

OSSERVATORIO DEL PROCESSO PENALE

Direzione
ALFREDO GAITO

Comitato di Direzione
Alfredo Bargi – Carlo Fiorio – Sandro Fùrfaro
Filippo Giunchedi – Mariangela Montagna – Ciro Santoriello

Comitato di Redazione
Silvia Astarita – Benedetta Bocchini – Nadia La Rocca

INDICE-SOMMARIO

EDITORIALE di <i>C. Santoriello</i>	pag.	V
--	------	---

IL PUNTO SU ...

Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime di <i>A. Gaito</i>	pag.	1
---	------	---

DECISIONI IN PRIMO PIANO

Norma e prassi in tema di motivazione dei decreti di autorizzazione delle intercettazioni di <i>F. Giunchedi</i>	pag.	12
Il duplice ed ambiguo ruolo del minore negli abusi sessuali: vittima e testimone privilegiato di <i>G. Sambuco</i>	pag.	16

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

Giudice	pag.	22
Persona offesa	pag.	22
Difensore	pag.	22
Prove	pag.	22
Intercettazioni	pag.	22
Sequestro preventivo	pag.	22
Azione penale	pag.	23
Archiviazione	pag.	23
Giudizio abbreviato	pag.	23
Impugnazioni	pag.	23
Estradizione	pag.	23
Confisca per equivalente	pag.	23
Immigrazione clandestina	pag.	23
Mandato di arresto europeo	pag.	24
Sicurezza pubblica	pag.	24

OSSERVATORIO PARLAMENTARE

a cura di *C. Fiorio*

Istituzione di squadre investigative comuni sovranazionali di <i>A. D'Amato</i>	pag.	25
--	------	----

GIUSTIZIA SOVRANAZIONALE E RAPPORTI CON AUTORITÀ STRANIERE

Il mandato di arresto europeo tra principio di legalità e semplificazione delle procedure di consegna	
di <i>F. Giunchedi</i>	pag. 33
Dalla “libera circolazione dei soggetti” alla “ libera circolazione del materiale probatorio”: la Decisione-Quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove	
di <i>N.E. La Rocca</i>	pag. 37
L’espansione del ruolo di <i>Eurojust</i> e della Rete giudiziaria europea	pag. 42
Reati commessi da militari in territorio straniero e difetto di giurisdizione	
di <i>M. Montagna</i>	pag. 42
Il parere della Corte di cassazione sulla legge delega al nuovo codice di rito	pag. 46

L'*Osservatorio del processo penale* non manca all'appuntamento e d'altronde non potevamo non continuare in questa opera di analisi, studio e sollecitazione.

L'attenzione ricevuta dal numero "zero" dell'*Osservatorio* conferma che l'intuizione che sta alla base di tale lavoro è giusta. I tempi sono cambiati: la società impone al processo penale ed a quanti ne sono attori scadenze frenetiche; la collettività pone domande impellenti e vuole risposte immediate e sicure, quasi che la soluzione di ogni problema – etico, di ordine pubblico, morale, ecc. – non rinvenibile per il tramite di un dibattito democratico dei cittadini potesse comunque rinvenirsi al termine del giudizio penale, grazie all'autorità che accompagna ogni decisione giudiziale e che le consente di imporsi per ciò solo sull'opinione dei più. A questo atteggiamento si accompagnano seri pericoli per la nostra democrazia: il (comprensibile) rigetto per riflessioni ponderose, pedanti ed astratte che spesso nel passato hanno caratterizzato l'approccio del giurista ai temi del diritto e della modernità rischia di aprire la strada ad una giustizia *prêt à porter*, una sorta di diritto alla carta, in cui l'operatore del diritto viene frettolosamente interpellato dall'urgenza delle esigenze delle collettività ed alle stesse dà una rapida risposta, che solletica gli interessi più forti e gli istinti meno controllabili della maggioranza, dimenticandosi di altri valori alla cui difesa da sempre il diritto ed il processo penale sono stati dedicati.

Il risultato di un'operazione culturale di questo tipo può essere uno solo: il processo penale viene a tramutarsi in strumento per l'ottenimento di risultati che stanno al di là del diritto penale e che riguardano invece la bieca soddisfazione di istanze di difesa sociale, che non vogliono la punizione del colpevole, ma la dimostrazione che lo Stato, con il suo apparato repressivo, è in grado di colpire in tempi rapidi e con sanzione di rilevante gravità il singolo che si è contrapposto alla generalità dei consociati. L'esemplarità e non la giustizia diventa l'obiettivo del processo penale.

Per impedire tale sciagurato approdo è necessario, dunque, in primo luogo ritornare a governare il processo penale, occorre cioè ridefinire i confini degli strumenti epistemologici e probatori di cui le parti possono legittimamente usufruire nel corso del giudizio, nella consapevolezza che spesso più che il contenuto dell'affermazione giudiziale è il modo con cui si è approdati alla stessa che contribuisce alla costruzione di una sana democrazia. Per tale ragione, in questo numero due articoli sono dedicati ad una ricostruzione della disciplina della intercettazione di comunicazioni: tale strumento di indagine, sicuramente indispensabile per gli uffici inquirenti nella loro attività investigativa, riveste tuttavia un indiscutibile carattere invasivo dei più profondi valori della persona umana; risulta perciò inaccettabile obliare quelle che sono le condizioni che prima la Carta fondamentale e poi il legislatore ordinario

pongono per il legittimo esercizio dell'attività di captazione di conversazioni riservate.

Parte integrante di tale tentativo di fornire una riflessione più articolata circa le possibilità che il processo penale ha di soddisfare le ansie ed il desiderio di sicurezza della collettività è la parte dedicata alle forme di collaborazione fra gli apparati repressivi dei diversi Stati nazionali. Tanto la parte dedicata alla possibile – ed in corso di elaborazione – istituzione di squadre investigative comuni sopranazionali, quanto i diversi contributi riferiti al mandato d'arresto ed al ruolo di *Eurojust* sono intesi, appunto, da un lato a contribuire ad approfondire le modalità con cui è possibile pervenire ad una collaborazione fra nazioni per arrestare il crimine transnazionale, quanto ad evitare che – anche in tale ambito – le innegabili esigenze di sicurezza sociale abbiano prevalenza sulla individuazione dei corretti confini del processo penale e sulla necessaria delimitazione dei poteri di investigazione.

Le riflessioni di carattere generale non possono però non essere accompagnate da uno sguardo all'attualità, per ricevere smentite – o, purtroppo, più spesso conferme – alle pessimistiche valutazioni sopra fornite. Per tale ragione, in questo numero dell'*Osservatorio*, sono presenti anche commenti su decisioni recentissime che hanno avuto particolare rilevanza sui *mass media*: in particolare ci si è soffermati sulla decisione della Cassazione circa le presunte violenze ai minori nella città di Rignano e sulla denegata giurisdizione italiana con riferimento alla morte dell'agente Calipari in Iraq.

Completa questo numero l'usuale rassegna di giurisprudenza, raccolta per temi in modo da facilitarne la consultazione.

Da ultimo, viene presentato anche il parere della Cassazione sul progetto di legge delega al Codice di procedura penale ad opera della Commissione Riccio.

Ciro Santoriello

IL PUNTO SU ...

Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime

di *Alfredo Gaito*

Ordinario di Diritto processuale penale nell'Università di Perugia

1. – La l. 20.11.2006, n. 271, di conversione – con modificazioni – del d.l. 22.9.2006, n. 259, ha introdotto nel codice di rito penale un procedimento specificamente volto alla «distruzione dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni, relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati o acquisiti» ovvero «formati attraverso la raccolta illegale di informazioni» (cfr. BRICCHETTI, *Fino a quattro anni di carcere se c'è detenzione illegale dei supporti*, in *GDir*, 2006, n. 47, 18; MARZADURI, *Intercettazioni: le troppe lacune di un testo approvato con «riserva»*, *ibidem*; FILIPPI, *Distruzione dei documenti e illecita divulgazione di intercettazioni: lacune ed occasioni perse di una legge nata già «vecchia»*, in *DPP*, 2007, 153).

L'avvento di questo correttivo è stato accompagnato da toni roboanti, da guerra senza quartiere alle microspie e alle telecamere nascoste. Un anno dopo, è da chiedersi se si sia trattato di una cosa seria oppure di una delle tante leggi evanescenti fatte tanto per accontentare la gente ma che non avranno mai ambito applicativo.

Elaborato sotto la spinta della necessità di scongiurare la diffusione dei dati e delle informazioni ricavabili dai materiali acquisiti dall'autorità giudiziaria nel corso di una inchiesta su casi di spionaggio telefonico e schedature abusive, il provvedimento legislativo, che si articola secondo innovativi punti fermi procedurali, si diversifica sensibilmente dai precedenti per una terminologia inconsueta che per la prima volta evoca la categoria dell'illegalità nella raccolta, formazione e acquisizione dei risulta-

ti delle intercettazioni telefoniche e di quelle assimilate.

Ad essere problematica è già la base di riferimento trattandosi anzitutto di individuare, in modo appagante e persuasivo, il nucleo delle intercettazioni illegali. E qui occorre andarci cauti.

Anzitutto, è buona e vecchia regola evitare nei testi normativi quelle espressioni che, per la loro genericità, possono dar luogo a disparate interpretazioni, con conseguenti disuguaglianze applicative. In particolare, poi, la nozione di «illegalità» è così elastica e polivalente da consentire ad ogni scaltrito operatore giuridico di estenderla o restringerla, secondo i casi ed in chiave con il proprio *background* culturale ed ideologico; in una certa prospettiva, ad esempio, anche l'intercettazione ritualmente autorizzata ma protratta oltre i tempi assegnati potrebbe ritenersi illegale. È auspicabile, perciò, che nelle riformulazioni prossime future della materia si evitino espressioni ambigue; le ipotesi devianti da mantenere eccettuate dalla nozione processuale di illegalità lo siano per indicazione diretta; meglio ancora se non ve ne fossero addirittura. Se infatti un certo trattamento procedurale è correlato al tipo di patologia, ogni scelta eccettuativa nello stesso ambito comporta una disparità di trattamento per situazioni uguali, già poco accettabile se riconducibile a scelte legislative esplicite ma addirittura inquietante ove e quando dipendente da opzioni esegetiche contingenti e variabili.

2. – Il punto di partenza di un discorso in tema di legalità e di patologia delle intercettazioni, non può che essere la consapevolezza

za della rinnovata ideologia probatoria che regge la logica interna della struttura normativa. E sul punto non può sfuggire come la avvenuta standardizzazione delle regole del giusto processo nell'elaborazione e nella valutazione della prova comporta un punto di non ritorno a livello non solo sistematico ma anche operativo. Ne consegue che ogni novità in argomento deve trovare convincente collocazione e completamento nella struttura e nelle dinamiche del procedimento probatorio che non si limita a disciplinare solo gli aspetti statici e regolamentari del singolo mezzo di prova ma ricomprende l'esigenza di rispettare precise cadenze procedurali in punto di ammissibilità, di selezione per l'inserimento nel materiale decisorio, di regole d'esclusione e di regole di giudizio per la valutazione.

In tal modo il tradizionale libero convincimento del giudice, sempre più vincolato alla fedeltà agli atti del processo, è stato in qualche misura ridimensionato, in funzione della realizzazione della pienezza del diritto al contraddittorio e all'effettività dei controlli in fase d'impugnazione. Per l'effetto, è stata oramai superata, senza possibilità di ritorno, l'idea di un sistema probatorio "onnivoro" (MARZADURI, *Appunti sulla riforma costituzionale del processo penale*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2001, 46), essendosi incarnata nell'esperienza nostrana – anche sotto la spinta non più contenibile della giurisprudenza europea – quella concezione dialettica per cui l'acquisizione di un dato conoscitivo è valida solo in un determinato ambito, rilevando a tal fine «le modalità di formazione, i soggetti che potranno intervenire, la qualità giurisdizionale della procedura» (NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 11; v. anche A. GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in A. GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 45).

Risulta in tal modo acquisito che la procedura ed il sistema probatorio non costituiscono un esangue meccanismo tecnico indipendente dai valori (sul punto DE LUCA, *La cultura*

della prova ed il nuovo processo penale, in *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale. Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Milano, II, 1991, 184; cfr. altresì acutamente A. GIULIANI, *Prova (filosofia)*, in *ED*, XXXVII, Milano, 1988, 522 e 523); piuttosto, le cadenze del procedimento probatorio sono diretta espressione dei principi costituzionali in quanto esplicitano le scelte ideologiche del legislatore (così esattamente BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990, 108).

In questa ortodossa prospettiva, l'enucleazione di regole e sanzioni nella disciplina della prova trascende il ruolo di strumento tecnico per approdare ad implicazioni di ordine etico, logico, ideologico; non a caso, si suole ripetere che i risultati della ricerca contano nella misura in cui sono osservate le regole preposte ai modi di produzione della verità.

In tale contesto le previsioni generali di inutilizzabilità e di illegittima acquisizione probatoria e quelle speciali (e recentissime) di espunzione e distruzione dei risultati delle intercettazioni illegali, concretandosi in altrettanti divieti d'uso del dato conoscitivo, assumono un ruolo portante del sistema probatorio. Le prime operano nel solo momento decisorio, risolvendosi in una inibitoria rivolta al giudice, disciplinando modi e contenuti del sapere giudiziale (*amplius* cfr. già, anteriormente alla miniriforma, A. GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, 73-77); le più recenti operano anche prima e fuori del processo, selezionando il materiale conoscibile ed utilizzabile da p.g. e p.m., imponendo fin dalla fase delle investigazioni di polizia di prendere in considerazione unicamente i risultati di quelle incursioni nella riservatezza altrui che risultino compiute nel rispetto delle regole e non in maniera illegale: intuitive le implicazioni sui limiti dei poteri d'indagine.

Fino all'anno passato, il sapere acquisito attraverso dati conoscitivi elaborati in violazione del valore contenutistico delle forme assegnate risultava bandito soltanto dalle fonti della decisione, assieme alla c.d. scienza pri-

vata del giudice; l'innovata disciplina dei risultati delle captazioni illegali ha anticipato questo stesso sbarramento dall'epilogo del dibattimento alle battute d'esordio del procedimento.

D'altronde, se la legalità della prova è oramai sussunta nella tutela costituzionale del giusto processo (diffusamente F.R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 314), è proprio tale tutela ad imporre scelte omogenee non solo all'interno del processo penale ma dall'inizio delle indagini al termine dell'esecuzione (GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*², Milano, 2005).

Il nuovo testo dell'art. 240 c.p.p. dà corpo e sostanza all'aspettativa di garanzia per cui il metodo legale dell'indagine processuale non deve essere subordinato agli obiettivi gnosologici del processo; anzi, la scoperta della verità e la tutela della società, pur rappresentando il fine generico o specifico del rito penale, non devono prevalere su ogni altra esigenza (PIERRO, *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992, 17).

3. – Il contrasto tra le esigenze investigative e di informazione relative a vicende giudiziarie, anche di pubblico interesse, ed il diritto dei singoli alla propria riservatezza, ha costantemente scandito il sacrificio del diritto alla *privacy*, disponendo gli organi inquirenti dell'ormai più utilizzato ed insidioso mezzo di ricerca della prova: le intercettazioni di comunicazioni. E ciò sul postulato che necessariamente «ascolto e captazione occulta hanno un costo in libertà menomata» (CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, 835); con buona pace dell'art. 15 Cost. per cui la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra comunicazione sono inviolabili e la loro limitazione può avvenire solo previo atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge; e con palese sottovalutazione dell'affine tenore dell'art. 8 C.e.d.u. che tutela il diritto alla riservatezza. Certo: si tratta di tema cruciale nella ricerca di un difficile equilibrio tra le esigenze statuali di accertamento e quelle personalissime

di tutela della sfera privata, senza potersi trascurare l'invulnerabilità del diritto di comunicare, la giurisdizionalità del provvedimento limitativo e della riserva di legge nella determinazione delle condizioni operative.

Il reticolo di cautele formali e sostanziali, in presenza delle quali – per insegnamento della Corte costituzionale – le esigenze di accertamento possono eccezionalmente avere prevalenza su quelle di tutela della segretezza, è ben noto (C. Cost. n. 34 del 1973, n. 120 del 1975, n. 98 del 1986, n. 233 del 1987, n. 366 del 1991, n. 81 del 1933, n. 63 del 1994).

Al mancato rispetto di tali limiti, obblighi, disposizioni di legge ed alla violazione dei diritti del singolo coinvolto, consegue il divieto giuridico rivolto al giudicante di prendere in considerazione in sentenza (inutilizzabilità processuale) i risultati probatori raccolti irrutilmente attraverso l'insidioso mezzo di captazione. Ove però la captazione sia stata eseguita non tanto in modo imperfetto quanto illegale, al di fuori degli schemi previsti, allora la nuova regola di esclusione probatoria scatta anticipatamente e non solo a livello teorico-giuridico bensì anche sul piano concreto-materiale, precludendone addirittura la inclusione nei protocolli istruttori, di fatto inibita dalla conclusione immediata della procedura di distruzione.

