposizione è stata accresciuta da un recente intervento di legittimità, che, nel ribaltare il precedente orientamento, ha affermato che tale potere può spingersi sino alla dimostrazione dei profili concernenti la ricostruzione storica del fatto, in quanto gli unici limiti per il suo esercizio sono «quelli della necessità ai fini della decisione e del divieto di esplorare itinerari probatori estranei allo stato degli atti formato dalle parti». Su tale ultimo profilo, si v. Cass., sez. III, 20 marzo 2013, n. 12842, *www.processopenaleegiustizia.it/scenari_leggi.php?id*=450; Cass., sez. V, 30 aprile 2012, n. 36335, *CED Cass.*

[37] Chinnici, *Giudizio penale di seconda istanza,* cit., 104.

[38] Cfr. Nuzzo, *L'appello nel processo penale*, Milano, 2005, 226.

[39] Così, per le sue sempre attuali considerazioni, Massa, *L'appello nel processo penale*, Milano, 1969, 22.

Sotto un altro versante, tuttavia, la limitazione imposta nella scelta del mezzo di prova documentale appare discutibile. Considerare le acquisizioni documentali unico strumento esperibile in sede di rinnovazione officiosa finisce per determinare un eccessivo restringimento cognitivo[40].

Peraltro, la limitazione documentale appare contrastare con uno degli altri "paletti" istruttori fissati dalla Corte, ovvero quello concernente la valutazione della capacità processuale dell'imputato. L'accertamento in questione, necessario quando vi è ragione di ritenere che questi non sia in grado di partecipare coscientemente al processo, viene infatti disposto dal giudice, anche d'ufficio, con perizia. La verifica specialistica dello stato psico-patologico risponde ad una sua logica autonoma, alla luce dei presupposti indicati dall'art. 70 c.p.p., e, pertanto, ove questa si renda opportuna in seconde cure, la modalità probatoria di natura peritale non muta per il diverso contesto procedimentale.

Anche l'ulteriore limite istruttorio delineato dalla Corte non si lascia apprezzare per chiarezza; facendo riferimento ai «presupposti stessi del reato», infatti, si crea una categoria dogmatica di non immediata individuazione, sì che l'interprete è abbandonato in una posizione di non agevole orientamento rispetto al confine cognitivo *de quo*.

Risvolti e prospettive

Sebbene in dottrina sia stata sostenuta l'irrilevanza della forma assunta dal rito ai fini dell'azionabilità della rinnovazione dibattimentale[41], la preclusione ancora oggi concernente la modalità semplificata – salvo che si tratti di prove sopravvenute o dell'ipotesi integrativa d'ufficio – appare coerente con la rinuncia secca al contradditorio e con i limiti di economia connaturati alla procedura. La scelta di definire la propria vicenda giudiziale (tendenzialmente) sulla base degli atti investigativi, per perseguire l'incentivante fine premiale, non è agevolmente compatibile con un recupero postumo di ciò che in primo grado è limitatamente ammesso.

Una tale prospettiva "generalista"[42], tendente a dilatare il diritto alla prova – «seppur confortata dalle modifiche introdotte dalla l. 479/1999» – non può infatti oltrepassare la natura deflattiva del giudizio abbreviato e, dunque, le limitazioni probatorie discendenti dalla scelta premiale[43].

In quest'ottica di equilibrio sistemico appaiono condivisibili i limiti istruttori fissati dalla Corte, sebbene è auspicabile un nuovo intervento volto a precisare con chiarezza il perimetro entro cui può essere disposta l'integrazione d'ufficio.

Di sicuro, tale *revirement*[44] merita attenzione soprattutto laddove viene ribadita la preclusione circa l'acquisibilità di elementi a carico dell'imputato, poiché l'esclusiva finalità *in bonam partem* dell'attività istruttoria officiosa, oltre alla coerenza con la natura contratta del rito, consente di contenere i significativi rischi connessi alla sua praticabilità.

Va comunque sottolineato che la scelta della Corte sembra riferita al caso risolto, che si inserisce nella procedura di abbreviato semplice; forse le conclusioni potrebbero essere differenti nell'ipotesi di rito condizionato, se si muove dal presupposto che tale modalità permette persino all'indagato un potere di richiesta sulla base dell'art. 603, comma 1, c.p.p.

[40] Peraltro, secondo una consolidata corrente giurisprudenziale, consacrata da una pronuncia delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, *CED Cass.*, 231676), la rinnovazione deve essere tenuta distinta dall'acquisizione di documenti nel giudizio d'appello, posto che quest'ultima rappresenta la rituale modalità di assunzione della prova in secondo grado, quando vi è l'acquiescenza della difesa. La prova documentale può dunque entrare nel giudizio d'appello anche senza la preventiva adozione dell'ordinanza che dispone la rinnovazione parziale del dibattimento, non presupponendo l'azionabilità del rimedio istruttorio ai sensi dell'art. 603 c.p.p. Si cfr. Cass., sez. V, 2 febbraio 2004, *CED Cass.*, 228657; Cass., sez. VI, 10 luglio 2000, n. 9446, *CED Cass.*, 217993; Cass., sez. I, 23 settembre 1998, n. 10736, *CED Cass.*, 212121; Cass., sez. IV, 24 novembre 1993, *Cass. pen.*, 1995, 2599.

[41] In particolare Zacché, *Il giudizio abbreviato,* cit., 213.

[42] Parlano di "tesi generalista" Gaeta – Macchia, *L'appello*, cit., 542.

[43] Costantini, *Il giudizio abbreviato*, Chiavario – Marzaduri (diretto da), *Riti camerali e speciali*, Milano, 2006, 230.

[44] In questi termini, ma con riferimento alla precedente pronuncia di omologo contenuto (Cass., sez. VI, 10 novembre 2005, cit.) Gaeta – Macchia, *L'appello*, cit., 542.

Alessandro Diddi
Ricercatore di Procedura penale – Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Profili processuali della nuova disciplina dell'ordinamento forense

Procedural aspects of the new legislation on the court system

A quasi 80 anni la legge sull'ordinamento forense cominciava a manifestare qualche segno di vecchiaia e, dopo molti tentativi, il legislatore ha varato la nuova disciplina dell'ordinamento della professione dell'avvocato. Tra le molteplici disposizioni recentemente introdotte, alcune interferiscono con la disciplina del processo penale creando alcune problematiche di coordinamento di non agevole soluzione.

At almost 80 years, the legislation on the court system started to show signs of oldness. After many attempts, new rules governing the legal profession have been approved. Some of the aforesaid rules interfere with the laws governing the penal process, causing problems of coordination not easy to solve.

Le linee di intervento

Con l. 31 dicembre 2012, n. 247 il legislatore, dopo una lunga gestazione[1], ha finalmente proceduto ad una integrale rivisitazione dell'ordinamento forense già disciplinato dal r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578 conv. in l. 22 gennaio 1934, n. 36 e dal r.d. 22 gennaio 1934, n. 37 e recentemente oggetto di alcuni interventi di settore.

Si rammenta, a tale riguardo, che con l'art. 3, comma 5, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 recante *Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo* conv, in l. 14 settembre 2011, n. 148, oltre ad essere stato fissato il principio generale che gli ordinamenti professionali devono garantire l'applicazione della libera concorrenza ed assicurare la presenza diffusa dei professionisti su tutto il territorio nazionale, la differenziazione e la pluralità di offerta che garantisca l'effettiva possibilità di scelta degli utenti nell'ambito della più ampia informazione relativamente ai servizi offerti, si era stabilito che con decreto del presidente della Repubblica da emanarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400 gli ordinamenti professionali avrebbero dovuto essere riformati entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore del citato decreto per recepire una serie di principi (tra i quali libertà di accesso alla professione e libertà di esercizio; obbligo di formazione continua e permanente del professionista; obbligatorietà dell'assicurazione; istituzione di organi a livello territoriale per l'istruzione e la decisione delle questioni disciplinari; liceità della pubblicità informativa avente ad oggetto l'attività professionale e le specializzazioni).

Si ricorda, ancora, che con d.p.r. 7 agosto 2012, n. 137 era stato adottato il *Regolamento recante riforma*

[1] Sulle varie proposte poi confluite nel disegno di legge n. 601 presentato dal sen. Pisapia in data 25 giugno 2008, si v. il *Dossier n. 99* illustrativo dei disegni di legge AA.SS. nn. 601, 711, 1171 e 1198, predisposto dal Servizio Studi del Senato

degli ordinamenti professionali con il quale, in attuazione, appunto, del citato art. 3 comma 5, erano state introdotte norme generali riguardanti l'accesso e l'esercizio delle varie attività professionali, l'istituzione dell'albo unico nazionale, la libera concorrenza e la pubblicità informativa, l'obbligo di assicurazione, il tirocinio per l'accesso, nonché disposizioni concernenti l'obbligo di formazione continua, il procedimento disciplinare ed il domicilio del professionista. Come accennato, si era trattato di una normativa di carattere generale che, salvo un'unica disposizione riguardante specificamente il tirocinio, concerneva tutte le professioni e non la sola attività forense.

Non si deve dimenticare, poi, che con l'art. 2 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 recante *Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248 altre disposizioni avevano riguardato l'esercizio dell'attività forense. Oltre ad essere stato disposto – in conformità al principio comunitario di libera concorrenza, a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi ed in omaggio all'esigenza di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato – che dalla data di entrata in vigore del medesimo decreto dovevano considerarsi abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedevano, con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali, l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti, era stato altresì eliminato il divieto di svolgere pubblicità informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonchè il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni secondo criteri di trasparenza e veridicità del messaggio. Inoltre, con il citato decreto, era stato introdotto nell'art. 2233 c.c. il comma 3 con il quale si era prevista la nullità, se non redatti in forma scritta, dei patti conclusi tra gli avvocati ed i praticanti abilitati con i loro clienti per stabilire i compensi professionali.

Sebbene non formalmente abrogate, gran parte delle varie disposizioni contenute nei citati provvedimenti devono ritenersi, oggi, comunque implicitamente sottoposte ad un fenomeno di *abolitio* ai sensi dell'art. 15 prel. in quanto, in parte, la nuova legge interviene su di una materia già regolata dalle leggi anteriori e, in parte, soprattutto avuto riguardo alle disposizioni di cui al d.p.r. n. 137 del 2012, si pone quale *lex specialis* posteriore incompatibile con quella generale precedente.

A tale riguardo, va evidenziato che, ai sensi dell'art. 64 della l. n. 247 del 2012, il governo è delegato ad adottare entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi concernenti un testo unico delle disposizioni vigenti in materia di professione forense al fine, tra l'altro, di accertare la vigenza attuale delle singole norme ed indicare quelle abrogate, anche implicitamente, per incompatibilità[2].

Non abolite, almeno per il momento, invece, le nuove disposizioni concernenti i c.d. parametri forensi che si pongono in linea di continuità con le precedenti disposizioni in materia.

Si rammenta, a tale riguardo, che l'art. 13 della l. n. 247 del 2012, con riferimento ai compensi, contiene un complesso di disposizioni eterogenee che spaziano dalla misura degli stessi e dalle modalità della loro commisurazione al regime dei patti con il cliente[3].

Sul punto, si deve ricordare che l'art. 9 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, recante *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27, nel prevedere l'abrogazione delle tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico, aveva previsto che, nel caso di liquidazione da parte di un organo giurisdizionale, il compenso del professionista potesse essere determinato con riferimento a parametri stabiliti con decreto del Ministro vigilante, da adottare nel termine di centoventi giorni successivi alla data di entrata in vigore della legge di conversione del medesimo decreto. Successivamente, con decreto del ministero della giustizia 20 luglio 2012 n. 140, è stato adottato il regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione da parte di un organo giurisdizionale dei compensi per le professioni regolarmente vigilate dal Ministero della giustizia.

In base all'art. 13 della l. n. 247 del 2012, con decreto emanato dal Ministro della giustizia su proposta del CNF[4] si determinano i parametri che dovranno essere applicati – oltre che nell'ipotesi in cui all'atto dell'incarico o successivamente il compenso non sia stato determinato in forma

[2] A parte taluni regimi transitori espressamente disciplinati dalla legge sulla base delle vecchie disposizioni, anche la disciplina del consiglio nazionale forense continua ad essere regolata dal r.d.l.1578 del 1933.

[3] A tale riguardo si segnala la reintroduzione, ad opera dell'art. 13, comma 4, del divieto dei patti con i quali l'avvocato percepisca come compenso in tutto o in parte una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa.

[4] Ai sensi dell'art. 35 comma 1, lett. g) della l. n. 247 del 2012 il CNF propone ogni due anni al Ministro della giustizia i parametri di cui all'art. 13.

scritta ed in ogni caso di mancata determinazione consensuale ovvero in quelli nei quali la prestazione professionale sia resa nell'interesse di terzi o per prestazioni officiose previste dalla legge – in tutti le ipotesi di liquidazione giudiziale dei compensi[5].

La previsione è rilevante, oltre che nei rapporti con il cliente, anche ai fini processuali in quanto essa è destinata a trovare applicazione, oltre che nelle liquidazioni dei compensi per le difese di ufficio, anche per quelle riguardanti le spese sostenute dal difensore della parte civile nei casi in cui, come ad esempio in sede di applicazione della pena, il legislatore abbia demandato al giudice la quantificazione del compenso che deve essere posto a carico del condannato.

La l. n. 247 del 2012, inoltre, oltre a disciplinare la professione dell'avvocato (attraverso la previsione di una serie di norme concernenti i doveri e la deontologia dell'avvocato, le modalità di esercizio, individuale ed associata, della professione, le forme di pubblicità consentite), a regolare le modalità di accesso alla professione con la introduzione, da parte dell'art. 46, comma 10, di una nuova fattispecie criminosa che punisce con la reclusione fino a tre anni chiunque faccia pervenire in qualsiasi modo ad uno o più candidati, prima o durante la prova d'esame, testi relativi al tema d'esame proposto[6] ed a riproporre norme concernenti la tenuta degli albi e dei registri, il funzionamento degli organi e le funzioni degli ordini forensi ed a riscrivere il procedimento disciplinare, ha, da un lato, delegato il Governo ad emanare alcuni decreti legislativi (tra i quali, si segnalano quello di cui all'art. 5 riguardante la disciplina per l'esercizio in forma societaria della professione forense e quello di cui all'art. 16 concernente il riordino della disciplina della difesa d'ufficio) e, dall'altro, introdotto una serie di disposizione che hanno una ricaduta sul piano processuale sulle quali occorre soffermarsi.

Il segreto professionale

La prima disposizione sulla quale appare necessario soffermarsi è quella che concerne il segreto professionale.

Ai sensi dell'art. 3 della l. n. 247 del 2012 l'avvocato esercita la professione uniformandosi ai principi contenuti nel codice deontologico emanato dal CNF che, in base alla medesima disposizione, deve non solo contenere le norme di comportamento che l'avvocato è tenuto ad osservare in via generale e, specificamente, nei suoi rapporti con il cliente, ma individuare quelle che, rispondendo alla tutela di un pubblico interesse al corretto esercizio della professione, hanno rilevanza disciplinare. Tra queste, come di dirà, rientrano quelle che riguardano la materia del segreto professionale che è stata completamente ridisegnata.

L'art. 9 del Codice deontologico vigente[7] stabilisce che è dovere, oltre che diritto, primario e fondamentale dell'avvocato, mantenere il segreto sull'attività prestata e su tutte le informazioni che siano a lui fornite dalla parte assistita o di cui sia venuto a conoscenza in dipendenza del mandato.

Benchè certamente la previsione sia importante in quanto definisce un aspetto essenziale per l'esistenza di un rapporto professionale, essa, a ben vedere, esaurisce i suoi effetti nella relazione con il cliente e non ha ricadute processuali.

Assai più significativo, a tale riguardo, è invece, l'art. 6 della citata l. n. 247 del 2012 con il quale, oltre a venire affermato che l'avvocato è tenuto alla rigorosa osservanza del segreto professionale e del massimo riserbo, si stabilisce che "l'avvocato, i suoi collaboratori e i dipendenti non possono essere obbligati a deporre nei procedimenti e nei giudizi di qualunque specie su ciò di cui siano venuti a conoscenza nell'esercizio della professione o dell'attività di collaborazione o in virtù del rapporto di dipendenza". Tale disposizione è particolarmente significativa perché si ricollega direttamente a quanto contenuto nell'art. 200, comma 1, lett. b) c.p.p.[8].

[5] In base alla all'art. 65, comma 1, della l. 247 del 2012 fino alla data di entrata in vigore dei regolamenti previsti dalla legge, si applicano le disposizioni non abrogate tra le quali deve ritenersi ricompreso anche il d.m. 20 luglio 2010, n. 140.

[6] La previsione punisce il soggetto che fa pervenire "testi relativi al tema proposto" con apparente esclusione del candidato cui quei testi siano destinati. In base alla disciplina sul concorso dei reati, tuttavia, il candidato risponderà a titolo di concorrente. Nel caso in cui, però, il candidato porti con sé testi o scritti, ai sensi dell'art. 46, comma 8, ovvero non denunzi alla commissione il fatto (che deve reputarsi essersi verificato senza una sua partecipazione) che gli sono stati fatti pervenire scritti ed appunti di qualunque genere, egli potrà essere immediatamente escluso dall'esame.

[7] Approvato dal Consiglio Nazionale Forense nella seduta del 17 aprile 1997 e successivamente modificato il 16 ottobre 1999, il 26 ottobre 2002, il 27 gennaio 2006, il 14 dicembre 2006 (in attuazione della legge 4 agosto 2006, n. 248), il 18 gennaio 2007, il 12 giugno 2008, il 15 luglio 2011 ed il 16 dicembre 2011. Si rammenta che ai sensi dell'art. 35 comma 1, lett. d) della l. n. 247 del 2012 il CNF emana ed aggiorna periodicamente il codice deontologico curandone la pubblicazione e la diffusione in modo da favorirne la più ampia conoscenza e che, ai sensi dell'art. 65, comma 5, il codice deontologico deve essere emanato entro il termine massimo di un anno dalla data di entrata in vigore della medesima legge.

[8] Sul tema del segreto e di quello professionale del difensore, in particolare, cfr. G. Azzali, *Prove penali e segreti,* Milano, 1967, p.

In base a tale previsione, infatti, non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, tra gli altri, gli "avvocati" per cui è evidente come le due disposizioni, quella processuale e quella contenuta nel nuovo ordinamento professionale, siano destinati ad integrarsi.

Non è superfluo notare come anche l'art. 13 del r.d.l. 1578 del 1933 – che sul punto deve ritenersi certamente abrogato per incompatibilità con lo *ius superveniens* – prescriveva che "gli avvocati non possono essere obbligati a deporre nei giudizi di qualunque specie su ciò che sia stato confidato o sia pervenuto a loro conoscenza per ragioni del proprio ufficio".

Analoga disposizione è, poi, contenuta, nell'art. 58 del Codice deontologico il quale, al riguardo, prevede che, per quanto possibile, l'avvocato debba astenersi dal deporre come testimone su circostanze apprese nell'esercizio della propria attività professionale e inerenti al mandato ricevuto e che, qualora l'avvocato intenda presentarsi come testimone, dovrà rinunciare al mandato e non potrà riassumerlo (canone II)[9].

L'art. 6 cit, a ben vedere, supera le discipline deontologiche e di settore preesistenti, essendo destinato ad incidere su una pluralità di livelli.

Anzitutto, poiché il segreto professionale costituisce il contenuto di un preciso obbligo che sorge in capo al professionista al momento della stipulazione del contratto d'opera "nell'interesse della parte", esso, oltre che ai fini dell'eventuale applicazione dell'art. 622 c.p. e del possibile esercizio dell'azione risarcitoria per il caso della sua violazione, ha una diretta rilevanza ai fini disciplinari come espressamente sancito dal comma 4 del medesimo art. 6. Come si è accennato, infatti, nell'emanare il codice deontologico il CNF dovrà individuare le norme che hanno rilevanza disciplinare. Orbene, tra queste, quelle concernenti l'obbligo di osservanza rigorosa del segreto professionale e del massimo riserbo hanno un contenuto precettivo particolare in quanto assicurano non solo un'esigenza del singolo fruitore della prestazione professionale, ma quella – peraltro enfaticamente richiamata dall'art. 8 della l. n. 241 del 2012 nella formula del 'giuramento' che l'avvocato deve rendere dinanzi al consiglio dell'ordine per poter esercitare la professione – della funzione sociale della professione e del pubblico interesse al corretto esercizio della stessa[10] quale requisito indefettibile per l'attuazione del principio di inviolabilità del diritto di difesa sancito dall'art. 24, comma 2 Cost.[11].

In secondo luogo, l'art. 6, svolge una duplice funzione sul piano processuale perché, da un lato, contribuisce a definire i confini soggettivi dell'obbligo di segreto e, dall'altro, delinea in maniera più precisa l'oggetto delle notizie coperte da segreto.

Mentre, infatti, l'art. 200 c.p.p. delimita il perimetro del segreto professionale in relazione a "quanto conosciuto per ragioni della … professione", in maniera più dettagliata l'art. 6 estende il segreto professionale oltre che "ai fatti ed alle circostanze apprese nell'attività di rappresentanza ed assistenza in giudizio" anche a quelli conosciuti "nello sviluppo dell'attività di consulenza legale ed extragiudiziale". Sebbene l'interpretazione dell'art. 200 cit. non dia adito a particolari dubbi circa il fatto che le notizie sulle quali il professionista debba mantenere il segreto comprendesse tutte quelle acquisite nell'ambito di una qualsiasi attività professionale[12], è indubbio come l'averlo affermato in maniera esplicita non può che agevolare il compito dell'interprete tanto più che, per effetto di quanto afferma l'art. 2 l. n. 247 del 2012, sono attività oggi riservate

53 e ss; F. Caprioli, *Colloqui riservati e processo penale,* Torino, 2000, *passim;* A. Camon, *L'incompatibilità tra difensore e testimone,* Torino, 2004, p. 81 e ss; L. Concas *Il segreto di ufficio e il segreto professionale con particolare riguardo al segreto dell'avvocato,* in AA. VV., *Segreti e prova penale*, Milano, 978, p. 86; F.M. Grifantini, *Il segreto difensivo nel processo penale,* Torino, 2001, p. 69 e ss; G.Pecorella, *I limiti del processo segreto professionale,* in AA.VV., *La testimonianza nel processo penale. Atti dell'VIII convegno E. De Nicola,* Milano, 1974, p. 118; V. Perchinunno, *Limiti soggettivi della testimonianza nel processo penale,* Milano, 1972, p. 176; F. Saja, *Il segreto professionale,* in AA.VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana. Atti del convengo nazionale. Roma, 26 ottobre 1981,* Padova, p. 449; A. Scalfati, *Interessi in conflitto: testimonianza e segreti,* in AA.VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale. Atti del Convegno Pisa-Lucca, 28-30 novembre 2003,* Milano, 2005, p. 151.

[9] Sui limiti della disposizione contenuta nell'art. 58 si v. A. Camon, *L'incompatibilità tra difensore e testimone,* cit., p.74.

[10] Scriveva oltre un secolo fa N. Framarino dei Malatesta, *Logica delle prove in criminale,* Vol.II, Torino, 1895, p. 44 che l'obbligo del segreto fa parte di una sorta di dovere morale che, ove non fosse adempiuto, "anziché giovare alla società, non farebbe che nuocerle per il naturale perturbamento che ne provocherebbe la coscienza sociale"

[11] Le situazione di esonero dall'obbligo di testimonianza sono connesse a sfere di interessi di rango costituzionale prevalenti rispetto al contrapposto interesse dell'accertamento dei fatti per finalità di giustizia. Sul punto, dottrina unanime con riferimento alla quale ci si permette di rinviare, anche per i necessari richiami bibliografici, ad A.Diddi, *Testimonianza e segreti professionali,* Padova, 2012, p. 31.

[12] In via interpretativa, la dottrina aveva affermato che, nella previsione di cui all'art. 200 c.p.p., rientrassero anche le attività di consulenza stragiudiziale. Sul punto, ci si permette rinviare ad A. Diddi, *Testimonianza e segreti professionali,* cit., p. 123 e, nel vigore del codice 1930, L. Concas, *Il segreto di ufficio e il segreto professionale,* cit., p. 90 e G. Paolozzi, sub *art. 351 c.p.p.* in G. Conso – V. Grevi (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale,* Padova, 1987, p. 1022. Nel vigore del codice 1865, P. Alberici, *Eccezioni al dovere di testimonianza,* Torino, 1910, p. 120.

esclusivamente agli avvocati, fuori dei casi previsti dalla legge per gli esercenti altre professioni regolamentati (si pensi all'assistenza tecnica dinanzi alle commissioni tributarie ai sensi dell'art. 12 d lgs. 31 dicembre 1992, n. 546), oltre l'assistenza, la rappresentanza e la difesa nei giudizi davanti a tutti gli organi giurisdizionali e nelle procedure arbitrali rituali, anche l'attività professionale di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, ove connessa all'attività giurisdizionale.

(Segue): l'ambito soggettivo

Certamente significativa è l'estensione soggettiva della previsione contenuta nel comma 2 dell'art. 6 il quale statuisce che il dovere del segreto è applicabile anche nei confronti dei dipendenti e dei collaboratori, anche occasionali, dell'avvocato[13], oltre che di coloro che svolgono il tirocinio presso lo stesso, in relazione ai fatti e alle circostanze da loro apprese nella loro qualità o per effetto dell'attività svolta.

Si tratta di una disposizione rilevante sotto molteplici punti di vista che pone un delicato problema di coordinamento rispetto all'art. 200 c.p.p.

Occorre sottolineare, infatti, come, in base all'art. 200 c.p.p., l'elenco dei soggetti che possono opporre il segreto professionale costituisce un elenco tassativo che, peraltro, in quanto derogatorio al generale dovere di testimonianza contenuto nell'art. 198 c.p.p., deve ritenersi insuscettibile di letture estensive[14].

Il comma 2 dell'art. 6, per contro, estende il segreto ad una serie di soggetti che usualmente costituiscono l'organizzazione degli studi professionali nei confronti dei quali, in base alla seconda parte del comma 2 dell'art. 6, l'avvocato ha l'obbligo di adoperarsi affinchè siano osservati gli obblighi di segretezza e di riserbo sopra previsti.

In base a tale previsione, l'avvocato, per effetto del mandato ricevuto, assume un preciso obbligo di *facere* nell'interesse del cliente nei confronti del quale potrà rispondere, nel caso non abbia adottato le dovute cautele, anche civilmente qualora dalla violazione del segreto dei suoi collaboratori dovesse conseguire un danno al cliente.

Ad un esame superficiale, si potrebbe opporre che la disposizione *de qua*, in quanto collegata al dovere di segreto e riserbo definito nel comma 1 "verso i terzi" non incida sull'obbligo testimoniale. Attraverso una interpretazione riduttiva, in altri termini, si potrebbe essere portati a ritenere che la *lex specialis* contenuta nell'ordinamento professionale, non sia in grado di integrare l'elenco delle categorie soggettive che, in base all'art. 200 c.p.p., possono opporre il segreto professionale nel corso del processo penale ed a conferma di tale costruzione si potrebbe perfino argomentare che la previsione di cui all'ultima parte del comma 4 dell'art. 6 cit. statuisce come la violazione del dovere di segretezza e riserbo costituisca giusta causa per l'immediato scioglimento del rapporto di collaborazione o di dipendenza[15].

Si deve osservare, tuttavia, come tale conclusione non possa essere sostenuta in virtù della clausola di chiusura contenuta nell'art. 200, comma 1, lett. d) c.p.p. la quale prevede che non hanno l'obbligo di testimoniare "gli esercenti altri uffici o professione ai quali la legge riconosce la facoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale"[16].

Orbene, anche i collaboratori e dipendenti dell'avvocato, in base al comma 3 dell'art. 6, non possono essere obbligati a deporre – salvi i casi previsti dalla legge – nei procedimenti e nei giudizi di qualunque specie su ciò di cui siano venuti a conoscenza nell'esercizio della professione o dell'attività di collaborazione o in virtù del rapporto di dipendenza.

Appare evidente come la previsione *de qua* svolga una funzione di assoluta novità, soprattutto se confrontata con le disposizioni operanti per gli altri soggetti nei confronti del quale opera la speciale causa di esenzione dall'obbligo testimoniale.

Gli ausiliari dell'avvocato sono stati considerati dall'art. 197, comma 1, lett. d) c.p.p. tra coloro che, unitamente al difensore, hanno svolto attività di

[13] In base alla rubrica dell'art. 14 della l. n. 247 del 2012 si può intendere che nel novero delle collaborazioni rientrino le sostituzioni di un altro avvocato o di un praticante abilitato.

[14] Così, con riferimento all'art. 351 c.p.p. 1930 Corte cost., 22 gennaio 1981, n. 1 in *Giur.cost.*, 1981, p. 3 e ss e, in dottrina, F.Cordero, *Codice di procedura penale commentato,* Torino, 1990, p. 247.

[15] Vi è un'apparente discontinuità tra il comma 2 (che estende l'obbligo di segreto previsto in capo all'avvocato anche ai "dipendenti" ai "collaboratori anche occasionali" ed ai "tirocinanti") ed il comma 3 dell'art. 6 della l. n. 247 del 2012 (il quale, invece, stabilisce che i soggetti che sono esentati dall'obbligo di testimonianza sono "l'avvocato", "i suoi collaboratori" ed i "dipendenti"). L'applicabilità della norma sul segreto anche ai tirocinanti si deduce, tuttavia, dall'art. 42 della medesima legge, la quale dispone che i praticanti, oltre ad essere soggetti al potere disciplinare del Consiglio dell'Ordine, osservano gli stessi doveri e le norme deontologiche degli avvocati. Si rammenta che Corte cost. 8 aprile 1997, n. 87 in *Dir. pen. proc.,* 1997, p. 548, nel dichiarare infondata la questione sollevata, attraverso una interpretazione delle disposizioni impugnate compatibile con la Costituzione, ha ritenuto che anche i praticanti abilitati debbono poter beneficiare della speciale tutela accordata al professionista dall'art. 200 c.p.p.

[16] In ordine alla sfera di applicazione della disposizione in argomento, cfr. A. Diddi, *Testimonianza e segreti professionali,* cit., p. 75 e ss.

investigazione e formato la documentazione delle dichiarazioni assunte ai sensi dell'art. 391 *ter* c.p.p.

Il novero delle persone che possono essere ricomprese nella previsione sull'incompatibilità con l'ufficio di testimone è praticamente illimitato potendo includere, oltre al difensore e le persone estranee allo studio professionale ed incaricate per l'incombente, anche colleghi, praticanti, segretari del professionista officiato, consulenti tecnici presenti per la circostanza ed investigatori[17].

È pacifico, tuttavia, come la disciplina sull'incompatibilità nel particolare caso contemplato, risponda ad una *ratio* del tutto differente da quella del segreto trovando essa riscontro nell'esigenza di tutelare il metodo del contraddittorio nella formazione della prova orale ed "impedire che i protagonisti dell'inchiesta difensiva rendano una testimonianza indiretta sul contenuto di una prova orale da essi stessi raccolta"[18].

L'aver affermato, dunque, come anche per gli ausiliari dell'avvocato a lui legati da particolari rapporti di lavoro e collaborazione operi la disciplina sul segreto, costituisce un dato non solo di assoluta novità ma anche in linea con le mutate prospettive organizzative che la professione, soprattutto in determinati settori di specializzazione, potrà assumere.

Va qui rammentato che, ai sensi dell'art. 4, la professione forense può essere esercitata, oltre che individualmente, anche attraverso un'associazione alla quale possono partecipare, oltre agli iscritti all'albo forense, anche altri liberi professionisti appartenenti ad altre categorie individuate con regolamento del Ministro della giustizia nonché (ma solo dopo l'adozione del decreto legislativo che il governo è stato delegato ad emanare in base all'art. 5 della l. n. 247 del 2012) attraverso società tra avvocati costituite con le forme delle società di persone, società di capitali o società cooperative[19].

È evidente, dunque, come il mutamento delle forme di esercizio dell'attività professionale non possa andare disgiunto anche con un differente regime, proprio sul piano soggettivo, del segreto, principio fondamentale dello svolgimento dell'attività forense in tutti i campi di sua manifestazione.

(Segue): i casi eccettuati

Piuttosto, non è agevole delineare la clausola di salvezza contenuta nel comma 3 dell'art. 6 che eccettua dal segreto professionale i casi di obbligo di deporre previsti dalla legge.

Per come posta, infatti, essa rischia di creare una sorta di circolo vizioso in quanto, da un lato, essa pone una norma di carattere generale per effetto della quale l'avvocato ed i suoi collaboratori non possono essere obbligati a deporre nei procedimenti e nei giudizi di qualunque specie; dall'altro, però, l'art. 198 c.p.p. costituisce la disposizione che, nel prevedere l'obbligo per il testimone di rispondere secondo verità alle domande che gli vengono rivolte, potrebbe costituire la fonte normativa in forza della quale far scattare l'eccezione.

Non si può non notare, a tale riguardo, la differenza di tale disposizione rispetto a quelle contenute nelle varie previsioni che – collegandosi all'art. 200 comma 1, lett. d) c.p.p. – fungono da base normativa per l'applicazione del segreto professionale agli esercenti le altre professioni.

Tali previsioni, infatti, a scanso di ogni equivoco, non si limitano ad affermare il segreto professionale e lo *ius tacendi* del soggetto qualificato, ma si richiamano espressamente alla disciplina del segreto prevista dall'art. 200 c.p.p. (si pensi, ad esempio, all'art. 5 del d.lgs. 28 giugno 2005, n. 139 recante la *Costituzione dell'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili*).

Nonostante tali possibili incertezze, a sostegno della integrale applicazione del regime del segreto di cui all'art. 200 c.p.p. a tutti i collaboratori del difensore, si pone un dato di natura testuale che si ricava dallo stesso comma 3 che sottolinea, con una certa enfasi e ridondanza, l'applicabilità della prevista causa di esenzione dall'obbligo di testimonianza nei "procedimenti" e nei "giudizi" di "*qualunque specie*".

È indubbio come ammettere che la salvezza dei casi di obbligo alla testimonianza possa essere ricavata dall'art. 198 c.p.p. significherebbe obliterare la portata della prima parte della disposizione.

È evidente, allora, come il cono precettivo della clausola di salvezza possa essere individuata solo

---

[17] Anche sull'argomento e per i rapporti tra la prevista causa di incompatibilità e la disciplina del segreto professionale, volendo A. Diddi, *Testimonianza e segreti professionali*, cit., p. 63 e ss.

[18] Così, A. Camon, *L'incompatibilità tra difensore e testimone*, cit., 117.

[19] Si rammenta che l'esercizio in forma associata della professione era stato previsto dalla legge 23 novembre 1939, n, 1815. L'art. 24 della l. 7 agosto 1997, n. 266 aveva abrogato l'art. 2 della l. n. 1815 del 1939 prevedendo l'emanazione da parte del ministro della Giustizia di un decreto 8 (mai adottato) che avrebbe dovuto fissare i requisiti per l'esercizio dell'attività professionale in forma societaria. Il d.gls. 2 febbraio 2001, n. 96, di attuazione della direttiva 98/5/CE, ha introdotto la possibilità di svolgere la professione forense in forma associata secondo il tipo della società tra avvocati. Sul tema, L. Fornero, M. Meoli, G. Valente, *Professionisti individuali, associazioni e società*, Milano, 2008, pp.215 e ss; G. Scarselli, *Ordinamento giudiziario e forense*, Milano, 2004, p.262-264.

facendo riferimento alle disposizioni generali che concernono la professione. Essa, dunque, potrebbe trovare applicazione solo nel caso in cui specifiche disposizioni di legge escludano che il professionista possa avvalersi del segreto.

Opinare diversamente, tra l'altro, significherebbe introdurre un pericoloso *vulnus* all'attività dell'avvocato che, come detto, potendo oggi assumere anche un'organizzazione aziendale, potrà avvalersi di una più consistente struttura composta di personale con varie competenze.

Soprattutto, a seguire una strada differente, significherebbe introdurre una pericolosa breccia nel sistema e, dunque, la possibilità di aggirare, mediante l'imposizione dell'obbligo di deposizione dei collaboratori dell'avvocato, la solida disciplina del segreto professionale.

Piuttosto, allo stato, non sembrano rinvenirsi, con riferimento alla professione forense, ipotesi in cui l'avvocato possa essere obbligato a deporre.

Si deve rammentare, infatti, che, ai sensi dell'art. 200 c.p.p., lo *ius tacendi* (salvo che per i giornalisti che assume una estensione in parte differente) trova quale unico limite il caso in cui il soggetto qualificato abbia "l'obbligo" di riferire quanto conosciuto all'autorità giudiziaria.

È noto come, ai sensi dell'art. 364 c.p., il cittadino ha un obbligo di denuncia all'autorità giudiziaria solo nel caso in cui abbia avuto notizia di un delitto contro la personalità dello Stato per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo. Analoga disposizione è contenuta nell'art. 3 del d.l. 15 gennaio 1991 n. 8 conv in l. 15 marzo 1991 n. 82 in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione.

Tuttavia, anche in applicazione di quanto statuito dall'art. 334 *bis* c.p.p., che esenta espressamente il difensore ed i suoi ausiliari dall'obbligo di denunzia anche "relativamente ai reati dei quali abbiano avuto notizia nel corso delle attività investigative da essi svolte", pare evidente come rispetto a qualunque imputato ed indagato deve trovare applicazione, senza limiti, il principio di inviolabilità del diritto di difesa cui anche la disciplina del segreto professionale deve essere ricondotta[20].

Talune ipotesi nelle quali l'ordinamento impone cedimenti dell'obbligo di segretezza del rapporto professionale sono, oggi, rinvenibili nella disciplina che riguarda l'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette che, in base all'art. 41 del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231. In base a tale disciplina, infatti, incombe un obbligo di segnalazione su talune categorie di operatori, tra i quali gli avvocati quando in nome e per conto dei propri clienti nel compimento di una operazione di natura finanziaria o immobiliare o nell'assistenza dei propri clienti nella predisposizione di una serie di transazioni – partitamente elencate dalla disposizione citata ed unificate dalla natura sostanzialmente finanziaria di esse (art. 12, comma 1, lett. c) d.lgs. 231-2007) – hanno ragionevole motivo di sospettare (sulla base di una serie di indici di anomalia) che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo[21].

Tale previsione, tuttavia, pur nei rigorosi limiti in cui è destinata ad operare (sostanzialmente attività extragiudiziale in settori finanziari), non può rappresentare la base normativa per costituire una deroga al regime del segreto professionale di cui all'art. 200 c.p.p.

Sebbene, infatti, in base a tale disposizione, la facoltà di astensione dalla testimonianza venga meno nel caso in cui il soggetto qualificato abbia l'obbligo di riferire all'autorità giudiziaria, la segnalazione di cui all'art. 41 d.lgs. 231-2007, dovendo essere eseguita anche in casi nei quali il soggetto obbligato non disponga della provvista probatoria necessaria a farla elevare ad indizio di reato, non è equiparabile ad una denunzia in senso stretto.

Ne consegue, dunque, che anche in questo caso sia l'avvocato che il suo collaboratore, non potranno essere obbligati a deporre anche nell'ipotesi in cui il professionista si sia trovato nella situazione di dover eseguire la segnalazione[22].

Il momento perfezionativo del mandato professionale

È importante osservare come l'art. 14 della l. n. 247 del 2012 abbia inteso stabilire in maniera più netta il momento dal quale si perfeziona il mandato professionale e, dunque, il momento dal quale comincino ad operare i vari obblighi che incombono sull'avvocato tra i quali, ad esempio, quello del segreto professionale.

[20] Così, ancora, A. Diddi, *Testimonianza e segreti professionali,* cit., p. 138

[21] Ai sensi dell'art. 41, comma 6, d.lg.s 2312007 le segnalazioni delle operazioni sospette non costituiscono violazione degli obblighi di segretezza, del segreto professionale e di eventuali restrizioni alla comunicazioni di informazioni imposte in sede contrattuali o da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e, se poste in essere per le finalità previste dalla normativa antiriciclaggio ed in buona fede, non comportano responsabilità di alcun tipo.

[22] Così, volendo, ancora, A. Diddi, *Testimonianza e segreti professionali,* cit., p.140-144.

In passato non era mai stato posto in dubbio – stante la natura contrattuale del rapporto cliente-professionista – che il dovere di segretezza e di riserbo dovesse sorgere in capo all'avvocato sin dal momento della stipulazione del contratto d'opera.

La nuova disposizione (la quale, sul punto, prevede che il mandato professionale si perfeziona con l'accettazione) non sembra, dunque, aggiungere alcunchè rispetto a quanto statuisce l'art. 1326 c.c. in forza del quale il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte[23].

Resta, peraltro, fermo che, ai fini della costituzione del rapporto professionale, in forza della citata disposizione, non sono apparentemente prescritte particolari formalità.

Sul punto, dando un'occhiata ai lavori preparatori, si può osservare che talune proposte avevano addirittura previsto che il conferimento della procura all'avvocato potesse avvenire, oltre che per iscritto, anche oralmente perfino in sede giurisdizionale, in ogni stato e grado del giudizio compreso quello davanti alle giurisdizioni superiori e che, nel caso di incarico orale, la procura avrebbe potuto essere attestata dall'avvocato per iscritto anche per quanto riguarda la data, con efficacia fino a querela di falso[24].

Ispirata ad un evidente spirito di semplificazione[25], la previsione avrebbe avuto l'effetto di abrogare tacitamente le numerose previsioni processuali che prevedono il rispetto di determinate formalità per il conferimento del mandato (art. 96, comma 1, c.p.p., in forza della quale la nomina del difensore da parte dell'imputato è fatta con dichiarazione resa all'autorità procedente ovvero consegnata allo stessa dal difensore o trasmessa con raccomandata; art. 100, ai sensi del quale a parte civile, il responsabile civile e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria stanno in giudizio con il ministero di un difensore munito di procura speciale conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata dal difensore o da altra persona abilitata ovvero apposta in calce o a margine della dichiarazione di costituzione di parte civile, del decreto di citazione o della dichiarazione di costituzione o di intervento del responsabile civile e della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria).

Essa, tuttavia, non è transitata nel testo definitivo, per cui le forme della nomina seguono oggi le disposizioni previste dal codice ed il difensore dovrà costituire davanti all'autorità giudiziaria il suo rapporto attraverso dichiarazione che, ove non personalmente resa all'autorità procedente dall'interessato, dovrà essere consegnata alla stessa dal difensore o trasmessa con raccomandata e potrà essere documentata nelle forme di cui all'art. 27 disp. att.c.p.p. (in sostanza certificazione della nomina fatta con dichiarazione orale all'autorità procedente o copia della nomina recante attestazione dell'avvenuto deposito o certificata conforme all'originale), ma dovrà sempre esibire la procura speciale per il compimento di quegli atti per i quali viene richiesta una specifica investitura (art.38, comma 4; art. 46, comma 2; art. 76, comma 1; art. 438, comma 3; art. 444, comma 3).

Va in ogni caso tenuto conto che, a prescindere dal mandato *ad litem,* che ha una finalità esclusivamente esterna nei rapporti con l'autorità giudiziaria ed ha lo scopo di attuare e garantire il contraddittorio tecnico in tutti i casi nei quali esso sia richiesto[26],

[23] In base al comma 1 dell'art. 14 l. n. 247 del 2012 viene stabilito che l'avvocato ha piena libertà di accettare o meno l'incarico. Si tratta di disposizione opposta a quella contenuta nell'art. 11 del r.d.l. 1578 del 1933 che, invece, prescriveva che l'avvocato non potesse, senza giusto motivo, rifiutare il suo ufficio. Sono espressamente fatte salve le disposizioni riguardanti le difese di ufficio ed il patrocinio dei meno abbienti. Si rammenta, infatti, che, ai sensi dell'art. 97, comma 5, c.p.p., il difensore di ufficio ha l'obbligo di prestare il patrocinio. Meno chiara è, invece, la clausola di esclusione che si richiama alla disciplina del patrocinio dei non abbienti posto che essa non incide sulla natura del rapporto professionale. Piuttosto, dalla lettera dell'art.13 l. n. 247 del 2012, in forza della quale l'avvocato può esercitare l'incarico anche a proprio favore, parrebbe desumersi che l'avvocato possa esercitare l'autodifesa tecnica in giudizio. Nel processo penale, il problema si è posto in relazione alla possibilità per l'avvocato iscritto all'albo, di costituirsi parte civile personalmente nell'ambito di un procedimento che lo veda persona offesa. In giurisprudenza si è affermato che, al di fuori di quanto statuisce l'art. 86 c.p.c., la facoltà di poter stare in giudizio personalmente senza il ministero del difensore iscritto all'albo non possa essere affermata. Cfr., Cass.sez.VI, 18 settembre 2008, n. 37629, in *CED Cass.,* n.241207; Cass.sez.I, 30 gennaio 2008, n. 25790, in *Guida al diritto* 2008, 39, 100; Cass.sez.VI, 2 maggio 2000, n. 2064, in *Cass. pen*. 2001, p.2399, Sull'argomento, cfr. Il parere espresso dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Firenze e pubblicato su *Il foglio del consiglio,* in www.ilfogliodelconsiglio.it/parere/avvocato-la-facolta-di-autodifesa-dell'avvocato-non-puo-essere-ammessa-al-di-fuori-del-processo-civile/. Recentemente, Cass. sez. II, 2 ottobre 2013, n. 40715, ha ritenuto che, anche a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 247 del 2012, in sede penale l'autodifesa non possa ritenersi generalmente consentita, in difetto di una previsione di legge *ad hoc*.

[24] Cfr art. 13 A.S. 711 presentato al Senato della Repubblica il 29 maggio 2008 a firma del sen. Casson.

[25] A tale riguardo la relazione illustrativa evidenziava l'opportunità di eliminare gli attuale eccessivi formalismi nel rilascio della procura e nella prova di essa che non trovano fondamento nelle legislazioni straniere.

[26] Assumono, a tale riguardo, importanza le disposizioni che introducono prescrizioni per il domicilio dell'avvocato (art. 7 l. n. 247 del 2012) e che attribuiscono ai consigli degli ordini circondariali la tenuta degli albi (art. 29 l. n. 247 del 2012) e la loro pubblicazione a stampa e nel sito internet (art. 15 l. n. 247 del 2012) corredati dalla indicazione degli indirizzi di posta elettronica certificata di cui all'art. 16, comma 7, del d.l. 29 novembre 2008, n. 185 conv in l. 28 gennaio 2009, n.2, al fine di consentire notifiche di atti e comunicazioni per via telematica da parte degli uffici giudiziari. In base, poi, all'art. 7, comma 3, l'avvocato

per quanto concerne, invece, il rapporto avvocato-cliente non sono richieste formalità *ad substantiam* ed ai fini della insorgenza degli obblighi che costellano l'attività del professionista è sufficiente l'accettazione dell'incarico da parte dell'avvocato, che potrà essere anche orale.

Quanto alla forma che può assumere l'incarico, occorre osservare come una differente conclusione non possa desumersi nemmeno dalla nuova disciplina sul compenso professionale che impone l'adozione di forme particolari che interferiscono necessariamente con quelle che concernono il mandato.

Sebbene, infatti, in base all'art. 13, comma 1, della l. n. 241 del 2012 il compenso spettante al professionista è pattuito *di regola* per iscritto all'atto del conferimento dell'incarico e, dunque, sembri fatale che il contratto d'opera che si instaura con l'avvocato debba assumere la medesima forma, in base al comma 6 del medesimo articolo è tuttavia previsto che qualora il compenso non sia stato determinato per iscritto (come anche nelle ipotesi di mancata determinazione consensuale, di liquidazione giudiziale dei compensi e nei casi in cui la prestazione professionale sia stata resa nell'interesse di terzi o per prestazioni officiose previste dalla legge) opereranno *ex lege* i parametri ministeriali.

Sul piano pratico, dunque, ne deriva che il mandato potrà essere indifferentemente conferito sia per iscritto che oralmente.

L'abolizione della forma scritta per la nomina dei sostituti

Un'altra significativa novità che certamente si ispira ad esigenze di semplificazione riguarda le forme delle nomine dei sostituti processuali.

A tale riguardo, si deve ricordare che, in base all'art. 9 del r.d.l. n. 1578 del 1933, l'avvocato poteva procedere alla nomina di sostituti, da individuarsi fra i procuratori compresi nell'albo in cui egli si trovava iscritto, non superiori a tre con atto ricevuto dal cancelliere del tribunale o della corte d'appello e da comunicarsi in copia al Consiglio dell'ordine e farsi rappresentare da un altro procuratore esercente presso uno dei tribunali della circoscrizione della corte d'appello e sezioni distaccate attraverso incarico dato di volta in volta per iscritto negli atti della causa o con dichiarazione separata.

Ai sensi dell'art. 102 c.p.p., il difensore di fiducia e quello di ufficio possono nominare un sostituto che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 34 disp.att. c.p.p. ed art. 96 del codice, deve essere fatta con dichiarazione che, ove non resa verbalmente all'autorità procedente, deve essere consegnata dal difensore o trasmessa con raccomandata.

Orbene, non solo in base all'art. 14 l. n. 247 del 2012 l'avvocato può nominare stabilmente uno o più sostituti presso ogni ufficio giudiziario depositando semplicemente la nomina presso l'ordine di appartenenza, ma può farsi sostituire da un altro avvocato o da un praticante abilitato con incarico che può essere verbale, nel primo caso, e per iscritto nel secondo.

Ai sensi dell'art. 41 della l. n. 242 del 2012, infatti, nel periodo di svolgimento del tirocinio il praticante avvocato, decorsi sei mesi dall'iscrizione nel registro dei praticanti, purché in possesso del diploma di laurea in giurisprudenza[27], può esercitare attività professionale in materia penale in sostituzione dell'avvocato presso il quale svolge la pratica nei procedimenti di competenza del giudice di pace, in quelli per reati contravvenzionali ed in quelli che, in base alle norme vigenti anteriormente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, rientravano nella competenza del pretore.

Nel caso, dunque, di sostituzione ad opera di avvocato regolarmente iscritto all'albo degli avvocati la disciplina contenuta negli artt. 34 disp.att. c.p.p. e 96 c.p.p. deve ritenersi implicitamente abrogata e la qualità di sostituto potrà essere attestata dall'avvocato sostituto attraverso dichiarazione resa a verbale ai sensi dell'art. 141 c.p.p.

Miscellanee

Numerose altre disposizioni sparse nel lungo testo concernente la nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense si intersecano con la quella processuale ponendo questioni di coordinamento di non sempre agevole soluzione.

Al fine di tracciare alcune linee di tendenza, si possono anzitutto richiamare alcune disposizioni che sembrano destinare ad operare un raccordo tra

può stabilire uffici al di fuori del circondario del tribunale ove ha domicilio professionale dandone immediata comunicazione, a pena di illecito disciplinare, sia all'ordine di iscrizione, sia all'ordine del luogo ove si trova l'ufficio il quale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 7, comma 4 e 15, comma 1, lett. m), deve tenere un elenco degli avvocati iscritti in altri albi che abbiano ufficio nel circondario ove ha sede l'ordine.

[27] Tale condizione non è, infatti, più implicita nello *status* di praticante potendo oggi il tirocinio essere svolto, giusta quanto prevede l'art. 41, comma 6 lett. d) della l. n. 242 del 2012, per non più di sei mesi, in concomitanza con il corso di studio per il conseguimento del diploma di laurea, dagli studenti regolarmente iscritti all'ultimo anno di corso di studio in giurisprudenza in seguito a stipulazione di apposita convenzione con le università ai sensi dell'art. 40.

le disposizioni codicistiche e quelle più strettamente ordinistiche.

In tal senso, devono essere inquadrate le disposizioni contenute nell'art 54 della l. n. 247 del 2012 concernenti il rapporto, improntato a criteri di sostanziale autonomia e separazione, tra il procedimento disciplinare e quello penale la pendenza del quale, appunto, non determina sospensione del primo.

In linea, tuttavia, con quanto prescritto dall'art. 653 c.p.p., l'art. 55 stabilisce la riapertura del procedimento disciplinare concluso con provvedimento definitivo nel caso in cui, essendo stata inflitta sanzione disciplinare ovvero proscioglimento in sede disciplinare dell'incolpato, l'autorità giudiziaria abbia successivamente emesso, rispettivamente, sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste o perché non lo ha commesso in relazione agli stessi fatti ovvero sentenza di condanna per reato non colposo fondata su fatti rilevanti per l'accertamento della responsabilità disciplinare che non siano stati valutati in sede di istruttoria dall'organo competente alla istruttoria disciplinare[28].

Importante, poi, la previsione di un criterio di fungibilità tra la durata della pena accessoria dell'interdizione della professione inflitta dall'autorità giudiziaria all'avvocato e la corrispondente sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio della professione anche se, a ben vedere, essa rischia di rivelarsi in pratica inutile. La prevista autonomia ed indipendenza del procedimento disciplinare rispetto a quello penale, infatti, fa ritenere plausibile che il procedimento disciplinare si concluda prima di quello penale con il rischio, appunto, che il professionista, in mancanza di un'analoga previsione contenuta nel codice penale, si veda applicare la sanzione accessoria irrogata dal giudice penale nonostante la integrale esecuzione della stessa in sede amministrativa.

Piuttosto, non si può non notare come la prescritta fungibilità sia stata prevista solo in riferimento alla 'pena accessoria' con apparente esclusione della possibilità di computo del periodo di sospensione dall'esercizio della professione subita in seguito ad applicazione della misura interdittiva di cui all'art. 290 c.p.p. Nonostante tale lacuna, in forza del disposto di cui all'art. 662, comma 2, c.p.p. (in virtù del quale, in sede esecutiva, è possibile computare nella sanzione accessoria da eseguire la durata della misura interdittiva corrispondente) parrebbe possibile 'utilizzare' anche in sede disciplinare l'eventuale sospensione disposta in sede cautelare.

Significativa, sempre per le possibili implicazioni sul piano processuale, la normativa sull'esercizio in forma associata ed attraverso società di avvocati della professione forense perché, in base all'art. 1 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, le varie forme giuridiche attraverso le quali può avvenire l'esercizio della stessa, rappresentano possibili soggetti cui si può applicare la responsabilità per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato.

Meno pregante, invece, anche se apparentemente particolarmente incisiva, la previsione contenuta nell'art 7 della l. n. 247 del 2012 la quale nel prescrivere all'avvocato la iscrizione nell'albo del circondario del tribunale ove ha domicilio professionale, lo obbliga altresì ad attestare per iscritto con dichiarazione da inserire nel fascicolo personale, la sussistenza di rapporti di parentela, coniugio, affinità e convivenza con magistrati, rilevanti in relazione a quanto previsto dall'art. 18 dell'ordinamento giudiziario.

La previsione, benchè, sulla carta, come detto, significativa, è, in realtà, priva di un effettivo valore precettivo.

L'art. 18 cit., come sostituito dall'art. 29, comma 1, d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, infatti, stabilisce un'incompatibilità di sede dei magistrati giudicanti e requirenti delle corti di appello e dei tribunali i quali non possono appartenere ad uffici giudiziari nelle sedi nelle quali i loro parenti fino al secondo grado, gli affini in primo grado, il coniuge o il convivente, esercitano la professione di avvocato.

In virtù della medesima disposizione, in presenza di taluni indici rivelatori di un pericolo di condizionamento della funzione giudiziaria (rilevanza della professione forense svolta avanti all'ufficio di appartenenza del magistrato; dimensione dell'ufficio giudiziario; materia trattata sia dal magistrato che dal professionista; funzione specialistica dell'ufficio giudiziario) i magistrati, a norma dell'art. 2 del r.d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, possono, anche senza il loro consenso, essere trasferiti ad altra sede o destinati ad altre funzioni.

Si rammenta, poi, che con Circolare CSM 10 dicembre 2003 P-25531 modificata dalla Circolare CSM 25 maggio 2007 P- 12940 e Circolare CSM 14 aprile 2009 P-8394 è stato stabilito che il magistrato che si trovi in una situazione di possibile rilevanza ai fini del trasferimento d'ufficio secondo le previsioni di cui all'art. 18 cit., deve darne comunicazioni al CSM e che, secondo quanto previsto dall'art.

[28] L'art. 653 c.p.p, a tale riguardo, sancisce l'autorità di giudicato delle sentenze di assoluzione e di condanna nei giudizi disciplinari davanti alle pubbliche autorità. Ai sensi dell'art. 24 della l. n. 247 del 2012 il CNF ed i consigli degli ordini circondariali sono enti pubblici non economici.

2 lett. b) d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, sia passibile di illecito disciplinare l'omessa comunicazione della sussistenza di una delle situazione di incompatibilità derivante da rapporti di parentele o affinità con esercenti la professione forense.

La previsione contenuta nell'art. 7 della l. n. 247 del 2012, per contro, non sembra produrre alcun particolare conseguenza. Non solo, infatti, non sono previsti obblighi di comunicazione del Consiglio dell'Ordine circondariale, cui la dichiarazione del professionista deve essere inoltrata, al Consiglio superiore della magistratura, ma nemmeno sono chiaramente ipotizzabili provvedimenti di trasferimento dell'avvocato in quanto incompatibili con il suo diritto a poter stabilire in qualunque luogo il proprio domicilio professionale.

Gioia Sambuco

Dottore di ricerca in Diritto pubblico, indirizzo penalistico – Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

L'uso dei mezzi tecnici di trasmissione tra uffici giudiziari: possibile soluzione all'adempimento efficiente e rapido delle formalità procedurali?

Transmission of files between judicial offices and technical means

Nel riesame si intrecciano diversi profili quali il diritto alla tutela della libertà personale, riconosciuto dall'art. 13 Cost. e quello ad una rapida scansione temporale del procedimento. Questi concretizzano un'antitesi fra il trascorrere del tempo e le conseguenze dello stesso: da un lato, l'interesse ad una rapida decisione sulla legittimità della misura cautelare; dall'altro, le esigenze organizzative degli uffici giudiziari cui spetta il compito di svolgere tutti gli adempimenti scaturenti dalla proposizione dell'istanza di riesame. L'equilibrio delle due forze collidenti è raggiunto grazie all'adempimento efficiente e rapido delle formalità procedurali imposte alle autorità giudiziarie chiamate in causa che può anche avvenire mediante il ricorso agli attuali mezzi tecnici di comunicazione.

Ri-examination procedure (art. 309 c.p.p.) – which provides a wide-ranging judicial review of restrictive precautionary measures – requires extremely short time limits. This is the reason why it can be very useful to turn to technical means in order to achieve a rapid and effective transmission of files between the competent authorities.

Considerazioni introduttive

La garanzia del riesame – istituto deputato al controllo, anche nel merito, sulla "giustezza" dell'applicazione di una misura cautelare coercitiva – si connota per tempi di risposta alla richiesta di verifica del *titulum detentionis* piuttosto stringenti[1].

La cornice normativa all'interno della quale si colloca la finalità del controllo dei provvedimenti *de libertate* si inserisce nel solco di una serie di regole di rango costituzionale e sovranazionale che ne impongono lo svolgimento secondo cadenze temporali che imprimano impulso e che si concludano in un lasso di tempo ragionevole ed accettabile[2].

[1] Per una approfondita disamina sulla istituzione nel 1982 del Tribunale della libertà anche con riferimento al precedente sistema di controlli nella sistematica del codice Rocco v. Ferraioli, *Il riesame dei provvedimenti sulla libertà personale*, Milano, 1989, 9 e ss.

[2] La questione, d'altra parte, è riconducibile alla generale tematica della durata del processo penale. In argomento Aimonetto, *La «durata ragionevole» del processo penale*, Torino, 1997; Conso, *Tempo e giustizia: un binomio in crisi*, AA.VV., *Costituzione e processo penale*, Milano, 1968, 48. Con particolare riferimento alla

In primis, l'imposizione e l'aderenza alle scansioni temporali - massimamente concentrate - è condizione essenziale perché sia rispettato il principio di stretta legalità delle ipotesi di limitazione della libertà personale sancito *sub* art. 13 Cost.[3] e ribadito all'art. 272 c.p.p.[4].

È chiaro come l'applicazione di una misura restrittiva della libertà personale – evento questo, già di per sé lesivo, in ragione delle inevitabili sofferenze cagionate all'individuo "sotto accusa", soprattutto se innocente e *in vinculis* – è ancor più grave con riferimento alla estensione temporale della stessa.

Ribadiscono poi la «brevità» dei termini come carattere coessenziale delle procedure da attivare per il controllo sulla legittimità delle restrizioni cautelari (ma anche per quelle precautelari)[5] la disposizione contenuta nell'art. 5, comma 4, Cedu[6] e l'art. 9 Patto int. dir. civ. pol.[7].

Le scansioni temporali che delineano il volto del riesame sono essenzialmente due: la prima, decorre dalla proposizione della domanda fino al ricevimento degli atti necessari alla decisione da parte del Tribunale della libertà; la seconda, invece, è rappresentata dai dieci giorni dall'arrivo di tali atti, termine massimo per il riesame e la decisione sul provvedimento cautelare[8].

A presidio dell'effettività delle delineate tempistiche, sono posti specifici "congegni" normativi *ad hoc,* assistiti dalla sanzione processuale della decadenza della misura: nel primo caso – qualora cioè la trasmissione degli atti non avvenga nel termine di cinque giorni - e nella seconda ipotesi - di mancata decisione entro i dieci giorni - la misura cautelare irrogata perde efficacia. In altre parole, la decadenza della misura funge da elemento in grado di catalizzare l'attività giudiziaria tramite la prospettazione di conseguenze negative derivanti dalla lentezza o dall'inerzia della stessa; l'effetto caducatorio della misura cautelare, ove tali incombenze non siano rispettate, costituisce pertanto rimedio a quelle situazioni straordinarie – che nella prassi quotidiana non sono poi così eccezionali – in cui, evidentemente, il sistema non riesce spontaneamente ad autoregolarsi garantendo il fluido svolgimento di procedimenti tanto urgenti sulla base delle formalità procedurali imposte rispettivamente all'art. 309, comma 5 e comma 9, c.p.p.