Se questa prospettiva ricostruttiva è condivisibile, stante la diversità degli effetti, il punto nevralgico del discorso diventa quello di una plausibile *actio finium regundorum* tra ipotesi patologiche determinanti la semplice inutilizzabilità tradizionale e fenomeni devianti da ricondurre alla categoria dell'intercettazione illegale (anzi: dei risultati captativi raccolti, formati o acquisiti illegalmente).

C'è da fare i conti con le solite resistenze applicative, palesate da una ben nota ordinanza milanese di investitura della Corte costituzionale. E sappiamo che le iniziative parlamentari *in itinere* contemplan qualche modifica trattamentale. Comunque, in attesa degli insegnamenti e dei moniti eventuali della Consulta, e quale ne potrà essere la redazione definitiva, l'auspicio è che questo

benedetto intervento legislativo rettificante sia perfezionato presto! Perché, dilatandosi i tempi di discussione, approvazione e promulgazione si accentua il disagio e si acuiscono le tensioni; e soprattutto rimangono insoluti i nodi fondamentali che scaturiscono dalla mancanza di coraggio nell'individuare *ex lege* in modo categorico e tassativo – come tale insuscettibile di eccezioni e/o dilatazioni per via di interessata esegesi – i casi in cui è normativamente a parlarsi di intrusioni illegali nella *privacy* delle persone. Diversamente, tra qualche anno si dovrà ancora discutere di questo sia nei Convegni che nelle Aule di giustizia.

4. – L'ordinanza 30.3.2007 con cui il giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Milano ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 240 c.p.p. (T. Milano, ord. 30.3.2007, XY, in *GDir*, 2007, n. 22, 58) e il disegno di legge Mastella (d.d.l. n. 1638 – presentato il 17.9.2006 dal Ministro della Giustizia – recante nuove «Disposizioni in materia di intercettazioni telefoniche ed ambientali e di pubblicità degli atti di indagine») concentrano l'attenzione sulla situazione soggettiva della persona indagata di attentato alla *privacy* allo scoperto fine di superare la regola di immediata distruzione delle intercettazioni spurie attualmente vigente.

Il giudice milanese postula che la procedura di distruzione non sia solo una modalità di anticipazione nella formazione della prova ma che si risolva soprattutto in un meccanismo di anticipata eliminazione definitiva della prova, con «un irragionevole bilanciamento tra diritti di difesa dell'indagato, diritti delle parti offese e potestà punitiva del pubblico ministero, avendo il legislatore preferito privilegiare le ragioni della riservatezza, con totale sacrificio di altri valori di rilievo costituzionale». Carità pelosa: esteriormente sensibile alle esigenze difensive degli spioni, l'impostazione sottende la conservazione materiale dei risultati delle intercettazioni illegali, con ovvia moltiplicazione del rischio della divulgazione. Mentre il tenore di quanto illegalmente captato non ha e non deve avere

la minima incidenza nel procedimento nei confronti di chi si intromette abusivamente nella *privacy* della gente; conta solo la modalità eterodossa dell'ingerenza, non il risultato della condotta non consentita. In questa prospettiva si comprende anche come non possano cogliere nel segno le censure circa una pretesa minorata difesa perché la legge «non contempla neppure la partecipazione necessaria dei difensori delle persone indagate in relazione alla formazione dei documenti di cui si chiede l'eliminazione»; il punto è che quello della formazione sarà il *thema decidendum* del futuribile autonomo processo nei confronti dei possibili responsabili dei fatti intrusivi, e dovrà essere svolto in pienezza di contraddittorio; mentre in funzione cautelare, per scongiurare qualsiasi effetto perverso eventualmente derivabile dalla conoscenza del materiale intercettativo per così dire “sporco”, è addirittura intuitiva l'esigenza dell'espunzione immediata dei risultati delle intercettazioni illegali da qualunque protocollo giudiziale.

Né si dica, in scia al giudice milanese, che colui nei cui confronti si procede per violazione della *privacy* non potrà mai contestare, in sede processuale, «la natura delle informazioni riportate nel documento» cui si riferisce il verbale di distruzione, proprio perché è irrilevante cosa sia stato illegalmente captato: la questione è di metodo ed attiene non più che al modo proceduralmente ortodosso oppure illegale dell'intrusione nella altrui vita privata. E l'illegalità non potrà mai essere sanata adducendo la veridicità e/o l'utilità a fini d'indagine delle notizie captate in elusione del diritto della prova penale (*contra* T. Milano, ord. 30.3.2007, XY, cit., 60).

Neppure è a dirsi che il disposto dell'art. 240, 6° co., c.p.p. (quello che “impono” la “sparizione” del c.d. contenuto illegale raccolto) apporti un *vulnus* alla tutela giurisdizionale della persona offesa; ancora una volta: a prescindere dal contenuto concreto delle informazioni illegalmente acquisite, la lesione è formale ed è insita nell'aggiramento dei modi di rito. Voglio dire: non vi è necessità, per la vittima della raccolta illegale di

informazioni, di esibire in giudizio il contenuto delle informazioni che lo riguardano (*contra* T. Milano, ord. 30.3.2007, XY, cit., 61); mentre ogni qualvolta quelle notizie abbiano avuto comunque propalazione, si tratterà di effettuare autonomo accertamento nelle forme consuete tanto in sede penale che in sede civile.

Per concludere sul punto: il giudice rimettente ha ravvisato una «irragionevolezza di fondo della normativa» in discorso «in comparazione con i valori che essa vuole proteggere» posto che «la rapidissima eliminazione dei documenti formati mediante illegali acquisizioni di notizie» non rappresenta «l'unica modalità possibile per tutelare il valore della riservatezza e onorabilità delle persone (il cui rilievo altrettanto costituzionale non è messo in dubbio...)» (così T. Milano, ord. 30.3.2007, XY, cit., 61; al riguardo, v. CISTERNA, *Prevedibile una restituzione di atti in attesa di nuove eccezioni*, in *GDir*, 2007, n. 22, 62).

Quanto alle prospettive di riforma, il Disegno di legge prevede:

- a) invece della distruzione, la conservazione della documentazione illegale in archivio riservato, per il periodo di cinque anni (in ciò parificazione piena agli anonimi: art. 5 reg. es. c.p.p.);
- b) l'utilizzo dei documenti contenenti dati acquisiti illecitamente come corpo del reato (art. 240-*bis* c.p.p.);
- c) un «verbale di consistenza» dei dossier abusivi costituenti corpo del reato redatto dal g.i.p., su impulso del p.m. e in contraddittorio con gli interessati, per constatare «la tipologia dei documenti e dei dati in essi raccolti» e «i soggetti destinatari della captazione o della raccolta illecita di informazioni» (art. 240-*ter* c.p.p.);
- d) la distruzione della documentazione «incriminata» (*ex* art. 269, 2° co., c.p.p.), in esito alla conclusione del procedimento con sentenza passata in cosa giudicata o, nel caso di archiviazione, dopo che sia intervenuta la prescrizione del reato.

Il legislatore, insomma, si sta muovendo secondo una prospettiva di compromesso, nel

tentativo di coniugare l'obiettivo politico di scongiurare la divulgazione ad «orologeria» di notizie riservate destinate a rimanere segrete con l'aspettativa poliziesca da «grande fratello orwelliano» volta allo sfruttamento indiscriminato di ogni dato utile alle investigazioni, comunque e da chiunque elaborato. 5. – Un passo indietro, per procedere con ordine.

Il tenore letterale della nuova normativa scandisce una terminologia in cui alcuni commentatori hanno rimarcato imprecisioni, inusuali neologismi nonché asseriti errori di topografia sistemica.

In effetti, la legge contempla esclusivamente «misure volte a contrastare la divulgazione dei contenuti delle “intercettazioni illecitamente effettuate” nonché dei “documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni”» (BRICCHETTI-PISTORELLI, *La distruzione immediata della prova*, in *GDir*, 2006, n. 39, 22; FILIPPI, *Distruzione dei documenti e illecita divulgazione di intercettazioni*, 153); poco conta, però, che i contenuti effettivi di settore non abbiano perfetta corrispondenza nel più ampio titolo di programma, recante «Disposizioni... per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche»; e, se è ancora vero che la norma vincola l'interprete quando *iubet* mentre non lo vincola quando *docet*, si potrà agevolmente convenire sulla irrilevanza della collocazione topografica delle nuove disposizioni (stando al dato testuale è esclusa dall'obbligo di distruzione la documentazione relativa alle intercettazioni ambientali illegali (FILIPPI, *Distruzione dei documenti e illecita divulgazione di intercettazioni*, 153), a meno di non riferire l'inciso contenuto nel testo («relativi al traffico telefonico e telematico») ai soli «dati» esteriori delle comunicazioni e conversazioni e ritenere che queste ultime si riferiscano sia a quelle a distanza che a quelle tra presenti (v. BRICCHETTI-PISTORELLI, *La distruzione immediata della prova*, 18).

L'art. 1, l. 20.11.2006, n. 281, sostituisce i contenuti originari dell'art. 240 c.p.p. con due “addizioni” relative alla rubrica ed alla articolazione interna della disposizione: la di-

sposizione originaria, sotto la rubrica «documenti anonimi», disciplinava in esclusiva il regime dei documenti contenenti «dichiarazioni anonime»; adesso è intitolata «documenti anonimi ed atti relativi ad intercettazioni illegali» e si compone – senza incidere sulla disciplina relativa agli scritti anonimi – di ulteriori cinque commi recanti le disposizioni di nuovo conio relative alla distruzione giudiziale delle risultanze documentali dell'attività informativa *contra legem*.

L'art. 2, l. 20.11.2006, n. 281, invece, introduce all'art. 512 c.p.p. il co. 1-*bis* che riconosce natura di atto irripetibile – per qualificazione normativa espressa – al verbale di distruzione della documentazione abusivamente raccolta.

Le critiche alla *sedes materiae* utilizzata (artt. 240, 512 c.p.p.) paiono sterili; ferma la diversità tra scritto anonimo e intercettazione (FILIPPI, *Distruzione dei documenti e illecita divulgazione di intercettazioni*, 153; v. anche BRICCHETTI-PISTORELLI, *La distruzione immediata della prova*, 24), l'affinità di trattamento vale di per sé a giustificare la riconduzione sotto unica previsione. L'enucleazione della nuova categoria delle c.d. «intercettazioni illegali» impone invece di sciogliere subito il «nodo... costituito» dalla delimitazione descrittiva del «concetto di «illegalità»» (C. CONTI, *Le intercettazioni «illegali»: lapsus linguae o nuova categoria sanzionatoria*, in *DPP*, 2007, 159) anche per stabilirne o escluderne la natura sanzionatoria.

In effetti, nel lessico procedurale figura talvolta il concetto di acquisizione probatoria illegittima (artt. 191 e 526 c.p.p.) mentre non pare che, a livello di enunciati normativi espressi, ricorressero riferimenti all'acquisizione probatoria «illecita» e/o «illegale»; è incontroverso, tuttavia, che nel diritto delle aule, universitarie e giudiziarie, disparate ipotesi di patologia del procedimento probatorio siano state razionalizzate in termini di «illegittimità», «illiceità» e finanche «incostituzionalità», piuttosto che di «illegalità» (così C. CONTI, *Le intercettazioni «illegali»*, 159). In altri ordinamenti europei, a proposito di intercettazioni e di prova penale, sono mol-

teplici le espressioni impiegate per delimitare gli ambiti patologici dei risultati probatori raccolti dalla pubblica accusa e dalle forze di polizia. La giurisprudenza e la dottrina francesi, ispirandosi ad un principio di lealtà della prova e del procedimento utile alla sua formazione, si esprimono in termini di legalità/illegalità, quali complementi essenziali della lealtà: se il diritto alla prova è governato dal principio di libertà, questa libertà risulta strettamente limitata dal principio di «legalità», in virtù del quale solo la prova legalmente prevista e regolamentata è ricevibile nel processo (cfr. DE MARCHI, *La loyauté de la preuve en procédure pénale, outil transnational de protection du justiciable*, in *Recueil Dalloz*, 2007, 78, 2012).

Si impone la «lealtà» nella ricerca delle prove, quale esigenza procedurale indipendente che dà garanzia del rispetto dell'etica giudiziaria, in ossequio al contenuto dell'art. 6, § 1, C.e.d.u., e quale comune denominatore delle attività di indagine, da analizzare come potere accordato al giudice, *gardien naturel des libertés individuelles* (così DE MARCHI, *La loyauté de la preuve en procédure pénale*, 2015).

La Corte europea dei diritti dell'uomo non ha esitato a riscontrare la violazione del diritto alla vita privata, non soltanto nel caso in cui le invasioni non fossero positivamente previste dalla legislazione interna, ma pure laddove le norme interne fossero «troppo generiche» in ordine, tanto alla individuazione dei «casi» nei quali può farsi ricorso all'attività di intrusione e di captazione di comunicazioni, quanto alla definizione delle «modalità» dell'intrusione (Corte eur., 25.3.1998, Kopp c. Svizzera; Corte eur., 25.6.1997, Halford c. Regno Unito; Corte eur., 15.6.1992, Ludi c. Svizzera).

Per la Corte europea, comunque, sono sempre illegittime le invasioni non sorrette dalla «proporzione» e dalla «necessità» rispetto al fine. Non è sufficiente, insomma, che l'invasione sia prevista (nei casi e nei modi) dalla legge interna, né che corrisponda ad un «pressante bisogno sociale». Essa, per potere soddisfare l'esigenza di non ledere oltre il

dovuto il diritto del singolo «deve essere proporzionata rispetto alla giustificazione invocata, per non oltrepassare i limiti della necessità democratica» (Corte eur., 23.9.1998, McLeod c. Regno Unito; Corte eur., 9.1.2001, Natoli c. Italia; Corte eur., 14.3.2002, Puzinas c. Lituania, genericamente in tema di segretezza nella corrispondenza). In tal senso, sono davvero significative le direttive che si traggono dalla giurisprudenza della Corte europea a proposito di evocate impellenze di “ordine pubblico”: l’interesse dello Stato va bilanciato con la gravità con cui si ledono gli interessi del singolo nel momento in cui se ne viola la vita privata (Corte eur., 26.3.1987, Leander c. Svezia; Corte eur., 26.4.1979, Sunday Times c. Regno Unito, punto 46), per cui, nonostante non sia possibile limitare le invasioni a quei casi definibili oggettivamente “imprescindibili”, non è comunque sufficiente a giustificare le prospettazioni di “utilità di indagine” o “auspicabilità di un risultato”. Qualsiasi sistema segreto di sorveglianza, infatti, pur finalizzato al mantenimento della sicurezza nazionale e dell’ordine pubblico, «compporta sempre il rischio di minare o addirittura distruggere la democrazia che presume di difendere» (Corte eur., 24.10.1983, Silver e alt. c. Regno Unito, punto 97).

Se è addirittura ovvio che la categoria dell’illegalità, riferita all’evolversi ovvero al risultato di un procedimento probatorio, evoca la raccolta di elementi dimostrativi *contra legem*, si tratta di verificare se la qualifica di illegalità introdotta nell’art. 240 c.p.p. abbia carattere descrittivo di mero sistema, inglobando le categorie già note dell’illiceità – quale conseguenza di un’attività vietata dalla legge sostanziale (C. CONTI, *Le intercettazioni “illegali”*, 163) – e dell’illegittimità della prova – quale conseguenza della eterodossia rispetto agli schemi procedurali imposti – oppure se la novità legislativa comporti il riconoscimento di un ulteriore tipo di invalidità avente connotati autonomi e trattamento diversificato (apprezzabile sotto altri aspetti, C., Sez. I, 15.6.2007, Muscolino, in www.cortedicassazione.it).

Liquidare la questione postulando che è scritto “illegale” ma deve intendersi “illecito” integrerebbe comunque un poco utile disimpegno ricostruttivo, quand’anche fosse davvero individuabile un infortunio terminologico occorso in sede di redazione legislativa (cfr. FILIPPI, *Distruzione dei documenti e illecita divulgazione di intercettazioni*, 153; RANALDI, *Il procedimento per la distruzione delle intercettazioni illegali: tra fairness giurisdizionale ed esigenze di tutela costituzionale*, in GP, 2007, in corso di stampa).

6. – La descrizione operativa delle “regole di trattamento” delle risultanze dell’attività informativa compiuta illegalmente postula, per necessità logica, l’individuazione del punto di sintesi tra esigenze contrapposte fissato dal legislatore.

In prospettiva di metodo, la distruzione dei dossier informativi raccolti *contra legem* coinvolge tre interessi di rango costituzionale: il dovere di correttezza dello Stato; il diritto alla riservatezza delle persone “spiate”; il diritto di difesa di chi sia “indiziato” di aver tenuto condotte contro la riservatezza e di aver detenuto «consapevolmente... gli atti, i supporti o i documenti di cui sia stata disposta la distruzione ai sensi dell’art. 240 c.p.p.» (art. 3, l. 20.11.2006, n. 271).

Se l’art. 1 del decreto legge si limitava a contemplare «l’immediata distruzione» della documentazione risultante da attività informativa illegale con divieto di «eseguire copia in qualunque forma», precludendone in assoluto il reimpiego («in alcun modo») come «notizia di reato» e/o ad altri «fini processuali o investigativi» (al riguardo, v. FRIGO, *Rispetto delle garanzie per gli atti irripetibili*, in GDir, 2006, n. 39, 42), adesso la legge di conversione ha sostituito all’immediata distruzione del materiale in discorso «l’immediata secretazione» e custodia in luogo protetto (prodromica, comunque, alla disposizione di distruzione da adottarsi in contraddittorio), ed ha eliminato il divieto di utilizzare quale notizia di reato ed a fini investigativi il contenuto delle informazioni illegalmente formate o acquisite; e così intercettazioni illegali po-

trebbero legittimamente costituire strumento poliziesco d'indagine. Secondo alcuni, ciò sarebbe coerente «con i toni dell'art. 112 Cost. che fornisce copertura costituzionale al principio di obbligatorietà dell'azione penale» (RANALDI, *Il procedimento per la distruzione delle intercettazioni illegali*); ma l'impostazione non convince, posto che in tanto è a parlarsi di obbligatorietà dell'azione in quanto ne sussistono tutti i requisiti di base, non ultimo il verificato avverarsi delle condizioni di procedibilità necessarie e dei presupposti processuali (in tema di intercettazioni: la ritualità della fattispecie autorizzativa) e la correttezza della procedura (nel momento pre-processuale non giurisdizionale, valgono quanto meno l'obbligo di correttezza e buon andamento della p.a. e le regole minimali del giusto procedimento amministrativo).

In ogni caso, l'aver sanzionato il dossieraggio abusivo con la automatica inutilizzabilità delle risultanze relative, segnala il condivisibile superamento della posizione di chi, "brandendo" l'autonomia disciplinare e di sistema del diritto processuale rispetto al diritto sostanziale, sosteneva che una prova illecita ovvero incostituzionale non fosse inutilizzabile a fini probatori (v. C. CONTI, *Le intercettazioni "illegali"*, 159; in altro senso, però, in passato NOBILI, *Art. 191*, in *Comm. Chiavario*, Torino, II, 1990, 413; in giurisprudenza, esemplare C., S.U., 24.9.2003, Torcasio, in *CP*, 2004, 29).

7. – Quanto ad una ipotesi di tentata giustizia, volendo provare a delineare un catalogo dell'ambito applicativo dell'illegalità delle intercettazioni, le cose sembrano di agevole definizione in tutti i casi di vero e proprio spionaggio compiuto da soggetti e con modi estranei al processo penale.

Mentre la faccenda si ingarbuglia per le situazioni di confine:

a) All'illiceità di una prova non è automaticamente correlata l'inutilizzabilità: basti pensare come quasi tutte le intercettazioni ambientali in luoghi privati scontano una fraudolenta intromissione nel domicilio altrui, eppure la prassi giurisprudenziale è incline a considerare quell'originario connotato di

illiceità come coesistente alla necessaria clandestinità operativa. Ma a proposito delle «modalità dell'intrusione» non può essere trascurata una netta presa di posizione della Corte europea la quale, dopo aver rilevato la particolare invasività e l'assoluta "clandestinità" di ogni intercettazione compiuta con l'impiego di strumenti di captazione, ha specificato che l'ingerenza nella vita privata attraverso tali strumenti deve essere «minuziosamente disciplinata dalla legge, non soltanto in relazione ai casi nei quali essa può essere attuata ma anche nel modo attraverso il quale i dispositivi di intercettazione sono introdotti ed utilizzati» (Corte eur., 12.6.2003, Chalkley c. Regno Unito; Corte eur., 12.6.2003, Hewitson c. Regno Unito.; Corte eur., 24.8.1998, Lambert c. Francia; Corte eur., 24.4.1990, Kruslin c. Francia), venendo in gioco anche il diritto all'esclusività del domicilio (Corte eur., 27.7.2003, Hewitson c. Regno Unito).

Il punto è che, mentre le captazioni di conversazioni che si svolgono fuori dei luoghi di privata dimora attengono solo all'ambito di applicazione del principio costituzionale della libertà e riservatezza della corrispondenza, l'intercettazione di conversazioni che avvengono in luoghi di privata dimora, o assimilati ad essi, viola altresì il diritto costituzionalmente sancito della libertà e riservatezza del domicilio. La Corte di cassazione, poco più di quattro anni fa, aveva ritenuto rilevante la questione di incostituzionalità della disciplina positiva (ancora tal quale) in quanto «l'introduzione invito domino di microspie nel domicilio privato per catturare quelle conversazioni intime che si vogliono riservare nell'ambito delle mura domestiche configura indubbiamente una violazione della *privacy*, la quale può essere tollerata dall'ordinamento solo con le garanzie, nei casi e nei modi imposti dalla norma costituzionale. Tanto che, a rigore logico, qualsiasi captazione di conversazione domestica (avvenga con microspie installate nella privata dimora o nascoste in oggetti spediti al domicilio, oppure con microfoni direzionali a distanza o altri simili apparecchi collocati fuori dell'apparta-

mento) comporta una lesione della libertà di domicilio» (C., Sez. III, 11.6.2003, Tega ed altri, in DPP, 2004, 869, con nota di BERTOSI, *Intercettazioni ambientali e tutela della libertà domiciliare*; v. anche BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, in *Digesto pen.*, III agg., Torino, 2005, 788; e già A. GAITO, *Vizi procedurali e inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche a mezzo microspie*, in *GI*, 1991, II, 430; M. IACOVIELLO, *Intercettazioni ambientali: l'audace intrusione di una norma tra garanzie costituzionali ed esigenza di etica sociale*, in *CP*, 1992, 1565). In definitiva, la Corte di Cassazione aveva preso atto che nell'attuale contesto normativo nulla è indicato quanto ai modi attraverso i quali tale attività deve essere espletata: sarebbe opportuno, invece, che in materia di libertà domiciliare in tempi di giusto processo fossero finalmente definiti i modi in cui sono legalmente, e non autoritativamente, consentite limitazioni di un principio posto sotto la tutela costituzionale (nel senso che il problema, in fondo, si pone in termini di "regolamentazione delle attività" v. già, esemplarmente, E. GAITO, *Vizi procedurali e inutilizzabilità delle intercettazioni ambientali a mezzo di microspie*, in *GI*, 1991, II, 430). Sulla questione di legittimità, così come prospettata dalla Corte di Cassazione, si è pronunciata la Corte costituzionale, con una decisione passata pressoché inosservata (ord. n. 251 del 2004), che – pur dichiarando l'inammissibilità della *quaestio* per difetto di motivazione in ordine alla rilevanza nel caso specifico – ha preso le mosse dalla premessa per cui «le modalità operative delle intercettazioni ambientali nei luoghi di privata dimora "non richiedono necessariamente una intrusione arbitraria nel domicilio"» (ord. n. 304 del 2000) per rimarcare l'esigenza che «la determinazione delle modalità operative delle c.d. intercettazioni ambientali domiciliari – anche per quanto attiene, dunque, all'ingresso fraudolento o clandestino nel luogo di privata dimora per la collocazione degli apparati di captazione sonora – non resti affidata alla polizia giudiziaria, ma spetti

piuttosto al giudice ed al pubblico ministero "nell'ambito delle rispettive competenze"»; chiarissima e netta la presa di distanza rispetto a quell'orientamento giurisprudenziale per il quale l'ingresso nel domicilio rappresenterebbe la "naturale modalità attuativa" del mezzo investigativo in parola, con la conseguenza che l'autorizzazione all'ingresso risulterebbe sempre e necessariamente implicita nello stesso decreto che autorizza la captazione ambientale.

Per tirare le fila del discorso: ogni qualvolta risulti che le modalità operative attinenti l'ingresso fraudolento o clandestino nel luogo di privata dimora per la collocazione degli apparati di captazione sonora non sono state predeterminate dal g.i.p. e dal p.m. (ciascuno per la propria parte) ma sono state lasciate all'arbitrio della polizia giudiziaria, adesso, stante l'innovato tenore dell'art. 240 c.p.p., può e deve parlarsi di illegalità, con tutto quel che ne consegue.

b) Considerazioni analoghe sarebbero a farsi quanto ai colloqui di natura professionale tra difensore e imputato assistito. Posto che in casi del genere, in forza dell'art. 103, 5° co., c.p.p., «non è consentita l'intercettazione», tanto da far descrivere il fenomeno in termini di esplicito divieto di registrazione delle conversazioni (cfr. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 133), appare chiaro che qui si verte in tema di prova vietata dalla legge, sicché ogni eventuale elusione va sanzionata sul filo dell'innovata disciplina delle intercettazioni illegali.

In concreto, i problemi insorgono a proposito della fortuita intercettazione dei colloqui tra difensore e imputato nell'ambito delle captazioni e delle intercettazioni autorizzate; nell'esperienza quotidiana concreta, le operazioni proseguono come se nulla fosse (è capitato addirittura che l'ufficiale di p.g. delegato alla sorveglianza *de auditu* dell'imputato agli arresti domiciliari abbia annotato diligentemente: entra il difensore, si parla del procedimento in corso, si elaborano le strategie per l'interrogatorio) e poi brogliaccio e trascrizioni delle conversazioni fluttuano liberamente tra le copie

degli atti depositati per il riesame. Ovvio che per scongiurare il reiterarsi di situazioni del genere bisognerà operare a livello legislativo, enucleando alcuni indicatori vincolanti quale minimo etico comportamentale, perché fin dal primo sentore della natura del colloquio e del ruolo degli interlocutori, Costituzione, legge e tempi impongono la sospensione immediata delle operazioni di registrazione e di verbalizzazione.

D'altronde, se la registrazione ha da essere immediatamente interrotta, deve pure poter essere ripresa con l'avvio di altra conversazione tra altri interlocutori e con differente tenore contenutistico; ed ecco il punto: proprio per cogliere il trapasso dall'una all'altra, stante il divieto di registrazione, potrebbe essere previsto il mantenimento di un servizio di ascolto in diretta non verbalizzato e non altrimenti utilizzabile, effettuato al solo scopo di individuare il momento a partire dal quale sarà nuovamente consentito riprendere la registrazione. E bisognerà stabilire con appagante chiarezza i modi, le tecniche e le conseguenze dell'immediato controllo in funzione retrospettiva sull'effettivo inizio della conversazione difensiva e sulla distruzione di quanto registrato prima della acquisizione della consapevolezza circa la sussistenza dei requisiti che rendono l'intercettazione di quel colloquio vietata *ab initio*.

c) Ancora. C'è da affrontare e risolvere il tema del c.d. instradamento dei flussi delle comunicazioni telefoniche.

Il dato certo è fornito dalla constatazione che, in mancanza di previsioni espressamente autorizzanti nell'ambito delle norme convenzionali, al giudice italiano è funzionalmente inibito interferire con l'esercizio della giurisdizione di un altro Stato (cfr. RUGGIERI, Le intercettazioni per «instradamento» sul canale internazionale: un mezzo di ricerca della prova illegittimo, in *CP*, 2000, 1064). Bisognerà anzitutto fare chiarezza circa il carattere da riconoscere alle intercettazioni disposte «per instradamento» sulle utenze straniere, e cioè se esse siano da considerare o meno come disposte in altro Stato. È d'ob-

bligo una radicale rimeditazione critica sulla plausibilità della giurisprudenza normalizzante (C., Sez. IV, 25.6.1998, Bona, in *CP*, 2000, 1337) mentre merita verifica l'impostazione speculare, secondo cui «è illegale... la frase acquisita mediante intercettazione di un'utenza straniera effettuata in assenza di ricorso alle forme della cooperazione internazionale... per «instradamento»» (T. Bologna, 23.6.1998, Bossert, in *CP*, 2000, 1058), evindenziandosi che «l'autorità giudiziaria italiana – per il principio di diritto internazionale secondo il quale ciascuno Stato ha esclusiva sovranità all'interno del proprio territorio – non ha alcuna competenza per procedere direttamente, se non a mezzo di rogatoria internazionale, al fine di captare intercettazioni telefoniche da eseguire nel territorio di altro Stato» (C., Sez. I, 21.11.2001, Mussurici; C., Sez. II, 13.12.2001, Manno ed altri, entrambe inedite).

Quale che sia il luogo in cui si trovi l'apparecchio di telefonia fissa o mobile, il servizio è evidentemente reso nel rispetto delle regole tecniche giuridiche del Paese di appartenenza dell'utenza che è, di conseguenza, soggetta alla sovranità di quel Paese che solo può procedere (legittimamente) ad intercettare le relative comunicazioni.

Che materialmente e tecnicamente le operazioni captative siano di fatto eseguite nel nostro Paese non rileva, perché in tanto il sottostante potere sarebbe utile e legittimamente esercitato in quanto incidente su beni soggetti alla esclusiva sovranità dello Stato italiano. A ragionare in modo differente, si dovrebbe ammettere che il giudice italiano possa regolare lo stato giuridico dei beni (e, per quanto che ci occupa, dei correlati diritti alla riservatezza) estranei al suo ordinamento giuridico, in spregio alla sovranità degli altri singoli Stati.

Ove condivisibile l'approccio volto ad escludere la legittimità della tecnica dell'instradamento, sarebbe addirittura ovvio concludere in termini di risultati di intercettazioni illegalmente acquisiti. Epperò, stante l'importanza della materia e della verificata impossibilità di risol-

vere le questioni sul tappeto unicamente a livello di interpretazione del carente diritto positivo, pare necessario e non ulteriormente differibile il riordino legislativo di tutte le vaste problematiche inerenti l'acquisizione e la correlativa circolazione della prova oltre i limiti territoriali dello Stato.

8. – Gli esempi delle situazioni di confine, più o meno ambigue, potrebbero continuare. Ma affastellare gli aspetti enigmatici non significa portare a corretta risoluzione tutti i problemi. E il moltiplicarsi degli sbandamenti esegetici, sempre poco utile, sarebbe francamente assai preoccupante in questo settore, stante la rilevanza dei valori e degli interessi in collisione tra loro; per questa ragione è urgente l'approntamento di un disciplinare idoneo a fare drastica chiarezza, con l'individuazione esplicita *ex auctoritate* del catalogo delle intromissioni tollerabili alla riservatezza e di quelle intollerabili.

Nella medesima prospettiva, appare necessaria e non rinviabile una presa di posizione esplicita relativamente alla operatività o meno anche nei processi in corso delle nuove disposizioni, così portando a soluzione omo-

genea tutte le inevitabili questioni di diritto intertemporale.

L'opzione per l'applicabilità immediata in tutti i procedimenti penali pendenti sarebbe coerente con i canoni del giusto processo ed in linea con il precedente costituito dall'art. 8, l. 8.4.1974, n. 98, considerata legge interpretativa-applicativa delle norme costituzionali poste a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, che ebbe a sancire anche per il passato il regime dell'inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche da quella legge introdotto. Ma la disparità di vedute affiorata in letteratura, e le ben note resistenze insorte nell'elaborazione giurisprudenziale a proposito degli ambiti cronologici di applicazione delle nuove norme in tema di prova nel giusto processo e di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento, inducono a non farsi soverchie illusioni circa il regime che potrà essere effettivamente sperimentato.

Ma non è questa la sede per caldeggiare una soluzione piuttosto che altra. Purché il legislatore compia scelte chiare, che non siano foriere di equivoci esegetici e infortuni operativi.

DECISIONI IN PRIMO PIANO

Norma e prassi in tema di motivazione dei decreti di autorizzazione delle intercettazioni

L'ennesima pronuncia delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione (C., S.U., 12.7.2007, Aguneche, in *GDir*, 2007, 37, 69) pare aver definitivamente risolto la *querelle* in ordine alla motivazione dei decreti delle intercettazioni. In particolare il massimo consesso giuridico si è stabilizzato sui seguenti punti:

a) *«l'obbligo di motivazione del decreto del p.m., con il quale si dispone l'esecuzione delle operazioni intercettative mediante impianti diversi da quelli in dotazione all'ufficio di procura, non può ritenersi assolto con il semplice riferimento all'insufficienza o inidoneità degli impianti dell'ufficio, che si limiti a ripetere la formula legislativa»;*

b) *«qualora non sia assolto dal p.m. l'obbligo motivazionale nei termini sopra indicati, non è consentito al giudice colmare tale mancanza nel giudizio di merito o di legittimità con l'individuazione, in tali sedi, delle effettive ragioni dell'insufficienza o inidoneità degli impianti dell'ufficio, sulla base di atti del processo diversi dal decreto del p.m. e da quelli che lo integrano per relationem».*

Le Osservazioni che seguono, riprendendo il percorso della giurisprudenza degli ultimi anni su questo delicato tema, offrono una introspezione dei requisiti minimali richiesti e dei limiti invalicabili al potere di integrazione.