V'è da precisare come, in realtà, la originaria formulazione dell'art. 309 c.p.p. non contemplava alcun termine perentorio per l'incombente della trasmissione degli atti delineato al quinto comma; ciò aveva permesso l'instaurarsi di una prassi alquanto disattenta alle esigenze di massima concentrazione nei confronti della improcrastinabilità del riesame[9] che il legislatore ha tentato di arginare con l'intervento normativo di cui all'art. 16, l. 8 agosto 1995, n. 332[10]; la suddetta novella, precisamente, ha inserito al comma 8 dell'art. 309 c.p.p., la sanzione della perdita di efficacia della misura in caso di mancato rispetto del termine dei cinque giorni previsto per la trasmissione degli atti.

Ciò nonostante si registra un evidente "scollamento" tra la previsione sulle cadenze per lo svolgimento del riesame e la prassi applicativa, soprattutto con riferimento all'arco temporale imposto *ex lege* per la trasmissione degli atti presentati dal p.m. per la domanda cautelare *ex* art. 291 c.p.p. (integrati dagli eventuali elementi sopravvenuti favorevoli all'imputato).

Ovviamente non è questa la sede opportuna per interrogarsi sulle cause di questa stortura; appare sufficiente, però, precisare al riguardo che la modifica normativa - operata con la sopra citata novella del 1995 - non è stata determinante per risolvere

fase cautelare v. altresì Fiorio, *Giusto processo e fenomenologia della detenzione,* in Cerquetti – Fiorio (a cura di), *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, Padova, 2004, 171 nonché Garofoli, *Il mito del «tempo ragionevole» nel processo penale, Dir. pen. proc.*, 1998,1133.

[3] Per una precisa ricostruzione della questione Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 233.

[4] È il caso tuttavia di precisare come l'art. 272 c.p.p., rubricato «Limitazioni alle libertà della persona», a differenza del disposto costituzionale, propone un'accezione della libertà al plurale che coinvolge le diverse posizioni soggettive di vantaggio riconosciute a ciascun individuo e che costituiscono comunque un *unicum.*

[5] Anche la Corte e.d.u. ha espresso in numerose sue pronunce che la limitazione della libertà personale può essere autorizzata soltanto in casi eccezionali per esigenze processuali e per tempi limitati e si giustifica soltanto quale eccezione strettamente condizionata dai criteri di necessità, adeguatezza e proporzionalità. V. per tutte: Corte e.d.u., 24 novembre 1993, Imbrioscia c. Svizzera, ric. n. 13972/88 in *http://www.duitbase.it/database/sentenze-corte-europea-dei-diritti-delluomo/589-Imbrioscia-c-Svizzera*; Corte e.d.u., 21 marzo 2002, Butkevicius c. Lituania, in *Leg. pen.*, 2000, 909.

[6] Ci si riferisce alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata ed eseguita con la l. 4 agosto 1955, n. 848. L'art. 5 dispone: «Ogni persona privata della libertà con un arresto o una detenzione ha il diritto di presentare un ricorso davanti ad un tribunale, affinché decida in breve tempo sulla legittimità della sua detenzione e ordini la sua liberazione se la detenzione è illegittima».

[7] Pisani, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e riforma del processo penale*, *Foro it.*, 1966, V, 35.

[8] Corvi, *I «tempi» del procedimento di riesame dei provvedimenti* «de libertate» *nella più recente giurisprudenza, Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 1201 ss.

[9] Sul punto v. ampiamente, Procaccino, *Un ulteriore tassello nella ricostruzione giurisprudenziale del procedimento di riesame*, *Giur. it.*, 1999, 7.

[10] Cfr. l. 8 agosto 1995, n. 332, *Gazz. Uff.*, 16 agosto 1995, n. 190 - Suppl. Ord. n. 101.

quelle problematiche interne ai palazzi di giustizia, essenzialmente riconducibili all'effettivo sovraccarico di lavoro ovvero alla mera superficialità degli operatori. D'altra parte, ciò era prevedibile non soltanto perché, in generale, è sempre una soluzione inidonea quella di apprestare un rimedio che anziché definire la questione incidendo sulle cause, preveda soltanto delle conseguenze (processuali), ma anche in considerazione della già esistente - evidentemente inosservata - disposizione di cui all'art. 124 c.p.p. rubricata «Obbligo di osservanza delle norme processuali» che, in breve, vincola magistrati, cancellieri, ausiliari del giudice, ufficiali giudiziari, ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, all'osservanza delle norme del codice di rito anche quando queste non determinino alcuna nullità o, come nel caso dell'originario art. 309 comma 5,c.p.p., altra sanzione processuale.

Gli "aggiustamenti" giurisprudenziali e legislativi

La giurisprudenza ha svolto un ruolo di indirizzo nell'esegesi normativa dell'art. 309, comma 5, c.p.p. al fine di garantire, in generale, certezza al controllo *de libertate*[11].

Così, ad esempio, ha precisato come il termine indicato *sub* art. 309, comma 9, c.p.p. è rispettato anche nell'ipotesi di deposito del solo dispositivo, potendo la motivazione redigersi nei successivi cinque giorni[12], e che il «tribunale della libertà» non è tenuto, ai fini del detto deposito, all'osservanza del termine di chiusura al pubblico degli uffici di cancelleria[13].

Piuttosto tortuoso, invece, è stato il percorso tracciato dalla giurisprudenza di legittimità in ordine alla tempistica con la quale procedere alla trasmissione degli atti da parte dell'autorità procedente al giudice del riesame. In particolare, l'impianto originario dell'art. 309, comma 5, c.p.p. stabiliva che, a cura del presidente del "Tribunale della libertà", fosse dato «immediato avviso» all'«autorità procedente» dell'intervenuta presentazione della richiesta di riesame e ciò allo scopo di consentire a questa «autorità»[14] di trasmettere al Tribunale, «entro il giorno successivo», gli «atti presentati a norma dell'art. 291, comma 1»; nonostante il tenore letterale del disposto *de quo*, l'arco temporale delineato veniva categoricamente inteso come meramente ordinatorio[15].

Inoltre, il *dies a quo* del termine per la decisione veniva fatto coincidere con il momento in cui si perfezionava l'arrivo, nella cancelleria del giudice del riesame, di tutti gli atti – e non solo di parte di essi – trasmessi e*x* art. 309, comma 5, c.p.p.[16]. Quest'ultimo orientamento finiva, tuttavia, per estendere *ad libitum* i tempi del controllo sul provvedimento *de libertate,* vanificando, quindi, i rigorosi ritmi che, invece, avrebbero dovuto scandirlo.

A rimedio di tale situazione, con la novella legislativa del 1995 sopra ricordata, è stato introdotto l'obbligo, per l'«autorità procedente», di trasmettere gli atti al tribunale «entro il giorno successivo, e comunque non oltre il quinto giorno» dalla ricezione dell'avviso, la cui inosservanza comportava la caducazione del titolo cautelare già prevista per l'omessa decisione entro dieci giorni dall'arrivo degli atti.

A distanza di due anni dal suddetto intervento legislativo, si è poi pronunciata la Cassazione a Sezioni Unite, che risolvendo il contrasto formatosi sulla questione, ha puntualizzato come il termine previsto al comma 5 dell'art. 309 c.p.p. deve ritenersi non osservato quando gli atti non pervengono alla cancelleria del Tribunale nei cinque giorni dall'avviso, a nulla rilevando che il loro invio sia avvenuto entro il detto termine[17]).

Nonostante lo sforzo compiuto dalla giurisprudenza e dal legislatore di dare certezza ai tempi che scandiscono l'istituto del riesame, continua a esistere una "frazione" temporale relativamente alla quale non opera alcuna sanzione processuale: precisamente, nessun effetto negativo risulta essere espressamente previsto per l'ipotesi di trasmissione «non immediata» dell'avviso di cui all'art. 309, comma 5, c.p.p.

La giurisprudenza più risalente si era orientata nel senso di ritenere che un eventuale ritardo per questo tipo di adempimento non determinasse nes-

[11] Per un'ampia trattazione dell'argomento v. Aprile, *Il procedimento di riesame nella giurisprudenza di legittimità*, *Giur. merito,* 1999, 4-5, 898.

[12] Il riferimento è, in tale ultimo senso, ad esempio, a Cass., sez. un., 17 aprile 1996, n. 7, *Foro it*., 1996, II, 563. Da ultimo, il principio è stato ribadito: Cass., sez. I, 22 dicembre 2009, n. 2352, *Giur. it*., 2010, 2423.

[13] Cfr. Cass., sez. un., 27 settembre 1995, *Guida dir*., 2005, 39, 69. Cfr. altresì Amodio, *Orario degli uffici e principî costituzionali*, *Cass. pen*., 1996, 1103 ss.

[14] V. in tema Polvani, *Le impugnazioni* «de libertate», Padova, 1998, passim.

[15] Cfr., tra le altre, Cass., 3 marzo 1993, *Riv. pen*., 1995, 485. Sul punto, in senso critico v. Ferraioli, *Il riesame dei provvedimenti sulla libertà personale*, cit., 486 ss.

[16] Così Cass., sez. un., 18 giugno 1993, n. 14, *Foro it*., 1994, II, 79. Precisamente nella suddetta pronuncia si era ritenuta legittima la trasmissione "frazionata "degli atti. La suddetta modalità consentiva di integrare il *dies a quo* (in relazione al tempo della decisione) dall'arrivo degli ultimi atti.

[17] Cfr. Cass., sez. I, 20 giugno 1997, S., *CED Cass*., 208577.

sun effetto processuale negativo[18] e che il termine di cinque giorni, ai fini della trasmissione degli atti, comunque decorreva non già dalla richiesta di questi ma dalla data in cui la richiesta medesima fosse pervenuta all'autorità procedente[19].

Effettivamente l'espressione «immediato avviso» sancita *sub* art. 309, comma 5, c.p.p. assolve la funzione di consentire all'autorità procedente di ottemperare al proprio obbligo di trasmettere gli atti depositati *ex* art. 291 c.p.p.; se questo è l'obiettivo e se si tiene in considerazione la *ratio* sottesa all'istituto del riesame, non ci può non discostare dal sopradescritto orientamento: l'avviso, proprio in quanto «immediato», non tollera intervalli temporali predefiniti.

Sul punto, la Consulta con una pronuncia del 1998[20], ha chiarito come la scelta di prevedere la presentazione della domanda di riesame presso la cancelleria del tribunale della libertà ed il successivo immediato avviso per la trasmissione degli atti dell'autorità giudiziaria procedente non costituiscono un momento autonomo nella procedura di riesame; ad avviso del Giudice delle leggi, infatti, quest'ultimo è un mero incombente («atto») materiale - in considerazione della libertà di forme e dei mezzi, nonché della semplicità di contenuto e della mancanza di rilievo giuridico - del quale il Presidente del Tribunale deve darsi «cura» in termini di organizzazione del lavoro d'ufficio.

Da queste premesse si è poi tratta la conclusione che l'avviso di cui al comma 5 dell'art. 309 c.p.p. deve essere trasmesso all'autorità che procede in modo contestuale all'avvenuta presentazione della richiesta di riesame[21]; precisamente - ad avviso della Consulta - anche se il giorno «successivo» cui l'art. 309 comma 5 c.p.p. fa cenno, dovrebbe essere inteso come quello immediatamente seguente al giorno di ricezione dell'avviso da parte dell'autorità procedente (di norma coincidente, con il giorno di ricezione della richiesta da parte del tribunale del riesame), nulla vieta, invece, di considerare che il «quinto giorno», entro il quale devono «comunque» essere trasmessi gli atti, a pena di decadenza della misura ai sensi del comma 10, sia il quinto giorno successivo alla presentazione della richiesta di riesame, «potendosi ritenere implicito il riferimento proprio a quell'atto (la richiesta) al quale invariabilmente alludono i commi dell'art. 309 precedenti a quello in esame»[22].

Siffatto monito, dunque, esclude la configurazione di adempimenti burocratici autonomi e separati, preparatori dell'arrivo degli atti al giudice della libertà e considera un unico passaggio procedimentale che comprende - nel lasso temporale di cinque giorni dalla presentazione della domanda - tutte le attività di ufficio necessarie al raggiungimento del risultato finale, cioè, l'arrivo nella cancelleria del giudice del riesame degli atti necessari al giudizio[23].

Da queste precisazioni, ribaltando l'orientamento giurisprudenziale fino a quel momento formatosi[24], la Corte costituzionale ha stigmatizzato che il termine di cinque giorni - ai fini della trasmissione degli atti - dovesse decorrere - e decorre di fatto - dal momento della presentazione della richiesta di riesame: in questo modo, si imprime al meccanismo ritmi rigorosi, in linea con la *ratio* del controllo devoluto al "Tribunale della libertà" *ex* art. 309 c.p.p., paralizzando, così, oltretutto, ogni diversa interpretazione "flessibile" dei tempi del riesame[25].

La Corte di cassazione, nel suo massimo consesso, ha poi fatto propria l'interpretazione adeguatrice del Giudice delle leggi, riconoscendola come l'unica compatibile con le indicazioni costituzionali e precisando, tra l'altro, che l'esegesi più garantistica – che deve sempre prevalere in tema di libertà personale - impone l'eliminazione di possibili disparità di trattamento tra soggetti in situazioni identiche, allorquando si faccia decorrere per tutti il termine perentorio dal momento, «definito e determinabile con certezza» del deposito della richiesta nella cancelleria del Tribunale del riesame[26].

---

[18] Così Cass., sez. II, 22 febbraio 1996, n. 7902, *CED Cass.*, 204262.

[19] In questo senso: Cass., sez. VI, 13 gennaio 1996, D. M., *Arch. nuova proc. pen*., 1998, 218.

[20] Cfr. C. cost., ord. 22 giugno 1998 n. 232, *Guida dir*., 1998, 26, 68. La pronuncia ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata e relativa agli artt. 309, commi 5 e 10, c.p.p., nella parte in cui non è prevista la perdita di efficacia dell'ordinanza che dispone la misura coercitiva in caso di non immediato avviso della presentazione della richiesta di riesame all'autorità giudiziaria procedente, in riferimento agli artt. 3, 13 e 24 Cost. Per un'approfondita disamina della pronuncia v. Ceresa Gastaldo, *Una inedita interpretazione della Corte costituzionale circa la decorrenza del termine* ex *art. 309 comma 5 c.p.p. nel procedimento di riesame de libertate*, *Cass. pen*., 1998, 2850.

[21] In argomento, v. ampiamente, Spangher, *La «ragionevole prevalenza* dei *diritti dell'imputato sulle difficoltà organizzative»*, *Dir. pen. proc*., 1998, 1100.

[22] Così Spangher, *La «ragionevole prevalenza dei diritti dell'imputato sule difficoltà organizzative»*, cit., 1106.

[23] In questi termini Procaccino, *Un ulteriore tassello nella ricostruzione giurisprudenziale,* cit., 7.

[24] Per una ricostruzione sistematica dell'orientamento giurisprudenziale del tempo: Tiberi, *Ragionevolezza dei tempi nel giudizio di riesame, Giur.it*., 1999, 148.

[25] Cfr. Frigo, *Finalmente il valore della libertà personale supera il muro degli adempimenti burocratici*, *Guida dir.*, 1998, 26, 79 s.; v., inoltre, *Bricchetti, Ribaltato l'orientamento della Cassazione e il termine di decorrenza diventa perentorio*, ivi, 77 ss.

[26] Ci si riferisce a Cass., sez. un., 16 dicembre 1998, n. 25, *Cass. pen.*,1999, 1405; lo stesso principio in verità era già stato espresso in Id., sez. un., 15 gennaio 1999, n. 1, ivi, 1999, 3086, con nota di

Questa regola è riferita solo al caso, esplicitamente previsto dall'art. 309, comma 4, prima parte, c.p.p., di presentazione della richiesta direttamente al Tribunale competente a decidere su di essa, al quale va assimilata l'ipotesi della presentazione, a norma dell'art. 123 c.p.p., da parte di imputato detenuto, in stato di arresto o detenzione domiciliare, ovvero custodito in luogo di cura.

Ma *quid iuris* qualora la richiesta di riesame sia presentata presso la cancelleria di un Tribunale diverso da quello competente? In deroga al comma 7 dell'art. 309 c.p.p., è *ius receptum* che le parti private ed i difensori possano presentare, ai sensi dell'art. 582, comma 2, c.p.p. l'istanza di riesame avverso ordinanze che dispongono misure cautelari anche mediante il deposito dell'atto nella cancelleria del Tribunale del luogo in cui si trovano, se tale luogo è diverso da quello in cui fu emesso il provvedimento.

Questo deposito, tuttavia assume rilievo esclusivamente ai fini della tempestività dell'impugnazione ma non anche del calcolo dei termini fissati dall'art. 309, comma 5, c.p.p. i quali iniziano a decorrere, invece, dalla data in cui il ricorso perviene effettivamente al Tribunale competente per il riesame.

In questa ipotesi, chiaramente, la presentazione della domanda di gravame implica una valutazione da parte del Tribunale *a quo*, circa la competenza (o meno) a decidere e, eventualmente, l'individuazione di quello competente al quale dovrà essere inoltrata[27].

Qualora l'indagato od il suo difensore decidano di non depositare l'impugnazione presso la cancelleria del "Tribunale delle libertà", ma di trasmetterla mediante le procedure previste dall'art. 582, comma 2, c.p.p., o dall'art. 583 c.p.p., devono porre a proprio carico il lasso di tempo intercorrente fino a quando l'impugnazione non pervenga al tribunale indicato dal citato art. 309, comma 4, c.p.p.

In questo caso, pertanto, si aggiunge un ulteriore sub-segmento processuale alle scansioni temporali che delineano il riesame: l'istanza deve essere materialmente trasmessa alla cancelleria del Tribunale territorialmente competente da parte di quella del Tribunale ove l'impugnazione *de libertate* è stata presentata.

Relativamente a questa ipotesi, è orientamento consolidato che i termini perentori per la trasmissione degli atti a cura dell'autorità giudiziaria procedente, non decorrono dal momento della presentazione dell'atto ma, piuttosto, da quello in cui la richiesta "perviene" alla cancelleria del Tribunale competente[28] e non già dal giorno della sua presentazione o proposizione[29]. In questo caso, il diverso *dies a quo* è giustificato dal fatto che non può ragionevolmente ipotizzarsi, a carico del presidente del Tribunale, l'adempimento dell'obbligo di immediato avviso prima della ricezione della richiesta medesima.

È però senz'altro vero che la trasmissione di questa (*id est*, dell'istanza di riesame) deve avvenire celermente, anche mediante l'adozione di moduli organizzativi congrui, che ogni Tribunale è tenuto a predisporre con riferimento al generale funzionamento dell'ufficio.

Nel panorama della giurisprudenza di legittimità non sono mancate pronunce[30] che effettuano chiari riferimenti all'uso (legittimo) di adeguati mezzi tecnici di comunicazione tra le cancellerie.

In modo particolare, una recentissima pronuncia emanata ad aprile dalla Suprema Corte[31] ha precisato come la trasmissione a mezzo fax dell'istanza di riesame alla cancelleria del Tribunale territorialmente competente da parte di quella del Tribunale ove l'impugnazione *de libertate* è stata presentata, è valida e proprio dalla relativa attestazione decorre il "*dies a quo*" per la scadenza dei termini di cui all'art. 309, comma 5, c.p.p.

Già era stato precisato in verità, in giurisprudenza, il principio secondo cui la trasmissione mediante telefax costituisce mezzo tecnico idoneo di comunicazione e di notificazione da considerare equipollente al telegramma, al fonogramma e alla raccomandata, espressamente previste dalla legge, (allorché consigliato da ragioni particolari)[32].

Indubbiamente, il fax presenta il vantaggio, rispetto a queste ultime modalità di comunicazione, di non comportare intervalli fra il momento di «spe-

Ceresa Gastaldo, *Le Sezioni unite disorientate tra inefficacia dell'ordinanza coercitiva e validità della pronuncia di riesame «fuori termine»*, ivi, 3094; Cass., sez. I, 12 aprile 1999, *Foro it.*, 1999, II, 426; Cass., sez. I, 15 febbraio 1999, *CED Cass.*, 212572. In dottrina, cfr. Aprile, *Anche per le Sezioni unite della Cassazione il termine di cinque giorni per la trasmissione degli atti al tribunale della libertà decorre dalla presentazione della richiesta di riesame*, *Nuovo dir.*, 1999, 163.

[27] Quest'ultimo incombente, tuttavia, risulta nella maggior parte dei casi, "alleggerito" dalla indicazione, nella intestazione dell'atto di riesame, da parte del difensore della persona nei cui confronti è stata applicata una misura cautelare, del tribunale competente a decidere del riesame.

[28] Cass., sez. un., 22 marzo 2000, n. 10, *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 259.

[29] Cfr. altresì Cass., sez. I, 8 luglio 2011, n. 30526, *CED Cass.*, 250911.

[30] Per tutte: Cass., sez. V, 5 giugno 1996, n. 2798, *Giust. pen.*, 1997, 430; Id., sez. I, 18 dicembre 1991, N., *CED Cass*., 189265.

[31] Ci si riferisce a Cass., sez. I, 19.04.2013, n. 18203 *http://www.processopenaleegiustizia.it/scenari_leggi.php?id=456*

[32] Ancora, Cass., sez. I, 18 dicembre 1991, *CED Cass*., 189265.

dizione» e quello di «ricezione». Tale metodologia, inoltre, raggiunge un duplice obiettivo: da un lato porta alla immediata conoscenza l'atto; dall'altro, indubbiamente, rende meno gravoso – sotto vari aspetti – l'impegno dell'ufficio sul quale grava l'adempimento della trasmissione.

A ciò si aggiunga che una volta effettuato l'inoltro, le indicazioni dell'apparecchiatura (di solito la dicitura "*OK message confirmation*") documentano, a tutti gli effetti, l'avvenuta comunicazione dell'atto.

L'uso di mezzi tecnici in grado di semplificare le operazioni di comunicazione tra uffici e di annullare gli intervalli tra l'invio e la percezione degli atti, come appunto il fax, è peraltro espressamente sancita *sub* art. 64, comma 3, norme att. c.p.p.; in particolare la norma sancisce che la comunicazione tra gli uffici[33], qualora l'atto impugnato contenga disposizioni concernenti la libertà personale, sia eseguita col mezzo più celere nelle forme previste dagli artt. 149 e 150 del codice di rito e che la trasmissione dell'atto risulta validamente effettuata, se il cancelliere attesta di avere trasmesso il testo originale.

In verità, già da tempo, in una circolare del Ministero di grazia e giustizia (la n. 1132-2-516(14)/1998 del 24 giugno 1998), si era prospettata in generale, la necessità di adottare «(…) sistemi di comunicazione più opportuni e soprattutto più rapidi, compresi quelli che si avvalgono di forme di trasmissione via cavo (quale il telefax)».

Analoga necessità era stata altresì espressa in un'altra circolare del Ministro di grazia e giustizia, emanata poco tempo prima rispetto a quella sopra ricordata[34] che prescriveva alle cancellerie presso il giudice che dispone la scarcerazione di comunicare, sempre con sistemi rapidi di comunicazione, il relativo provvedimento alla segreteria del pubblico ministero presso il giudice competente in ordine alle misure cautelari, alla polizia del luogo in cui avviene la scarcerazione contestualmente alla trasmissione del provvedimento al direttore dell'istituto di custodia o a uno degli altri soggetti indicati nell'art. 98 comma 2 norme att. c.p.p., a seconda che l'imputato si trovi ristretto in carcere o in luogo di cura ovvero agli arresti domiciliari.

Andando ancor più indietro negli anni, anche lo stesso legislatore, nell'art. 2 della legge delega 3 aprile 1974, n. 108, sulla cui base è stato redatto il progetto del codice di rito del 1978 aveva indicato, quali criteri guida, tra gli altri, anche quello della «semplificazione del sistema delle notifiche con possibilità di adottare anche nuovi mezzi di comunicazione»[35].

D'altra parte la riduzione del formalismo legale è del tutto conforme al modello accusatorio; lo stesso sistema della notificazione - che è senza dubbio un atto a forma vincolata (nel senso di tecnica regolata del modo con cui portare a conoscenza dei soggetti un dato evento processuale) - al fine di garantire maggiore celerità e parità tra i soggetti, sta subendo una vera e propria semplificazione delle forme processuali mediante l'impiego di sempre più snelli sistemi di comunicazione che, in tanto assumono idoneità a sostituire le procedure formali, in quanto sia assicurata la conoscenza effettiva degli atti da parte dei destinatari[36].

La tematica può essere ricondotta al generale rapporto tra efficienza e garanzie che costituisce un argomento che si è visto, in tema di riesame ricorre sovente, oggi come ieri, nella giurisprudenza della Corte costituzionale ed in quella di legittimità, alla ricerca di un delicato equilibrio.

In questo contesto, il contributo del diritto vivente è fondamentale poiché adegua il portato delle disposizioni codicistiche al naturale evolversi del costume sociale.

Per esempio, con il chiaro ed espresso intento di «semplificare, snellire, affrettare e di ridurre i tempi processuali», con riferimento all'obbligo di avvertire entrambi i difensori nominati dall'imputato in relazione alla procedura di proroga della durata della custodia cautelare (art. 305 c.p.p.), le Sezioni Unite hanno statuito come non si veda, laddove due avvisi ai difensori devono «marciare» in parallelo e non consecutivamente, quale intralcio possa portare lo spedirne, contemporaneamente due invece di uno[37].

A questa impostazione va altresì ricondotta, anche la decisione del Supremo collegio della Corte di legittimità in tema di immediata efficacia della nomina del difensore effettuata dall'imputato detenuto e ricevuta dal direttore del carcere con la quale è stato riconosciuto che, sul piano operativo, le disposizioni del codice di rito penale forniscono «tutti gli strumenti necessari perché la volontà del legislatore

[33] Sulla comunicazione tra ufficio del giudice e quello del p.m. a mezzo fax v. Cass., sez. V, 5 giugno 1996, cit., 430.

[34] Circolare del Ministro di grazia e giustizia del 12 giugno 1998, n. 62/4/33-808, *Dir. pen. proc.*, 1998, 900 ss.

[35] Così P. Silvestri, *Ragionevole durata del processo e forme di comunicazione in funzione partecipativa dell'imputato e delle altre parti*, *Cass. pen*., 2004, 1092.

[36] Al riguardo basti pensare al d.m. 3 aprile 2013, n. 48 intitolato «Regolamento recante modifiche al D.M. n. 44/2011, concernente le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione», *Gazz. Uff*, Serie Generale n. 107 del 9 maggio 2013, che ha aggiornato le regole tecniche che consentono l'utilizzo della Posta Elettronica Certifica per la notificazione degli atti ai sensi dell'art. 3 *bis* della l. 21 gennaio 1994, n. 53.

[37] Cass., sez. un., 19 luglio 1997, n. 6, *Cass. pen.*,1997, 3373.

possa essere conseguita con scarti minimi tra il momento della dichiarazione e quello della ricezione da parte dell'autorità destinataria, sicché eventuali ritardi - senza che ciò ricada con effetti negativi sul diritto di difesa - non possano essere riferiti che alla negligenza di colui che deve provvedere ad inoltrare la comunicazione»[38].

Ancora, sempre le Sezioni Unite hanno altresì precisato che anche le notificazione di un atto destinato all'imputato o ad altra parte privata, in ogni caso in cui la consegna debba essere fatta al difensore[39], sia eseguita con telefax o altri mezzi idonei a norma dell'art. 148, comma 2 *bis* c.p.p, precisando, con riferimento alla prima modalità, che questa ben può essere utilizzata nel rito penale in considerazione del fatto che «dà assicurazioni in ordine alla ricezione dell'atto da parte del destinatario, attestata dallo stesso apparecchio di trasmissione mediante il cosiddetto "OK" o altro simbolo equivalente»[40].

Prospettive *de iure condendo*

In tema di riesame è un punto fermo – e non potrebbe essere diversamente – quello di ritenere che l'interesse ad una rapida decisione sulla legittimità della misura cautelare prevale sempre e comunque sulle esigenze organizzative degli uffici giudiziari cui spetta il compito di svolgere tutti gli adempimenti scaturenti dalla proposizione della domanda di riesame[41].

Con il perfezionamento (ulteriore) di strumenti sempre più raffinati, la spedizione delle impugnazioni in generale, a mezzo telefax, o via posta elettronica certificata, o via internet, diverrà consueta, non potendosi rinunciare alle più avanzate conquiste della tecnica.

Ciò ovviamente comporterà - tanto per l'avvocato, tanto per l'autorità giudiziaria in generale - una precisa cura per la funzionalità di tutti gli apparecchi che consentono le comunicazioni.

L'adozione di siffatte metodologie potrebbe comportare il superamento delle lentezze intollerabili della giustizia italiana. Tuttavia il condizionale è d'obbligo poiché in taluni casi persino la predisposizione dei veloci mezzi tecnici suddetti risulta superflua.

In particolare, si riscontrano, quasi con cadenza giornaliera, clamorosi ritardi che prescindono dalla difficoltà di invio ovvero dalla scelta di un mezzo di trasmissione lento e inopportuno; spesso, questi sono invece esclusivamente imputabili alla mera negligenza da parte degli addetti ai servizi di cancelleria.

Questa considerazione è abbastanza frequente nelle aule di giustizia tanto che, addirittura, induce ad un uso strumentale del mezzo di riesame e cioè a un impiego dell'istituto non effettivamente volto a richiedere la verifica dell'esistenza dei requisiti legittimanti l'adozione della misura o di vizi in grado di invalidarla, ma a tentare una strada che punta sulla mera incapacità organizzativa dell'apparato burocratico. Senza dubbio, siffatti accorgimenti snaturano la r*atio* fondante l'art. 309 c.p.p.

Rimedio valido potrebbe, appunto, essere la generale semplificazione delle forme di comunicazione; tuttavia questa soluzione non può prescindere anche dalla leale collaborazione da parte di tutti i protagonisti. Soltanto attraverso questa via e con questa consapevolezza sarà possibile individuare, all'interno del sistema, una serie di profili, potenzialmente idonei ad essere reinterpretati o rivisitati in funzione del perseguimento dell'obiettivo della accelerazione dei tempi, valorizzando, nel rispetto delle formalità prescritte dalla legge, in funzione di garanzia, l'esigenza di semplificazione delle forme attraverso meccanismi alternativi di comunicazione.

---

[38] Testualmente Cass., sez. un., 20 settembre 1997, n. 2, *Arch. nuova proc. pen.*, 1997, 429.

[39] Il caso è diverso da quello, invece, riconducibile all'art. 150 c.p.p. che assume il ruolo di norma specificamente dettata per le notifiche all'imputato che non sia domiciliato presso il difensore. Ne consegue che, ad oggi, per queste ultime ipotesi, quando cioè l'atto debba essere direttamente consegnato all'imputato medesimo, o ad un domiciliatario diverso dal suo difensore, non può farsi ricorso a mezzi tecnici di comunicazione.

[40] Cfr. Cass., sez. un., 28 aprile 2011, n. 28451, *http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0-/-/-/802secondo_le_sezioni_unite_anche_le_notifiche_per_l___imputato__quando_debbano_essere_effettuate_presso_il_difensore__possono_essere_realizzate_a_mezzo_del_telefax/*. In dottrina v. al riguardo Ceccarelli, *La notifica presso il difensore può essere eseguita a mezzo fax*, *Dir. e giust*izia, 2011, 306.

[41] Ampiamente in tema Canzio, *Corte di cassazione e provvedimenti sulla libertà personale: garanzie effettive e inutili formalità della procedura*, *Foro it.*, 2002, II, 100.

Mitja Gialuz*
Ricercatore di Procedura penale – Università di Trieste

Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali

The pre-trial detention as a compulsory measure between constitutional legality and conventional safeguards

Prendendo spunto dalle ultime declaratorie di illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p., l'Autore analizza la giurisprudenza costituzionale al fine di verificare la congruità dei due regimi semi-automatici speciali rispetto ai parametri costituzionale e convenzionale. Si chiede inoltre se non vi fosse spazio per una o più declaratorie consequenziali di illegittimità *ex* art. 27 l. 11 marzo 1953, n. 87 che avrebbero evitato questa catena di decisioni ripetitive della Corte.

Looking at the latest declarations of unconstitutionality of Article. 275, paragraph 3, Code of Criminal Procedure, the Author analyzes the constitutional case law in that matter in order to verify the adequacy of the two special semi-automatic mechanisms in respect to the constitutional parameter and the conventional one. The Author tries to answer to the question whether the Court could have issued one or more consequential decisions of unconstitutionality under Article 27 l. March 11, 1953, n. 87: these decisions would have avoided the chain of repetitive judgments of the Court.

Introduzione

La catena decisoria della Corte costituzionale in tema di automatismi cautelari si è arricchita di ulteriori anelli[1]. Nell'arco di qualche mese sono state pubblicate tre declaratorie di illegittimità dell'art. 275, comma 3, c.p.p. con riguardo ai delitti di "contesto mafioso", al sequestro a scopo di estorsione e, infine, alla violenza sessuale di gruppo[2].

Come noto, con diverse manovre il legislatore ha introdotto un meccanismo semi-automatico di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere per i reati più gravi. Il congegno normativo, riferito a un catalogo di fattispecie considerate meritevoli del trattamento speciale – catalogo più ampio nella riforma del 1991, ridotto ai delitti di mafia nel 1995 e riespanso dal legislatore del 2009[3] –, è stato

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

[1] L'espressione «catene coerenti» riferita a decisioni costituzionali «doppie e triple rese su un medesimo oggetto o su oggetti omogenei» è impiegata da Vaglio, *Valore, efficacia o effetto di precedente*, *Foro it.*, 1998, V, 384.

[2] Cfr. rispettivamente Corte cost., sent. 29 marzo 2013, n. 57, *Guida dir.*, 2013, 17, 73; Corte cost., sent. 18 luglio 2013, n. 213, www.penalecontemporaneo.it; Corte cost., sent. 23 luglio 2013, n. 232, *ibidem*.

[3] Sull'evoluzione normativa, si vedano, per tutti, Andreazza, *L'ennesima modifica dell'art. 275, comma 3, c.p.p. tra precari equilibri costituzionali e applicazioni alle misure in atto*, *Cass. pen.*, 2010, 3342; Barrocu, *La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 224; Bricchetti - Pistorelli, *Estesa l'obbligatorietà della custodia in carcere,*

generalmente spiegato con la combinazione di due presunzioni: l'una relativa, di sussistenza delle esigenze cautelari, e l'altra assoluta, di adeguatezza della custodia in carcere[4].

A partire dal 2010, questo dispositivo è stato portato più volte all'attenzione del Giudice delle leggi, che lo ha ritenuto non conforme a Costituzione, per una serie di reati: prima per i delitti a sfondo sessuale di cui agli artt. 600-*bis*, comma 1, 609-*bis* e 609-*quater* c.p. (induzione o sfruttamento della prostituzione minorile, violenza sessuale e atti sessuali con minorenne)[5], poi per l'omicidio volontario (art. 575)[6], per l'associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti (art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309)[7], per il favoreggiamento dell'immigrazione illegale (art. 12 comma 4*bis* d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286)[8], per l'associazione per delinquere realizzata allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p.[9], e, da ultimo, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo (art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv., con modificazioni, dalla l. 12 luglio 1991, n. 203)[10], per il delitto di sequestro a scopo di estorsione[11] e per la violenza sessuale di gruppo[12].

In relazione a queste fattispecie, la Corte costituzionale ha rimodulato il congegno, sostituendo alla presunzione assoluta di adeguatezza della misura restrittiva una presunzione soltanto relativa: in tal modo, ha riconosciuto la possibilità di fornire la prova che, nel caso specifico, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

In tal modo, la Corte ha introdotto un ulteriore regime speciale fondato su una doppia presunzione relativa, di sussistenza delle esigenze cautelari e di adeguatezza della misura carceraria. Un congegno che si potrebbe definire semi-discrezionale, in quanto intermedio tra il regime discrezionale

Guida dir., 2009, 10, 45 ss.; Epidendio, *Presunzioni e misure cautelari personali*, AA.VV., *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, a cura di Corbetta, Della Bella, Gatta, Milano, 2009, 405; Marandola, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e* stalking, *Dir. pen. proc.*, 2009, 948; Moscarini, *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, *ivi*, 2010, 227; Ruggeri, Sub *art. 2 d.l. 23 febbraio 2009 n. 11 (Stalking)*, *Legislazione pen.*, 2009, 433; Scaglione, *I "pacchetti" sicurezza del 2009: profili processuali. Prospettive* de iure condendo, *Cass. pen.*, 2010, 449; Zacché, *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, AA.VV., *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di Mazza e Viganò, Torino, 2009, 285.

[4] Per la verità, parte della dottrina ha contestato che la norma ponga una presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari (Fùrfaro, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, Spangher – Santoriello (a cura di), *Le misure cautelari personali*, Torino, 2009, 78); sin dalla sua comparsa, però, la disposizione è stata interpretata dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza unanime nel senso di fissare una duplice presunzione (cfr., per tutti, Marzaduri, *Commento all'art. 275 c.p.p.*, Chiavario (coordinato da), *Commento al codice di procedura penale*, III agg., Torino, 1997, 179).

[5] Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, *Cass. pen.*, 2011, 146. Su tale pronuncia, si leggano i commenti di Cassella-Macrì, *Pericolosità sociale non presunta anche per le fattispecie di violenza sessuale*, *Resp. Civ. e prev.*, 2011, 573; Lorusso, *Necessario valutare la possibilità di applicare misure meno rigorose della custodia in carcere*, *Guida dir.*, 2010, 35, 60; Marzaduri, *Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile*, *Legislazione pen.*, 2010, 499 ss.; Tonini, *La consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, *Dir. pen. proc.*, 2010, 949.

[6] Corte cost., sent. 12 maggio 2011, n. 164, *Cass. pen.*, 2011, 3330. Cfr. i commenti di Balducci, *Custodia cautelare in carcere e omicidio volontario: la Consulta elimina l'obbligatorietà*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 1215; Longo, *Illegittimità costituzionale delle presunzioni in materia cautelare*, *Cass. pen.*, 2011, 3335; Lorusso, *Altre le norme a rischio di prossima bocciatura irrispettose del «minor sacrificio necessario»*, *Guida dir.*, 2011, 22, 75; Marandola, *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?*, *Giur. cost.*, 2011, 2163; Panzarasa, *Parzialmente incostituzionale la modifica dell'art. 275 co. 3 c.p.p. introdotta con il "pacchetto sicurezza" del 2009*, http://www.penalecontemporaneo.it; Rafaraci, *Omicidio volontario e adeguatezza della custodia cautelare in carcere: la Consulta censura la presunzione assoluta*, *Giur. cost.*, 2011, 3722.

[7] Corte cost., sent. 22 luglio 2011, n. 231, *Cass. pen.*, 2011, 4251. V. i commenti di Leo, *Parzialmente incostituzionale la modifica dell'art. 275, comma 3 c.p.p., introdotta con il «pacchetto sicurezza» del 2009, anche con riguardo al delitto di cui all'art. 74 del T.u. stupefacenti*, *www.penalecontemporaneo.it*; Lorusso, *Il variegato panorama del vincolo associativo impedisce di formulare una regola di esperienza*, *Guida dir.*, 2011, 33-34, 60; Marandola, *Associazione per il narcotraffico e negazione della «ragionevolezza» della carcerazione obbligatoria fra Corte costituzionale e Sezioni Unite*, *Giur. cost.*, 2011, 2965; Marzaduri, *Ancora ristretto il campo di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, *Legislazione pen.*, 2011, 697; Scomparin, *Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi presuntivi*, *Giur. cost.*, 2011, 3730.

[8] Corte cost., sent. 16 dicembre 2011, n. 331, *Cass. pen.*, 2012, 1248. Cfr. Scomparin, *Anche per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere si trasforma da assoluta in relativa*, *Giur. cost.*, 2011, 6, 4565.

[9] Corte cost., sent. 3 maggio 2012, n. 110, *Cass. pen.*, 2012, 2923. V. i commenti di Bricchetti, *Irragionevole presumere adeguato alla fattispecie il solo mezzo della custodia cautelare in carcere*, *Guida dir.*, 2011, n. 21, 72; Ingenito, *Presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere: obbligatorio l'incidente di costituzionalità*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 985.

[10] Corte cost., sent. 29 marzo 2013, n. 57, cit., 73. Cfr. Bricchetti, *Smantellato un sistema di presunzione assoluta che lede il principio dell'eguaglianza dei cittadini*, *Guida dir.*, 2013, 17, 78; De Francesco, *Delitti commessi per favorire le associazioni di tipo mafioso: le esigenze cautelari possono essere soddisfatte anche con misure diverse dal carcere*, *Dir. e giustizia*, 2013, 356; Leo, *Illegittima la previsione della custodia "obbligatoria" in carcere per i reati di contesto mafioso (ma non per le condotte di partecipazione o concorso nell'associazione di tipo mafioso)*, *www.penalecontemporaneo.it*.

[11] Corte cost., 18 luglio 2013, n. 213, cit. Per un primo commento, Leo, *Illegittima, anche per il sequestro di persona a scopo di estorsione, la regola di applicazione «obbligatoria» della custodia in carcere*, *www.penalecontemporaneo.it*.

[12] Corte cost., sent. 23 luglio 2013, n. 232, cit. Per una presentazione della decisione, Leo, *Illegittima, anche per la violenza sessuale di gruppo, la regola di applicazione «obbligatoria» della custodia in carcere*, *www.penalecontemporaneo.it*.

ordinario e quello «quasi-obbligatorio» previsto dal legislatore[13].

Nelle pagine che seguono si analizzerà il percorso fatto dalla Corte costituzionale al fine di far luce su due questioni. Anzitutto, quella relativa alla congruità dell'assetto normativo risultante dalle pronunce della Corte rispetto ai parametri costituzionale e convenzionale; in secondo luogo, quella attinente all'interrogativo circa la possibilità per la Corte di impiegare lo strumento della declaratoria consequenziale di illegittimità costituzionale per fornire tutela tempestiva alla libertà personale dell'imputato.

Lo schema argomentativo della giurisprudenza costituzionale

Sin dalla pronuncia che ha inaugurato la serie, la Corte costituzionale ha impostato il suo approccio al tema degli automatismi cautelari seguendo una linea argomentativa che si può enucleare in tre passaggi fondamentali.

Anzitutto, la Corte fissa la cornice costituzionale entro la quale si inscrive il ragionamento. Essa valorizza, per un verso, la presunzione di innocenza che impone di assegnare alla custodia cautelare connotazioni funzionali (ma anche contenutistiche) diverse dalla pena e, per altro verso, il canone del minor sacrificio necessario, che prescrive di strutturare il sistema cautelare secondo il modello della "pluralità graduata", con una gamma alternativa di misure e di «prefigurare meccanismi "individualizzati" di selezione del trattamento cautelare, parametrati sulle esigenze configurabili nelle singole fattispecie concrete»[14].

In secondo luogo, il Giudice delle leggi pone dei paletti rigorosi con riferimento alle presunzioni assolute, le quali, «specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula *dell'id quod plerumque accidit*»[15].

In terzo luogo, la Corte esclude che la presunzione assoluta possa rinvenire la sua legittimazione nella gravità astratta del delitto oppure nell'esigenza di eliminare o ridurre situazioni di allarme sociale: da un canto, la gravità astratta del reato «è elemento significativo in sede di giudizio di colpevolezza, particolarmente ai fini della determinazione della sanzione, ma inidoneo a fungere da elemento preclusivo della verifica del grado delle esigenze cautelari e all'individuazione della misura concretamente idonea a farvi fronte»; dall'altro, «il contenimento dell'allarme sociale causato dal reato non può essere annoverato tra le finalità della custodia cautelare, costituendo una funzione istituzionale della pena, perché presuppone la certezza circa il responsabile del delitto che ha provocato l'allarme»[16].

Così impostato il ragionamento, la Corte giunge ad affermare la piena ragionevolezza del meccanismo quasi-obbligatorio per il delitto di associazione di stampo mafioso di cui all'art. 416-*bis* c.p.p.: pur non essendo mai stata chiamata a pronunciarsi con riferimento a tale fattispecie, la Corte ribadisce in diverse pronunce che la presunzione assoluta si giustifica proprio con riguardo a siffatto reato. Ciò in quanto, «dalla struttura stessa della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche – connesse 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 concreti ad essa riferibili 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)»[17].

Una volta individuato il *tertium comparationis*, in tutte le pronunce la Corte effettua un'analisi della singola fattispecie portata alla sua attenzione volta

[13] La fortunata locuzione è ripresa da Fassone, *Garanzie e dintorni: spunti per un processo non metafisico*, *Questione giustizia*, 1991, 120, nt. 9.

[14] Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, cit., 149; Corte cost., sent. 12 maggio 2011, n. 164, cit., 3332; Corte cost., sent. 22 luglio 2011, n. 231, cit., 4256; Corte cost., sent. 16 dicembre 2011, n. 331, cit., 1251; Corte cost., sent. 3 maggio 2012, n. 110, cit., 2927; Corte cost., sent. 18 luglio 2013, n. 213, cit., § 3 del considerato in diritto.

[15] Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, cit., 152; Corte cost., sent. 12 maggio 2011, n. 164, cit., 3332; Corte cost., sent. 22 luglio 2011, n. 231, cit., 4257; Corte cost., sent. 16 dicembre 2011, n. 331, cit., 1252; Corte cost., sent. 3 maggio 2012, n. 110, cit., 2928; Corte cost., sent. 18 luglio 2013, n. 213, cit., § 4 del considerato in diritto; Corte cost., sent. 23 luglio 2013, n. 232, cit., § 4 del considerato in diritto.

[16] Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, cit., 153; Corte cost., sent. 12 maggio 2011, n. 164, cit., 3334; Corte cost., sent. 22 luglio 2011, n. 231, cit., 4259; Corte cost., sent. 16 dicembre 2011, n. 331, cit., 1253; Corte cost., sent. 3 maggio 2012, n. 110, cit., 2929.

[17] Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, cit., 152; Corte cost., sent. 12 maggio 2011, n. 164, cit., 3332; Corte cost., sent. 22 luglio 2011, n. 231, cit., 4258; Corte cost., sent. 16 dicembre 2011, n. 331, cit., 1252; Corte cost., sent. 3 maggio 2012, n. 110, cit., 2928.

a rimarcarne le differenze rispetto all'associazione mafiosa.

Laddove si tratti di reati individuali che possono essere cagionati da ragioni occasionali, la conclusione in termini di illegittimità della presunzione assoluta si rivela assai piana. Infatti, nel caso dell'induzione o sfruttamento della prostituzione minorile, della violenza sessuale, degli atti sessuali con minorenne, dell'omicidio volontario e del sequestro di persona a scopo di estorsione, è facile formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione, ossia individuare un'evenienza nella quale le esigenze cautelari potrebbero essere fronteggiate con misure meno afflittive.

Solo un po' più articolato l'iter argomentativo seguito dalla Corte con riferimento alle fattispecie associative, finalizzate al traffico di sostanze stupefacenti, nonché alla commissione dei delitti di contraffazione, alterazione o uso di segni distintivi di opere dell'ingegno o di prodotti industriali (art. 473 c.p.) e all'introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi (art. 474 c.p.).

In ordine a tali ipotesi, la Corte ha anzitutto perfezionato il tradizionale "argomento della differenziazione": trattandosi di fattispecie associative, ha specificato che esse non presentano quel vincolo peculiare dell'associazione mafiosa, che è tale da 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»[18].

In secondo luogo, ha sviluppato un argomento – prospettato per la prima volta nella pronuncia relativa al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina – che si potrebbe definire della "eterogeneità interna alla fattispecie". La Corte ha infatti preso atto che si tratta di «fattispecie aperte», connotate solo dalla tipologia dei reati-fine e non da specifici caratteri della struttura associativa: con la conseguenza che alle fattispecie incriminatrici possono essere ricondotte evenienze concrete molto diverse, per talune delle quali la regola presuntiva è sicuramente priva di base statistica[19].

I reati di "contesto mafioso"

Certo, con riguardo ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose il compito sembrava assai più delicato. Per due motivi.

In primo luogo, i delitti "di tipo mafioso" o "di contesto mafioso" erano stati mantenuti accanto al reato associativo di cui all'art. 416-*bis* c.p. nell'elenco dei reati meritevoli di un regime differenziato anche dal legislatore "garantista" del 1995: e, in quello stesso anno, tale scelta normativa era stata giudicata costituzionalmente legittima dalla Corte[20]. Esisteva dunque un precedente specifico in senso negativo.

Per di più, la Corte di cassazione aveva recentemente escluso che il ragionamento effettuato dalla Corte costituzionale per sancire l'illegittimità della presunzione di adeguatezza della custodia in carcere potesse essere esteso ai delitti di tipo mafioso: secondo i giudici di legittimità, infatti, l'aggravante di cui all'art. 7 d.l. n. 152 del 1991 finirebbe per attrarre il reato in quella sfera della criminalità mafiosa, con riferimento alla quale la presunzione assoluta troverebbe piena giustificazione[21].

Ciò nonostante, le Sezioni unite, tenuto conto degli sviluppi più recenti della giurisprudenza costituzionale, avevano sollevato la questione di legittimità costituzionale[22]. E i giudici di Palazzo della Consulta, disattendendo il proprio precedente, hanno ribadito ancora una volta l'*iter* argomentativo fissato con la sentenza n. 265 del 2010 e successivamente perfezionato.

Da una parte, hanno chiarito che l'argomento della differenziazione vale anche per i reati di tipo mafioso: invero, questi si distinguono chiaramente dalla fattispecie associativa, tanto è vero che la circostanza aggravante dell'art. 7 d.l. n. 152 del 1991, in entrambe le forme in cui può atteggiarsi, è applica-

[18] Testualmente, Corte cost., sent. 22 luglio 2011, n. 231, cit., 4258; Corte cost., sent. 3 maggio 2012, n. 110, cit., 2928.

[19] Corte cost., sent. 22 luglio 2011, n. 231, cit., 4259; Corte cost., sent. 3 maggio 2012, n. 110, cit., 2929; Corte cost., sent. 23 luglio 2013, n. 232, cit., § 6 del considerato in diritto.

[20] Il riferimento è a Corte cost., ord. 24 ottobre 1995, n. 450, *Cass. pen.*, 1996, 449 e 2835, con nota critica di Negri, *Sulla presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p.*

[21] Cass., sez. II, 28 marzo 2012, n. 11714, *Giur. it.*, 2013, 174, con nota di Khraisat, *Presunzioni di adeguatezza della custodia cautelare e tutela dei soggetti "deboli"*.

[22] Cfr. Cass., sez. un., ord. 10 settembre 2012, n. 34473, *questa rivista*, 2013, n. 1, 62. Per un commento, cfr. Capraro, *Presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere e legittimità costituzionale: un nuovo controllo*, *questa rivista*, 2013, 1, 69; Cesaris, *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare ex art. 275, comma 3, c.p.p.*, *www.penalecontemporaneo.it*; Gamberini, *Le Sezioni unite sull'operatività della presunzione di esclusiva adeguatezza della custodia in carcere nelle fasi successive a quella genetica: l'art. 275, comma 3, c.p.p. ancora alla Corte costituzionale*, *Cass. pen.*, 2013, 47.

bile sia agli estranei al sodalizio di stampo mafioso, sia ai partecipi allo stesso[23].

Dall'altra, i giudici hanno riaffermato l'argomento dell'eterogeneità, che è destinato ad assumere peculiare valenza proprio per i reati di contesto mafioso, per i quali il regime cautelare speciale è collegato, «non già a singole fattispecie incriminatrici, in rapporto alle quali possa valutarsi l'adeguatezza della custodia cautelare in carcere, ma a circostanze aggravanti, riferibili a più vari reati e correlativamente alle più diverse situazioni oggettive e soggettive»; ne consegue l'impossibilità di individuare una congrua "base statistica" a sostegno della presunzione assoluta di adeguatezza della misura cautelare più grave[24].

Infine, la Corte ha escluso che l'equiparazione del regime cautelare possa essere in qualche misura giustificato dalla circostanza che i delitti di tipo mafioso siano inseriti nell'ambito dell'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p., esattamente come l'associazione di tipo mafioso. Infatti, ha ribadito come la disposizione da ultimo richiamata risponde a «una logica distinta ed eccentrica» rispetto all'art. 275, comma 3, c.p.p., in quanto si tratta di una normativa «ispirata da ragioni di opportunità organizzativa degli uffici del pubblico ministero, anche in relazione alla tipicità e alla qualità delle tecniche di indagine richieste da taluni reati, ma che non consentono inferenze in materia di esigenze cautelari»[25].

Profili di criticità del regime quasi-obbligatorio: il problema del concorso esterno

L'indirizzo giurisprudenziale così ricostruito è stato salutato in termini generalmente positivi. In particolare, si è apprezzata la valorizzazione della presunzione di innocenza, ricollocata dalla Corte al centro del sistema dei principi costituzionali attinenti alla libertà personale, dopo che alcune pronunce ne avevano sancito l'estraneità alla materia cautelare e la pertinenza al solo ambito probatorio[26].

Non v'è dubbio che le affermazioni di principio fatte dalla Corte nel ricostruire la cornice valoriale in tema cautelare siano molto convincenti, sia per quel che riguarda la presunzione di innocenza, sia con riferimento al canone del minor sacrificio necessario. Tuttavia, non si possono sottacere alcuni profili di criticità, che investono, tanto il meccanismo quasi-obbligatorio, la cui legittimità è stata confermata dalla Corte, quanto quello semi-discrezionale, introdotto proprio con le declaratorie di illegittimità.

Conviene prendere le mosse dal primo congegno.

Come si è ricordato, pur non essendo mai stata investita della questione specifica concernente la legittimità dell'automatismo cautelare con riguardo ai procedimenti concernenti il reato associativo di cui all'art. 416-*bis* c.p.p., la Corte ha avuto modo di confermare a più riprese la sua compatibilità costituzionale. Per tale reato, infatti, la presunzione assoluta deve reputarsi ragionevole, in quanto, nella generalità dei casi concreti, si può ritenere sussistente un'esigenza cautelare così intensa da poter essere fronteggiata sempre e soltanto con la custodia in carcere.

Ora, tale assunto argomentativo e la stessa conclusione cui perviene la Corte suscitano qualche perplessità.

Anzitutto, risulta discutibile il fondamento della presunzione assoluta. Se si considera il valore primario che viene in gioco, ossia la libertà personale di un soggetto presunto innocente, le considerazioni di ordine criminologico e statistico svolte dal Giudice delle leggi appaiono generiche. Sicuramente la pervasività del vincolo associativo e la capacità intimidatrice del sodalizio mafioso sono tali da giustificare un alleggerimento dell'onere motivazionale in capo al giudice (se si preferisce, una presunzione relativa); ma non paiono in grado di fondare l'automatica e generale considerazione di inadeguatezza delle misure diverse dalla detenzione in carcere per una categoria di imputati individuati a priori sulla base del titolo di reato[27].

A ben considerare, anche per l'associazione di stampo mafioso sembra poter assumere un qualche rilievo quell'"argomento dell'eterogeneità interna alla fattispecie", che la Corte ha utilizzato in modo decisivo con riferimento ad altri reati sottoposti al suo scrutinio[28].

[23] V., tra le tante, Cass., sez. I, 2 aprile 2012, n. 17532, *CED Cass.*, 252649; Cass., sez. un., 22 gennaio 2001, Cinalli, *Cass. pen.*, 2001, 2662.

[24] Corte cost., sent. 29 marzo 2013, n. 57, cit., 76.

[25] Corte cost., sent. 29 marzo 2013, n. 57, cit., 77: anche in questo passaggio, la Corte si limita a richiamare una trama argomentativa già sviluppata da Corte cost., sent. 3 maggio 2012, n. 110, cit., 2929 e Corte cost., sent. 22 luglio 2011, n. 231, cit., 4259.

[26] Il riferimento è, in particolare, a Corte cost., ord., 24 ottobre 1995, n. 450, cit., 451. Cfr. anche Cass., sez. VI, 26 gennaio 2005, n. 20447, *Cass. pen.*, 2006, 3296. In senso critico, Marzaduri, *Considerazioni sul significato dell'art. 27, comma 2,Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, AA.VV., *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 321.

[27] In termini analoghi, Scomparin, *Censurati gli automatismi custodiali*, cit., 3733. Dubbi di legittimità costituzionale del regime quasi-obbligatorio aveva avanzato Illuminati, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, AA.VV., *Misure cautelari e diritto di difesa*, a cura di Grevi, Milano, 1996, 94.

[28] Di eterogeneità all'interno della fattispecie associativa dell'art. 416-*bis* c.p. ragionava già Negri, *Sulla presunzione di adeguatezza*, cit., 2842-2843.

L'analisi della giurisprudenza dimostra come, nell'esperienza concreta, si riscontrino forme di partecipazione all'associazione mafiosa molto diverse.

Possono aversi partecipazioni a livello di vertice, espressive di una pericolosità tale da giustificare, non solo l'applicazione della custodia cautelare in carcere, ma anche del regime speciale di cui all'art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit., che finisce per assumere i tratti di una misura cautelare atipica[29]. Ma si possono registrare anche forme di adesione marginali: in fondo, lo ha riconosciuto la stessa Corte costituzionale con la pronuncia con cui ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4-*bis*, comma 1, secondo periodo, della l. 26 luglio 1975, n. 354 (ord. penit.), nella parte in cui non prevede che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma possano essere concessi anche nel caso in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna, renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia[30]. Oggi tale partecipazione marginale è contemplata dall'art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, ord. penit. Viene dunque da chiedersi se in questi casi di partecipazione marginale la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere sia davvero supportata statisticamente e sia, quindi, ragionevole.

Ma non è tutto. Più di qualche incertezza sorge con riguardo al concorso esterno nell'associazione mafiosa. Si badi, la Cassazione è costante nel ritenere che il dispositivo speciale della custodia quasi-obbligatoria si applichi anche in questa evenienza[31]. Peraltro, al fine di distinguere il concorrente esterno dal partecipante all'associazione, la Corte Suprema fa leva su due criteri: sul piano oggettivo, la differenza tra l'*intraneus* e il concorrente esterno risiede nel fatto che quest'ultimo non è inserito nella struttura criminale, pur fornendo ad essa un contributo causalmente rilevante ai fini della conservazione o del rafforzamento dell'associazione; sul piano soggettivo, il concorrente esterno è privo dell'*affectio societatis*, laddove il partecipe è animato dalla coscienza e volontà di contribuire attivamente alla realizzazione dell'accordo e del programma delittuoso in modo stabile e permanente[32].

Ebbene, sulla scorta di queste premesse definitorie, pare difficile sostenere che, per il concorrente esterno, la presunzione assoluta dell'art. 275, comma 3, c.p.p. trovi un fondamento giustificativo ragionevole. In fondo, nell'ottica specifica della custodia quasi-obbligatoria, non sembra esservi differenza tra il concorrente esterno nell'associazione mafiosa e il soggetto che commette favoreggiamento a favore dell'associazione aggravato *ex* art. 7 d.l. 152 del 1991. Si potrebbe dunque pronosticare che la questione di legittimità costituzionale della presunzione assoluta possa essere sollevata davanti alla Corte anche in ordine al concorrente esterno.

Certo, nel caso di concorso esterno, la Cassazione tende a interpretare in modo meno rigoroso la prova di inesistenza delle esigenze cautelari, dal momento che consente di superare la presunzione semplicemente «valutando in via prognostica la ripetibilità della situazione che ha dato luogo al contributo dell'*extraneus* alla vita della consorteria e, in questa prospettiva, tenendo conto dell'attuale condotta di vita e della persistenza o meno di interessi comuni con il sodalizio mafioso senza necessità di provare la rescissione del vincolo, peraltro in tesi già insussistente»[33]. Ma ciò conferma *per tabulas* che la situazione del partecipe e del concorrente esterno sono differenti e che, per quest'ultimo, non è poi così difficile formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione sottesa all'art. 275, comma 3, c.p.p.: casi, cioè, di pericolosità fronteggiabile anche con misure meno afflittive del carcere.

Ove applicasse in modo coerente quel criterio di ragionevolezza, che ha valorizzato sinora, la Corte costituzionale dovrebbe quindi spingersi sino a differenziare il trattamento cautelare pure all'interno del nucleo costituito dai reati di associazione mafiosa.

... Il perdurare nel corso del processo

Sempre con riferimento al congegno quasi-obbligatorio, suscita qualche perplessità il profilo connesso al suo perdurare per tutta la durata della misura.

Come noto, sulla scorta di argomenti sistematici e letterali, le Sezioni unite hanno ribadito che il meccanismo quasi-obbligatorio – così come quello che si è definito semi-discrezionale – non opera(no) soltanto al momento genetico della misura, ma anche per le vicende successive della permanenza o meno delle esigenze cautelari[34].

---

[29] Questa l'espressione impiegata da Fiorio, *La stabilizzazione delle "carceri-fortezza": modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, AA.VV., *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, cit., 409.

[30] Il riferimento è a Corte cost., sent. 19 luglio 1994, n. 357, *Cass. pen.*, 1995, 496.

[31] V. Cass., sez. VI, 8 luglio 2011, n. 27685, *Riv. pen.*, 2012, 1249, con nota di Panetta, *Concorso esterno in associazione di tipo mafioso e presunzione di pericolosità sociale prevista dall'art. 275, comma 3, c.p.p. Molto è cambiato, nulla è cambiato*; Cass., sez. VI, 21 ottobre 2010, n. 42922, *CED Cass.*, 248801.

[32] Cfr., da ultimo e tra le tante, Cass., sez. VI, 27 novembre 2012, n. 49757, *CED Cass.*, 254112; Cass., sez. II, 20 aprile 2012, n. 18797, *ivi*, 252827.

[33] Cass., sez. VI, 8 luglio 2011, n. 27685, cit., 1249.

[34] Cass., sez. un., ord. 19 luglio 2012, n. 34473, cit., 64; Cass., sez. un., 31 marzo 2011, n. 27919, *CED Cass.*, 250195 (in motiva-

In relazione alla permanenza della misura, come si è rilevato in dottrina[35], assume peculiare importanza il parametro convenzionale. Ciò, in quanto la Corte di Strasburgo ammette la protrazione della misura restrittiva – in un'ottica di verifica *ex post* della ragionevole durata della detenzione preventiva – solo in presenza di elementi concreti che ne rivelino un'effettiva necessità di interesse pubblico, la quale sia destinata a prevalere, nonostante la presunzione di innocenza, sulla regola del rispetto della libertà individuale[36].