Osservazioni

di Filippo Giunchedi

1. – Della motivazione dei decreti delle intercettazioni dei flussi di comunicazioni si è detto tutto e il contrario di tutto. E, nonostante il continuo intervento delle Sezioni unite (C., S.U., 21.6.2000, Primavera ed altri, in *CP*, 2001, 69; C., S.U., 31.10.2001, Policastro, in *CP*, 2002, 944; C., S.U., 26.11.2003, Gatto, in *CP*, 2004, 1217; C., S.U., 17.11.2004, Esposito, in *CP*, 2005, 343; C., S.U., 29.11.2005, Campenni, in *GI*, 2006, 1690 e, da ultimo, C., S.U., 12.7.2007, Aguneche, in *GDir*, 2007, 37, 69), le questioni problematiche sono ancora sommerse. Va, comunque, affiorando un filone tendente ad omologare una metodologia di approccio che tenda a fornire dei criteri convincenti sui connotati minimali a pretendersi per l'apparato motivazionale dei de-

creti emessi in via d'urgenza dal pubblico ministero (sulla motivazione, per tutti, AMODIO, *Motivazione: II. Motivazione della sentenza penale*, in *ED*, XXVII, Milano, 1977, 181 ss.).

Non dimentichiamo che già nel 1973 con sentenza n. 34 la Corte costituzionale – quando le problematiche afferenti le intercettazioni non erano avvertite come oggi – ammoniva che «la richiesta di provvedimenti autorizzativi della intercettazione va valutata con cautela scrupolosa giacché da provvedimenti del genere deriva una grave limitazione alla libertà e segretezza delle comunicazioni. Nel compiere questa valutazione il giudice deve tendere al contemperamento dei due interessi costituzionali protetti onde impedire che il diritto alla riservatezza delle

comunicazioni telefoniche venga ad essere sproporzionatamente sacrificato dalla necessità di garantire una efficace repressione degli illeciti penali. A tal fine è indispensabile che accerti se ricorrano effettive esigenze, proprie dell'amministrazione della giustizia, che realmente legittimino una simile forma di indagine e se sussistano fondati motivi per ritenere che mediante la stessa possano essere acquisiti risultati positivi per le indagini in corso».

Attualmente la regola che sia il p.m. a richiedere al giudice l'autorizzazione a disporre le operazioni mediante impianti interni alla procura della Repubblica, viene reiteratamente soppiantata dall'eccezione. Gran parte delle intercettazioni avvengono mediante impianti esterni alla procura della Repubblica e con decreto motivato del p.m. successivamente convalidato dal g.i.p., rendendo in tal modo operativo il rigido apparato argomentativo richiesto dal 3° co. dell'art. 268 c.p.p. che richiede che il p.m. dia conto delle ragioni che giustificano l'utilizzo di impianti privati o in dotazione alla polizia giudiziaria, ravvisabili nell'insufficienza e nell'inidoneità dei primi e le ragioni di urgenza che non rendono differibile la captazione fino alla disponibilità degli impianti presenti in procura. La particella «e» implica che entrambi i presupposti devono convivere. L'omesso rispetto di questa regola impone, sul piano degli effetti, l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni (art. 271, 1° co., c.p.p.).

2. – Le questioni maggiormente dibattute riguardano non tanto le problematiche affidenti la motivazione dei decreti del p.m., quanto la possibilità di una motivazione postuma dei decreti autorizzativi delle intercettazioni.

Sotto il primo profilo, la giurisprudenza è oramai assestata sul fatto che è sufficiente una motivazione *per relationem* purché faccia riferimento, recettizio o di mero rinvio, ad un atto legittimo del procedimento (allegato, conosciuto o conoscibile), la cui dimostrazione sia congrua rispetto all'esigenza di giustificazione richiesta nel provvedimento di destinazione e purché fornisca la dimo-

strazione che il decidente ha recepito criticamente le ragioni dell'atto di riferimento ritenendole coerenti alla sua decisione (C., S.U., 21.6.2000, Primavera ed altri, cit.).

Gravida di problematiche è la seconda questione, relativa alla motivazione postuma dei decreti autorizzativi, risolta di recente dalle Sezioni unite (C., S.U., 29.11.2005, Campenni, cit.) nel senso di escludere la possibilità di "sanare", ora per allora, la mancanza di un atto motivato che la legge (costituzionale e ordinaria) pone a garanzia di diritti fondamentali dell'individuo. Pertanto in tema di autorizzazione alla utilizzazione di impianti diversi da quelli in dotazione alla procura della Repubblica la motivazione del decreto del p.m., in ordine ad entrambi i presupposti di legge (la inidoneità o insufficienza degli apparati in uso all'ufficio giudiziario e la eccezionale urgenza), deve intervenire prima dell'esecuzione delle operazioni captative; il p.m. può rendere la relativa motivazione, o integrarla, anche in momenti successivi a quello in cui abbia, eventualmente, disposto l'esecuzione delle operazioni, ma comunque sempre ed in ogni caso prima che le captazioni vengano eseguite. Non è ammesso, infatti, che questa attività sia surrogata dal giudice, sostituitosi al p.m. nel rendere una motivazione non resa dall'inquirente o di integrarla, appropriandosi di ambiti di discrezionalità deliberativa e determinativa che spettano solo alla parte pubblica (C., S.U., 29.11.2005, Campenni, cit.). Il condivisibile percorso logico da cui muovono le Sezioni unite, parte dal presupposto che ogni deliberazione «in ordine al *quomodo* di tale attività intercettativa appartiene solo al magistrato inquirente, il potere di integrazione motivazionale al riguardo – negli invalicabili termini suindicati, cioè prima del compimento dell'atto – è riservato al p.m., non al giudice (tanto meno in sede di riesame o di appello nel procedimento incidentale *de libertate*, allorché quella attività captativa sia stata già posta in essere)» (C., S.U., 29.11.2005, Campenni, cit.). Ciò per l'evidente constatazione che il giudice non può – in mancanza di una esplicita previsione in tal senso – supplire ad

una mancanza di una parte, integrando l'atto mancante dei suoi presupposti strutturali richiesti *ad substantiam* dalla legge per l'elementare ragione per cui non può adottare una motivazione giustificatrice che egli non ha reso e che lo porterebbe ad invadere una sfera altamente discrezionale qual è l'adozione di una scelta tecnica nel compimento dell'atto (esemplare sul tema il richiamo a C., S.U., 28.1.2004, Ferrazzi, in *CP*, 2004, 1913). La motivazione, infatti, deve *reddere rationem* dei dati empirici assunti come elementi a fondamento di una determinata scelta, mediante quella combinazione di criteri con cui si giustifica la valutazione congiunta e complessiva dei diversi presupposti di fatto e di diritto e delle ragioni che fondano la scelta finale.

Il compito del giudice, quindi, è limitato a valutare la congruità dell'apparato giustificativo che sorregge la determinazione derogatoria assunta dal p.m. (in senso restrittivo cfr. C., S.U., 17.11.2004, Esposito, cit.; alla quale si è conformata, C., Sez. IV, 3.12.2004, Polito, in *GI*, 2005, 1276), ed in particolare se la motivazione del decreto, prima del compimento dell'attività intercettativa, fosse o meno idonea e sufficiente a giustificare il ricorso ad apparati tecnici esterni all'ufficio giudiziario. Ed ove accerti la insussistenza di valida motivazione a tali fini giustificativi, l'attività posta in essere è inemendabile ed il giudice è tenuto a rilevare la inutilizzabilità delle acquisizioni captative.

L'interpretazione adeguatrice delle Sezioni unite (in letteratura il principio di diritto era stato "sollecitato" da GAITO, *L'integrazione successiva dei decreti di intercettazione telefonica non motivati*, in *DPP*, 2004, 929) è stata successivamente specificata, nel senso che al p.m. è concesso di "sanare" la mancanza di motivazione in ordine all'utilizzo di impianti esterni alla Procura, ma a condizione che ciò avvenga prima dell'inizio delle operazioni; e nel caso di motivazione assente o carente nel breve lasso di tempo intercorrente tra l'emissione del decreto ai sensi del 3° co. dell'art. 268 c.p.p. e l'inizio delle operazioni, ne consegue l'inutilizzabilità dei ri-

sultati dell'attività captativi (C., Sez. II, 15.2.2006, Navarra, in *GI*, 2007, 1994, con nota di N. LA ROCCA, *Condizioni per la utilizzabilità delle intercettazioni tramite decreti successivi*).

3. – Ma l'alto valore garantistico assegnato al decreto motivato, ha alimentato ulteriori questioni problematiche che evidenziano come in un settore così invasivo un *obiter dictum* abbia una valenza relativa, posta la rilevanza strategica delle intercettazioni nella fase delle indagini – e non solo nelle indagini, posto che il dato cristallizzato trasla nel processo, facendo sì che tale mezzo di ricerca della prova entri nello scibile processuale valutabile ai fini della decisione, secondo la procedura prevista dal 7° co. dell'art. 268 c.p.p. (concordemente sul punto, FURFARO, *Il diritto alla riservatezza: prospettive europee*, in *www.foro.europa.it*, 2007, n. 4) – che spinge a tattiche di "aggiramento" per l'adprebentio di importanti dati investigativi utili agli inquirenti. Le Sezioni unite (C., S.U., 12.7.2007, Agunecche, cit.), pertanto, si sono trovate a dover rivisitare le precedenti pronunce, apparentemente chiarificatrici, affrontando il delicato tema della motivazione circa l'inidoneità e insufficienza che giustifichi l'utilizzo degli impianti esterni alla procura (come sottolinea CISTERNA, *Solo poche altre questioni giuridiche vantano tanti interventi a Sezioni unite*, in *GDir*, 2007, 37, 62) e quella relativa ai poteri integrativi del giudice del decreto (pseudo)motivato del p.m.

La prima questione muove dalla costante prassi di utilizzare vuote clausole di stile che assurgono a mera tautologia e non permettono di comprendere le reali cause di indisponibilità degli impianti della procura (C., S.U., 26.11.2003, Gatto, cit., ha ritenuto assolto l'onere motivazionale con l'indicazione dell'«indisponibilità delle linee presso la locale procura»). È compito del p.m., invece, assolvere ad un obbligo motivazionale che non può limitarsi alla valutazione conclusiva, ma deve dare atto «dell'iter cognitivo e valutativo del magistrato» per consentire il controllo su quella data motivazione, innanzit-

to, del giudice che deve convalidare il provvedimento; poi, dei legittimati ad impugnare e contestare la decisione, nonché dell'organo a cui spetta il potere di valutazione dell'ortodossia del decreto.

La seconda questione, invece, attiene al potere di integrazione del giudice, di merito o di legittimità, delle effettive ragioni della ritenuta insufficienza o indisponibilità degli impianti della procura, posto che uno strumento così invasivo quali sono le captazioni di flussi di comunicazione richiede che, in ragione della speciale deroga prevista dal codice, la trama motivazionale risulti appagante in ordine allo stato degli apparati di servizio in procura, in modo da ritenere legittima la deroga. D'altronde, se il legislatore, a fronte di una norma di carattere generale che sanziona con l'inutilizzabilità prove illegittimamente acquisite (art. 191 c.p.p.), ha ulteriormente specificato il divieto di accesso allo scibile processuale dei risultati di intercettazioni eseguite senza l'osservanza della disposizione dell'art. 268, 3° co., c.p.p. – che, quindi, si pone come «inutilizzabilità rafforzata» (BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990, 254) – una ragione deve esserci e dimora nel fatto che nel difficile equilibrio tra libertà e autorità, la seconda possa prevalere solo a fronte di peculiari ed eccezionali ragioni di cui, però, deve darsi conto per consentire alle parti il potere di critica e al giudice quello di controllo sulla legittimità del provvedimento secondo le garanzie previste dalla legge (art. 15 Cost.). Nonostante alcuni arresti giurisprudenziali discutibili che legittimavano il potere sussidiario del giudice nella verifica della sussistenza dei presupposti della deroga anche a fronte di documentazione prodotta successivamente all'esecuzione delle operazioni (di recente, ad esempio, C., Sez. V, 12.1.2006, Gandolfo, in *DeG*, 2006, 14, 59), il percorso, indipendentemente dalla sussistenza di analoghi epiloghi in istituti affini, non può ritenersi ammissibile in un settore nevralgico quale quello delle captazioni di comunicazioni, attentamente disci-

plinato al fine di non ledere una garanzia fondamentale dell'individuo. È vero, infatti, che – come verificatosi nella giurisprudenza appena richiamata – il tribunale del riesame gode di un potere di integrare la motivazione del provvedimento impugnato (tra le tante, cfr. C., Sez. VI, 16.1.2006, Pupuleku, in *Mass. Uff.*, 233499; C., Sez. VI, 7.9.2004, P.M. in proc. Iuzzolino, in *Mass. Uff.*, 229763; C., Sez. I, 2.10.1998, Mannella, in *Mass. Uff.*, 211887), ma trattasi di ipotesi circoscritta che non permette un effetto sanante di documentazione non contemplata nel provvedimento primigenio, in quanto implica una valutazione su dati differenti che, in relazione al caso specifico delle intercettazioni, assurgono a vera e propria condizione di procedibilità (in tal senso GAITO, *L'integrazione successiva dei decreti di intercettazione telefonica non motivati*, 934, e, in termini più generali, Id., *Procedibilità (condizioni di) (dir. proc. pen.): a) caratteri generali*, in *ED*, II Agg., Milano, 1998, 743 ss.) legittimante l'adozione del decreto disposto dal p.m. nella valutazione dei presupposti della deroga rispetto alla regola generale, la cui mancanza implica un difetto che degrada a vero e proprio vizio della volontà nella valutazione del dato fattuale legittimante la deroga (nonostante attengano ad altro istituto processuale, v. le considerazioni di GAITO, *I vizi della volontà dell'estradata a proposito della rinuncia al principio di specialità*, in *GM*, 2004, 562). Perché un conto è il potere di integrazione successivo, ma prima comunque del compimento dell'atto, e altro conto è un'attività sussidiaria del giudice che si surroga all'altra parte, rinvenendo un dato attestante una condizione che l'unico soggetto a cui spetta compiere la valutazione circa l'insufficienza e l'inidoneità degli apparati pubblici non ha effettuato. Non si tratta di distonia apparente, ma di vero e proprio *error causalis* che implica un *error in procedendo* che non può essere sanato sulla scorta di un eterodosso richiamo al *male captus bene retentus*, dal che la totale invalidazione dei risultati di quel prov-

vedimento, come chiaramente prevede il 1° co. dell'art. 271 c.p.p.

L'apparente ortodosso richiamo ai poteri integrativi motivazionali del tribunale del riesame – di recente oggetto di censura da parte delle Sezioni unite “Aguneche” – risulta del tutto inconferente non tanto per la condivisibile ragione che la situazione di insufficienza o di inidoneità degli apparati interni debba essere valutata ed apprezzata dal magistrato inquirente, quanto per l'ovvia ragione che laddove l'ordinamento ha posto a carico di una parte (l'inquirente) un determinato onere, a questo e solo questo soggetto spetta, senza alcun potere sussidiario da parte di altro soggetto (il giudice) che, invece, è tenuto a valutare, sulla scorta del compendio motivazionale, l'iter logico che ha spinto il p.m. *ab imis* a derogare a talune garanzie previste per legge. E non esistono alternative.

Il disposto dell'art. 309, 9° co., c.p.p., infatti, attiene al potere integrativo del provvedimento di altro giudice e non del p.m. (C., S.U., 17.4.1996, Moni, in *Mass. Uff.*, 205267), tanto

che in tema di riesame del sequestro probatorio – convalidato *ex art.* 355 c.p.p. dal p.m. – non è ammissibile un potere integrativo del giudice sulla mancanza dei presupposti legittimanti il potere di *adprehensio* del p.m. con conseguente declaratoria di nullità del provvedimento (oltre a C., S.U., 28.1.2004, Ferrazzi, cit., già prima, C., Sez. VI, 20.5.1998, Ferroni, in *CP*, 1999, 1220).

Per concludere, può dirsi in modo tranquillante che in un sistema accusatorio ove – si sa – l'onere della prova grava sull'accusa, ed in particolare in un settore quale quello delle intercettazioni ove quanto acquisito nella fase delle indagini “migra” nel processo, deve valere la rigida separazione dei ruoli tra gli attori del processo che è presupposto caratterizzante il modello accusatorio, senza che tale onere possa essere assolto da altro soggetto che di quella contesa non può che essere il controllore a garanzia dei diritti fondamentali dell'individuo (sul punto cfr. anche L. FERRAIOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*⁸, Roma-Bari, 2004, 626 ss.).

Il duplice ed ambiguo ruolo del minore negli abusi sessuali: vittima e testimone privilegiato

La pronuncia della Terza Sezione penale della Suprema Corte di Cassazione (C., Sez. III, 18.9.2007, Proc. Rep. Trib. Tivoli in proc. Del Meglio ed altri, in *GDir*, 2007, 43, 65), inserendosi nel solco del percorso tracciato da similari pronunce che negli anni hanno affrontato il delicato tema delle violenze sessuali sui minorenni, fornisce indubbi parametri e consolidate istruzioni in ordine alla particolare cautela da seguire nella delicata fase di assunzione della testimonianza diretta del minore che, se credibile e attendibile ed eventualmente corroborata da ulteriori elementi di riscontro, atti a scongiurare il rischio del frequente contagio dichiarativo, potrebbe costituire il dato gnoseologico su cui fondare non soltanto l'applicazione della misura cautelare nei con-

fronti degli indagati, ma anche il verdetto di responsabilità degli imputati. Sul punto la Cassazione chiarisce che:

a) «(...) l'assunto secondo il quale i bambini piccoli non mentono consapevolmente e la loro fantasia attinge pur sempre ad un patrimonio conoscitivo deve essere sempre temperato con la consapevolezza che gli stessi possono essere dichiarati attendibili se lasciati liberi di raccontare, ma diventano altamente malleabili in presenza di suggestioni eteroindotte; interrogati con domande inducenti, tendono a confermarsi alle aspettative dell'interlocutore. Necessita quindi che le dichiarazioni dei bambini siano valutate dai giudici con la necessaria neutralità ed il dovuto rigore e con l'opportuno aiuto delle scienze che hanno rilievo in materia (...)».