Ora, questi elementi sono rappresentati proprio dai *pericula libertatis*, la cui sussistenza in concreto deve essere motivata dal giudice nazionale in modo effettivo: la Corte non si accontenta infatti di spiegazioni laconiche, di argomenti generali e astratti, dell'impiego di formule stereotipate o sommarie, quale quella "avuto riguardo alla natura dei reati, allo stato delle prove e al contenuto del fascicolo", oppure della mera ripetizione dei criteri previsti dalla legge[37]. Né la motivazione del giudice può essere surrogata da criteri automatici predeterminati in via astratta dal legislatore: se è sicuramente incompatibile con l'art. 5, par. 3, C.e.d.u. qualsiasi sistema di detenzione obbligatoria durante il processo[38], la stessa presunzione relativa suscita delle perplessità e va circondata di specifiche cautele.

A più riprese i giudici europei hanno infatti sostenuto che spetta alle autorità nazionali dimostrare l'esistenza di specifici fatti che giustifichino la detenzione e che l'inversione dell'onere della prova in capo alla persona detenuta equivale a capovolgere la regola dell'art. 5 C.e.d.u., che rende la detenzione una deroga eccezionale al diritto alla libertà e la ammette soltanto in casi tassativamente e puntualmente previsti[39].

Nondimeno, la Corte di Strasburgo riconosce che, in materia di criminalità organizzata, il rischio che l'imputato possa fare pressione sui testimoni o possa ostacolare il procedimento è spesso piuttosto elevato: questo può pertanto giustificare un periodo relativamente lungo di detenzione, ma non può mai attribuire all'autorità giudiziaria un potere di estendere senza limiti la misura restrittiva[40]. Con riguardo specifico alle organizzazioni criminali di stampo mafioso, la Corte si è spinta sino a giustificare la predisposizione di presunzioni da parte del legislatore, purché si tratti di presunzioni relative. Nella sentenza *Pantano c. Italia* – ossia la pronuncia che viene generalmente richiamata a sostegno della ragionevolezza dell'art. 275, comma 3, c.p.p. – la Corte ha riconosciuto che, nell'ambito della criminalità organizzata di stampo mafioso, «*une présomption légale de dangerosité peut se justifier, en particulier lorsqu'elle n'est pas absolue, mais se prête à être contredite par la preuve du contraire*»[41].

In sintesi, la presunzione si giustifica solo nell'ambito della criminalità organizzata, ma non può mai tradursi in un automatismo[42]. Anche nell'ambito mafioso, non si può giustificare un regime che sollevi del tutto il giudice dalla valutazione delle circostanze del caso concreto: e ciò, soprattutto nel prosieguo del processo, quando, con il decorso del tempo, i *pericula libertatis* tendono ad affievolirsi[43]; in particolare, quando si tratti di imputato incensurato, che abbia un ruolo minore all'interno dell'associazione criminale[44].

---

zione). In senso conforme, tra le tante, Cass., sez. V, 22 giugno 2011, n. 35190, *CED Cass.*, n. 251201; Cass., sez. II, 16 febbraio 2011, n. 11749, *ivi*, 249686; *contra*, Cass., sez. II, 14 dicembre 2011, n. 47949, *Giur. it.*, 2013, 1411, con nota di La Rocca; Cass., sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 4424, *CED Cass.*, 249188.

[35] Cfr., tra gli altri, Ferrero, *La novella dell'art. 275, comma III, c.p.p.: le presunzioni cautelari a garanzia della pubblica sicurezza tra Costituzione e CEDU*, Gambini - Salvadori (a cura di), *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, Napoli, 2009, 124; Marzaduri, *Disciplina delle misure cautelari personali*, cit., 508; Ruggeri, Sub *art. 2*, cit., 449 ss.

[36] Corte e.d.u., 24 agosto 1998, *Contrada c. Italia*, § 54; Corte e.d.u., 26 gennaio 1993, *W c. Svizzera*, § 30. Cfr. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005, 522 ss.

[37] Tra le tante, Corte e.d.u., 27 settembre 2007, *Smatana c. Repubblica Ceca*, § 104; Corte e.d.u., 16 gennaio 2007, *Solmaz c. Turchia*, § 41. Per ulteriori indicazioni, sia consentito rinviare a Gialuz, sub *art. 5 C.e.d.u.*, Bartole - De Sena - Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 150.

[38] V. Corte e.d.u., 12 giugno 2008, *Vlasov c. Russia*, § 109; Corte e.d.u., 7 aprile 2005, *Rokhlina c. Russia*, § 67. La previsione della carcerazione obbligatoria è stata esclusa dal punto 1.a della Risoluzione (65)11 sulla detenzione preventiva, nonché dall'art. 1 della Raccomandazione (80)11 concernente la custodia cautelare durante il processo e dall'art. 3.2 della più recente Raccomandazione R(2006)13 sull'impiego della custodia preventiva, sulle condizioni per la sua applicazione e sulle garanzie contro l'abuso.

[39] Così, tra le tante, Corte e.d.u., 14 ottobre 2010, *Khayredinov c. Ucraina*, § 40; Corte e.d.u., 19 marzo 2009, *Polonskiy c. Russia*, § 140; Corte e.d.u., 12 giugno 2008, *Vlasov c. Russia*, § 109; Corte e.d.u., 7 aprile 2005, *Rokhlina c. Russia*, § 67; Corte e.d.u., 9 gennaio 2003, *Shishkov c. Bulgaria*, § 64. Cfr. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, II, Milano, 1984, 347-348.

[40] Corte e.d.u., 19 marzo 2009, *Polonskiy c. Russia*, § 148; Corte e.d.u., 14 novembre 2006, *Osuch c. Polonia*, § 26; Corte e.d.u., 4 maggio 2006, *Celejewski v. Poland*, § 37-38.

[41] Così, Corte e.d.u., 6.11.2003, *Pantano c. Italia*, § 69. V. il commento di Mantovani, *Dalla Corte europea una legittimazione alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia*, *Legislazione pen.*, 2004, 513.

[42] V. Corte e.d.u., 26 giugno 2012, *Piruzyan c. Armenia*, § 104, 105.

[43] Il decorso del tempo è fattore molto rilevante nella giurisprudenza di Strasburgo: tra le tante, Corte e.d.u., 19 marzo 2009, *Polonskiy c. Russia*, § 148; Corte e.d.u., 3 febbraio 2010, *Osuch v. Poland*, § 45.

[44] V., in particolare, Corte e.d.u., 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, §

Ebbene, non sfuggirà come la conferma della presunzione assoluta di adeguatezza della misura carceraria da parte del Giudice delle leggi e l'orientamento rigoristico accolto dalla Corte di cassazione in tema di prova diretta a superare la presunzione di pericolosità non si pongano in linea con queste direttive di matrice europea.

Per superare la presunzione, la giurisprudenza di legittimità tende infatti a richiedere all'imputato una *probatio diabolica*, ossia la prova in positivo della mancanza di ogni esigenza cautelare[45]; ciò che rende sostanzialmente impossibile vincere l'automatismo. E, d'altronde, questo approccio si giustifica in considerazione dell'estrema rigidità del congegno, determinata dall'alternativa secca carcere/libertà: è proprio il cumulo delle due presunzioni a «ridurre drasticamente i margini di effettività della valutazione giudiziale sullo stesso *an* del *periculum libertatis*»[46].

Purtroppo, avendo impostato la propria argomentazione principalmente sul canone di ragionevolezza, la Corte costituzionale si è messa nelle condizioni di non poter dichiarare illegittimo lo schema semi-obbligatorio per il reato di associazione mafiosa. Lo si ribadisce: forse potrebbe arrivare a tanto solo con riguardo al concorso esterno in associazione mafiosa.

Stando così le cose, si teme sia destinato a cadere nel vuoto lo stesso auspicio che la giurisprudenza di legittimità accolga un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 275, comma 3, c.p.p., garantendo un effettivo spazio di valutazione da parte del giudice almeno nel corso della vita della misura e abbassando lo *standard* della prova contraria. Risulta infatti difficile pensare che la Cassazione possa valorizzare come prova di vera e propria innocuità cautelare – e non di ridotta pericolosità – elementi quali il decorso del tempo, il ruolo marginale all'interno dell'associazione, l'assenza di precedenti e il sopravvenire di fatti tali da rendere probabile il venir meno dei legami con la criminalità organizzata[47].

Con il risultato ultimo che il dispositivo quasi-obbligatorio potrebbe condurre a condanne a livello europeo: nonostante la vulgata comune – e la stessa giurisprudenza costituzionale – vogliano il meccanismo in parola "legittimato" dalla pronuncia *Pantano c. Italia*, esso assume una fisionomia concreta tale da impedire un controllo giudiziale sull'effettiva persistenza delle ragioni che giustificano il mantenimento della misura custodiale. Ne consegue che, in casi specifici di protrazione della custodia nei confronti di imputati aventi un ruolo marginale nell'associazione, potremmo andare incontro a condanne da parte della Corte di Strasburgo per irragionevole durata della custodia cautelare.

I dubbi sul regime semi-discrezionale

Le perplessità in ordine ai dispositivi derogatori in materia cautelare non si fermano al congegno semi-obbligatorio. Si estendono anche a quel regime che si è definito semi-discrezionale, introdotto con le sentenze costituzionali degli ultimi anni.

In primo luogo, qualche interrogativo sorge sulla natura creativa dell'intervento additivo della Corte costituzionale. Legittimamente, ci si è chiesti perché considerare «costituzionalmente obbligata la 'trasformazione' della presunzione da assoluta in relativa e non invece la riconduzione della fattispecie – scopertamente derogatoria – al regime ordinario di cui all'art. 275 c.p.p., con riespansione della regola generale?»[48].

Ove la Corte avesse applicato in modo rigoroso il canone del minor sacrificio necessario, una volta giudicata illegittima la presunzione, avrebbe dovuto pronunciare un accoglimento secco e non una sentenza additiva. Non l'ha fatto perché ciò avrebbe necessariamente comportato – visto il dettato letterale e la collocazione della norma – la caducazione della stessa presunzione relativa di pericolosità. Una presunzione che la Corte ha sempre ritenuto – o, meglio, voluto mantenere – estranea al *devolutum*[49].

In realtà, considerata la natura essenzialmente unitaria della valutazione cautelare del giudice e il nesso stretto tra le due presunzioni, la Corte avreb-

163. V. anche Corte e.d.u., 16.11.2000, *Vaccaro c. Italia*, § 38, e Corte e.d.u., 24 agosto 1998, *Contrada c. Italia*, § 58, 62.

[45] Cfr., per tutti, Marzaduri, *Disciplina delle misure cautelari personali*, cit., 506; Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2008, 144.

[46] In questi termini, Rafaraci, *Omicidio volontario*, cit., 3724, il quale insiste giustamente sull'unitarietà del giudizio cautelare.

[47] V. le ordinanze di rimessione delle questioni di legittimità costituzionale decise da Corte cost., ord. 4 maggio 2009, n. 133, *Giur. cost.*, 2009, 1451. In dottrina, per tutti, Spagnolo, *Il tribunale della libertà tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Milano, 2008, 318. Tutt'al più, la Corte potrebbe rivedere il proprio orientamento rigoristico con riferimento al significato da attribuire alla collaborazione con la giustizia (v., di recente, Cass., sez. I, 29 maggio 2012, n. 1213, *CED Cass.*, 254257; Cass., sez. I, 5 aprile 2011, n. 21245, *ivi*, 250295; Cass., sez. VI, 9 dicembre 2009, n. 49557, *ivi*, 245659).

[48] Testualmente, Dolso, *La Corte di cassazione pratica l'interpretazione adeguatrice con riguardo alla presunzione di necessità della custodia cautelare in carcere per i reati in materia di stupefacenti*, *Giur. cost.*, 2011, 3751. Cfr., sia pure in termini più sfumati, E. Valentini, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Bologna, 2012, 314; Ead., *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare: fotografia del presente e alcuni spunti per il futuro*, *Pol. dir.*, 2011, 299, nt. 27.

[49] V. Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, cit., 152.

be dovuto estendere il proprio sindacato – e, probabilmente, la declaratoria – all'intero meccanismo.

Si è detto giustamente che la «vera scelta azzardata, da un punto di vista costituzionale, è (...) quella di far discendere – per tutto un insieme di delitti individuati *per tabulas* – dalla mera gravità indiziaria la presunta esistenza di un'esigenza cautelare (...) di pericolosità, subordinando la libertà dell'interessato alla 'prova negativa del bisogno cautelare'»[50].

Se si tiene conto – riprendendo l'insegnamento della Corte di Strasburgo – che la restrizione della libertà di un soggetto innocente deve avere carattere eccezionale e deve essere motivata sulla scorta di un interesse pubblico in concreto prevalente, si comprende come l'approdo della Corte costituzionale non sia del tutto appagante. I giudici di Palazzo della Consulta non si pongono il problema del fondamento della (duplice) presunzione relativa; quasi che il suo essere *rebuttable* la ponga al riparo da qualsiasi vaglio di ragionevolezza. Questo sembra essere l'*arrière-pensée* della Corte quando afferma che «la previsione di una presunzione solo relativa di adeguatezza della custodia carceraria (...) non eccede i limiti di compatibilità costituzionale, rimanendo per tale verso non censurabile l'apprezzamento legislativo circa la ordinaria configurabilità di esigenze cautelari nel grado più intenso»[51].

L'affermazione non convince sino in fondo: il rango primario del bene coinvolto avrebbe imposto alla Corte di verificare la ragionevolezza *anche* della presunzione relativa; una presunzione che finisce per far gravare sull'imputato il peso di una prova contraria, tutt'altro che agevole. Soprattutto se interpretata come accaduto sinora, anch'essa risulta alquanto gravosa.

Tuttavia, con riguardo al regime semi-discrezionale vi sarebbe uno spazio per un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata assai maggiore di quello lasciato dal congegno semi-obbligatorio. Qui si è ragionevole auspicare un incisivo impegno della Cassazione.

Per un verso, la Corte dovrebbe accogliere un approccio meno rigoroso in tema di prova contraria alla (duplice) presunzione, valorizzando specialmente il profilo del decorso temporale[52].

Per altro verso, potrebbe proseguire l'opera di delimitazione dell'area di operatività del regime semi-discrezionale, così come ha fatto per gli imputati di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti di lieve entità[53]: sulla scorta di un ragionamento analogo potrebbe forse verificare la possibilità di escluderne l'applicazione al sequestro di persona a scopo di estorsione attenuato, ossia nei casi in cui «per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità»[54].

Non vi era spazio per (una o più) declaratorie consequenziali?

Da ultimo, merita svolgere qualche considerazione sulla scelta della Corte costituzionale di non ricorrere alla declaratoria consequenziale contemplata dall'art. 27 l. 11 marzo 1953, n. 87 e di intervenire con una serie di pronunce sulle diverse fattispecie di reato alle quali il legislatore del 2009 aveva esteso il regime quasi-obbligatorio. Come si è ricordato, ci si trova ormai dinnanzi a una vera e propria catena coerente di decisioni costituzionali, fondate sul medesimo impianto argomentativo.

Non sfuggirà che questa scelta ha avuto e ha tuttora conseguenze notevoli: come ha ricordato la stessa Corte, quando non fa uso di «tale potere rispetto a norme analoghe o connesse (come nel caso della sentenza richiamata), le norme che non siano formalmente comprese nella dichiarazione di illegittimità costituzionale debbono considerarsi ancora vigenti, ancorché rispetto ad esse siano ravvisabili gli stessi vizi di incostituzionalità»[55]. Ne consegue che vi potrebbero essere tuttora imputati

[50] Così, Longo, *Illegittimità costituzionale delle presunzioni*, cit., 3347.

[51] Così, Corte cost., sent. 18 luglio 2013, n. 213, cit., § 7 del considerato in diritto; nonché, Corte cost., sent. 23 luglio 2013, n. 232, cit., § 7 del considerato in diritto; Corte cost., sent. 29 marzo 2013, n. 57, cit., 77; Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, 154.

[52] Le ultime indicazioni provenienti dalla giurisprudenza sembrano contraddittorie: v. Cass., sez. VI, 13 ottobre 2011, n. 41351, *Giur. it.*, 2012, 5, con nota di La Rocca, la quale ammette la valutazione in concreto del decorso temporale, ma consente di valorizzare l'evento specifico dello scioglimento dell'associazione criminale. La Corte tende invece a non ammette una considerazione autonoma del decorso temporale: v. Cass., sez. V, 28 marzo 2013, n. 18304, *Guida dir.*, 2013, 22, 82, la quale ha puntualizzato che il mero richiamo al dato temporale non può essere sufficiente a vincere la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, «ma deve essere necessariamente accompagnato dalla esplicita indicazione dei comportamenti che si reputano capaci di manifestare la positiva evoluzione dell'imputato».

[53] Cass., sez. un., 23 giugno 2011, n. 34475, *questa rivista*, 2012, 2, 43, con nota di Cimadomo, *A metà del guado: alcune considerazioni in tema di presunzione di adeguatezza della misura della custodia cautelare in carcere e di rimedi in fase esecutiva.* Sulla sentenza, si legga anche Amato, *Decisiva non solo la modestia del singolo episodio ma l'esclusione della seria pericolosità dell'attività*, *Guida dir.*, 2011, 42, 31; Dolso, *La Corte di cassazione*, cit., 3746 ss.

[54] Il riferimento è all'ipotesi introdotta da Corte cost., sent. 23 marzo 2012, n. 68, *Cass. pen.*, 2012, 2384, con nota critica di Seminara, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto*.

[55] Così, Corte cost., 13 novembre 1992, n. 436, *Giur. cost.*, 1992, 4052.

dei delitti non ancora colpiti da pronunce della Corte (ossia dei reati di associazione di cui all'art. 416, comma 6, c.p., di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, di pornografia minorile, di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, di tratta di persone, di acquisto e alienazione di schiavi, di delitti consumati o tentati con finalità di terrorismo), che si trovano in custodia cautelare in carcere in forza di un meccanismo normativo dichiarato ripetutamente illegittimo.

Come noto, la Cassazione aveva provato a prospettare un'interpretazione costituzionalmente orientata proprio per evitare una tale evenienza[56], ma questa strada è stata (giustamente) sbarrata dalla Corte, che ha rimarcato il limite costituito dalla lettera della disposizione dell'art. 275, comma 3, c.p.p.[57].

Viene dunque spontaneo domandarsi se davvero non vi fosse spazio per una o più declaratorie consequenziali[58].

Come noto, l'istituto in parola è particolarmente controverso nella dottrina costituzionalistica. Si era infatti autorevolmente auspicato che la Corte applicasse in modo rigoroso la disposizione dell'art. 27 l. 87 del 1953: invero, questa ammette la deroga al canone della corrispondenza tra chiesto e pronunciato solo nei casi di «disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come *conseguenza* dalla decisione adottata»; per di più, contro un'eventuale applicazione estensiva dell'istituto alle disposizioni diverse da quella impugnata, ancorché analoghe, militerebbero argomenti di ordine sistematico, riconducibili alla natura incidentale del giudizio di legittimità costituzionale e alla necessità di rispettare il canone del contraddittorio[59].

In realtà, le cose sono andate molto diversamente. Il numero più significativo di declaratorie consequenziali *ex* art. 27 l. 87 del 1953 pronunciate dalla Corte si riferisce proprio ai casi di invalidità derivata in applicazione del criterio analogico: sono le fattispecie nelle quali la Corte estende la pronuncia di illegittimità a disposizioni *diverse da quella impugnata*, ma che presentano un contenuto o una *ratio* identici o analoghi a quella oggetto del giudizio e che sono da ritenersi dunque affette dal medesimo vizio di incostituzionalità[60]. Sulla scorta dell'analogia, la Corte è giunta a diffondere la declaratoria a ben sette disposizioni rispetto alle quali ha valutato sussistenti le stesse considerazioni di illegittimità[61].

Questa prassi è stata ampiamente seguita anche in ambito processuale penale. Si riscontrano infatti numerose declaratorie di illegittimità derivata di norme analoghe a quelle impugnate, nelle quali la Corte ha esteso la pronuncia di incostituzionalità quando, per evidente identità di *ratio*, i profili di violazione costituzionale della norma processuale censurata potevano essere propagati ad altre norme[62].

In dottrina, tale dichiarazione di invalidità derivata di norme analoghe si è giustificata «come rimedio estremo per scongiurare la persistenza di spazi di incostituzionalità in materie di speciale rilevanza e delicatezza»[63]: in particolare, la si è ammessa quale «tecnica di tutela dei diritti fondamentali»[64].

Se questo è il panorama teorico e pratico, pare che la Corte costituzionale avrebbe potuto – o me-

[56] Il riferimento è a Cass., sez. III, 20 gennaio 2012, n. 4377, *questa rivista*, 2012, 3, 42, con nota di Vigoni, *Anche per il reato di violenza sessuale di gruppo è da escludersi la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere?*; in termini critici, v. anche Quattrocolo, *Quando il legislatore ordinario forza i principi generali, il giudice forza i limiti della giurisdizione*, *Dir. pen. cont.*, 2012, 1, 174.

[57] V. Corte cost., 3 maggio 2012, n. 110, cit., 2926 s.; nonché, da ultimo, Corte cost., sent. 23 luglio 2013, n. 232, § 3 del considerato in diritto, la quale ha ribadito che «l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale».

[58] In senso negativo, Scomparin, *Censurati gli automatismi custodiali*, cit., 3734.

[59] V., per tutti, Sandulli, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967, 77 ss.

[60] Cfr., tra i tanti, Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in materia incidentale*, AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, a cura di Romboli, Torino, 2008, 139; Rossi-Tarchi, *La dichiarazione di illegittimità conseguenziale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 639; Ruggeri-Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004, 207.

[61] Corte cost., 12 novembre 2002, n. 445, *Giur. cost.*, 2002, 3641, la quale ha esteso la declaratoria a ben sette disposizioni non impugnate; analogamente, Corte cost., 24 luglio 2000, n. 332, *ivi*, 2000, 2462 ss. V. anche Corte cost., sent. 27 luglio 2007, n. 330, *Giur. cost.*, 2007, 3202; Corte cost., 31 gennaio 1991, n. 41, *ivi*, 1991, 283. Per ulteriori indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali, Morelli, *Illegittimità conseguenziale delle leggi ed «effettività» della tutela giurisdizionale*, AA.VV., *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, a cura di Bin, Brunelli, Pugiotto, Veronesi, Napoli, 2006, 176, nt. 31.

[62] Tra le tante, Corte cost., sent. 9 luglio 2013, n. 183, *www.penalecontemporaneo.it*; Corte cost., 18 dicembre 2009, n. 333, *Cass. pen.*, 2010, 2526; Corte cost., 20 gennaio 2004, n. 24, *ivi*, 2004, 1172; Corte cost., 29 dicembre 1995, n. 530, *ivi*, 1996, 1086; Corte cost., 14 aprile 1995, n. 125, *ivi*, 1995; Corte cost., 7 luglio 1962, n. 88, *Giur. cost.*, 1962, 967 s.

[63] Testualmente, Brunelli, *L'illegittimità costituzionale conseguenziale come deroga al principio del contraddittorio*, AA.VV., *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, a cura di Angiolini, Milano, 1998, 377.

[64] Così, Brunelli, *L'illegittimità derivata di norme analoghe come tecnica di tutela dei diritti fondamentali*, *Giur. cost.*, 2002, 3644.

glio, dovuto[65] – far uso di questa tecnica anche nel caso dell'automatismo cautelare dell'art. 275, comma 3, c.p.p.

Per un verso, quelle esigenze di economia processuale, di certezza del diritto e di tempestiva tutela dei valori costituzionali, che giustificano la declaratoria consequenziale[66], non possono che porsi in termini massimi quando viene in gioco il bene fondamentale della libertà dell'imputato.

In fondo, si è riconosciuto espressamente che la *speciale importanza della materia* può giustificare un impiego estensivo dello strumento di «pulizia costituzionale» in parola[67]: nel caso specifico, si trattava della materia elettorale, che è di «importanza fondamentale per il funzionamento dello Stato democratico»[68]. Qui si tratterebbe di libertà personale, che, come la Corte ha avuto occasione di affermare, «costituisce una delle basi della convivenza civile»[69].

Per altro verso, non v'è dubbio che, almeno per gruppi omogenei di reati, sussistesse quell'evidente e indiscutibile analogia tra la norma impugnata e la norma cui estendere la declaratoria, che è il presupposto fondamentale dell'estensione. Si è detto che la Corte può pronunciare l'illegittimità consequenziale tutte le volte in cui, nella pronuncia sulla questione prospettata, «siano contenuti *quasi tutti gli elementi necessari per dichiarare l'invalidità di altre disposizioni non impugnate*»[70]. Al contrario, la declaratoria consequenziale sarebbe preclusa quando «essa dovrebbe essere giustificata, con analitica motivazione, per ciascuna delle disposizioni denunciate»[71].

Ora, se si analizzano le motivazioni delle pronunce depurate dalle considerazioni incidentali e da quelle svolte *ad abundantiam*, ci sembra che esse siano largamente ripetitive e basate su uno schema identico (articolato nell'argomento della differenziazione e in quello dell'eterogeneità interna). Si deve dunque ritenere che vi fossero i presupposti per espandere la declaratoria, quanto meno a gruppi omogenei di reati: con la prima pronuncia, si sarebbe potuta ampliare la declaratoria a tutte le fattispecie di reati sessuali[72]; con la seconda, si sarebbe potuta estendere a tutti i reati individuali contemplati nell'elenco (esclusi quelli di contesto mafioso); con la terza, si sarebbe potuto riscrivere il meccanismo presuntivo con riferimento a tutti i reati associativi.

In fondo, questa operazione di "bonifica costituzionale" si sarebbe posta in linea con la giurisprudenza costituzionale e avrebbe garantito una tutela tempestiva della libertà personale dell'imputato e un quadro di maggiore certezza.

La Corte però ha fatto una scelta diversa – improntata, almeno da questo punto di vista, al *self restraint* – e, dunque, non resta che attendere ulteriori pronunce che completino tutti gli anelli della catena.

---

[65] «L'applicazione dell'art. 27 l. n. 87 dovrebbe (...) considerarsi obbligatoria per la Corte»: così, Crisafulli, *In tema di questioni conseguenziali alla pronuncia di illegittimità costituzionale di un principio generale*, *Giur. cost.*, 1961, 1379.

[66] Ruggeri-Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004, 202.

[67] Le parole sono riprese da Bartole, *Una dichiarazione di incostituzionalità consequenziale qualificata dalla speciale importanza della materia*, *Le Regioni*, 1996, 313-314.

[68] Così, Corte cost., sent. 14 settembre 1995, n. 422, *Giur. cost.*, 1995, 3266.

[69] In questi termini, Corte cost., 23 aprile 1970, n. 64, *Giur. cost.*, 1970, 681.

[70] Queste le parole di Brunelli, *L'illegittimità derivata di norme analoghe*, cit., 3650, la quale riprende il pensiero di Cerri, *Inapplicabilità ed invalidità conseguenziale*, *Giur. cost.*, 1967, 227.

[71] Così, Corte cost., 30 ottobre 1975, n. 232, *Giur. cost.*, 1975, 2221.

[72] In senso contrario, Quattrocolo, *Quando il legislatore ordinario forza i principi generali*, cit., 173.

Lina Caraceni*

Ricercatrice di Procedura penale – Docente di Diritto penitenziario – Università degli Studi di Macerata

L'insostenibile peso dell'ambiguità. Verso il crepuscolo delle misure di sicurezza psichiatriche

The unbearable Weight of Ambiguity. Towards the Twilight of Criminal Asylum

L'art. 3-*ter* d.l. 22 dicembre 2011, n. 211 sembra voler scrivere la parola fine sulla lunga e tormentata storia del manicomio criminale. A partire dal 1° aprile 2014 le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario (art. 222 c.p.) e dell'assegnazione ad una casa di cura e custodia (art. 219 c.p.) dovranno essere eseguite in apposite strutture sanitarie gestite da personale medico-infermieristico, con presidi di controllo e sicurezza attivati dall'esterno. Ciò nonostante, i tempi stretti della metamorfosi esecutiva, uniti alla scelta di non intervenire sulla natura sostanziale di questi provvedimenti limitativi della libertà personale, non renderanno agevole l'effettivo superamento dell'odierno internamento psichiatrico.

It seems that Art. 3-ter d.l. 211/2011 wants to put an end to the long and troubled history of criminal asylum. Starting from April the 1st, 2014, criminal asylum will be closed and replaced with high-security psychiatric hospitals, i.e. psychiatric secure units that are externally controlled and managed by therapeutic staff. However, the shortness of this *metamorphic* process, *together with the intention not to change the characteristics of custodial measures, will make it hard to replace the present psychiatric confinement.*

Ospedali psichiatrici giudiziari: ultimo atto?

Parrebbe giunta al suo epilogo la lunga e tormentata storia del manicomio criminale, oggi ospedale psichiatrico giudiziario[1], iniziata sul finire del XVIII secolo con la creazione in Inghilterra del *criminal asylum* riservati all'internamento dei "delinquenti folli"[2] e proseguita fino ai giorni nostri fra accese dispute e svariati tentativi di riforma mai portati a termine. L'art. 3-*ter* d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, conv. dalla l.

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

[1] Termine *politically correct* con cui la riforma dell'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354) ha ribattezzato i manicomi giudiziari (cfr. art. 222 c.p.), nel tentativo di spostare l'accento sulla funzione prima di tali istituzioni: intervenire sulla malattia psichica dell'autore di reato riconosciuto non imputabile. La dicitura, da questo momento in poi, sarà sostituita dall'acronimo o.p.g.

[2] Canosa, *Storia del manicomio in Italia dall'unità ad oggi*, Milano, 1979, 136 ss.; Cappelli, *Manicomio giudiziario*, *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 427 ss.; Romano – Saurgnani, *L'ospedale psichiatrico giudiziario oggi, tra ideologie e prassi*, *Rass. it. crimin.*, 2001, 491 ss. In particolare, sulla genesi delle misure di sicurezza detentive, Musco, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978, 1 ss.

17 febbraio 2012, n. 9[3], sembra avere le carte in regola per sancire l'ultimo atto di questa istituzione totale, di cui oramai da decenni si invoca il superamento[4] a causa principalmente delle inconciliabili antinomie insite negli scopi che persegue: far fronte alle istanze di difesa sociale, pur assicurando all'internato la soddisfazione delle proprie necessità di cura. La forte tensione tra queste due antitetiche aspirazioni ha prodotto un radicale sbilanciamento verso la segregazione, l'isolamento (con riguardo ai malati psichici si può parlare più propriamente di alienazione), operando una vera e propria mutazione genetica dell'o.p.g., divenuto una struttura detentiva in tutto e per tutto equiparabile ad una prigione, abbandonando qualsivoglia velleità riabilitativa. Se è vero che le vicende storiche dell'internamento degli infermi psichici corre parallelamente all'evoluzione delle scienze psichiatriche e farmacologiche nel trattamento della malattia mentale, tanto da portare alla chiusura dei manicomi civili per orientarsi verso interventi sanitari *extra moenia*, ciò non è avvenuto in ambito criminale, dove il problema della pericolosità sociale del malato psichico - e dunque le esigenze di tutela della collettività - hanno sterilizzato ogni bisogno di cura e reinserimento sociale del singolo.

Nondimeno, a partire dal 31 marzo 2013 (*rectius*: 1° aprile 2014)[5] le misure di sicurezza psichiatriche (o terapeutiche)[6], «uniche istituzioni totali che sviluppano un meccanismo di doppia esclusione del soggetto, sia perché autore di reato, sia perché malato di mente»[7], potranno essere eseguite non più negli o.p.g.[8], ma in via esclusiva in apposite «strutture sanitarie» a vocazione prettamente curativa, con presidi di controllo e sicurezza attivati dall'esterno (art. 3-*ter* commi 2 e 4 d.l. 211/2011).

Al raggiungimento di questo traguardo, nel tempo, hanno contribuito molti fattori, a cominciare da una mutata percezione sociale della malattia mentale e dalla maturazione di una cultura giuridica sempre più attenta al «rispetto delle garanzie individuali, compromesse da misure privative della libertà personale indeterminate nei presupposti e nella durata»[9]. In sostanza l'esclusione sociale dei malati psichici autori di reato perpetrata per decenni attraverso il manicomio giudiziario ha compiuto la sua parabola e gli odierni orientamenti di politica criminale sembrano pronti a decretarne il definitivo abbandono.

Non si può certo tacere che una forte accelerazione verso soluzioni drastiche è venuta dall'indignazione per le conclusioni della Commissione parlamentare di inchiesta sul servizio sanitario nazionale[10], che ha contribuito a squarciare il velo sulle drammatiche «condizioni di vita in questi istituti dove persevera la logica manicomiale che trascura le esigenze della persona in favore della tutela della sicurezza sociale attraverso la mera neutralizzazione dell'internato»[11].

Ma è bene non farsi trarre in inganno: la riforma non tocca in alcun modo, né mette in discussione il controverso sistema delle misure di sicurezza voluto dal codice penale del 1930, né si preoccupa di "aggiustare" quei dispositivi processuali che spingono

[3] Il decreto è stato di recente modificato dal d.l. 25 marzo 2013, n. 24, conv. dalla l. 23 maggio 2013, n. 57.

[4] V. per tutti, Musco, *Misure di sicurezza*, *Enc. dir.*, Aggiornamento I, Milano, 1997, 772.

[5] L'art. 1 del d.l. 24/2013 ha stabilito la proroga di un anno del termine per la chiusura degli o.p.g.

[6] Ci si riferisce alle misure del ricovero in o.p.g. (art. 222 c.p.) per prosciolti per vizio totale di mente, intossicazione cronica da alcool, da stupefacenti o da sordomutismo e dell'assegnazione ad una casa di cura e custodia (art. 219 c.p.) per soggetti condannati a pena diminuita per vizio parziale di mente, intossicazione cronica da alcool, da stupefacenti o sordomutismo.

[7] Pelissero, *La soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari: realtà ed apparenze*, *Legislazione pen*. 2012, 366.

[8] Ai sensi dell'art. 62 comma 3 ord. penit. possono essere istituite presso gli o.p.g. sezioni per l'esecuzione della misura del ricovero in casa di cura e custodia, con la conseguente individuazione di un trattamento omologo per gli internati. Queste due misure a carattere detentivo si differenziano dalle case di lavoro o dalle colonie agricole per il fatto che viene accentuato l'aspetto del trattamento sanitario, tanto che il direttore appartiene al «personale del ruolo tecnico-sanitario» (art. 111 comma 1 reg. ord. penit.), mentre gli operatori e i volontari che operano nell'istituto vanno «selezionati e qualificati con particolare riferimento alle peculiari esigenze di trattamento dei soggetti ivi ospitati» (art. 111 comma 2 reg. ord. penit.).

[9] Pelissero, *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari nel tempo della crisi*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 1019. L'elemento determinante, probabilmente è da rinvenirsi nella trasformazione del sistema sanzionatorio a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, con la perdita dell'esclusiva caratterizzazione retributiva della pena e con l'assunzione di funzioni di prevenzione speciale (art. 27 comma 3 Cost.), a fronte di un corredo di strumenti volti al controllo della pericolosità sociale sempre più connotati da una preponderante componente afflittiva.

[10] *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, approvata dalla Commissione parlamentare presieduta dal Sen. Marino nella seduta del 20 luglio 2011, XVI Legislatura, doc. XXII-*bis*, n. 4.

[11] Pelissero, *Il definitivo superamento*, cit.,1018. Così esordisce la *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*: «gravi e inaccettabili sono le carenze strutturali e igienico-sanitarie rilevate in tutti gli o.p.g., ad eccezione di quello di Castiglione delle Stiviere e, in parte, di quello di Napoli; tutti gli o.p.g. presentano un assetto strutturale assimilabile al carcere o all'istituzione manicomiale, totalmente diverso da quello riscontrabile nei servizi psichiatrici italiani». E prosegue: «le modalità di attuazione osservate negli o.p.g. lasciano intravedere pratiche cliniche inadeguate e, in alcuni casi, lesive della dignità della persona, sia per quanto attiene alle azioni meccaniche, sia talora per i presidi psicofarmacologici di uso improprio rispetto alla finalità terapeutica degli stessi e alle norme AIFA di sicurezza d'uso. A ciò si aggiunge, in alcune situazioni osservate, la mancanza di puntuale documentazione degli atti contenitivi, con conseguente impossibilità materiale di controllo e verifica degli stessi».

verso un abuso dei provvedimenti di internamento e che ne complicano il percorso di "smantellamento". I canoni dell'imputabilità e della pericolosità sociale, da tempo in crisi per l'affermarsi di nuovi orientamenti in campo normativo, criminologico e psichiatrico[12], i meccanismi di proroga e di revoca delle misure, armi spuntate nelle mani del giudice per regolare il flusso di presenze in o.p.g.[13], l'istituto dell'applicazione provvisoria (artt. 206 c.p. e 312 ss. c.p.p.) che, a dispetto dell'aggettivazione, crea dinamiche perverse di internamento *sine die*[14] non vengono in alcun modo toccati, con inevitabili ricadute, lo vedremo tra breve, sull'esito della scommessa riformatrice. A cambiare, nella prospettiva del legislatore, sono soltanto le modalità esecutive, il tipo di struttura che ospita l'internato e il trattamento che riceve. Scompare il "carcere dei folli", così come lo conosciamo e si assiste alla medicalizzazione delle misure di sicurezza manicomiali[15]. C'è da augurarsi che non si tratti dell'ennesimo *restyling*, di un ritocco di sola facciata, anche se i segnali in questo senso, purtroppo, ci sono tutti.

Il dualismo pena-misura di sicurezza: qualche riflessione a proposito di una "frode delle etichette" che ancora resiste

La scelta di non intervenire sulla disciplina sostanziale delle misure di sicurezza, in modo particolare sull'ambiguità del "finalismo bifronte" che le connota, quasi certamente metterà a dura prova gli odierni propositi novellatori.

Introdotte al fianco delle pene tradizionali come strumenti di intervento penale seppur di «natura amministrativa» (c.d. sistema del doppio binario), esse assecondano in maniera esemplare l'autoritarismo repressivo dello Stato fascista del tempo, che punta alla realizzazione di una rigida difesa sociale attraverso la prevalenza accordata all'obiettivo di tutela della collettività a discapito della garanzia dei diritti del singolo[16]. Il codice penale del 1930 crea un perfetto, seppur apparente, dualismo: mentre alla pena riconosce la natura di strumento di reazione dello Stato al delitto mirante a realizzare contestualmente scopi di retribuzione e prevenzione generale, alla misura di sicurezza che fonda la sua legittimazione sulla pericolosità del reo, attribuisce una funzione spiccatamente specialpreventiva, di recupero sociale del soggetto per mezzo di una predeterminata attività di rieducazione o di cura[17].

Il sistema, tuttavia, non tarda molto ad entrare in crisi, in quanto frutto di una illusoria differenziazione di scopo smentita nei fatti: alla sanzione penale propriamente intesa non sono estranee finalità di neutralizzazione della pericolosità del reo, a fronte di una misura di sicurezza che, a sua volta, aspira a traguardi di prevenzione generale, grazie a quell'innegabile connotato di afflittività inscindibile dalle misure a carattere detentivo[18]. Proprio con queste ultime, in particolare quelle riservate agli imputabili (colonie agricole e case di lavoro – art. 216 c.p.), è evidente la sovrapposizione funzionale con la pena; in esse si accentuano i profili di privazione della libertà personale (oltretutto a tempo indeterminato) e vi si fa ricorso cumulativamente con la sanzione principale. Anzi, si applicano proprio quando la

[12] Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, 411 ss.; Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 107, osserva come «la crisi della nozione di pericolosità sociale inizi con la sua stessa nascita». In particolare, sull'esigenza di rivisitare i concetti di imputabilità e di pericolosità sociale nella prospettiva di una riforma del sistema delle misure di sicurezza, Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997, 191 ss.

[13] Soprattutto è nell'assenza di alternative praticabili rispetto al ricovero in o.p.g. il limite maggiore dell'apparato delle misure di sicurezza psichiatriche e delle regole disciplinanti le dinamiche applicative: specialmente per i casi in cui gli infermi o seminfermi di mente presentano un indice di pericolosità che potrebbe essere neutralizzato ricorrendo a dispositivi non custodiali (trattamenti terapeutici in libertà, ricovero in comunità o strutture sanitarie territoriali per malati psichici), la carenza di questi ultimi obbliga spesso il giudice a negare la revoca della misura e a prorogarne l'esecuzione secondo modalità detentive. In argomento, vedi *infra* nel testo.

[14] La durata della misura di sicurezza applicata in via provvisoria non è predeterminata, poiché agganciata al perdurare del requisito della pericolosità sociale, la cui ricorrenza va verificata quantomeno semestralmente (art. 313 comma 2 c.p.p.). Malgrado ciò, raramente si assite ad una revoca della misura disposta in via provvisoria: di regola il provvedimento di internamento temporaneo continua fino alla sua applicazione in via definitiva. I numeri non sono esigui: rappresentano quasi il 30% del totale (nel 2011, su 1419 soggetti ricoverati in o.p.g., 398 erano sottoposti a ricovero provvisorio – dati tratti da *www.stopo.p.g..it/node/40*). Sulla dubbia legittimità costituzionale della disciplina riguardante un provvedimento *de libertate* indeterminato nella durata, Fidelbo, sub *art. 206 c.p.*, Lattanzi – Lupo (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, V, *Artt. 132-240*, Milano, 2010, 937 ss. In merito ai limiti delle disposizioni riguardanti la revoca della misura di sicurezza applicata in via provvisoria, Baldi, *L'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Tomo II, 2, *Le misure cautelari*, Milano, 2008, 331 ss.

[15] Come rileva Ornano, *Il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario: aspetti problematici ed esperienze operative della gestione dell'autore di reato affetto da disagio mentale*, *Cass. pen.*, 2013, 2087 «la riforma che ha come obiettivo il superamento dell'o.p.g. avviene a "codice invariato", ossia cambiano le modalità del trattamento – globalmente inteso – ma resta invariato il quadro normativo di riferimento sul versante dei presupposti, contenuto ed esecuzione della misura sotto il profilo penale e processuale».

[16] Musco, *La misura di sicurezza detentiva*, cit., 90.

[17] Musco, *Misure di sicurezza*, cit., 763.

[18] Così, De Marsico, *Premesse certe alla dogmatica delle misure penali*, *Riv. dir. penitenziario*, 1935, 110-111.

pena, da sola, non è in grado di rispondere ai bisogni di difesa sociale che la collettività reclama.

Questa corrispondenza negli intenti perseguiti viene definitivamente svelata con l'introduzione nel nostro ordinamento del finalismo rieducativo della pena (art. 27 comma 3 Cost.). Si consuma quel fenomeno conosciuto come la "frode delle etichette" che non risparmia nessuna delle misure di sicurezza di tipo detentivo: la colonia agricola e la casa di lavoro, il ricovero in casa di cura e custodia o in o.p.g., il riformatorio giudiziario per i minorenni, se eseguite con modalità del tutto analoghe a quelle della detenzione in un istituto di pena e per obiettivi affatto diversi divengono, a tutti gli effetti, delle vere e proprie sanzioni penali con forti accentuazioni di segregazione. Nominalmente il codice penale può continuare ad identificarle come «misure amministrative di sicurezza», ma si tratta indiscutibilmente di sanzioni di natura criminale[19].

La casa di cura e di custodia è divenuta l'emblema di questo processo di trasformazione: una misura dall'«ibrida natura», prevista per i semimputabili socialmente pericolosi in aggiunta alla pena, ospitata in sezioni apposite degli o.p.g. e ad esecuzione posticipata rispetto alla sanzione principale (art. 220 c.p.). E proprio quest'ultima previsione rischia di confondere pena e misura di sicurezza in un unico trattamento di tipo afflittivo, ribaltando il precario equilibrio esistente tra bisogno di cura ed esigenze di contenimento della pericolosità, a tutto vantaggio delle seconde[20].

Si tratta di una dimensione che il sistema penale delineato dalla Legge fondamentale attraverso i principi sanciti negli artt. 13, 25 e 27 Cost. non è in grado di sopportare. E a ben vedere, sfumata la diversificazione finalistica, per salvare dall'incostituzionalità il doppio binario, le misure di sicurezza debbono assicurare, quantomeno, una diversità di contenuto capace di soddisfare i bisogni terapeutico-riabilitativi degli autori di reato riconosciuti socialmente pericolosi. Se così non fosse, la distinzione tra pena e misure di sicurezza sarebbe soltanto una finzione e trasformerebbe quest'ultima in uno strumento utile per aggirare i principi di legalità e di colpevolezza, così ponendo il sistema fuori dalla Costituzione[21].

Ed è proprio da questa pretesa di diversificazione dei contenuti che inizia il cammino (lento ma oramai inarrestabile) verso il superamento delle misure di sicurezza terapeutiche[22]. La svolta, probabilmente, è rappresentata dalla chiusura dei manicomi civili (l. 13 maggio 1978, n. 180) e dalla creazione del servizio sanitario nazionale attuato con la l. 23 dicembre 1978, n. 833, che muta radicalmente l'approccio nei confronti del disagio psichico: cambia la concezione scientifica della malattia mentale e con essa i metodi di cura[23]. Viene finalmente sciolto il connubio tra patologia psichica e pericolosità sociale: il malato di mente (anche colui che a cagione del suo *status* ha commesso un reato) non è più una persona da escludere, da segregare, ma soggetto che necessita di cure. Il trattamento sanitario della malattia mentale non deve essere attuato (se non eccezionalmente) in condizioni di degenza ospedaliera; di norma deve avvenire attraverso servizi e presidi psichiatrici *extra*-ospedalieri, e comunque rinunciando alla segregazione dei malati in ambienti chiusi come i manicomi[24].

Anche se la riforma non ha toccato esplicitamente l'ambito penale, né le strutture di internamento degli autori di reato infermi psichici, i riflessi indiretti sugli orientamenti della legislazione criminale si sono fatti sentire, soprattutto rispetto all'acquisita consapevolezza dell'obsolescenza degli o.p.g. Con l'affermarsi di questa nuova visione della malattia mentale, difficilmente potranno essere ancora tollerati trattamenti differenziati sul solo rilievo della commissione di un fatto costituente reato. Con il risultato che istituzioni totali che continuino «a rappresentare la negazione delle esigenze di cura, di riabilitazione e di reinserimento sociale nel rispetto delle fondamentali garanzie costituzionali della tutela della salute e della dignità della persona»[25] non avranno più ragion d'essere[26]. E del resto l'ambizione dell'o.p.g. di armonizzare due tensioni ideali dif-

[19] In argomento, Fidelbo, sub *art. 199 c.p.*, Lattanzi – Lupo (a cura di), *Codice penale*, cit., 886 ss.

[20] Bricola, *Il principio della fungibilità della carcerazione preventiva con la misura di sicurezza detentiva: sintomo di una progressiva crisi del sistema dualistico?*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 830 ss. V. anche Fornari, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, 570 ss.

[21] Marinucci-Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 4° ed. Milano, 2012, 658 ss.

[22] Più in generale, nella prospettiva del superamento del sistema del doppio binario, R. Marino, *Le misure di sicurezza detentive con particolare riferimento alla casa di cura e custodia e all'o.p.g.*, *Quaderni CSM*, n. 80, 1995, 237 ss.; Padovani, *Istituti penitenziari*, *Ns. Dig. it. App.*, Torino, 1980, 467; Traverso, *Il trattamento del reo infermo di mente: prospettive di riforma*, Canepa – Marugo (a cura di), *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, Padova, 1995, 246.

[23] Fornari, *Il trattamento del malato di mente e la legge 180/78: aspetti psichiatrico-forensi e medico-legali*, *Riv. it. medicina legale*, 1984, 356 ss.; Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, cit., 84 ss.

[24] Cfr. artt. 2, 6 e 8 l. 180/1978.

[25] Musco, *Misure di sicurezza*, cit., 772.

[26] Per i rilievi di incostituzionalità a proposito della sopravvivenza degli o.p.g., Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, cit., 88 ss.

ficilmente compatibili - curare e custodire - storicamente si è dimostrata utopistica, poiché ha sempre avuto la meglio la soverchieria della seconda sulla prima. Ebbene, nel tentativo di andare oltre, si dovrà puntare su un "sistema di sicurezza" che metta in atto prioritariamente e pienamente la finalità terapeutico-riabilitativa che si prefigge ogni azione anche di natura penale rivolta al "folle autore di reato"[27].

I prodromi legislativi del tramonto dell'istituzione totale

Quella documentata con l'art. 3-*ter* d.l. 211/2011 è senza dubbio una tappa importante, anche se, probabilmente, non l'ultima, di un processo di trasformazione partito da lontano e che nel tempo ha ricevuto significativi *inputs* - normativi[28], giurisprudenziali[29] e dogmatici[30] - mai pienamente raccolti.

L'approccio spiccatamente terapeutico al controllo della malattia mentale anche in ambito penale per la prima volta ha avuto seria attenzione da parte del legislatore con la l. 30 novembre 1998, n. 419, normativa con la quale veniva conferita delega al Governo per la riforma della medicina penitenziaria nell'ambito del generale riordino del servizio sanitario nazionale[31]. Emblematiche le parole contenute nell'art. 5 comma 1, lett. *a*, che invita il legislatore ordinario a «prevedere specifiche modalità per garantire il diritto alla salute delle persone detenute o internate mediante forme progressive di inserimento, con opportune sperimentazioni di modelli organizzativi anche eventualmente differenziati in relazione ai bisogni ed alle realtà del territorio, all'interno del servizio sanitario nazionale, di personale e di strutture sanitarie dell'amministrazione penitenziaria». La delega, poi tradottasi nel d. lgs. 22 giugno 1999, n. 230 dedicato alla riforma della medicina penitenziaria, ha dovuto però attendere oltre dieci anni per sortire i suoi effetti nel processo di sanitarizzazione delle misure di sicurezza psichiatriche[32]. È con il d.p.c.m. 1° aprile 2008[33] che vengono gettate le basi per il passaggio delle funzioni sanitarie all'interno degli o.p.g. al sistema sanitario regionale nel cui territorio la struttura è collocata (art. 5)[34]. Ed è proprio la riorganizzazione degli o.p.g. secondo il principio della territorialità il deciso cambio di rotta rispetto alle prassi precedenti[35]. Il decreto prefigura un percorso in tre tappe: una prima fase mira a trasferire ai dipartimenti di salute mentale territoriali i c.d. internati dimissibili, coloro per i quali è venuto meno il requisito della pericolosità sociale (presupposto per l'applicazione delle misure di sicurezza psichiatriche) o sia scemato a tal punto da consentire il trattamento *extra moenia*. Una seconda fase è dedicata al riordino per macro-aree dell'ambito territoriale di competenza dei sei o.p.g. esistenti, in modo da

[27] Malano, *Attualità delle problematiche riguardanti i manicomi giudiziari. Una revisione storica dei progetti di legge riguardanti il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario e la modifica dell'attuale sistema della non imputabilità*, *Riv. it. medicina legale*, 2008, 1031.

[28] Sulle iniziative legislative più risalenti, cfr. Romano – Saurgnani, *L'ospedale psichiatrico giudiziario oggi*, cit., 512 ss.

[29] Significativo il contributo del Giudice delle leggi che, a partire dagli anni '60, ha tentato di interpretare in un'ottica costituzionalmente orientata la disciplina delle misure di sicurezza detentive. V. *infra*, nel testo.

[30] Tra i molti, Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit.,79 ss.

[31] Per il testo del decreto e un commento, cfr. La Greca, *Delega al governo per il riordino della medicina penitenziaria*, *Dir. pen. proc.*, 1999, 15 ss.).

[32] Nel frattempo, le prime avvisaglie del riconoscimento della centralità del trattamento terapeutico per i soggetti internati in o.p.g. si ebbe con l'approvazione dell'art. 113 reg. ord. penit.: «l'amministrazione penitenziaria, al fine di agevolare la cura delle infermità ed il reinserimento sociale dei soggetti internati negli ospedali psichiatrici giudiziari, organizza le strutture di accoglienza tenendo conto delle più avanzate acquisizioni terapeutiche anche attraverso protocolli di trattamento psichiatrico convenuti con altri servizi psichiarici territoriali pubblici».

[33] Il decreto (*Gazz. Uff.*, *Serie generale*, n. 126 del 30 maggio 2008, 3 ss.) ha trovato la sua legittimazione normativa nell'art. 2, comma 283 l. finanziaria 24 dicembre 2007, n. 244, secondo cui, al fine di dare completa attuazione all'assistenza sanitaria anche negli o.p.g., «con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della salute e del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sono definiti le modalità e i criteri per il trasferimento […] al Servizio sanitario nazionale, di tutte le funzioni sanitarie, dei rapporti di lavoro delle risorse finanziarie e delle attrezzature e beni strumentali, afferenti alla sanità penitenziaria».

[34] La geografia degli o.p.g. è tracciata da sei istituti situati in Lombardia (Castiglione delle Stiviere), Emilia Romagna (Reggio Emilia), Toscana (Montelupo Fiorentino), Campania (Napoli e Aversa) e Sicilia (Barcellona Pozzo di Gotto).

[35] Nelle linee di indirizzo per gli interventi negli o.p.g. e nelle case di cura e di custodia, il decreto interministeriale 1° aprile 2008 (allegato C) precisa che per la tutela della salute mentale va preferito il momento preventivo e i servizi psichiatrici vanno inseriti nei servizi sanitari generali «in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione, pur nella specificità delle misure terapeutiche, e da favorire il recupero e il reinserimento sociale dei disturbati psichici». In quest'ottica, l'ambito territoriale «costituisce, dunque, la sede privilegiata per affrontare i problemi della salute, della cura, della riabilitazione delle persone con disturbi mentali per il fatto che nel territorio è possibile creare un efficace sinergismo tra i diversi servizi sanitari, tra questi e i servizi sociali, tra le istituzioni e la comunità per il fine fondamentale del recupero sociale delle persone». Ciò in quanto il principio del reinserimento sociale *ex* art. 27 Cost., «per coloro che, autori di reato, sono stati prosciolti per infermità mentale e ricoverati in o.p.g. può e deve essere garantito attraverso la cura, che ne è fondamentale presupposto e l'azione integrata dei servizi sociosanitari territoriali».

renderli un punto di riferimento per gli internati anche delle regioni vicine prive di omologhe strutture. L'ultimo *step*, il più significativo nell'ottica del superamento della segregazione degli infermi di mente, prevede la presa in carico di tutti gli internati della macro-area di competenza da parte dei servizi psichiatrici territoriali, per favorire un intervento di riabilitazione e reinserimento nel contesto sociale più consono e rispondente alle istanze del soggetto (di regola, il contesto di provenienza).

Degli ambiziosi traguardi programmati solo uno è stato raggiunto attraverso la creazione delle macro-aree attorno alle sei realtà di internamento esistenti. Si tratta della seconda delle tre tappe fissate nel cronoprogramma interministeriale, un passaggio essenziale per governare il processo di transizione delle misure manicomiali[36]. È mancata invece l'ultimazione della prima fase, quella per così dire "di alleggerimento" del carico assistenziale degli o.p.g. da trasferire ai dipartimenti psichiatrici territoriali, sfortunato epilogo che svela una delle questioni giuridiche più sensibili e controverse sul fronte del trattamento dei malati psichici autori di reato: il fenomeno del c.d. «ergastolo bianco», ovvero l'internamento di coloro che potrebbero lasciare la struttura contenitiva, ma che restano reclusi per la carenza di servizi esterni idonei ad accoglierli[37]. Come similmente risulta incompiuto il terzo degli obiettivi programmati, visto che a distanza di cinque anni da quel decreto i sei o.p.g. sono ancora in piedi, oltretutto in condizioni pessime, mentre poco è stato fatto sul fronte delle unità terapeutiche territoriali chiamate ad occupare il posto assegnato per decenni a queste istituzioni totali[38].

Ciò nonostante, non va taciuta l'importanza del d.p.c.m. 1° aprile 2008, colta dalla stessa Commissione parlamentare d'inchiesta sul sistema sanitario nazionale, la quale, dopo averne auspicato la completa attuazione, invita il legislatore ad andare oltre e ad «individuare modalità alternative di trattamento degli infermi di mente che abbiano commesso reati, garantendo la terapia e la riabilitazione unitamente all'applicazione di misure di sicurezza adeguate alla condizione del soggetto». Per far ciò è indispensabile provvedere alla creazione di strutture pubbliche per l'accoglienza di autori di reato affetti da patologie psichiatriche e socialmente pericolosi che siano di livello intermedio tra il ricovero in o.p.g. e il «ricorso a modalità di libertà vigilata non sufficientemente sicure» quanto alla neutralizzazione della pericolosità degli internati[39].

Il contributo della Corte costituzionale alla fine dell'egemonia della logica dell'internamento

Le prospettive aperte dalla Commissione parlamentare d'inchiesta, per la verità, non aggiungono nulla di nuovo al dibattito, se non prendere atto e rilanciare le strategie già tracciate dalla Corte costituzionale nel suo lavoro di riconduzione del sistema delle misure di sicurezza psichiatriche nell'alveo di quei principi costituzionali che sanciscono la centralità dei diritti della persona, primo fra tutti il diritto alla salute (art. 32 Cost.).

La storia "costituzionale" delle misure manicomiali è lunga e intessuta dai numerosi pronunciamenti della Consulta che, pur rigettando o dichiarando inammissibili la gran parte degli incidenti di legittimità scrutinati[40], non han mai perso l'occasione di evidenziare come il problema dell'assistenza ai malati di mente vada affrontato superando l'antica prassi del ricovero in ambienti segreganti. Proprio perché si tratta di misure da adottarsi nei confronti di infermi psichici riconosciuti incapaci di intendere e di volere e dunque penalmente irresponsabili, costoro non possono essere destinatari

[36] Nella conferenza unificata Stato-Regioni del 26 novembre 2009 (Rep. Atti n. 84/CU) si è giunti alla definizione dei bacini di utenza dei diversi o.p.g., valorizzando primariamente la vicinanza geografica alle strutture esistenti.

[37] Sul punto, Della Casa, *Basta con gli o.p.g.! La rimozione di un "fossile vivente" quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 67 s.

[38] Sempre nell'allegato C al d.p.c.m. 1° aprile 2008 si legge che, al termine delle varie fasi di superamento degli o.p.g. si sarebbe dovuto procedere alla «restituzione ad ogni regione italiana della quota di internati in o.p.g. di provenienza dai propri territori», soggetti che a questo punto sarebbero stati presi in carico dai rispettivi dipartimenti di salute mentale, ricorrendo a strutture con livelli diversificati di vigilanza, comunità di accoglienza, forme di affido ai servizi di igiene mentale e sociali territoriali. Emblema del mancato raggiungimento dell'obiettivo perseguito, la situazione della regione Sicilia, per la quale non è mai avvenuto il trasferimento delle competenze sanitarie penitenziarie al servizio sanitario nazionale. A tutt'oggi l'o.p.g. di Barcellona Pozzo di Gotto ha come referente sanitario non il ministero della salute, ma quello della giustizia.

[39] Così la *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 6 ss.

[40] La Corte, nella sentenza 18 luglio 2003, n. 253, in *Giur. cost.*, 2003, 2113 ricorda che «il solo art. 222 c.p. risulta oggetto di ben 18 decisioni» che coprono un arco temporale che va dal 1967 al 2003. Tra gli interventi più significativi che hanno contribuito all'evoluzione degli strumenti custodiali di controllo della pericolosità sociale, Corte cost., 8 luglio 1982, n. 139, in *Giur. cost.*, 1982, 1191 ss., che ha smantellato il meccanismo della pericolosità presunta ai fini dell'applicazione del ricovero in o.p.g. anticipando il legislatore che con l'art. 31 della l. 10 ottobre 1986, n. 663 ha abrogato l'art. 204 c.p. e stabilito che «tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa».

di azioni «aventi un contenuto anche solo parzialmente punitivo»[41]. Il loro stato di minorità richiede interventi terapeutici non dissimili da quelli che in genere si ritengono adeguati alla cura dei malati psichici. Per quanto le misure di internamento le si denomini con termini quali ospedale o casa di cura, la loro natura è detentiva e difficilmente potranno rispondere ai bisogni medico-riabilitativi di soggetti non imputabili[42].

Secondo il Giudice delle leggi, le scelte fatte dal codice penale del 1930 soffrono una rigidità che non consente di modulare le decisioni sull'autore di reato infermo o seminfermo di mente a seconda delle individuali esigenze, dacché il sistema offre indifferentemente soluzioni coercitive, seppur mascherate da interventi a contenuto terapeutico. Ed è su queste premesse che è stata dichiara l'incostituzionalità dell'art. 222 c.p.p. nella parte in cui non consente al giudice di adottare, in luogo del ricovero in o.p.g., una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale[43]. L'imposizione del ricovero nella struttura manicomiale, senza altre possibili opzioni, si porrebbe in contrasto con il diritto alla salute dell'internato, dal momento che verrebbe negato al giudice il potere di contemperare le istanze di difesa sociale con il diritto di cura del malato, anche ricorrendo a strumenti di contenimento più flessibili.

La Corte, a questo punto, fa un significativo passo ulteriore: individua nella libertà vigilata la misura in grado di soddisfare, da un lato, le attese di cura degli infermi di mente e, dall'altro, attraverso «prescrizioni idonee ad evitare le occasioni di nuovi reati», la neutralizzazione della pericolosità sociale. Muovendosi all'interno del corredo tipologico fornito dal legislatore, trasforma la libertà vigilata da semplice strumento di controllo affidato alle forze di polizia a meccanismo atto a fronteggiare, attraverso adeguati dispositivi, anche manifestazioni (seppur non acute) di disagio sociale e mentale[44].

L'operazione ha di fatto introdotto in materia di misure di sicurezza i principi di flessibilità e di sussidiarietà delle misure limitative della libertà personale: «si deve escludere l'automatismo che impone al giudice di disporre comunque la misura detentiva, anche quando una misura meno drastica, e in particolare una misura più elastica e non segregante come la libertà vigilata, accompagnata da prescrizioni stabilite dal giudice medesimo, si riveli capace, in concreto, di soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e di tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale»[45].