Osservazioni di Gioia Sambuco

1. – Numerose le vicende giudiziarie che, concernendo violenze ed abusi sessuali sui minori, recentemente hanno turbato l'opinione pubblica; la più incresciosa forse, ma sicuramente la più nota vista la “forte risonanza mediatica” è quella dei bambini della Scuola materna di Rignano, vittime – secondo l'ipotesi di accusa – di violenze ed atroci abusi perpetrati dai loro maestri.

La Terza Sezione penale (C., Sez. III, 18.9.2007, Proc. Rep. Trib. Tivoli in proc. Del Meglio ed altri, in *GDir*, 2007, 43, 65), la cui decisione è senza dubbio meritevole di attenzione anche per gli operatori del diritto poiché offre preziosi insegnamenti sui canoni valutativi delle dichiarazioni della vittima minorenni, ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dal Pubblico Ministero avverso l'ordinanza di scarcerazione emessa dal Tribunale del riesame nei confronti degli indagati.

Questa pronuncia merita di essere segnalata anche perché l'oggetto del giudizio ha comportato la necessità per la Cassazione di affrontare alcuni delicati nodi problematici relativi ai connotati qualificanti la nozione di indizio al fine di un addebito cautelare e al sindacato di legittimità ridefinito per effetto della legge n. 46 del 2006 (per un inquadramento sistematico ed approfondito GAITO, *Gli scrupoli del legislatore per l'effettività dei controlli sulla correttezza del metodo probatorio*, in GAITO, *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la “legge Pecorella”*, Torino, 2006, 265-291).

Proprio in ordine a tale ultimo aspetto, la Cassazione nella corposa motivazione ha innanzitutto precisato che la valutazione sulla coerenza logica e la razionalità della motivazione resa dai giudici *a quibus*, è comunque circoscritta entro determinati confini che, sebbene ampliati alla luce della legge n. 46 del 2006 (che vi include gli specifici atti processuali segnalati dal ricorrente), non ricom-

prenderebbero una diversa valutazione delle prove, anche se plausibile.

Ribadendo la funzione attuale del controllo della Cassazione, i giudici di legittimità hanno sentito la necessità di spiegare l'ampiezza con la quale sarebbero andati ad effettuare il controllo sulla congruità e sufficienza del ragionamento probatorio della motivazione, precisando e chiarendo i limiti del giudizio assegnatole.

Queste considerazioni sono state prioritariamente affrontate dalla Suprema Corte in quanto funzionali alla successiva valutazione di inesistenza del vizio motivazionale lamentato dal p.m. ricorrente nella misura in cui quest'ultimo, avendo fatto riferimento ad alcuni atti del procedimento astrattamente idonei a fornire una ricostruzione diversa e più persuasiva rispetto a quella formulata nel provvedimento impugnato, non ha opportunamente provveduto a segnalare precipuamente quelle prove, che decisive e dotate di una forza esplicativa, sarebbero state potenzialmente tali da inficiare l'intero ragionamento svolto dai giudici del riesame, sì da rendere illogica o contraddittoria la motivazione.

I giudici di legittimità poi in riferimento alla specifica e relativa censura del p.m., si sono pronunciati sulla “qualità” del quadro indiziario, valutato – allo stato – insufficiente dal Tribunale del riesame e contraddittorio per l'applicazione di una qualsivoglia misura cautelare agli indagati. Nello specifico, occorre valutare se gli indizi considerati nel loro complesso, fossero idonei ad integrare il requisito della “gravità” di cui all'art. 273 c.p.p. consistente cioè nella alta probabilità dell'esistenza del reato e della attribuibilità dello stesso agli indagati.

Abbracciando le conclusioni seguite dal giudice delle cautele, la Cassazione dubita della gravità del materiale indiziario specificando le ragioni di tale convincimento. Oltre a giu-

stificare il giudizio di insufficienza e contraddittorietà del materiale indiziario per la dubbia affidabilità della consulenza psicologica, del lasso temporale tra il fatto di reato e la manifestazione dei relativi disagi emotivi dei minori, i giudici di legittimità non appaiono convinti del “decisivo peso” sostenuto dal p.m., delle dichiarazioni effettuate dalla voce delle giovani vittime, né di quelle dei loro genitori.

Ed infatti, proprio sulla attendibilità e consequenziale credibilità delle dichiarazioni – rispettivamente “dirette” degli uni e “*de relato*” degli altri – non vi sarebbe, secondo la Suprema Corte, alcun elemento che possa escludere ragionevolmente il dubbio introdotto dai difensori degli indagati relativamente alla possibilità di un loro evidente contagio dichiarativo. Quest’ultimo consiste in un vero e proprio meccanismo psicologico che si sostanzia nello scambio di informazioni e dati tra individui che ben potrebbero incidere sulle convinzioni che un determinato soggetto possiede relativamente ad un certo evento, potendo, paradossalmente, giungere anche alla creazione di convincimenti che non corrispondono alla realtà dei fatti. Questo meccanismo troverebbe terreno fertile proprio sui bambini: la possibilità per il minore di essere soggetto a maggiori suggestioni rispetto all’adulto, stante la sua difficoltà nel distinguere i dati effettivamente percepiti da quelli solo immaginati è, oltre che considerazione oggettivamente innegabile, anche circostanza frequentemente ribadita dalla giurisprudenza di legittimità (C., Sez. III, 26.9.2007, n. 39994, M. B. E. e P.G., *inedita*; C., Sez. III, 8.5.2007, A., in *FMin*, 2007, 10, 66).

Aderendo a tale impostazione, nella sentenza “degli scolari di Rignano”, i giudici di legittimità si interrogano se sia possibile che lo snodarsi dei fatti corrisponda realmente a quanto i bambini hanno vissuto o se piuttosto si tratti di convinzioni alle quali prima si sono abbandonati i genitori delle vittime nei numerosi episodi di confronto tra loro organizzati anche in momenti precedenti alle denunce, e che soltanto successivamente (o for-

se anche contestualmente) sono state riversate sui bambini stessi.

Emerge dunque nella pronuncia come il cosiddetto contagio dichiarativo si sia prima sviluppato tra i genitori, che come potrebbero essersi scambiati a vicenda preoccupazioni, aspettative, potrebbero anche essersi reciprocamente convinti in ordine a circostanze non realmente accadute, e poi ne avrebbero in qualche modo – «anche in buona fede», spiegano i giudici della Terza Sezione – informato i figli, condizionandoli (*recte* suggestionandoli).

La possibilità che gli adulti abbiano influito in qualche modo con domande suggestive sulla spontaneità del racconto dei bambini ha avuto tra l’altro conferma almeno in due casi nel corso del giudizio di merito; il Giudice del Tribunale aveva rilevato atteggiamenti prevaricatori, emergenti nelle videoregistrazioni, di alcuni genitori evidenziando «una forte e tenace pressione dei genitori sui minori» e «una forte opera di induzione e di suggerimento delle risposte».

In coerenza con tale tesi, plausibile e logica, la Suprema Corte non ritiene affidabili, né credibili le deposizioni dei testi e dei minori, anche perché tale quadro indiziario, già di per sé “debole”, non appare esaustivo ai fini accusatori e quindi non dotato di gravità tale da consentire l’applicazione della misura cautelare. Conclusione che viene ulteriormente avvalorata dall’innegabile esistenza di lacune probatorie relative ad alcuni aspetti salienti della vicenda [in via esemplificativa si ricorda: l’esito negativo delle perquisizioni e delle intercettazioni telefoniche effettuate nei confronti degli indagati; la compatibilità dello svolgimento dei fatti cristallizzati nell’ipotesi di accusa, così come riferiti dai testi e da alcuni minori, vittime del reato, con alcune circostanze non spiegate quali l’indisturbata assenza delle maestre da scuola, la mancata individuazione della persona che avrebbe dovuto vigilare sui minori rimasti nella classe, la trascuratezza dei genitori che prelevando da scuola i bambini non si sarebbero mai accorti del silenzioso (?) malessere dei piccoli].

La conclusione della Cassazione si pone in assoluta conformità con l'attuale regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio prevista dall'art. 533 c.p.p. Tale regola non può non vigere, con la giusta ponderazione, anche nella fase di applicazione delle misure cautelari: la delibazione funzionale all'esercizio del potere cautelare necessita di elementi dotati di una qualificata probabilità di colpevolezza, stante il carattere eccezionale delle misure restrittive della libertà; diversamente il giudizio preordinato alla sentenza di condanna necessita di un quadro indiziario non connotato "semplicemente" dall'alta probabilità di resistenza ad ipotesi alternative della esistenza del reato e della attribuibilità dello stesso agli indagati, ma dal criterio di certezza.

D'altra parte anche i giudici del riesame avevano fatto "buon uso" a tale regola ritenendo irragionevole applicare una misura cautelare a fronte di un complesso probatorio non connotato dalla ragionevole probabilità di colpevolezza degli indagati, soprattutto in mancanza di riscontri alle asserzioni delle persone informate sui fatti.

L'esistenza di altri elementi emergenti dalle risultanze processuali che potessero fungere da adeguato riscontro alle dichiarazioni dirette dei minori ed a quelle *de relato* dei genitori, si presentava, nel caso concreto, indefettibile in presenza delle plurime lacune probatorie evidenziate, nonché necessaria in quanto volta a corroborare le propalazioni rese, eventualmente dissipando il legittimo dubbio del contagio dichiarativo.

2. – La pronuncia in esame offre lo spunto per evidenziare le evidenti difficoltà che emergono nella percezione del *narratum* del minore vittima dell'abuso e soprattutto sulla sua facile suggestibilità, a causa della mancata maturità psicofisica e delle limitate capacità espressive ed intellettive dell'età infantile [sul tema, di recente, CARPONI SCHITTAR (a cura di), *Il testimone vulnerabile*, Milano, 2005, *passim*]. Infatti, i processi che hanno per oggetto un capo di imputazione di questo tipo, rilevano enormi difficoltà in ordine all'accertamento del fatto di reato:

valutazione questa che nasce dalla considerazione che molto spesso l'unico soggetto capace di riferire l'abuso è la sola persona offesa. Aspetto quest'ultimo, di non facile investigazione perché le fonti di prova sono prevalentemente – o esclusivamente – rapportate alle dichiarazioni accusatorie della vittima. Le sue dichiarazioni costituiranno il primo pilastro sul quale i giudici dovranno attivarsi per la formulazione del giudizio di colpevolezza, esprimendosi anzitutto in ordine all'attendibilità ed alla credibilità della persona offesa, di poi in relazione alla idoneità della ricostruzione da questa resa. Già da queste prime considerazioni emerge la necessità che in relazione a tali reati, i giudici mostrino un forte impegno ai fini di una più ampia cognizione del fatto che comporta un giudizio probatorio più esteso e più approfondito rispetto alle consuete tecniche di valutazione.

Da ciò consegue l'imprescindibile rilevanza della sua testimonianza ma anche l'inevitabile considerazione del difficile vaglio di queste dichiarazioni ad opera dei magistrati (C., Sez. III, 18.10.2001, Panaro, in *Mass. Uff.*, 220362).

Non può infatti in alcun modo essere paragonata l'audizione del minore con quella di un adulto poiché diverse sono le indagini sistematiche e comparative che vengono realizzate in ordine alla testimonianza degli adulti e a quelle dei bambini, differendo in modo assoluto. L'adulto può mentire affermando un qualcosa di cui ha la consapevolezza di non essere conforme alla verità, prefigurandosi quale unico scopo quello di indurre i giudici e la società in generale in errore per trarne un vantaggio; diversamente il bambino e l'adolescente hanno spesso la singolare attitudine alla fabulazione magica che è una sorta di credenza assertiva alla quale, per varie ed incomprensibili ragioni, si abbandonano creando quasi una sorta di pseudo-realtà. Queste considerazioni impongono che il loro racconto debba essere analizzato con molta serietà avendo comunque un'inferenza decisamente indiziaria; solo però quando alle loro dichiarazioni soccorrano

adeguate valutazioni specialistiche e realistici riscontri, nel quadro di tutte le altre emergenze probatorie, potranno costituire un vero e proprio principio di prova. Correlando tra loro gli indizi, ciascuno storicamente certo e rappresentativo di una rilevante contiguità logica con il fatto ignoto e derivante da qualsiasi fonte, fattuale e logica, questi dovranno risultare nel loro insieme, univocamente concordanti rispetto al fatto da dimostrare: questo l'unico *iter* logico processuale ammissibile ed accettabile (sui criteri di apprezzamento della gravità indiziaria nei procedimenti cautelari, GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 82).

Secondo la metodologia in discorso la correlazione delle dichiarazioni della persona offesa con gli altri elementi consentirebbe di pervenire, nel quadro di una valutazione globale dell'insieme, all'affermazione che il complesso indiziario ha raggiunto la soglia della rilevanza della prova certa in ordine al fatto da dimostrare, ove il movente assuma il carattere di collante di tutti gli altri elementi indiziari acquisiti agli atti dopo il loro relativo apprezzamento secondo i parametri di cui all'art. 192, 2° co., c.p.p.

Di conseguenza, il giudice una volta esaminati gli elementi indiziari, formula un apprezzamento relativamente alla loro concordanza, in cui il movente del reato costituisce l'elemento catalizzatore e la chiave di lettura degli indizi.

Avvalendosi delle conoscenze acquisite al processo attraverso la perizia e le consulenze tecniche, il giudice è messo in condizione di saggiare l'attendibilità delle dichiarazioni rese dalla persona offesa, avvalendosi, non soltanto delle regole dettate dall'art. 190 c.p.p., ma anche di quelle fornite dalla scienza psicologica.

Pur se nella fase dell'escussione dovrà essere garantita la serenità del minore, magari svolgendo l'esame nella maniera più informale possibile, alle dichiarazioni che egli rende deve essere conferito lo stesso valore della testimonianza del soggetto maggiorenne,

poiché anche i minori hanno capacità di testimoniare.

Come per le dichiarazioni del testimone, quelle della persona offesa, per essere validamente utilizzate dal giudice, devono risultare *in primis* credibili; a tal fine, e diversamente da altre fonti di conoscenza, come le dichiarazioni rese dai coimputati o da imputati in reati connessi, il ricorso ai riscontri esterni è funzionale soltanto al vaglio della credibilità del teste (C., Sez. VI, 24.2.1997, Orsini, in *Mass. Uff.*, 208912; App. Potenza, 18.1.2001, in *GM*, 2001, 690).

La giurisprudenza di merito e di legittimità è concorde nel ritenere che l'esame della persona offesa deve svolgersi con ogni necessaria cautela al fine di controllarne la credibilità, con una metodologia di indagine particolarmente penetrante e rigorosa anche in ordine alla sua attendibilità soggettiva ed oggettiva, attraverso una conferma di altri elementi probatori (cfr. C., Sez. VI, 6.10.1999, D'Agostino, in *CP*, 2000, 3392; C., Sez. II, 11.6.1998, Di Salvo, in *Mass. Uff.*, 210937), soprattutto laddove sussistano dati processuali contrastanti con tali dichiarazioni che potrebbero essere considerate sintomo dell'innattendibilità delle medesime dichiarazioni (C., Sez. V, 27.4.1999, Mazzella, in *Mass. Uff.*, 213613; C., Sez. I, 8.3.2000, Di Tella, in *Mass. Uff.*, 216180).

Le dichiarazioni della persona offesa possono però rilevarsi sintomaticamente non veridiche per un complesso di ragioni soprattutto quando, nell'ambito complessivo delle risultanze processuali, non ve ne sia alcuna che supporti o che ne confermi il contenuto ovvero qualora ne esista una che contrasti con la ricostruzione resa dalla stessa vittima (da ultimo C., Sez. III, 18.9.2007, Proc. Rep. Trib. Tivoli in proc. Del Meglio ed altri, cit.). In tale circostanza a fronte degli elementi di contrasto, le dichiarazioni della persona offesa, per essere positivamente apprezzate e soprattutto per essere utilizzate a fini probatori, devono essere sottoposte a verifica dettagliata e non accettate con generica giustificazione argomentativa dai giudici del merito, pena la sussistenza del vizio motivazionale.