Come è facilmente intuibile, si tratta di una presa di posizione che offre lo spunto per il superamento definitivo del monopolio dell'istituzione manicomiale, sottraendo ogni alibi sull'ineluttabile ricorso a misure di internamento come unica soluzione offerta dal sistema. Malgrado ciò, l'elaborazione giurisprudenziale che è seguita non ha fatto propri gli insegnamenti del Giudice costituzionale: la creazione di un sistema duale di ricorso alla libertà vigilata per i non imputabili in sostituzione dell'o.p.g. non ha trovato favore nelle decisioni dei giudici di merito, i quali, anche a causa di una carente collaborazione dei servizi psichiatrici territoriali, non hanno ravvisato nella più blanda misura un efficace strumento di prevenzione speciale[46]. Ma da qui sarà comunque difficile poter tornare indietro: la rivisitazione della libertà vigilata in chiave alternativa all'o.p.g. è un'indubbia conquista con cui ogni futura azione riformatrice dovrà fare i conti. Ed è su questa strada che sembrano incamminarsi le recenti iniziative legislative.

L'art. 3-*ter* d.l. 211/2011 e il completamento del processo di superamento degli o.p.g.: una corsa contro il tempo

I propositi abolizionisti espressi a chiare lettere nell'art. 3-*ter* d.l. 211/2011 rappresentano un epilogo annunciato dopo anni di attese tradite. Per questo sorprende che il legislatore vi abbia posto mano servendosi della decretazione d'urgenza, con un emendamento inserito all'ultimo momento in sede di conversione del decreto, promulgato per intervenire in tempi rapidi su uno dei mali più sentiti dell'esecuzione penitenziaria: il sovraffollamento negli istituti di pena. Più che un intervento meditato e frutto di anni di accesi dibattiti, sembra la sortita

[41] Corte cost., 253/2003, *ibidem*. Già all'indomani della chiusura dei manicomi civili la Consulta aveva messo in discussione la sopravvivenza di istituzioni totali come gli o.p.g., in particolare le loro modalità organizzative e di gestione inadeguate a far fronte al «problema umano e sociale del trattamento da riservare ai prosciolti perché psichicamente infermi e quindi non imputabili»; gli internati meritano «misure idonee alla cura e non soltanto alla custodia»: Corte cost., 139/1982, cit., 1227.

[42] V. Corte cost. 24 luglio 1998, n. 324, in *Giur. cost*., 1998, 2361 a proposito dell'incostituzionalità dell'art. 222 c.p. nella parte in cui consente l'applicazione dell'o.p.g. anche nei confronti degli imputati minorenni non imputabili per vizio di mente.

[43] Corte cost. 253/2003, cit., 2109 ss., con nota di Famiglietti, *Verso il superamento della "pena manicomiale"*.

[44] Sull'evoluzione dell'istituto e sulle possibili trasformazioni future, Della Casa, *La Corte costituzionale corregge l'automatismo del ricovero provvisorio nella struttura manicomiale promuovendo la libertà vigilata al rango di alternativa*, *Giur. cost*., 2004, 4006.

[45] Così, Corte cost., 8 luglio 2009, n. 208, *Giur. cost*., 2009, 2415.

[46] Della Casa, *Basta con gli o.p.g.!*, cit., 80.

estemporanea di un legislatore scosso dal vergognoso quadro delle condizioni di internamento portate alla luce dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sul sistema sanitario nazionale. E, in effetti, sono i lavori di questo organismo, trasfusi in un disegno di legge[47], a dettare i contenuti dell'art. 3-*ter* d.l. 211/2011, con l'intento di dare un forte segnale per il definitivo tramonto di quel «disumano e disumanizzante fossile vivente, eufemisticamente denominato o.p.g.»[48]. Tuttavia, pur essendo comprensibile e condivisibile l'accelerazione che il Governo ha voluto imprimere al processo, l'urgenza che accompagna il decreto non ha reso un buon servizio alla traduzione normativa dei propositi perseguiti. Il provvedimento in esame mostra tutti i limiti di un legiferare scandito dalla fretta fin dalla previsione di tempi troppo stretti per realizzare la chiusura dei manicomi giudiziari.

Ma procediamo con ordine. L'art. 3-*ter* d.l. 211/2011 riparte dagli obiettivi non attuati del d.p.c.m. 1° aprile 2008 e dai moniti della sentenza costituzionale 253/2003; quest'ultima, nell'auspicare un intervento normativo che si muovesse nell'ottica di un ripensamento delle misure di sicurezza, «con particolare riguardo a quelle previste per gli infermi di mente autori di fatti di reato», nel contempo evidenziava l'opportunità di agire ancor più (e ancor prima) nella riorganizzazione delle strutture e nel potenziamento delle risorse necessarie per la presa in carico degli internati da parte dei servizi psichiatrici territoriali. Ed è da qui che il legislatore del 2011 prende le mosse. La strada più rapida per rifondare il sistema è apparsa quella di ritenere oramai non più accettabile l'esistenza dell'o.p.g. nei contenuti odierni, una realtà parallela alle istituzioni carcerarie che ha smarrito progressivamente ogni ambizione terapeutica, mutando in un universo silente sempre più configurabile come un limbo in cui vengono confinati, senza limiti temporali, uomini a cui viene sottratta ogni dignità[49]. La disposizione emergenziale si configura come l'esito di un percorso di riordino del trattamento penale dell'infermo di mente autore di reato che guarda soprattutto alle modalità concrete di gestione dello stesso, i cui esiti indissolubilmente avvinti al grado di efficienza (e di risorse) dei servizi psichiatrici territoriali, saranno oltretutto concretamente valutabili solo ad attuazione ultimata[50].

Si è scelto così di ridefinire il profilo strutturale ed organizzativo dei luoghi che ospitano autori di reato malati psichici, ponendo l'accento sull'urgenza di fare dell'internamento una misura del tutto eccezionale e privilegiando soluzioni di tipo terapeutico-risocializzativo *extra moenia*. Lo scopo ultimo è realizzare una netta distinzione tra pena e misura di sicurezza: «l'attenzione rivolta alla sanitarizzazione dell'esecuzione sottolinea che motivo ispiratore della riforma è la persona con le sue esigenze primarie di cura e riabilitazione»[51]. Perciò, per l'infermo o seminfermo di mente, a fronte di una accertata pericolosità sociale, secondo la riforma, il giudice avrebbe a disposizione due possibilità: in prima battuta la libertà vigilata terapeutica (con prescrizioni adeguate alle necessità di cura del soggetto e affidamento al servizio psichiatrico territoriale); ove questa non si rivelasse idonea a neutralizzare il pericolo di recidiva, si può ricorrere all'internamento (sia *ex* art. 222 c.p. che *ex* art. 219 c.p.) in una struttura sanitaria che si trovi, di regola, nel territorio di residenza dell'infermo, struttura che dovrà avere le caratteristiche individuate dallo stesso legislatore: esclusiva gestione medica all'interno, presidi di sicurezza esterni, assegnazione degli internati nel rispetto del criterio della provenienza regionale[52].

Come è facile intuire, la realizzazione di questo passaggio cruciale si gioca tutta sui tempi di implementazione degli ambienti che dovranno sostituire l'o.p.g. e sulla predisposizione dei programmi di presa in carico degli internati dimessi da parte dei servizi psichiatrici del territorio. Il decreto 211/2011, in origine, fissava la scadenza del passaggio alla nuova gestione trattamentale al 31 marzo 2013: tuttavia, l'esiguo lasso temporale lasciato alle regioni per creare le nuove realtà di accoglienza, causa i tempi geologici con cui normalmente si muove la macchina amministrativa e la scarsità delle risorse disponibili, ha costretto il legislatore a tornare sui suoi passi e prevedere la proroga di un anno.

[47] D.d.l. 3036/2012 comunicato alla presidenza del Senato il 30 novembre 2011 dal Sen. Marino ed altri (*leg16.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00620102.pdf).* Come si legge nella relazione accompagnatoria, il disegno di legge «è volto a garantire la tutela della dignità e della salute dei malati di mente autori di reato, nonché una razionalizzazione dell'utilizzo delle risorse del Servizio sanitario nazionale e dell'Amministrazione penitenziaria, attraverso il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari. Si tratta di un intervento legislativo quanto mai necessario e urgente».

[48] Della Casa, *Basta con gli o.p.g.!*, cit., 103.

[49] Piccione, *Morte di un'istituzione totale? Il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*, *www.associazionedeicostituzionalisti.it/articolorivista*, 2012, n. 1, 8.

[50] Così, Scomparin, *Dalla riduzione urgente della tensione detentiva alla chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari: primi interventi, governativi e parlamentari, per una nuova politica criminale*, *Legislazione pen*. 2012, 330.

[51] Pelissero, *Il definitivo superamento*, cit., 1024.

[52] V. *infra* nel testo.

La modifica non ha riguardato soltanto il limite temporale di sopravvivenza delle strutture manicomiali; anche la riformulazione di alcuni passaggi della norma evidenzia una indicativa scelta di campo: non ci si esprime più in termini di superamento degli o.p.g., ma apertamente si parla di chiusura, quasi a lasciar intendere che oramai il processo è irreversibile e che non vi saranno ulteriori proroghe. Oltretutto, proprio a suggellare l'ineluttabilità del traguardo raggiunto, si prevede una sorta di commissariamento delle regioni che, entro il 30 novembre 2013, non avranno provveduto a completare il piano di misure strutturali e di presa in carico degli internati da parte dei dipartimenti di salute mentale territoriali, con il conseguente avvio dei programmi di cura e di reinserimento sociale[53].

Al di là della perentorietà del lessico usato dal legislatore, non si nascondono le perplessità sulla realistica conclusione, in pochi mesi, di un processo tanto travagliato, non foss'altro perché dovrà compiersi in un momento di difficile congiuntura economica che non rende certo agevole il reperimento dei mezzi finanziari per mettere in campo le azioni necessarie.

Un sintomatico cambio della guardia: al via le strutture terapeutiche territoriali

Il comma 2 dell'art. 3-*ter* d.l. 211/2011 stabilisce che con «decreto di natura non regolamentare» il Ministro della salute, di concerto con il Ministro della giustizia e con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano dovrà definire i requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi, anche per ciò che riguarda i profili di sicurezza, delle residenze «destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o dell'assegnazione a casa di cura e custodia». Il decreto dovrà tenere conto sostanzialmente di tre criteri direttivi: le strutture all'interno avranno esclusiva gestione sanitaria[54]; i profili attinenti alla sicurezza saranno governati attraverso un'attività perimetrale e di vigilanza esterna avvalendosi delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili «a legislazione vigente»; ad ogni struttura verranno destinati i soggetti provenienti di norma dalla regione dove la stessa è ubicata.

Benché fosse il 31 marzo 2012 la data entro cui il decreto avrebbe dovuto essere emanato, questo ha visto la luce soltanto il 1° ottobre 2012[55] e nel rispetto delle indicazioni legislative ha fissato le caratteristiche dei nuovi impianti sanitari destinati ad ospitare autori di reato affetti da infermità mentale. Tra i requisiti di maggiore interesse, vanno segnalati il numero esiguo di ospiti (massimo 20 per ogni unità-alloggio); la suddivisione in abitazioni confortevoli e munite di idonei servizi igienici; la presenza di locali debitamente attrezzati per attività in comune e per l'erogazione dei servizi socio-sanitari; la presenza esclusiva di personale medico-infermieristico; l'affidamento dell'attività perimetrale di sicurezza e di vigilanza esterna al personale di polizia, attraverso specifici accordi con le prefetture, che tengono conto dell'aspetto logistico delle strutture e del livello di pericolosità degli ospiti[56].

Quella che emerge è la trasformazione radicale delle misure di sicurezza psichiatriche attraverso nuove realtà riabilitative caratterizzate essenzialmente dal trattamento psico-sanitario che viene impartito[57]. Si tratta di un processo che assomiglia molto a quello voluto dal legislatore minorile allorquando il d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448, senza intervenire sulla disciplina sostanziale delle misure di sicurezza previste per i minorenni, ne ha stabilito l'esecuzione con modalità che ne accentuano la

[53] Cfr. il combinato disposto dei commi 8-*bis* e 9 dell'art. 3-*ter* d.l. 211/2011, così come riformulati dall'art. 1 d.l. 24/2013.

[54] Vi è la rinuncia ad ogni valenza detentiva dell'internamento. Sul punto cfr. il contributo di Traverso, *Il trattamento del reo infermo di mente*, cit., 246, nel quale già si rintracciano queste caratteristiche delle strutture chiamate a sostituire gli o.p.g. Analogamente Zappa – Romano, *Infermità mentale, pericolosità sociale e misure di sicurezza alla prova degli anni duemila*, *Rass. penit. e crim.*, 1999, 96.

[55] *Gazz. Uff., Serie Generale*, n. 270 del 19 novembre 2012, 42 ss.

[56] Se si eccettua il numero massimo di degenti, il modello delineato dal decreto interministeriale conosce già una sperimentazione. Si tratta dell'o.p.g. di Castiglione delle Stiviere, il quale si è già orientato per la sanitarizzazione delle strutture di internamento. L'o.p.g. di Castiglione delle Stiviere fa parte del sistema sanitario nazionale grazie ad una convenzione con il Ministero della giustizia stipulata fin dagli anni '30 e sempre rinnovata. L'istituzione è gestita da solo personale sanitario, senza polizia penitenziaria, modello di gestione che ha favorito la creazione di percorsi terapeutici che, una volta superata la fase acuta della malattia, consentono la predisposizione per l'internato, in collaborazione con il dipartimento di salute mentale territoriale, di programmi riabilitativi e di reinserimento sociale individualizzati. Per una disamina dell'esperienza, Zappa – Romano, *Infermità mentale, pericolosità sociale*, cit.,103 ss.

[57] Mettono in guardia dalla scelta di superare la stagione degli o.p.g. con la creazione di strutture apposite per i prosciolti per infermità mentale, Zappa – Romano, *op. cit.*, 94, secondo i quali si ripeterebbe l'errore e nulla cambierebbe. Più opportuno sarebbe, per i prosciolti socialmente pericolosi la previsione di un ventaglio di misure (ricovero coatto, affidamento ai servizi sociali o ai dipartimenti di salute mentale territoriali, libertà assistita), unito «ad ampi poteri decisori da parte del magistrato di sorveglianza, a loro volta legati all'evolvere della malattia e quindi del trattamento».

caratura educativa e ne azzerano i contenuti segreganti[58].

Ad ogni buon conto, vi è una differenza sostanziale (non di poco momento) tra i due ordinamenti: nel caso che ci occupa la trasformazione è affidata ad un atto interministeriale «di natura non regolamentare»[59]. Ora, non essendo cambiati gli aspetti tipologici né i presupposti per l'applicazione delle misure di sicurezza psichiatriche, queste avendo natura detentiva sono coperte, ai sensi dell'art. 13 Cost., da riserva di legge quanto ai «casi e modi» di limitazione della libertà personale. È vero che il decreto 1° ottobre 2012 formalmente si occupa della definizione dei requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle residenze destinate ad ospitare gli internati; non di meno, nella sostanza, esso va ad incidere in maniera determinante «su aspetti fondamentali delle modalità di esecuzione delle misure di sicurezza dell'o.p.g. e della casa di cura e di custodia, al punto che si potrebbe arrivare a mettere in discussione il rispetto della riserva di legge sui modi di restrizione della libertà personale»[60].

Al di là dei limiti di costituzionalità della disciplina, indubbiamente non secondari, preme porre l'accento su altri profili di criticità che rendono difficilmente praticabile la nuova organizzazione sanitaria, a cominciare dall'individuazione di strutture a capienza ridotta. Se dal punto di vista finalistico si tratta di opzione condivisibile ed essenziale per garantire la prevalenza delle esigenze di cura su quelle *de securitate*, tuttavia essa pone un problema serio di gestione degli accessi a queste residenze e dunque di applicazione in concreto del ricovero in o.p.g. e dell'assegnazione alla casa di cura e custodia. Poiché i presupposti non sono cambiati, né i criteri per la determinazione della pericolosità (art. 203 c.p.), la riuscita della riforma non può che scommettere sulla praticabilità di misure di neutralizzazione diverse dall'internamento: se tutto continuasse a girare attorno all'o.p.g. si dovrebbe sostenere uno sforzo di implementazione di nuove unità di ricovero talmente elevato – anche in termini di impegno finanziario[61] – da renderne impossibile la realizzazione.

I conti sono presto fatti. Stando ai dati di una delle ultime rilevazioni statistiche[62], nei sei o.p.g. esistenti sono rinchiuse circa 1400 persone: se si considera che, almeno 400 dei soggetti internati potrebbero essere dimessi e affidati ai servizi psichiatrici territoriali perché è scemata o risulta sensibilmente ridotta la loro pericolosità sociale[63], per il restante numero di infermi psichici che necessitano di interventi terapeutici in condizioni di degenza, sarebbero necessarie, secondo i nuovi parametri ministeriali dei venti posti letto, almeno cinquanta unità-alloggio, opportunamente dislocate nel rispetto del criterio della territorialità regionale. Se pensiamo poi che la giurisprudenza, nel corso degli anni, ha esteso il concetto di malattia psichica in grado di escludere o scemare la capacità di intendere e volere, ampliando in questo modo anche l'ambito di applicazione delle misure di sicurezza custodiali[64] e facendo sempre più ricorso al ricovero in o.p.g.[65], il conto che l'operazione di riforma presenta raggiunge cifre che difficilmente il sistema sarà in grado di sopportare.

Oltretutto, a rendere ancora più complesso il lavoro di trasformazione contribuisce anche uno dei criteri qualificanti la riorganizzazione delle strutture di accoglienza: quello della territorialità. Se, per certi versi, cambia radicalmente la prospettiva nel trattamento della malattia mentale, in quanto assegna un ruolo centrale a quei percorsi di cura e riabi-

[58] Ai sensi dell'art. 37 d.p.r. 448/1988 la libertà vigilata si esegue nelle forme delle prescrizioni e della permanenza in casa, mentre il riformatorio giudiziario assume la veste di collocamento in comunità, misura priva del carattere detentivo. In argomento, Coppetta, sub *art. 36*, Giostra (a cura di), *Processo penale minorile, Commento al d.p.r. 448/1988*, Giuffrè, 2009, 501 ss.

[59] Si tratta di un atto amministrativo generale privo di funzione normativa, destinato alla cura concreta di interessi pubblici. Per un approfondimento, A. Moscarini, *Sui decreti del Governo «di natura non regolamentare» che producono effetti normativi*, *Giur. cost*. 2008, 5475 ss.

[60] Valvo, *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: la delicata attuazione dell'art. 3-ter d.l. 211/2011*, *www.penalecontemporaneo.it*, 5. Sui problemi legati all'applicabilità delle regole penitenziarie nell'esecuzione delle "nuove misure di internamento", vedi *infra* nel testo.

[61] I limiti del presente lavoro non consentono un'analisi approfondita anche degli aspetti finanziari della riforma, per i quali si rimanda al contributo di Della Casa, *Basta con gli o.p.g.!*, cit., 100 ss. Qui basti ricordare che in data 28 dicembre 2012 è stato emanato il decreto interministeriale (*Gazz. uff., Serie generale*, n. 32 del 7 febbraio 2013, 2 ss.) che prelude all'assegnazione delle risorse finanziarie alle regioni per la realizzazione delle strutture volte ad ospitare gli internati dopo la chiusura degli o.p.g.. Si tratta di un segnale indubbiamente positivo che manifesta la volontà politica di non recedere dai propositi di superamento delle strutture manicomiali.

[62] Vedi *supra*, nota 14.

[63] Sono i numeri certificati dalla conferenza unificata Stato-Regioni del 26 novembre 2009.

[64] In questa direzione Cass., sez. un., 8 marzo 2005, n. 9163, *Cass. pen*., 2005, 1851, con nota di Fidelbo, *Le sezioni unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*.

[65] Secondo Ornano, *Il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., 2093, per far sì che la scommessa del superamento degli o.p.g. possa essere vinta è necessario attuare un'offerta terapeutica "a ventaglio", che contempli, accanto alle strutture previste per soggetti che richiedono un'alta sorveglianza (quelle per intenderci del comma 4 dell'art. 3-*ter* l. 9/2012) «altre soluzioni terapeutiche da destinare a coloro ai quali può essere applicata la misura di sicurezza con obbligo di cure o strutture intermedie costituite da comunità terapeutiche non specializzate, specializzate per malattie psichiatriche e a doppia diagnosi, fino ai servizi pubblici territoriali».

litazione predisposti dai servizi psichiatrici regionali per favorire il recupero della dimensione umana e sociale nel contesto ambientale di appartenenza, ciò non di meno il ruolo da protagoniste delle regioni nel processo, rischia di concorrere all'attuazione di una riforma "a macchia di leopardo", con percorsi di adeguamento inevitabilmente differenziati. Un po' quello che è capitato con la l. 180/1978 e con la mancata messa in opera degli interventi di supporto socio-sanitario necessari per garantire non solo la presa in carico degli internati dimessi dai manicomi civili, ma per assicurare anche le necessarie azioni di sostegno alle famiglie[66].

L'esperienza insegna. Oggi convivono nell'universo delle misure di sicurezza psichiatriche realtà come quella della regione Lombardia che ha già individuato con delibera X/122 del 14 maggio 2013 gli adeguamenti strutturali (con relativa destinazione delle risorse finanziarie) necessari per dare attuazione al programma di superamento degli o.p.g.[67] e quella della regione Sicilia, la quale non ha mai provveduto al trasferimento delle competenze in materia di sanità penitenziaria al servizio sanitario nazionale, con inevitabile ritardo nei lavori di programmazione e realizzazione degli interventi di supporto terapeutico sostitutivi dell'internamento nelle istituzioni manicomiali[68]. Certo, l'uniformità nell'applicazione della riforma sul territorio nazionale dovrà sicuramente fare i conti con una fisiologica sfasatura, tenuto conto del fatto che gran parte delle regioni italiane, in questi anni, non hanno maturato competenze specifiche su tale terreno[69], sia per ciò che riguarda la formazione del personale sanitario assegnato ai dipartimenti di salute mentale, sia la preparazione degli stessi magistrati di sorveglianza[70]. Ma è altrettanto indubitabile che il tramonto degli strumenti di controllo custodiali sarà possibile nella misura in cui l'eventuale fisiologico ritardo nell'adeguamento dei servizi locali di supporto socio-sanitario non si trasformi in patologica inottemperanza.

Il tallone d'Achille della riforma: la presa in carico degli "internati dimissibili" da parte dei dipartimenti di salute mentale

Lo snodo cruciale del processo di superamento degli o.p.g. è il passaggio delle competenze ai dipartimenti di salute mentale territoriali nella cura e riabilitazione degli "internati dimissibili", locuzione alla quale, si ricorda, vengono associati due fenomeni: quello di soggetti ricoverati in o.p.g., per i quali è venuta meno la pericolosità sociale che ne giustifica la segregazione; quello di internati che presentano un rischio di recidiva di livello tale da poter essere contenuto ricorrendo a strumenti non custodiali. Ad entrambi la riforma riserva specifiche disposizioni che presentano quale tratto comune il pesante coinvolgimento delle strutture sanitarie regionali nella transizione dall'o.p.g. a nuove forme di trattamento psichiatrico-giudiziario.

Con riguardo alla prima categoria, l'art. 3-*ter* comma 4 d.l. 211/2011 stabilisce la chiusura degli o.p.g. il 1° aprile 2014, con esecuzione delle misure di sicurezza manicomiali presso le nuove strutture sanitarie create a livello regionale, «fermo restando che le persone che hanno cessato di essere socialmente pericolose devono essere senza indugio dimesse e prese in carico, sul territorio, dai dipartimenti di salute mentale». Sembrerebbe del tutto pletorico prevedere la fine dell'internamento per coloro che non rappresentano più una minaccia per la collettività: se il presupposto per l'applicazione della misura di sicurezza detentiva è la pericolosità sociale dell'infermo o seminfermo di mente, costituisce un dovere per il giudice, già sulla base della legislazione vigente, procedere alla dimissione dell'internato le cui concrete possibilità di recidiva siano venute meno[71].

In verità, al di là di discutibili licenze lessicali che il nomoteta si concede[72], il messaggio - nemmeno troppo velato - che vuol far passare suona sia come una presa d'atto, sia come un monito: nel fotografa-

[66] Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 97-98.

[67] La delibera (reperibile in *www.penalecontemporaneo.it*), valorizzando il lavoro che da anni la regione porta avanti nell'ambito del trattamento delle patologie psichiatrice e partendo dall'esperienza dell'o.p.g. di Castiglione delle Stiviere, all'avanguardia nella medicalizzazione degli strumenti di controllo della pericolosità sociale degli infermi di mente, dà attuazione all'art. 3-*ter* comma 6 d.l. 211/2011 attraverso l'individuazione di tre tipologie di strutture terapeutiche da riqualificare e attorno a cui programmare i servizi territoriali di supporto al trattamento degli internati dimessi dagli o.p.g.

[68] Va altresì dato atto che con delibera n. 330 del 6 maggio 2013 anche la regione Toscana, di concerto con le regioni Sardegna, Umbria e Liguria ha approvato lo scherma di accordo per il superamento dell'o.p.g. di Montelupo Fiorentino.

[69] Così, Ornano, *Il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., 2092.

[70] La competenza a decidere sulle questioni riguardanti l'esecuzione delle misure di sicurezza è demandata al magistrato che ha giurisdizione sull'istituto di internamento *ex* art. 677 comma 1 c.p.p.

[71] Fiorentin, *Per gli O.p.g. un futuro su base territoriale*, *Guida dir*., 2012, n. 10, 54.

[72] Non è di facile comprensione il valore da assegnare all'inciso «senza indugio», sia per ciò che riguarda i tempi di realizzazione delle condizioni poste dalla norma, sia per le conseguenze sul piano giuridico nel caso in cui i propositi legislativi non vengano attuati.

re una situazione intollerabile e indegna di un paese civile che si consuma oramai da troppo tempo (il protrarsi dell'internamento di infermi psichici autori di reato non pericolosi per carenza di alternative al trattamento *intra moenia*) esorta i magistrati a provvedere alla dimissione di questi soggetti che, «senza indugio», debbono essere presi in carico dai dipartimenti di salute mentale territoriali, poiché, non rappresentando più un pericolo per la collettività, hanno diritto di riguadagnare la libertà e vedere affermata, in quanto malati, la piena salvaguardia delle esigenze di cura e di riabilitazione.

Il fenomeno dell'internamento *sine die* ruota attorno ad un malinteso concetto di pericolosità sociale non riconducibile alle condizioni personali dell'interessato: la giurisprudenza l'ha definita «pericolosità condizionata»[73] perché correlata all'esistenza – e al funzionamento – delle strutture assistenziali operanti in un determinato ambito territoriale[74]. Secondo questa impostazione, tale forma di pericolosità troverebbe legittimazione nell'art. 203 c.p., il quale per la soddisfazione delle istanze di difesa sociale rinvia, tra le altre, alle «condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo» *ex* art. 133 c.p.; così, laddove fossero carenti le offerte riabilitative fornite dai servizi sanitari territoriali e le famiglie non fossero in grado di accogliere l'internato, ci sarebbero i presupposti per la soddisfazione dei bisogni di securità attraverso il ricovero in o.p.g. o l'assegnazione ad una casa di cura e custodia. La lettura proposta, tuttavia, non convince, perché tradisce il concetto di pericolosità criminale entrato nel nostro ordinamento con l'art. 203 c.p., il quale àncora il giudizio sulla probabilità di commettere nuovi reati alle circostanze indicate nell'art. 133 c.p., dunque a criteri riferiti alla personalità del non imputabile, non certo alla carenza di opportunità assistenziali e riabilitative offerte dall'ambiente socio-familiare[75]. Come autorevolmente è stato affermato, la pericolosità sociale è una qualità della persona, uno *status* soggettivo rilevatore dell'attitudine a commettere un reato[76]: se fosse agganciata a situazioni e circostanze socio-ambientali indipendenti dalle caratteristiche del reo, si determinerebbero problemi di accertamento, non essendo agevole una prognosi sui comportamenti futuri di un soggetto vincolata a variabili che nulla hanno a che vedere con la sua personalità.

A questo punto allora, per invertire la rotta e mettere fine al fenomeno degli ergastoli bianchi rispondendo all'esortazione del legislatore, non basta soltanto ricondurre il concetto di pericolosità sociale dentro i confini di una corretta esegesi, ma è indispensabile «senza indugio» porre fine all'inadeguatezza – molto più spesso carenza – di programmi trattamentali predisposti dai servizi sanitari territoriali e riservati ai malati psichici autori di reato dimessi dagli o.p.g., dai quali la collettività non ha più necessità di difendersi. In sostanza, la realizzazione di percorsi terapeutico-riabilitativi da parte dei centri di salute mentale diviene il perno su cui poter dare corso all'obbligo di presa in carico degli *ex* ricoverati[77].

Si tratta di una prospettiva per nulla diversa da quella che si prefigura anche per coloro la cui pericolosità può essere neutralizzata ricorrendo a mezzi diversi da quelli dell'internamento. Qui però il legislatore sembra fare un significativo passo ulteriore, perché non si preoccupa soltanto della sorte di quanti hanno già subito l'applicazione di una misura di sicurezza psichiatrica e possono essere trattati

[73] Trib. sorv. Genova, 5 giugno 2001, *Foro it*., 2002, II, 61, con nota di La Greca, *Sempre aperto il problema dell'ospedale psichiatrico giudiziario*. In dottrina Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 116 ss., utilizza l'espressione «pericolosità situazionale» per indicare che la prognosi sul comportamento futuro può dipendere non tanto dalle caratteristiche bio-antropologiche del soggetto, quanto dal contesto ambientale e di relazioni in cui il soggetto si colloca o si andrà a collocare.

[74] Cfr., Ruaro, sub *art. 679 c.p.p.*, Grevi-Giostra-Della Casa, *Ordinamento penitenziario commentato*, II, *Organizzazione penitenziaria*, Padova, 2011, 1200. V., Cass., sez. I, 7 dicembre 1993, n. 507, *Cass. pen.*, 1995, 284, secondo cui ai fini del giudizio di pericolosità sociale, quando si tratti di infermi o seminfermi di mente, il riferimento contenuto nell'art. 203 c.p. alle «circostanze indicate nell'art. 133» non esclude «che dette circostanze vengano valutate tenendo conto della situazione obiettiva in cui il soggetto, dopo la commissione del reato e l'eventuale espiazione della pena, verrebbe a vivere e ad operare e, quindi, anche della presenza ed affidabilità o meno di presidi territoriali socio-sanitari, in funzione delle obiettive e ineludibili esigenze di prevenzione e di difesa sociale alla cui salvaguardia sono finalizzate - in difetto di altri strumenti d'intervento e di controllo che assicurino pari o superiore efficacia - le misure di sicurezza». Tra i giudici di merito, Mag. sorv. Milano, 13 gennaio 2001, *Foro ambr.* 2000, 21, ha ritenuto che l'esclusione del ricovero in o.p.g. è possibile soltanto se sussistono adeguate strutture terapeutiche territoriali in grado di contenere il rischio di recidiva.