Problemi analoghi si pongono laddove ad essere esaminata non sia la sola fonte diretta, vittima dell'abuso ma anche le persone a lei vicine, con le quali questa cresce, vive e si confida. In relazione a tale circostanza consegue il problema della piena utilizzabilità delle dichiarazioni *de relato* di queste persone. Queste sono funzionali non solo a provare il fatto storico così come descritto da un soggetto che in un determinato contesto ha reso queste dichiarazioni, quanto per provare il fatto oggetto delle dichiarazioni medesime. Conseguentemente, il vaglio di attendibilità soggettiva ed oggettiva dovrà essere inevitabilmente operato non solo in relazione alle dichiarazioni *de relato*, ma anche a quelle di riferimento: quindi la verifica di credibilità deve essere necessariamente espletata tanto verso la fonte diretta quanto verso la fonte indiretta, ciò comportando che, in caso di contrasto tra le medesime, il giudice dovrà fornire adeguata giustificazione della prevalenza accordata ad una delle due fonti. Nulla esclude che all'esito della valutazione complessiva di tutto il materiale probatorio il

giudice possa giungere alla conclusione della piena colpevolezza dell'imputato sulla sola base delle testimonianze *de relato* delle persone con le quali il minore si sarebbe confidato prima del procedimento, anche qualora in sede di esame diretto abbia reso diverse prospettazioni. Tale conclusione certamente non autorizza l'affermazione che in materia di reati sessuali in danno di minori, operino criteri meno rigorosi di accertamento della colpevolezza dell'imputato; al contrario anche quando il processo penale è costretto ad occuparsi dei minori o comunque di soggetti che hanno una minore capacità difensiva o di tutela, non si può prescindere dall'assoluto rispetto delle regole che attengono all'assunzione delle prove. Esigenza questa tanto più avvertita in presenza dell'evidente interesse accusatorio che inevitabilmente è connaturale alla testimonianza resa da quella persona – può essere il minore ma anche il suo genitore – che è portatrice di interessi confliggenti con quelli dell'imputato e che, come tale, non può essere considerata immune da sospetto.

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

Giudice

Cass., Sez. I, 27.9.2007 (dep. 11.10.2007), n. 37444, Pres. Giordano, Rel. Piraccini, ric. Calvano

La violazione dei criteri di organizzazione di un ufficio giudiziario, ed in particolare delle regole fissate per l'assegnazione dei processi ai giudici, non incide sulla capacità del giudice, ogni qual volta sussista un provvedimento motivato del dirigente dell'ufficio. Ciò a maggior ragione a seguito dell'entrata in vigore della l. 30.7.2007, n. 111, essendosi aggiunta all'art. 7 *bis*, 1° co., ultima parte, r.d. 30.1.1941, n. 12, la disposizione per cui «la violazione dei criteri per l'assegnazione degli affari, salvo il possibile rilievo disciplinare, non determina in nessun caso la nullità dei provvedimenti adottati».

Persona offesa

Cass., Sez. Unite, 27.9.2007 (non ancora depositata), Pres. Lupo, Rel. Romis, ric. Pasquini

I delitti contro la fede pubblica tutelano anche il soggetto sulla cui concreta posizione giuridica l'atto incide direttamente, soggetto che, in tal caso, è legittimato a proporre opposizione contro la richiesta di archiviazione.

Difensore

Cass., Sez. Unite, 27.9.2007 (non ancora depositata), Pres. Lupo, Rel. Franco, ric. Lo Mauro ed altri

Il ricorso per cassazione proposto nell'interesse della persona offesa dal reato deve essere sottoscritto dal difensore nominato secondo le formalità di cui agli artt. 101, 1° co., e 96, 2° co., c.p.p.

Prove

Cass., Sez. III, 18.9.2007 (dep. 9.10.2007), n. 37147, Pres. Lupo, Rel. Squassoni, ric. Proc. Rep. Trib. Tivoli in proc. Del Meglio ed altri
Le dichiarazioni rese dal minore vittima di abusi sessuali devono essere valutate con la necessaria neutralità e il dovuto rigore, non-

ché con l'opportuno ausilio delle scienze rilevanti in materia (pedagogia, psicologia, sessuologia) e l'esame critico deve essere particolarmente pregnante in presenza di dichiarazione *de relato*.

Cass., Sez. III, 23.5.2007, n. 35081, Pres. De Maio, Rel. Tardino, ric. Proc. Gen. App. Brescia in proc. Guerini ed altra

Il giudice può assumere il bambino quale fonte di prova. Le sue dichiarazioni, però, in considerazione della propensione alla fabulazione magica che porta a creare quasi una pseudorealtà, devono essere sottoposte ad un necessario riscontro.

Intercettazioni

Cass., Sez. I, 15.6.2007 (dep. 20.7.2007), n. 29688, Pres. Canzio, Rel. Corradini, ric. Muscolino

L'esecuzione di intercettazioni illegali, ai sensi degli artt. 268 e 271 c.p.p., ne determina l'inutilizzabilità come prova in qualsiasi tipo di procedimento, in quanto assunta in violazione dei diritti dei cittadini garantiti dai principi costituzionali, e quindi anche nel procedimento di prevenzione, dove pure vige la regola della piena e autonoma utilizzabilità di qualsiasi elemento indiziario.

Sequestro preventivo

Cass., Sez. II, 26.9.2007 (dep. 26.10.2007), n. 39780, Pres. Di Iorio, Rel. Ambrosio, ric. Grassi

Considerato che il nesso di pertinenzialità tra la *res* principale e gli accessori di questa che ordinariamente legittima il sequestro preventivo, non è richiesto nelle ipotesi di bene assoggettabile a confisca per equivalente – dal momento che il presupposto e la ragion d'essere di questa, risiede nel fatto che il prezzo o il profitto non sia rinvenuto, risultando la misura cautelare autorizzata su un qualsiasi bene dell'indagato di valore "equivalente" e, perciò, per definizione, diverso da quello costituente prodotto o profitto – ne consegue che il provvedimento ablativo

non può attingere i prodotti della gestione del bene sottoposto a vincolo cautelare, in quanto verrebbe violato il principio di legalità che deve presiedere anche le misure cautelari reali e postula un titolo di sequestro diverso rispetto a quello del sequestro per valore.

Cass., Sez. II, 27.6.2007 (dep. 23.7.2007), n. 11319, Pres. Morelli, Rel. Renzo, ric. Picciotti
In ipotesi di reati concorsuali, non è possibile assoggettare a cautela preventiva né i beni di un singolo indagato che siano di valore superiore al complesso del profitto ritratto da tutti i suoi correi; né i beni di tutti gli indagati per valore superiore a quello da essi complessivamente ritratto nella commissione dei reati nei quali concorrono. Il limite della totalità del profitto realizzato da tutti i ricorrenti è sicuramente insito nell'art. 322 *ter* c.p. sia perché in tal senso depono la lettera della norma («per un valore corrispondente»), sia perché non potrebbe ammettersi, per difetto di razionalità costituzionale, una facoltà di confisca che non avesse alcun rapporto logico e naturalistico col reato commesso. Pertanto, esclusa la confiscabilità di beni oltre un certo valore, il profitto realizzato costituisce limite naturale e invalicabile anche ai fini cautelari.

Azione penale

Cass., Sez. I, 15.6.2007 (dep. 25.9.2007), n. 35523, Pres. Canzio, Rel. Cassano, ric. Bossi
Con riferimento ai reati commessi sul territorio nazionale, i componenti del parlamento europeo non godono di una duplice immunità – quella europea e quella italiana –, bensì esclusivamente di quella riservata al parlamento nazionale dall'art. 68 Cost.

Archiviazione

Cass., Sez. V, 2.7.2007 (dep. 13.8.2007), n. 31921, Pres. Calabrese, Rel. Di Tomassi, ric. P.O. in proc. Briano
La mancata notifica dell'avviso della richiesta di archiviazione al coniuge ed erede della persona offesa querelante per il delitto di diffamazione, deceduta dopo la proposizione della querela e che aveva chiesto di essere

avvisata dell'eventuale richiesta di archiviazione, non determina l'illegittimità, per lesione del contraddittorio, del decreto di archiviazione emesso dal giudice.
V., anche sub Persona offesa

Giudizio abbreviato

Cass., Sez. Unite, 25.10.2007 (non ancora depositata), Pres. Battisti, Rel. Canzio, ric. P.G. in proc. Volpe ed altri

La riduzione di pena per il giudizio abbreviato deve essere eseguita dal giudice dopo la determinazione della pena effettuata in applicazione della disciplina del cumulo materiale e, in particolare, della disposizione dell'art. 78 c.p., per la quale non può essere superato il limite di trenta anni.

Impugnazioni

Cass., Sez. V, 2.7.2007 (dep. 3.8.2007), n. 31904, Pres. Calabrese, Rel. Rotella, ric. Proc. Rep. Trib. Pordenone in proc. Grigorescu ed altri

Non è abnorme il provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari dichiara la nullità del decreto di rinvio a giudizio, sulla base di un erroneo presupposto, con conseguente restituzione degli atti.

Estradizione

Cass., Sez. Unite, 25.10.2007 (non ancora depositata), Pres. Battisti, Rel. Milo, ric. Gallo
Il principio di specialità previsto dall'art. 721 c.p.p. e dall'art. 14, n. 1, della Convenzione europea di estradizione, non è riferibile anche alle misure di prevenzione personali e al relativo procedimento di applicazione.

Confisca per equivalente

V. sub Sequestro preventivo

Immigrazione clandestina

Cass., Sez. Unite, 27.9.2007 (dep. 28.8.2007), n. 46995, Pres. Lupo, Rel. Lattanzi, ric. P.G. in proc. Magera

Nel processo a carico di un cittadino rumeno, imputato del reato previsto dall'art. 14, co. 5-*ter*, d.lgs. n. 286 del 1998 per inosservanza dell'ordine di lasciare il territorio ita-

liano, emesso dal Questore a seguito di decreto prefettizio di espulsione, non trova applicazione l'art. 2 c.p. in conseguenza dell'ingresso della Romania nell'Unione Europea e, quindi, non può essere pronunciata l'assoluzione dell'imputato perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Mandato di arresto europeo

Cass., Sez. feriale, 13.9.2007 (dep. 17.9.2007), ord. n. 35001, Pres. Morgigni, Rel. Paolone, ric. Rocas

In riferimento all'individuazione del giudice competente all'emissione dell'ordinanza applicativa della misura coercitiva a seguito della convalida dell'arresto di polizia giudiziaria, la competenza funzionale del presidente della Corte d'appello prevista dall'art. 13, legge n. 69 del 2005 non è esclusiva, ma è finalizzata ad assicurare la continuità temporale tra la convalida dell'arresto e la decisione sul protrarsi dello stato di limitazione della libertà personale. Pertanto, ad essa può derogarsi, ritenendo legittimo l'intervento del giudice collegiale, ogni qualvolta non vi sia soluzione di continuità tra tali atti.

Cass., Sez. feriale, 13.9.2007 (dep. 17.9.2007), ord. n. 35000, Pres. Morgigni, Rel. Paolone, ric. Driss

In tema di mandato di arresto europeo la disciplina prevista dall'art. 127 c.p.p. deve essere coordinata e adeguata alle peculiari connotazioni e alla specifica regolamentazione del giudizio di cassazione, sicché, a norma dell'art. 613, 4° co., c.p.p. nel procedimento camerale dinanzi alla Corte di Cassazione, gli avvisi devono essere notificati anche all'imputato soltanto quando egli non sia assistito da difensore di fiducia.

Cass., Sez. feriale, 13.9.2007 (dep. 17.9.2007),

ord. n. 34999, Pres. Morgigni, Rel. Paolone, ric. Nonnis

In tema di mandato di arresto europeo, è utilizzabile come patrimonio informativo cartolare anche una querela presentata dalle parti offese alle autorità italiane.

Sicurezza pubblica

Cass., Sez. I, 4.7.2007 (dep. 28.8.2007), n. 33479, Pres. Bardovagni, Rel. Canzio, ric. Vadalà

In virtù della norma dell'art. 2-ter della legge n. 575 del 1965, il sequestro e la successiva confisca non possono indiscriminatamente colpire tutti i beni di coloro che sono sottoposti a misure di prevenzione personale, bensì debbono riguardare solo quelli di essi che si ha motivo di ritenere frutto di attività illecite o che ne costituiscono il reimpiego. Pertanto, nelle ipotesi in cui il reimpiego del denaro, proveniente da fonte sospetta di illiceità penale, avvenga mediante trasformazioni o miglioramenti di beni già nella disponibilità del soggetto medesimo, in virtù di pregresso acquisto del tutto giustificato da dimostrato titolo lecito, la misura ablativa deve essere rispettosa del generale principio di equità e, per non contrastare il precetto costituzionale di cui all'art. 42 Cost., non può coinvolgere il bene nel suo complesso, ma, nell'indispensabile temperamento delle generali esigenze di prevenzione e difesa sociale con quelle private della garanzia della proprietà tutelabile, deve essere limitato soltanto al valore del bene medesimo proporzionato al reimpiego in esso effettuato dei profitti illeciti o, comunque, ingiustificati. Il che si realizza mediante la confisca della quota ideale del bene, rapportata al maggior valore assunto per effetto del reimpiego e valutata al momento della confisca medesima.

OSSERVATORIO PARLAMENTARE
a cura di *Carlo Fiorio*

Istituzione di squadre investigative comuni sovranazionali
di *Antonio D'Amato*

Dopo essere stato approvato il 15.5.2007 dal Senato con un'ampia maggioranza, il disegno di legge diretto a disciplinare l'istituto delle squadre investigative comuni è approdato alla Commissione giustizia della Camera (A/C 2665 *ex A/S* 1271).

L'iniziativa legislativa, auspicata da tempo da più parti, è volta a concretizzare gli impegni assunti dall'Italia in sede comunitaria. Si tratta, in particolare, di dare attuazione all'articolo 13 della Convenzione di Bruxelles del 29.5.2000, relativa alla mutua assistenza giudiziaria in materia penale, entrata in vigore sul piano internazionale il 23.8.2005; nonché alla successiva decisione quadro n. 2002/465/GAI del 13.6.2002, il cui termine di attuazione da parte degli Stati membri è ampiamente scaduto il 31.12.2002.

Tuttavia, anche altre convenzioni internazionali cui l'Italia ha aderito (cfr. l'art. XXI del Trattato fra Italia e Svizzera del 10.9.1998 in materia di assistenza giudiziaria, ratificato dall'Italia con la l. 5.10.2001, n. 367) prevedono l'istituto delle squadre investigative comuni. Tra le fonti multilaterali, le squadre investigative comuni sono disciplinate dall'art. 19 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, adottata a Palermo il 12/16.12.2000 e ratificata dall'Italia con la l. 16.3.2006, n. 146; dall'art. 5 dell'Accordo di mutua assistenza giudiziaria sottoscritto fra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America il 6.6.2003; dall'art. 49 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31.10.2003.

Una volta approvata la legge in esame, nell'ordinamento giuridico nazionale saranno operative le disposizioni in materia di squa-

dre investigative comuni contenute negli accordi internazionali sopra indicati.

Le squadre investigative comuni rappresentano un nuovo strumento di cooperazione giudiziaria fra gli Stati. Inoltre, limitatamente ai rapporti tra gli Stati membri dell'Unione europea, esse possono coinvolgere non soltanto autorità giudiziarie e di polizia, ma anche autorità non statali, come gli ufficiali in servizio presso l'OLAF, presso l'ufficio europeo di polizia (Europol) o presso Eurojust. Il disegno di legge è costituito da sei articoli, che introducono, con la tecnica della novellazione, una serie di modifiche al codice di procedura penale.

L'art. 1, come disposizione di principio, indica l'obiettivo della legge: l'attuazione nell'ordinamento interno della decisione quadro n. 2002/465/GAI del 13.6.2002, in conformità all'art. 34.2 del Trattato sull'Unione europea, nonché l'esecuzione degli obblighi assunti dallo Stato italiano attraverso gli altri accordi e convenzioni internazionali in materia di squadre investigative comuni sopra citati.

L'articolo 2 introduce i nuovi artt. 371-*ter*, 371-*quater*, 371-*quinquies*, 371-*sexies*, 371-*septies* e 371-*octies* c.p.p. in materia di indagini comuni con altri Stati. Si tratta di una innovazione importante, in quanto finalizzata ad introdurre nel codice di rito la nuova figura delle indagini comuni fra autorità giudiziarie di differenti Stati per consentire una più efficace ed efficiente azione di contrasto rispetto a quei fatti criminosi che, sempre più spesso, assumono connotazioni transnazionali. Rispetto al testo proposto dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 22.12.2006, quello approvato dal Senato contiene una limitazione concernente i reati per i quali il

procuratore della Repubblica può costituire una squadra investigativa comune, essendo stato aggiunto l'inciso «quando procede a indagini collegate a quelle condotte in altri Stati nei confronti di organizzazioni criminali operanti in più Stati, in relazione ai reati puniti dalla legge italiana con pena massima non inferiore a quattro anni di reclusione, quali in particolare i reati relativi al traffico di stupefacenti, alla tratta di esseri umani, al riciclaggio, alla corruzione ed alla pirateria informatica, e vi sia l'esigenza di compiere indagini particolarmente complesse» (cfr. l'art. 2 del d.d.l., che introduce l'art. 371-ter, 1° co., c.p.p.).

Dev'essere, inoltre precisato che, rispetto al testo licenziato dalla Commissione giustizia del Senato, non è stato riprodotto il limite della doppia incriminazione. Si tratta di una scelta rispettosa degli strumenti comunitari a cui viene data attuazione. Invero, in entrambi gli strumenti non si fa riferimento alla doppia incriminazione; e ciò per un duplice fondamentale ordine di motivi. In primo luogo, perché non è detto che le indagini condotte dalle competenti autorità dei due o più Stati interessati debbano avere necessariamente riguardo al medesimo fatto, sia pure diversamente qualificato. Intanto, si potrebbe trattare anche di fatti ontologicamente diversi, e non solo diversamente qualificati; ma ciò solo non fa venir meno, automaticamente, l'esigenza del collegamento investigativo.

Si potrebbe, invero, verificare il caso in cui un'autorità giudiziaria italiana svolga indagini per individuare capi e gregari di un'associazione per delinquere finalizzata al traffico di autovetture rubate, indagine che presenta elementi di collegamento con altra indagine condotta da un'autorità giudiziaria francese che sta procedendo nei confronti di diversi soggetti, abituali ladri di auto, ciascuno dei quali, all'insaputa degli altri, ruba sul territorio francese autovetture per, poi, consegnarle ad un concessionario italiano, che opera per conto dell'organizzazione. Come si può notare, si tratta di fatti diversi, eppure non vi è dubbio che il furto delle autovetture in Fran-

cia è presupposto per il delitto associativo per il quale si procede in Italia.

In secondo luogo, occorre osservare come le squadre investigative comuni operano per cercare elementi di prova e non prove, per le quali soccorrono le ordinarie disposizioni, convenzionali o codicistiche, in tema di rogatorie; né si tratta di uno strumento coercitivo della libertà personale. Si osservi sul punto che anche con la legge n. 69 del 2005, in tema di mandato di arresto europeo (pur trattandosi di provvedimenti coercitivi della libertà personale) la clausola della doppia incriminazione è stata notevolmente ridotta. Sicché, anche alla luce di tali considerazioni, non sembrava giustificata l'apposizione del limite della doppia incriminazione per la costituzione delle squadre investigative comuni.

Occorre, infine, far rilevare come l'Italia, già dal 1959, allorché ha aderito alla Convenzione del Consiglio d'Europa di assistenza giudiziaria in materia penale, tranne che per la Convenzione in materia di estradizione, non si è avvalsa della facoltà di apporre la condizione della doppia incriminazione all'assistenza giudiziaria internazionale (cfr. art. 5 della citata Convenzione e dichiarazioni di riserva apposte in calce alla Convenzione).

Peraltro, la collocazione sistematica nel codice di procedura penale (Libro V, Titolo IV, successivamente all'art. 371-bis) si giustifica per il fisiologico inquadramento dell'attività delle squadre investigative comuni nella fase delle indagini preliminari, sotto la direzione del pubblico ministero, che, in questa circostanza particolare, deve raccordarsi con le investigazioni condotte dalle autorità competenti di altri Paesi dell'Unione europea o di Stato terzi.

Il legislatore mantiene distinte la procedura di costituzione di squadre investigative comuni quando a richiederla è l'autorità giudiziaria italiana (art. 371-ter), da quella in cui è quest'ultima a ricevere la richiesta proveniente dallo Stato estero (art. 371-quater).

In particolare, attraverso l'art. 371-ter si è disciplinata la richiesta del procuratore della

Repubblica di costituzione di una squadra comune. Si è previsto altresì che nei casi di avocazione delle indagini a norma dell'art. 372 c.p.p., o nei casi indicati nell'art. 371-bis, 3° co., lett. b), la richiesta sia formulata, rispettivamente, dal procuratore generale presso la Corte d'appello ovvero dal procuratore nazionale antimafia. Trasmessa la richiesta di costituzione della squadra investigativa comune alla competente autorità dello Stato estero, il pubblico ministero richiedente deve informare dell'iniziativa il procuratore generale presso la Corte d'appello, ai fini dell'eventuale coordinamento a livello distrettuale, o, per le medesime finalità su scala nazionale, al procuratore nazionale antimafia, se si tratta di delitti di cui all'art. 51, co. 3-bis, c.p.p.

Si tratta di disposizione simmetrica rispetto sia all'art. 118-bis disp. att., che attribuisce funzione di coordinamento al procuratore generale presso la Corte d'appello, sia rispetto all'art. 371-bis c.p.p. che attribuisce compiti di coordinamento al procuratore nazionale antimafia limitatamente ai reati di cui all'art. 51, co. 3-bis del codice di rito.

L'art. 371-*quater*, 1° co., c.p.p. disciplina i casi in cui è l'autorità giudiziaria italiana a ricevere la richiesta proveniente dall'autorità straniera. Anche in questo caso, analogamente a quanto previsto nell'art. 371-*ter*, si è previsto che il procuratore della Repubblica ne trasmetta copia al procuratore generale presso la Corte d'appello, ovvero al procuratore nazionale antimafia, se si tratta di indagini relative a delitti di cui all'art. 51, co. 3-bis, ai fini dell'eventuale coordinamento investigativo. Il 2° comma regola l'ipotesi in cui il procuratore della Repubblica, avendo ricevuto dall'autorità straniera la richiesta di costituzione della squadra investigativa comune, ritenga di non essere competente. In tal caso provvede direttamente alla trasmissione della richiesta al pubblico ministero competente, dandone comunicazione all'autorità richiedente. L'incompetenza cui si intende far riferimento è quella per territorio, oltre che quella funzionale.

Il 3° co. della disposizione modifica l'origi-

nario testo proposto dal Governo, nella parte in cui attribuiva al Ministro della giustizia, la prerogativa di bloccare l'operatività di squadre investigative comuni «quando risulta evidente che gli atti che essa deve compiere, in base all'accordo costitutivo, sono espressamente vietati dalla legge o contrari ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano». Questa previsione è stata soppressa e non è prevista alcuna prerogativa ministeriale che possa condizionare l'operatività di una squadra investigativa comune. E ciò anche in linea con la nuova filosofia dell'assistenza giudiziaria in materia penale fra i Paesi dell'Unione europea, che, attraverso la Convenzione di Bruxelles del 2000, mira a superare la concezione intergovernativa della cooperazione a beneficio dei rapporti diretti fra autorità giudiziarie, senza passare per il vaglio politico. Del resto, l'originaria formulazione attribuiva al Ministro Guardasigilli esclusivamente una valutazione tecnica sulla contrarietà, degli atti da compiersi a cura della squadra investigativa comune, alla legge o ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato, che avrebbe finito con il sovrapporsi alla funzione giurisdizionale. Per questi motivi tale valutazione si è ritenuto di rimetterla esclusivamente in capo al procuratore della Repubblica, il quale, se ritiene di rigettare la proposta di costituzione di una squadra investigativa comune per i motivi sopra detti, lo deve comunicare al Ministro della giustizia.

L'art. 371-*quinquies* c.p.p. detta il contenuto minimo dell'atto costitutivo delle squadre investigative comuni, cristallizzandone i requisiti. Per quanto concerne il contenuto dell'accordo costitutivo e i limiti dell'azione delle squadre investigative comuni valgono, ovviamente, le disposizioni contenute nello strumento di diritto internazionale, di volta in volta, applicabili, se in vigore per lo Stato italiano. In particolare, con la previsione di cui alle lett. g) ed h) si è inteso fare riferimento agli ufficiali ed esperti in servizio presso Stati terzi o presso altre organizzazioni internazionali ovvero ancora presso organismi istituiti nell'ambito dell'Unione euro-

pea, come l'OLAF, l'ufficio europeo di polizia (Europol) ed Eurojust, laddove la loro partecipazione alla squadra investigativa comune sia prevista dallo strumento internazionale.

L'art. 371-*sexies* prevede, fra gli adempimenti esecutivi, l'obbligo per l'autorità giudiziaria di trasmettere l'atto costitutivo della squadra, sia nei casi di cui all'art. 371-*bis* che all'art. 371-*ter* c.p.p. al Ministro della giustizia e al Ministro dell'interno, oltre che nei casi in cui l'attività della squadra investigativa comune venga prorogata. E tale onere di informativa, secondo la relazione illustrativa di Guardasigilli si spiega per la funzione di rappresentanza dello Stato che il Ministro della giustizia riveste nei rapporti internazionali e per la correlata responsabilità politico-istituzionale che su di lui incombe; mentre l'informativa al Ministro dell'interno è volta a consentire all'organo titolare della funzione di coordinamento e di indirizzo in materia di pubblica sicurezza di esercitare i poteri previsti dall'art. 6, l. 1.4.1981, n. 121. Il 2° comma del medesimo articolo prevede la durata delle indagini comuni: essa non può superare i sei mesi, salvo proroghe giustificate dalla oggettiva impossibilità di concludere le indagini nel termine stabilito. Il termine complessivo non può superare comunque i dodici mesi. È ovvio che la proroga debba essere concordata fra le competenti autorità procedenti dei diversi Stati. Si è, invece, ritenuto di prevedere espressamente che tale proroga debba essere comunicata sia al procuratore generale presso la Corte d'appello che al procuratore nazionale antimafia, per le rispettive competenze in tema di eventuale coordinamento investigativo; Per quanto riguarda la fissazione in un anno della durata massima del termine di durata delle indagini (art. 371-*sexies*, 3° co., c.p.p.), si può rilevare che le indagini in relazione alle quali si concretizza l'esigenza di procedere alla costituzione di una squadra investigativa comune devono essere caratterizzate, come si è visto, da una particolare complessità o dalla necessità di assicurare il coordinamento con l'autorità straniera: si tratta

quindi di indagini riconducibili, in linea generale, alle tipologie definite dall'art. 407, 2° co., lett. *b*) e *c*), in relazione alle quali il termine codicistico di durata massima è di due anni; sicché non parrebbe incoerente che tale termine potesse estendersi anche ai casi di proroga *ex* art. 371-*sexies*, 3° co., c.p.p.

L'art. 371-*septies* disciplina le modalità di partecipazione dei membri distaccati, nonché dei rappresentanti ed esperti di altri Stati, stabilendo che, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo, i membri distaccati dall'autorità di altro Stato possono partecipare agli atti di indagine da compiersi nel territorio dello Stato, nonché all'esecuzione dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria e che, limitatamente al compimento di tali atti, ad essi sono attribuite le funzioni di agenti di polizia giudiziaria. Si è, inoltre, fatto esplicito richiamo all'art. 53 c.p., in tema di uso legittimo delle armi per i membri distaccati, se essi sono autorizzati al porto d'armi sul territorio dello Stato ai sensi dell'art. 9, l. 21.2.1990, n. 36.

Coerentemente con le indicazioni della decisione quadro e degli altri strumenti internazionali, si è viceversa, prevista una disposizione a parte per i rappresentanti e gli esperti eventualmente designati da altri Stati, da organizzazioni internazionali e dagli organismi istituiti nell'ambito dell'Unione europea; in particolare, si è stabilito che nell'atto costitutivo si può prevedere che essi siano autorizzati ad assistere ovvero a partecipare all'esecuzione degli atti di indagine da compiersi nel territorio dello Stato e che, limitatamente al compimento di tali atti, ad essi sono attribuite le funzioni di agenti di polizia giudiziaria.

L'art. 371-*octies* c.p.p. prevede le condizioni cui è subordinata l'utilizzazione delle informazioni acquisite nel corso delle attività di investigazione comune per fini investigativi e processuali diversi da quelli indicati nell'atto costitutivo. Si è previsto al riguardo che il procuratore della Repubblica possa richiedere all'autorità dell'altro Stato, con cui ha costituito la squadra investigativa comune, di ritardare l'utilizzazione delle informazioni ot-

tenute dai componenti della squadra, quando non siano altrimenti disponibili, se tale impiego può pregiudicare indagini o procedimenti penali in corso nello Stato. Ed anche in questo caso, per i motivi sopra esposti, si è previsto che il Ministro della giustizia venga informato senza ritardo della richiesta.

Il 2° co. stabilisce che l'obbligo per l'autorità giudiziaria straniera di osservare le condizioni richieste dall'autorità dell'altro Stato per l'utilizzazione delle informazioni di cui al 1° co. per fini investigativi e processuali diversi da quelli indicati nell'atto costitutivo.

L'art. 3 modifica la lett. c) dell'art. 431 c.p.p. completando, sotto il profilo funzionale, la disciplina delle indagini comuni e delle squadre investigative comuni. Viene ribadito il principio secondo il quale i verbali degli atti acquisiti all'estero dalla squadra investigativa comune, se non ripetibili, ancorché assunti nella forma non rogatoriale, possono essere inseriti nel fascicolo per il dibattimento solo se compiuti con l'osservanza delle norme previste dal codice di procedura penale.

L'art. 4, attraverso un rinvio normativo, assoggetta gli atti che la squadra investigativa comune compie sul territorio dello Stato alle norme del codice di procedura penale e delle leggi complementari, in virtù del principio della *lex loci* riconosciuto anche dagli strumenti di diritto internazionale indicati in premessa. In questo modo, il compimento dell'attività istruttoria è assoggettato allo stesso regime giuridico della indagine preliminare domestica (regola di non discriminazione). Nello stesso comma viene stabilito che la direzione della squadra investigativa comune che opera sul territorio nazionale può essere assunta esclusivamente dal pubblico ministero. Con tale emendamento, già approvato in Commissione giustizia al Senato, si va a modificare l'originario testo del d.d.l. licenziato dal Governo, secondo il quale la direzione del *team* investigativo comune poteva essere affidata, su disposizione del pubblico ministero, anche ad un ufficiale di polizia giudiziaria. L'emendamento approvato, prima, in Commissione e, poi, in Aula risente delle preoccupazioni espresse nel corso dei lavori parla-

mentari, secondo cui la direzione dell'attività di indagine appartiene sempre al pubblico ministero; sicché attribuire ad un ufficiale di polizia giudiziaria la possibilità di essere designato quale direttore della squadra avrebbe potuto compromettere quel principio fondamentale del codice di procedura penale. Si tratta, tuttavia, di una preoccupazione più apparente che reale, posto che altro è la direzione dell'attività di indagine, che spetta sempre al pubblico ministero, altro ancora è la direzione di una squadra investigativa comune, che presuppone sistematicamente una delega del pubblico ministero, un atto costitutivo della squadra con la indicazione del nominativo dell'ufficiale di polizia giudiziaria che la dirige e, soprattutto, con la precisazione degli atti da compiere.

L'art. 5 riguarda la responsabilità civile dei membri della squadra investigativa comune. La norma intende attuare gli obblighi previsti negli artt. 13 della convenzione e 3 della decisione quadro, stabilendo che se i membri della squadra investigativa, nell'ambito della indagine comune, procurano sul territorio dello Stato danni a terzi, lo Stato italiano è civilmente obbligato al loro risarcimento, alle stesse condizioni, e con i limiti, previsti per i danni cagionati da propri funzionari.

L'art. 6 contiene la clausola di invarianza della spesa.

L'iniziativa legislativa è meritevole senz'altro di apprezzamento, come sostenuto dal Consiglio superiore della magistratura nella «Deliberazione del 13.6.2007» concernente il parere sul disegno di legge di iniziativa governativa essendo orientata alla «configurazione di strumenti di contrasto giudiziario della criminalità transnazionale, nel quadro dello sviluppo della cooperazione giudiziaria e di polizia tra gli Stati».

Occorre, tuttavia, completare, il quadro del rispetto degli impegni assunti in sede comunitaria per ciò che concerne il “Terzo Pilastro” e la successiva tappa deve senz'altro essere rappresentata dalla ratifica ed esecuzione della Convenzione di Bruxelles del 29.5.2000 concernente la mutua assistenza giudiziaria in materia penale.

ARTICOLATO

Art. 1

1. La presente legge è diretta ad attuare nell'ordinamento interno la decisione quadro n. 2002/465/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, e a garantire il rispetto degli obblighi derivanti dalle disposizioni in materia di squadre investigative comuni contenute in accordi e convenzioni internazionali, in vigore per lo Stato italiano.

Art. 2

(Introduzione degli articoli 371-ter, 371-quater, 371-quinquies, 371-sexies, 371-septies e 371-octies nel codice di procedura penale)

1. Dopo l'articolo 371-bis del codice di procedura penale sono inseriti i seguenti:

«Art. 371-ter. - (Procedura attiva di costituzione di squadre investigative comuni). –

1. Nei casi previsti dagli accordi internazionali in vigore per lo Stato, il procuratore della Repubblica può richiedere la costituzione di squadre investigative comuni quando procede a indagini collegate a quelle condotte in altri Stati nei confronti di organizzazioni criminali operanti in più Stati, in relazione ai reati puniti dalla legge italiana con pena massima non inferiore a quattro anni di reclusione, quali in particolare i reati relativi al traffico di stupefacenti, alla tratta di esseri umani, al riciclaggio, alla corruzione ed alla pirateria informatica, e vi sia l'esigenza di compiere indagini particolarmente complesse.

2. La richiesta di cui al comma 1, nel caso di avocazione delle indagini a norma dell'articolo 372, è formulata dal procuratore generale presso la corte di appello; nei casi indicati dall'articolo 371-bis, comma 3, lettera h), dal procuratore nazionale antimafia.