[75] Così Trib. sorv. Genova, 5 giugno 2001, Alasia, cit., 61. Il giudice di merito rileva come l'abbracciare il concetto di "pericolosità condizionata" non corrisponda, sotto il profilo sostanziale, al parametro normativo contemplato dall'art. 203 c.p. e oltretutto riproporrebbe un'ipotesi di internamento obbligatorio prevista dall'abrogato art. 1 l. 14 febbraio 1904, n. 36 nei confronti degli «alienati» che non potessero essere «convenientemente custoditi e curati» in ambiente esterno. A tacer d'altro poi, il ricorso da parte della magistratura al ricovero in o.p.g. come azione di supplenza per le carenze del sistema assistenziale, non dovrebbe essere mai ammesso, poiché incide su un diritto di libertà della persona che soggiace alla riserva di legge quanto ai casi e modi in cui il diritto può essere compresso.

[76] Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, 652. V. anche Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, cit., 59 ss.

[77] In questo senso, l'interpolazione operata dal d.l. 24/2013 al comma 6 dell'art. 3-*ter* d.l. 211/2011.

secondo un regime alternativo, ma si fa carico anche di quanti, una volta superata la transizione dagli o.p.g., potrebbero essere assoggettati, in prima battuta, ad un provvedimento di sicurezza terapeutico.

Chiari gli intendimenti che emergono dal comma 5 dell'art. 3-*ter* d.l. 211/2011: per il tramonto della logica dell'internamento manicomiale è necessario investire nella predisposizione di percorsi finalizzati al recupero e reinserimento sociale dei pazienti provenienti dagli o.p.g. Non solo; se leggiamo la disposizione unitamente al successivo comma 6, così come interpolato dal d.l. 24/2013, l'implementazione dei progetti per la presa in carico degli autori di reato non imputabili o semimputabili deve «favorire l'esecuzione di misure di sicurezza alternative al ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o all'assegnazione a casa di cura e custodia». È una scelta di campo oltremodo eloquente che, facendo propri gli approdi della Corte costituzionale, ha in un certo senso normativizzato il principio di sussidiarietà: il ricovero in o.p.g. o l'assegnazione ad una casa di cura e custodia debbono sempre rappresentare l'*extrema ratio*. Certo, la previsione non si spinge fino al punto di modificare la disciplina sostanziale delle misure di sicurezza, nemmeno in chiave tipologica, ma riconosce legittimazione prioritaria a dispositivi di controllo esistenti dai ridotti contenuti custodiali. Nell'adottare i presidi di sicurezza funzionali alla neutralizzazione della pericolosità sociale di un soggetto infermo di mente, il giudice non deve più guardare precipuamente all'internamento, ma privilegiare soluzioni diverse, meno afflittive. Il nostro sistema penale può annoverare tra le misure di sicurezza psichiatriche anche la libertà vigilata, la quale, come ricordato dalla Consulta nella sentenza 253/2003, se accompagnata da adeguate prescrizioni terapeutico-riabilitative «idonee ad evitare le occasioni di nuovi reati» - art. 228 c.p. - potrebbe essere in grado di farsi carico dell'eterna dicotomia che qualifica i provvedimenti *de securitate*: il difficile equilibrio tra cura e difesa sociale.

Perché ciò sia possibile, è indispensabile che le autorità sanitarie territoriali facciano la loro parte: la reale prospettiva di un superamento dell'attuale esecuzione delle misure psichiatriche dipenderà proprio dall'interazione tra sistema penale e sistema sanitario[78]. Magistratura (ordinaria e di sorveglianza), psichiatri e servizi di salute mentale che operano sul territorio sono i veri protagonisti di questo nuovo corso e l'atto finale della travagliata storia del manicomio giudiziario dipenderà dalle soluzioni che sapranno costruire nelle diverse realtà regionali[79]. Se i dipartimenti di salute mentale non saranno in grado di allestire le strutture di cui all'art. 3-*ter* d.l. 211/2011 e di prendere in carico quanti non necessitano di internamento proponendo adeguati protocolli terapeutici e supporto socio-assistenziale, «gli attuali o.p.g. non potranno essere smantellati»[80].

Non c'è dubbio: solo sulla carta l'operazione può apparire semplice. Dal punto di vista operativo, oltre ai tanti ostacoli che siamo venuti via via delineando, c'è un fattore con cui il processo di trasformazione in atto dovrà scendere a patti: il polimorfismo dell'o.p.g., quel policromo universo di posizioni giuridiche che convivono all'interno delle strutture manicomiali. Prosciolti per vizio totale di mente e condannati per vizio parziale socialmente pericolosi; imputati socialmente pericolosi, per i quali la misura psichiatrica è stata applicata in via provvisoria; condannati la cui condizione di incapacità (tale da impedire l'esecuzione della pena – art. 148 c.p.) sia sopravvenuta alla condanna; soggetti colpiti da infermità psichica durante l'esecuzione di una misura di sicurezza (art. 212 c.p.); condannati e imputati sottoposti a osservazione psichiatrica (art. 112 reg. ord. penit.); minorati psichici *ex* art. 111 comma 5 reg. ord. penit. Per i dipartimenti di salute mentale che dovranno prendere in carico i dimessi sarà un'impresa titanica quella di predisporre protocolli terapeutici che possano venire incontro alle esigenze di cura e assistenza socio-sanitaria di un così variegato contesto umano[81]. Ma da questi non si potrà prescindere: l'art. 3-*ter* comma 6 d.l. 211/2011 a tal proposito è chiaro. Le aziende sanitarie locali dovranno provvedere alla presa in carico di quanti lasceranno gli o.p.g. «all'interno di progetti terapeutico-riabilitativi individuali che assicurino il diritto alle cure e al reinserimento sociale»[82].

[78] In argomento, cfr. Fiorentin, *Per gli O.p.g. un futuro su base territoriale*, cit., 54.

[79] Sull'esperienza maturata in questi anni nel circondario del tribunale di Cagliari, v. Ornano, *Il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario*, cit., 2094.

[80] Pelissero, *Il definitivo superamento*, cit., 1024.

[81] Per un'analisi dei profili critici a proposito dell'eterogenea umanità internata, v. Della Casa, *Basta con gli o.p.g.!*, cit., 71 ss.

[82] Del resto, che sia necessario procedere alla predisposizione di interventi che tengano conto delle diverse categorie di internati lo conferma il decreto 1° ottobre 2012, a proposito dei requisiti delle strutture terapeutiche che ospiteranno gli infermi psichici per i quali residua una pericolosità che richiede seppur blande forme di controllo. Nell'allegato A del decreto si precisa che i servizi sanitari regionali, cui la realizzazione e gestione delle nuove strutture è affidata, dovranno procedere a «un'implementazione adeguatamente diversificata, anche in termini strutturali, organizzativi, di profili di sicurezza e di vigilanza esterna, nonché per livelli di protezione, idonea a rispondere alle diverse caratteristiche psicopatologiche ed alla loro evoluzione».

Gli scenari futuri: più ombre che luci sulle sorti del processo di trasformazione degli o.p.g.

Seppur ispirato dalle migliori intenzioni, il percorso governativo per la definitiva chiusura degli o.p.g. corre il pericolo di trasformarsi nell'ennesima tela di Penelope: un lavoro interminabile. Tanti, forse troppi gli aspetti che ancora attendono adeguata tessitura normativa, oltretutto in uno spazio temporale assai breve e potendo contare su risorse limitate. Di sicuro la strada giusta è stata imboccata, ma per il tramonto delle misure di sicurezza psichiatriche probabilmente bisognerà pazientare, per lo meno fino a quando non verranno colmate alcune delle lacune più evidenti, a cominciare dalla mancata previsione delle conseguenze se la riforma non venisse attuata nei tempi stabiliti. I silenzi, a volte, sono più eloquenti delle parole: su che cosa accada agli internati dopo il 1° aprile 2014, ove non vi fossero le nuove strutture terapeutiche pronte ad accoglierli o mancasse la presa in carico da parte dei dipartimenti di salute mentale non è dato sapere. È facile però preconizzare la sopravvivenza degli attuali manicomi giudiziari, anche se in violazione di una norma che fissa un termine di chiusura perentorio solo in apparenza. Difficile immaginare un cambio di rotta degli orientamenti giurisprudenziali affermatisi in questi anni in merito al ricorso a meccanismi di internamento. Mancando le nuove unità terapeutiche, la magistratura si affiderà ancora all'istituzione totale. Del resto, all'inosservanza dell'obbligo di chiusura degli o.p.g. non è ricollegata alcuna sanzione, né si può invocare l'operatività del meccanismo di caducazione automatica pure previsto *in subiecta materia*, ma riservato a ipotesi "speciali" che non permettono di servirsi dell'interpretazione analogica[83]. Certo, indirettamente un dispositivo sanzionatorio si ricava dal comma 9 dell'art. 3-*ter* d.l. 211/2011, laddove è previsto un intervento di supplenza dello Stato per dare seguito alla chiusura, nel caso le regioni non provvedessero nei tempi stabiliti. L'azione di supplenza statale, ad ogni buon conto, seppur apprezzabile, è rimedio la cui effettività è condizionata dall'esercizio della discrezionalità politica, che, come si sa, raramente può contare su programmi a lungo termine; di regola è guidata dalle contingenze del momento. Oggi la priorità è la chiusura dell'o.p.g., domani chissà.

Un ulteriore scenario che può presentarsi nell'evenienza di un ritardo attuativo è che le aziende sanitarie locali, per accelerare i tempi di messa in opera della riforma, si affidino al privato sociale o imprenditoriale e diano in appalto sia la realizzazione che la gestione delle strutture e dei servizi terapeutici riservati ai nuovi internati, magari scegliendo prioritariamente tra le esperienze già maturate nel settore del trattamento della malattia mentale[84]. La privatizzazione delle strutture destinate a sostituire gli o.p.g. non è evenienza improbabile[85], seppure da scongiurare, poiché entrerebbe in rotta di collisione con le garanzie costituzionali a tutela della libertà personale, prima fra tutte l'esclusiva competenza dello Stato negli "affari penali". Partendo dal presupposto che le misure di sicurezza terapeutiche sono provvedimenti limitativi della libertà personale, espressione del potere punitivo statuale e adottati dall'organo giurisdizionale nell'ambito di un procedimento penale, è da escludere che la loro esecuzione possa essere affidata a soggetti diversi da organi pubblici. Oltretutto, dietro l'affidamento a operatori privati della gestione dell'internamento potrebbero annidarsi questioni altre dal preminente interesse sanitario del malato. La modifica *in melius* e la revoca di una misura di sicurezza detentiva, ad esempio, dipendono in larga parte dalle valutazioni dell'*equipe* che ha in carico l'internato, dai dati medico-psichiatrici che vengono inviati al giudice e il rilascio avviene, solitamente, in presenza di una prognosi positiva sulla mancanza di pericolosità fondata anche su quei dati. Ciò nonostante, se coloro che hanno in carico il "folle reo" si dovessero ispirare ad una logica di tipo privatistico (qual è quella del vantaggio economico) nell'assolvimento del loro incarico, potrebbero far entrare nella valutazione altri indicatori che nulla hanno a che vedere con le condizioni psichiche del soggetto, come, ad esempio, decidere di prolungare la permanenza del malato nella struttura contenitiva per non perdere le somme che lo Stato elargisce per il suo mantenimento[86].

Le cose, comunque, non vanno molto meglio per gli internati neanche in caso di messa in opera di tutti i congegni indispensabili per la chiusura

[83] Si pensi all'estinzione della misura di sicurezza applicata in via provvisoria per omesso interrogatorio *ex* art. 294 c.p.p. (art. 313 comma 1 c.p.p.). In argomento, Grevi, *Misure cautelari*, Conso – Grevi, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012, 479. In giurisprudenza, Cass., sez. I, 8 maggio 2003, n. 74061, *Cass. pen.*, 2004, 2477.

[84] Diverse le esperienze sorte all'indomani della chiusura dei manicomi civili: comunità alloggio, comunità terapeutiche riabilitative, residenze protette convenzionate che offrono servizi dedicati.

[85] Come si legge nel decreto interministeriale emanato il 1° ottobre 2012, se la realizzazione e gestione delle strutture è di pertinenza delle aziende sanitarie locali nulla impedisce che si possa ricorrere a strumenti di "sanità convenzionata" per superare la stagione dei manicomi giudiziari.

[86] Della Casa, *Basta con gli o.p.g.!*, cit., 88.

dei manicomi giudiziari, perché, anche in questo caso, niente assicura la conversione delle modalità esecutive, né vi sono ripercussioni nell'eventualità che i magistrati di sorveglianza non provvedano al "ricollocamento" degli internati. Che sia necessario un provvedimento giurisdizionale è ovvio: non esistono meccanismi di applicazione automatica in materia *de libertate* (art. 13 Cost.). Invero, è legittimo ritenere che la determinazione *ex lege* di un limite temporale di chiusura dell'o.p.g. faccia sorgere in capo al magistrato che sovrintende all'esecuzione della misura di sicurezza terapeutica il dovere di rivalutare la pericolosità (una ulteriore ipotesi di riesame che si aggiunge a quelle indicate nell'art. 208 c.p.)[87], al fine di stabilire secondo quali nuovi modelli trattamentali può essere fronteggiato il reale *status* psichiatrico del soggetto[88], assegnando valore prioritario a forme di contenimento *extra moenia* (sempreché non ricorrano le condizioni per una revoca del provvedimento). In difetto di un'iniziativa *ex officio*, l'interessato potrà proporre istanza di riesame della pericolosità, ma questa non garantisce una pronuncia in tempi rapidi, poiché non ci sono, anche in questo caso, termini perentori entro cui rispondere alle sollecitazioni di parte. Eventualmente potranno essere promosse azioni disciplinari nei confronti del magistrato inadempiente per comportamento contrario ai doveri d'ufficio, ma che non avranno immediate e sicure ricadute sulla posizione giuridica dell'internato.

Carente risulta la normativa anche dal punto di vista della definizione dello *status* giuridico dei ricoverati nelle nuove strutture sanitarie: il decreto interministeriale 1° ottobre 2012 precisa soltanto che lo svolgimento delle funzioni previste dalla legge di ordinamento penitenziario e dal relativo regolamento di esecuzione, «anche con riferimento agli aspetti della esecuzione della misura di sicurezza e alle forme dei rapporti con la magistratura» sarà affidato ad un accordo tra ministero della salute, dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, regioni e province autonome. Non è dato sapere, pertanto, secondo quali precetti i nuovi internati potranno esercitare i loro diritti, quali i doveri del personale incaricato di gestire il ricovero; ancora quali saranno le disposizioni che governeranno la vita nelle strutture terapeutiche. Secondo le intenzioni che si ricavano dal decreto 1° ottobre 2012, la cornice all'interno della quale ci muoviamo è sempre quella della «legge di ordinamento penitenziario e del relativo regolamento di esecuzione». Ma non poteva essere altrimenti. La scelta dell'art. 3-*ter* d.l. 211/2011 di cambiare soltanto i profili esecutivi delle misure di sicurezza terapeutiche, senza intervenire sulla loro natura di provvedimenti custodiali, fa sì che i prosciolti o i condannati perché seminfermi di mente collocati in contesti di cura e riabilitazione a cagione della loro pericolosità sociale continueranno a qualificarsi come internati e a sottostare alla disciplina penitenziaria dipendente da detta qualifica[89]. Allora è nell'esegesi della l. 354/1975 che va rintracciato lo statuto dei ricoverati, operazione tutt'altro che semplice. Entrando nello specifico dei precetti normativi, in particolare di quella parte dell'ordinamento più orientata al trattamento, si può prefigurare la compatibilità delle disposizioni ispirate al principio del *favor rei*, in particolare la disciplina riguardante l'accesso ai benefici penitenziari ammessi anche per i "folli rei" (licenze, permessi umanitari, lavoro all'esterno, assistenza all'esterno ai figli minori, semilibertà). Analogamente estensibili sono le garanzie giurisdizionali proprie della fase dell'esecuzione penale, *in primis* la competenza del magistrato di sorveglianza per quanto riguarda le vicende delle misure di sicurezza (art. 69 comma 3 ord. penit.), oltre ai rimedi azionabili avverso gli atti dell'"amministrazione sanitaria"[90] lesivi di un diritto del custodito.

Diverso il discorso per quelle disposizioni di più stretta valenza contenitiva, o comunque funzionali al mantenimento della disciplina e della sicurezza all'interno degli istituti. Poiché il ricovero in o.p.g. e l'assegnazione a una casa di cura e custodia verranno eseguite in ambienti a esclusiva gestione sanitaria, difficile pensare che possano trovare applicazione il regime del carcere duro (art. 41-*bis* ord. penit.) o quello della sorveglianza particolare (art. 14-*bis* ord. penit.) o ancora le prescrizioni riguardanti l'irrogazione di una sanzione disciplinare. Altrettanto dubbia l'applicabilità di tutte quelle forme di contenzione che accompagnano la vita del custodito e che in qualche modo ne comprimono i diritti di libertà: limiti di durata della permanenza all'aperto, limiti nella qualità e quantità dei colloqui, limiti nella gestione delle proprie risorse economiche[91].

[87] Il giudizio segue le forme del rito di sorveglianza, *ex* art. 678 c.p.p.: Ruaro, *Magistratura di sorveglianza*, Milano, 2009, 68 ss.

[88] Sull'esigenza di adeguare le modalità esecutive della misura di sicurezza alla personalità dell'interessato, Corbi – Nuzzo, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Torino, 2003, 315. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. I, 2 marzo 2007, n. 11273, *Giust. pen*., 2007, II, 627.

[89] Della Casa, *Basta con gli o.p.g.!*, cit., 90 ss.

[90] Stante la nuova dimensione terapeutica dell'internamento, gestito da personale esclusivamente sanitario, la locuzione risulta più appropriata di "amministrazione penitenziaria".

[91] Per una compiuta analisi sul punto, si rinvia a Della Casa, *Basta con gli o.p.g.!*, cit., 92.

Quello della sicurezza, tuttavia, è un problema che sottotraccia è destinato a condizionare in buona parte la riuscita di questa nuova stagione dell'internamento psichiatrico; è un *affaire* di cui prima o poi il legislatore dovrà farsi carico. Va sicuramente apprezzata l'idea di separare nettamente gli aspetti terapeutici da quelli detentivi, dando preminenza ai primi (i sottoposti a misure di sicurezza psichiatriche sono anzitutto dei malati), ma le esigenze di neutralizzazione della pericolosità di taluni potrebbero compromettere anche il buon esito del trattamento terapeutico di un'intera comunità di internati se non venissero puntualmente soddisfatte. E non sempre il controllo dall'esterno potrà dare garanzie, soprattutto nei casi in cui verranno implementate strutture non omogenee quanto ai livelli di protezione da assegnare agli ospiti in ragione della loro patologia o posizione giuridica.

Come si può ben vedere, la scelta di non toccare la disciplina sostanziale delle misure di sicurezza, mantenendo quell'ambiguità di fondo tra natura terapeutica e custodiale, è una sorta di spada di Damocle che pende sull'effettivo superamento degli o.p.g. Ed è destinata a colpire proprio nel momento del "passaggio di consegne", quando si dovranno eseguire, secondo un approccio terapeutico, provvedimenti penali di contenzione funzionali ad evitare la commissione di nuovi reati. A risentirne maggiormente, con tutta probabilità, sarà una particolare categoria di internati: i condannati a pena diminuita per vizio parziale di mente ed assegnati alla casa di cura e custodia perché riconosciuti socialmente pericolosi. Per costoro resta in piedi la disciplina degli artt. 211 e 220 comma 1 c.p., che regola l'esecuzione differita dei provvedimenti *de securitate* applicati con la sentenza di condanna «dopo che la pena è stata scontata o è altrimenti estinta», salvo che il giudice, «tenuto conto delle particolari condizioni d'infermità psichica del condannato» ne disponga l'esecuzione prima che sia iniziata o abbia termine la pena (art. 220 comma 2 c.p.). Si tratta di un canone già discutibile nell'impianto codicistico del 1930[92], oramai da considerare anacronistico, stante la scelta di campo della riforma che, in linea con gli insegnamenti della Corte costituzionale, ha anteposto i bisogni di cura del delinquente infermo di mente alle necessità di custodia. Per quanto i poteri derogatori concessi al giudice dall'art. 220 comma 2 c.p. mitighino la rigidità della disposizione, è facile prefigurare scenari in cui la carenza di strutture terapeutiche e di servizi di assistenza psichiatrica possano piegare la scelta alla ferrea cronologia dell'art. 211 c.p.p., permettendo così che un'esecuzione della misura di sicurezza posticipata rispetto alla pena metta in serio pericolo la salute del ristretto.

Provando a tirare una linea sulle considerazioni sin qui esposte, sono tali e tante le ombre che celano l'orizzonte riformatore da farci dubitare che possa essere conquistato in tempi brevi. La decisione di ricorrere alla decretazione d'urgenza non ha certo favorito la linearità del processo di ristrutturazione di quell'«immonda baracca del manicomio giudiziario»[93]. Si è preferito interviene sul contenitore e non sul contenuto, rinunciando ad affrontare il cuore del problema: il sistema delle misure di sicurezza psichiatriche, con tutto il loro carico di ambiguità e le categorie dell'imputabilità e della pericolosità sociale in perenne difetto di senso. Troppo poco ricucire il buco quando il tessuto è tanto logoro: il rammendo rischia di saltare.

[92] Grasso, sub *art. 211*, Romano - Grasso - Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2011, 501.

[93] Cappelli, *Per l'abolizione del manicomio giudiziario*, Cappelletto – A. Lombroso (a cura di), *Carcere e società*, Padova, 1976, 334.

INDICI / INDEX

AUTORI/*AUTHORS*

Antonio Balsamo
Corti europee/*European Courts* 29

Teresa Bene
La chiamata indiretta al vaglio delle Sezioni Unite: il principio del libero convincimento tra circuito giudiziario, circolo ermeneutico ed una pericolosa pania / *State's hearsay evidence and judge's free evaluation of evidence according to the "Sezioni Unite" of the Court of Cassation* 53

Orietta Bruno
De jure condendo 15

Lina Caraceni
L'insostenibile peso dell'ambiguità. Verso il crepuscolo delle misure di sicurezza psichiatriche / *The unbearable Weight of Ambiguity. Towards the Twilight of Criminal Asylum* 122

Maria Francesca Cortesi
Membri del Parlamento ed intercettazioni "casuali": nuova pronuncia della Corte costituzionale / *Members of Parliament and interception "random": New ruling of the Costitutional Court* 75

Alessandro Diddi
Profili processuali della nuova disciplina dell'ordinamento forense / *Procedural aspects of the new legislation on the court system* 91

Chiara Fanuele
L'efficacia "rappresentativa" auto-indiziante dei saggi calligrafici assunti da persona non imputata né indagata / *The auto-made suspect representative efficacy of the calligraphic essays assumed by a non charged or suspected* 66

Mitja Gialuz
Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali /*The pre-trial detention as a compulsory measure between constitutional legality and conventional safeguards* 111
Novità sovranazionali/*Supranational news* 10

Eva Mariucci
Il giudizio abbreviato d'appello e le preclusioni istruttorie nella rinnovazione dibattimentale / *Appellate shortened proceeding and evidential exclusions in new hearing* 83

Antonio Pagliano
Sezioni Unite 38

Roberto Puglisi
Novità legislative interne/*National legislative news* 7

Alessia Ester Ricci
Corte costituzionale 33

Francesca Ruggieri
Il pubblico ministero europeo: uno sconosciuto tra di noi / *The European Public Prosecutor: A Stranger Among Us* 1

Gioia Sambuco
L'uso dei mezzi tecnici di trasmissione tra uffici giudiziari: possibile soluzione all'adempimento efficiente e rapido delle formalità procedurali? / *Transmission of files between judicial offices and technical means* 102

PROVVEDIMENTI/*MEASURES*

Corte costituzionale
sentenza 22 aprile 2013, n. 74 72
sentenza 18 luglio 2013, n. 210 34
sentenza 18 luglio 2013, n. 213 33
sentenza 18 luglio 2013, n. 232 36

Corte di cassazione – Sezioni Unite penali
sentenza 14 maggio 2013, n. 20804 43
sentenza 2 agosto 2013, n. 33752 38

Corte di cassazione – Sezioni semplici
Sezione II, sentenza 7 marzo 2013, n. 16400 64
Sezione II, sentenza 28 marzo 2013, n. 14649 82

Corte europea dei diritti dell'uomo
17 settembre 2013, *Fazlı Kaya c. Turchia* 31
24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia* 29

Atti sovranazionali
Protocollo n. 14 alla Cedu 10
Protocollo n. 15 alla Cedu 11
Protocollo n. 16 alla Cedu 12

Norme interne
Decreto legge 14 agosto 2013, n. 93 «*Misure urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province*» 7
Legge 9 agosto 2013, n. 94 «*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° luglio 2013, n. 78, recante disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena*» 8

De jure condendo
Disegno di legge S. 112 «*Disposizioni in materia di responsabilità disciplinare dei magistrati e di trasferimento d'ufficio*» 15
Disegno di legge C. 925 «*Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale e al codice di procedura penale in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante*») 27
Disegno di legge S. 666 «*Modifiche al codice di procedura penale in tema di notifiche, contumacia, irreperibilità, prescrizione del reato, nonché disposizioni in materia di razionalizzazione e accelerazione dei tempi del processo penale*» 16

MATERIE/*TOPICS*

Appello
• Il giudizio di equivalenza già ribadito non rende obbligatoria la diminuzione di pena anche in caso di riconoscimento di una circostanza attenuante o dell'esclusione di una aggravante (*Cass., sez. un., 2 agosto 2013, n. 33752*) 38
• Nel giudizio abbreviato d'appello ribadito il limite *in bonam partem* della rinnovazione istruttoria d'ufficio (*Cass., sez. II, 28 marzo 2013, n. 14649*), con nota di Eva Mariucci 82

Contumacia e assenza
• Riduzione e velocizzazione della tempistica processuale: tante norme per un obiettivo (piuttosto) ambizioso (*D.d.l. S. 666 «Modifiche al codice di procedura penale in tema di notifiche, contumacia, irreperibilità, prescrizione del reato, nonché disposizioni in materia di razionalizzazione e accelerazione dei tempi del processo penale»*) 16

Cooperazione giudiziaria sovranazionale
• Il pubblico ministero europeo: uno sconosciuto tra di noi/*The European Public Prosecutor: A Stranger Among Us*, di Francesca Ruggieri 1

Corte europea dei diritti dell'uomo
• Il dibattito sulla riforma della Corte di Strasburgo (*Protocollo n. 14*) 10
• Il Protocollo n. 15 alla Cedu 11
• Il Protocollo n. 16 alla Cedu 12

Difesa e difensori
• Processo equo e diritto dell'arrestato all'assistenza difensiva (*Corte e.d.u., 17 settembre 2013, Fazli Kaya c. Turchia*) 31
• Saggi grafici e garanzie difensive (*Cass., sez. II, 7 marzo 2013, n. 16400*), con nota di Chiara Fanuele 64

Diritti fondamentali (tutela dei)
• L'esclusione del carcere per i giornalisti (*Corte e.d.u., 24 settembre 2013, Belpietro c. Italia*) 29

Esecuzione
• Legge "Svuotacarceri" (*L. 9 agosto 2013, n. 94 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° luglio 2013, n. 78, recante disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena»*) 8

Giudizio abbreviato
• Giudizio abbreviato e violazione del diritto all'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole (*C. cost., sent. 18 luglio 2013, n. 210*) 34
• Nel giudizio abbreviato d'appello ribadito il limite *in bonam partem* della rinnovazione istruttoria d'ufficio (*Cass., sez. II, 28 marzo 2013, n. 14649*), con nota di Eva Mariucci 82

Indagini preliminari
• Saggi grafici e garanzie difensive (*Cass., sez. II, 7 marzo 2013, n. 16400*), con nota di Chiara Fanuele 64

Intercettazioni di comunicazioni
• Captazioni "involontarie" delle comunicazioni di un parlamentare ed autorizzazione all'utilizzazione delle stesse (*C. cost., sent. 22 aprile 2013, n. 74*), con nota di Maria Francesca Cortesi 72

Irreperibilità
• Riduzione e velocizzazione della tempistica processuale: tante norme per un obiettivo (piuttosto) ambizioso (*D.d.l. S. 666 «Modifiche al codice di procedura penale in tema di notifiche, contumacia, irreperibilità, prescrizione del reato, nonché disposizioni in materia di razionalizzazione e accelerazione dei tempi del processo penale»*) 16

Misure cautelari personali
• Illegittima la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere per il reato di sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione *ex* art. 630 c.p. (*C. cost., sent. sent. 18 luglio 2013, n. 213*) 33
• Illegittima la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere per il reato di violenza sessuale di gruppo *ex* art. 609-*octies* c.p. (*C. cost., sent. 18 luglio 2013, n. 232*) 36

Notificazioni
• Riduzione e velocizzazione della tempistica processuale: tante norme per un obiettivo (piuttosto) ambizioso (*D.d.l. S. 666 «Modifiche al codice di procedura penale in tema di notifiche, contumacia, irreperibilità, prescrizione del reato, nonché disposizioni in materia di razionalizzazione e accelerazione dei tempi del processo penale»*) 16

Ordinamento forense
• Profili processuali della nuova disciplina dell'ordinamento forense / *Procedural aspects of the new legislation on the court system*, di Alessandro Diddi 91

Ordinamento giudiziario
• Responsabilità disciplinare dei magistrati e trasferimento d'ufficio (*D.d.l. S. 112 «Disposizioni in materia di responsabilità disciplinare dei magistrati e di trasferimento d'ufficio»*) 15

Ordinamento penitenziario
• L'esclusione del carcere per i giornalisti (*Corte e.d.u., 24 settembre 2013, Belpietro c. Italia*)..... 29
• L'insostenibile peso dell'ambiguità. Verso il crepuscolo delle misure di sicurezza psichiatriche / *The unbearable Weight of Ambiguity. Towards the Twilight of Criminal Asylum*, di Lina Caraceni..... 122

Processo penale (durata del)
• L'uso dei mezzi tecnici di trasmissione tra uffici giudiziari: possibile soluzione all'adempimento efficiente e rapido delle formalità procedurali? / *Transmission of files between judicial offices and technical means*, di Gioia Sambuco..... 102
• Riduzione e velocizzazione della tempistica processuale: tante norme per un obiettivo (piuttosto) ambizioso (*D.d.l. S. 666 «Modifiche al codice di procedura penale in tema di notifiche, contumacia, irreperibilità, prescrizione del reato, nonché disposizioni in materia di razionalizzazione e accelerazione dei tempi del processo penale»*)..... 16

Prova
valutazione
• Chiamata *de relato* e *mutual corroboration* (*Cass., sez. un., 14 maggio 2013, n. 20804*), con nota di Teresa Bene 43

Pubblico ministero
• Il pubblico ministero europeo: uno sconosciuto tra di noi/*The European Public Prosecutor: A Stranger Among Us*, di Francesca Ruggieri..... 1

Querela
• Diffamazione a mezzo stampa o altro strumento di diffusione, ingiuria e condanna del querelante (*D.d.l. C. 925 «Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale e al codice di procedura penale in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante»*)..... 27

Sicurezza pubblica
• Decreto sicurezza (*D.l. 14 agosto 2013, n. 93 «Misure urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province»*)..... 7