3. La richiesta di costituzione della squadra investigativa comune è trasmessa alla competente autorità dello Stato estero. L'autorità giudiziaria richiedente, inoltre, informa dell'iniziativa il procuratore generale presso la corte di appello, o il procuratore nazionale antimafia, se si tratta di indagini relative ai

delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, ai fini dell'eventuale coordinamento investigativo.

4. La squadra investigativa comune che opera sul territorio dello Stato è diretta dal pubblico ministero titolare dell'indagine.

Art. 371-quater. - (Procedura passiva di costituzione di squadre investigative comuni). –

1. Nei casi previsti da accordi internazionali in vigore per lo Stato, quando la richiesta di costituzione di squadra investigativa comune proviene dall'autorità di uno Stato estero, il procuratore della Repubblica informa dell'iniziativa il procuratore generale presso la corte di appello, o il procuratore nazionale antimafia, se si tratta di indagini relative ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, ai fini dell'eventuale coordinamento investigativo.

2. Se il procuratore della Repubblica ritiene che la competenza appartiene ad altro ufficio, trasmette immediatamente la richiesta di cui al comma 1 all'autorità giudiziaria competente, dandone avviso all'autorità straniera richiedente.

3. Se nella richiesta di costituzione di squadra investigativa comune è previsto il compimento di atti espressamente vietati dalla legge o contrari ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, il procuratore della Repubblica, sentito il procuratore generale presso la corte di appello, comunica all'autorità dello Stato estero richiedente il rigetto della richiesta.

4. Nel caso di cui al comma 3, il procuratore della Repubblica trasmette senza ritardo al Ministro della giustizia il provvedimento di rigetto della richiesta di costituzione di squadre investigative comuni.

Art. 371-quinquies. - (Contenuto dell'atto costitutivo della squadra investigativa comune). – 1. Nei casi di cui agli articoli 371-ter e 371-quater, il procuratore della Repubblica o, nei casi indicati nell'articolo 371-ter, comma 2, il procuratore generale presso la corte di appello o il procuratore nazionale antimafia,

fia, forma, con le competenti autorità straniere, l'atto scritto di costituzione della squadra investigativa comune.

2. L'atto che costituisce la squadra investigativa comune contiene l'indicazione:

- a) del titolo di reato con la descrizione sommaria del fatto oggetto delle indagini;
- b) dei motivi che giustificano la costituzione della squadra;
- c) del nominativo del direttore della squadra;
- d) dei nominativi dei membri nazionali e di quelli distaccati che la compongono;
- e) degli atti da compiersi;
- f) della durata delle indagini;
- g) degli Stati, delle organizzazioni internazionali e degli altri organismi istituiti, ai quali è richiesta, ai sensi del trattato sull'Unione europea, la designazione di rappresentanti esperti nelle materie dell'indagine comune;
- h) delle modalità di partecipazione dei rappresentanti ed esperti designati da altri Stati, organizzazioni internazionali e organismi istituiti nell'ambito dell'Unione europea, di cui alla lettera g).

Art. 371-sexies. - (Adempimenti esecutivi). – 1. Nei casi di cui agli articoli 371-ter e 371-quater, l'atto costitutivo della squadra investigativa comune è trasmesso senza ritardo al Ministro della giustizia ed al Ministro dell'interno.

2. Il termine di cui all'articolo 371-quinquies, comma 2, lettera f), non può essere superiore a sei mesi, salvo proroghe giustificate dalla oggettiva impossibilità di concludere le indagini nel termine stabilito. In ogni caso la durata non può essere superiore ad un anno. La proroga è comunicata al Ministro della giustizia ed al Ministro dell'interno, nonché, ai fini dell'eventuale coordinamento investigativo, al procuratore generale presso la corte di appello, o al procuratore nazionale antimafia, se si tratta di indagini relative ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis.

3. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano, in quanto compatibili, in caso di successive modificazioni del contenuto dell'atto costitutivo della squadra.

Art. 371-septies. - (Membri distaccati, rappresentanti ed esperti). – 1. Salvo che nell'at-

to costitutivo sia stabilito diversamente, i soggetti distaccati dall'autorità giudiziaria o investigativa di altro Stato possono partecipare agli atti di indagine da compiere nel territorio dello Stato, nonché all'esecuzione dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria. Ai membri distaccati sono attribuite le funzioni di agente di polizia giudiziaria nei limiti previsti dall'atto costitutivo della squadra investigativa comune. Ad essi, se autorizzati al porto d'armi sul territorio dello Stato ai sensi dell'articolo 9 della legge 21 febbraio 1990, n. 36, e successive modificazioni, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 53 del codice penale.

2. L'atto costitutivo può altresì prevedere che rappresentanti ed esperti designati da altri Stati, da organizzazioni internazionali e dagli organismi istituiti nell'ambito dell'Unione europea siano autorizzati a partecipare all'esecuzione degli atti di indagine da compiersi nel territorio dello Stato in conformità a quanto stabilito nell'atto costitutivo. Ai rappresentanti e agli esperti, se autorizzati a partecipare al compimento di atti di indagine, sono attribuite le funzioni di agenti di polizia giudiziaria, nei limiti previsti dall'atto costitutivo della squadra.

Art. 371-octies. - (Utilizzazione delle informazioni investigative). – 1. Il procuratore della Repubblica può richiedere all'autorità dell'altro Stato con cui ha costituito la squadra investigativa comune di ritardare, per fini investigativi e processuali diversi da quelli indicati nell'atto costitutivo, l'utilizzazione delle informazioni ottenute dai componenti della squadra e non altrimenti disponibili, se essa può pregiudicare indagini o procedimenti penali in corso nello Stato, per un tempo non superiore a sei mesi. Il Ministro della giustizia viene informato senza ritardo della richiesta.

2. L'autorità giudiziaria osserva, negli stessi limiti di tempo di cui al comma 1, le condizioni richieste dall'autorità dell'altro Stato per l'utilizzazione delle informazioni di cui al comma 1 per fini investigativi e processuali diversi da quelli indicati nell'atto costitutivo».

Art. 3

(Modifica dell'articolo 431, comma 1,
del codice di procedura penale)

1. All'articolo 431, comma 1, del codice di procedura penale, la lettera d) è sostituita dalla seguente:

«d) i documenti acquisiti all'estero mediante rogatoria internazionale, i verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità ovvero i verbali degli atti non ripetibili posti in essere dalla squadra investigativa comune nel territorio dello Stato italiano;».

Art. 4

(Disciplina e direzione
dell'attività investigativa)

1. La squadra investigativa comune opera sul territorio dello Stato in base alle disposizioni del codice di procedura penale e delle leggi complementari. Essa agisce sotto la direzione del pubblico ministero.

Art. 5

(Responsabilità civile per danni)

1. Quando la squadra investigativa comune è costituita nell'ambito degli strumenti dell'Unione europea, lo Stato provvede al risarcimento dei danni causati dal funzionario straniero o dal membro distaccato in territorio italiano, limitatamente ai danni derivanti dallo svolgimento delle attività della squadra investigativa comune.

Art. 6.

(Clausola di invarianza)

1. Dall'attuazione della presente legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato. All'attuazione della medesima si provvede nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie previste dalla legislazione vigente.

GIUSTIZIA SOVRANAZIONALE E RAPPORTI CON AUTORITÀ STRANIERE

Il mandato di arresto europeo tra principio di legalità e semplificazione delle procedure di consegna

Uno degli aspetti maggiormente criticati immediatamente dopo la creazione dell'istituto del mandato di arresto europeo è legato alla previsione del principio della doppia incriminabilità previsto dall'art. 2, n. 2, della Decisione Quadro 13.6.2002, 2002/584/GAI che, a parere di autorevoli studiosi, non permette idonee garanzie sul piano del principio di legalità.

A dirimere la questione è stata interpellata in via pregiudiziale la Corte di Giustizia della Co-

munità europea per la quale «l'art. 2, n. 2, della Decisione Quadro 13.6.2002, 2002/584/GAI, nella parte in cui sopprime il controllo della doppia incriminazione per i reati menzionati in tale disposizione, non è invalido per violazione dell'art. 6, n. 2, TUE e, più nello specifico, dei principi di legalità dei reati e delle pene e di uguaglianza e di non discriminazione» (C. Giust. CE, Grande Sezione, 3.5.2007, proc. C-303/2005, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*).

Il commento

di *Filippo Giunchedi*

1. – Chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla compatibilità dell'elenco di trentadue reati previsti dall'art. 2, n. 2, della Decisione Quadro sul mandato di arresto europeo (d'ora in poi Dec. Quadro) con i principi fondamentali dell'uomo e di quelli di ogni Stato membro (art. 6 TUE) ed in particolare con il principio di legalità in materia penale, la Corte di Giustizia CE, con una motivazione fondata sulla necessità di garantire la celerità delle procedure di consegna, ha risolto la questione ritenendo prevalente l'interesse comunitario alla repressione e alla cattura dei responsabili di crimini di particolare offensività, rispetto alle altrettanto condivisibili preoccupazioni legate alla necessità del rispetto del principio di legalità.

È noto che la "tendenza alla semplificazione delle forme" ed il costante proliferare di rapporti giurisdizionali tra autorità straniere manifesta una linea evolutiva tesa a rendere

omogenei modelli procedurali nella ricordata finalità di semplificare i meccanismi di gestione degli affari internazionali (RANALDI, *Giusto processo ed estradizione: tendenze evolutive*, in *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, a cura di Cerquetti-Fiorio, Padova, 2004, 309). Sono queste le ragioni che stanno alla base della creazione dell'istituto del mandato di arresto europeo (d'ora in poi MAE).

La relativa Decisione Quadro è stata adottata dal Consiglio d'Europa il 13.6.2002, ed è stata successivamente attuata in Italia dalla l. 22.4.2005, n. 69 (per un inquadramento della materia, da ultimo, TIBERI, *Il mandato d'arresto europeo*, Roma, 2006) e tende a realizzare una procedura sostitutiva del meccanismo estradizionale mediante la cooperazione tra gli Stati membri dell'Unione europea «nei limiti in cui tali disposizioni non sono incompatibili con i principi supremi dell'or-

dinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e del giusto processo» (art. 1, 1° co., legge n. 69 del 2005). Segnatamente il MAE – secondo la definizione che ne offre l’art. 1 Dec. Quadro – costituisce «una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell’arresto e della consegna, da parte di un altro Stato membro, di una persona ricercata ai fini dell’esercizio di un’azione penale o dell’esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà», decisione alla quale gli altri Stati membri danno esecuzione in virtù del principio del mutuo riconoscimento.

Il MAE, quindi, costituisce un “ordine” emesso dall’autorità giudiziaria di uno Stato membro dell’Unione europea da eseguirsi in altro Stato membro nel corso del processo per finalità cautelari o in fase di esecuzione di una sentenza di condanna in relazione a fatti puniti nello Stato membro emittente con una pena privativa della libertà personale della durata massima di almeno dodici mesi o per condanne pronunciate di durata non inferiore a quattro mesi (art. 2, n. 1, Dec. Quadro), ovvero per una serie di reati specificamente indicati all’art. 2, n. 2, Dec. Quadro, ed in quest’ultima ipotesi indipendentemente dal principio di doppia incriminazione. La previsione di fattispecie penali ha creato una serie di problemi esegetici legati alla matrice comune che può identificare determinate fattispecie e che, di fatto, risultano sostanzialmente differenti per la difficoltà di contemperare etichette il più delle volte fuorvianti. L’aspetto che permette di prevenire eventuali abusi è costituito dalla prevista “doppia incriminazione” tra Stato richiedente e Stato richiesto, anche se non si può trascurare che ciò può importare ugualmente una serie di problematiche che si riversano nella difficile attività posta in capo all’interprete nell’individuare punti di tangenza tra fattispecie penali di differenti Stati (v., al proposito, le considerazioni di BARTONE, *Mandato di arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Milano, 2003, *passim*; P. GUALTIERI, *Mandato d’arresto euro-*

peo: davvero superato (e superabile) il principio di doppia incriminazione?, in DPP, 2004, 115).

2. – La questione pregiudiziale, come anticipato, attiene alla compatibilità dell’art. 2, n. 2, Dec. Quadro con l’art. 6, n. 2, TUE il quale, nella parte richiamata dalla Corte di Giustizia, si propone il rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e, pertanto, si colloca tra i principi posti a fondamento dell’Unione (per approfondimenti, PEDRAZZI, *Art. 6 Trattato sull’Unione europea*, in POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell’Unione europea*, Padova, 2001, 18 ss.). Così facendo la Convenzione europea dei diritti dell’uomo assume a parametro di riferimento, riconoscendo alla Corte di Giustizia CE piena attribuzione in materia di diritti dell’uomo [art. 46, lett. d), TUE], secondo i parametri interpretativi della stessa giurisprudenza comunitaria (C. Giust. CE, 12.11.1969, 29/69; C. Giust. CE, 17.12.1970, 11/70). Infatti, nonostante la Corte di Giustizia CE non si sia mai sentita formalmente vincolata al rispetto dei principi enunciati nella Convenzione europea, nell’ultimo decennio si è assistito ad una recezione di detti valori (C. Giust. CE, 26.6.1997, C-368/95), quale fonte di riferimento diretto del giudice comunitario, al fine di prevenire il rischio – in talune ipotesi verificatesi – di interpretazioni divergenti, tanto che oggi può dirsi con tranquillante certezza che la Convenzione europea costituisce un parametro vincolante per l’Unione europea e per la Comunità economica, assurgendo al rango di fonte formale dell’ordinamento comunitario (GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Padova, 2007, 33 ss.).

In sintesi la domanda pregiudiziale sollevata attiene alla compatibilità di un sistema di rapporti intergiurisdizionali lineare e sganciato da un riconoscimento costante secondo i parametri della doppia incriminazione – oltre che con il principio di legalità – con i valori espressi dalle norme della Convenzione europea.

3. – Il significato del principio di legalità – richiamato come parametro di riferimento

per valutare la legittimità dell'art. 2, n. 2, Dec. Quadro – assolve, innanzi tutto, ad una funzione di garanzia: il diritto fondamentale del cittadino di conoscere in anticipo i fatti penalmente vietati e di poter prevedere le conseguenze negative cui va incontro violando la legge secondo il noto *dictum* di C. Cost., n. 364 del 1988, per la quale «lo Stato assicura i cittadini che non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato». Ma non è tutto.

La necessità di certezza giuridica in termini di prevedibilità e calcolabilità del rischio penale non costituisce la sola ragione che spinge il legislatore alla creazione delle norme penali, in quanto alla base vi è anche la necessità di “selezionare” i fatti antiggiuridici che rendano opportuna la tutela penale affinché questa funga da *extrema ratio*, altrimenti si rischia di incorrere nel deprecato fenomeno dell'«inflazione o ipertrofia penalistica» (FIANDACA, *Diritto penale*, in FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, 55) che “spegne” la finalità deterrente cui è anche finalizzato il ruolo del diritto penale che può efficacemente funzionare solo qualora «sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate» (C. Cost., n. 364 del 1988). Sappiamo che l'espansione progressiva del diritto penale sostanziale è avvenuta sotto la spinta di fattori politici, culturali, economici, sociologici, andando ben oltre quel disvalore etico-morale che è alla base delle figure criminose tradizionali come l'omicidio, la lesione, il furto. Basti pensare ai reati ambientali, urbanistici, societari, tributari, ove molto spesso il disvalore penale è ancorato al superamento di una soglia – si pensi al reato di falso in bilancio che assume rilevanza penale solo al superamento di una determinata soglia quantitativa –, tale da far degenerare l'illecito da amministrativo a penale. Appare evidente come in questi casi, il disvalore non è *in re ipsa*, ma piuttosto è legato alla tecnica di legiferazione che ne può mutare i limiti per esigenze da fronteggiare alla bisogna, come si è assistito di recente per il reato di guida sotto l'effetto

di sostanze alcoliche che, per fronteggiare il gran numero di sinistri stradali verificatisi in ora notturna con protagonisti i giovani, ha spinto il legislatore ad abbassare la soglia di tasso alcoolemico.

Proprio questa forma di settorializzazione del legislatore nel campo della tecnica di incriminazione, impone di riflettere attentamente sulla difficoltà di individuare la linea di confine tra il diritto penale e le altre branche del diritto in tutti i casi in cui la tutela penale è frutto di articolate valutazioni specialistiche estranee a quel rapporto di immediatezza con il disvalore “naturalistico” tipico di taluni reati.

4. – Sono queste le ragioni che hanno portato, responsabilmente, gli studiosi più scrupolosi a dubitare della legittimità del catalogo di reati previsti dall'art. 2, n. 2, Dec. Quadro, in quanto potenzialmente idoneo a violare i principi costituzionali, sia sotto forma della norma sostanziale dell'art. 25, 2° co., sintetizzabile nel brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, che di quella processuale prevista dall'art. 13, 2° co., che determina forme di restrizione della libertà personale solo nei casi e modi previsti dalla legge.

Conseguenza di ciò è la lesione del diritto di difesa in quanto l'ambiguità degli elementi caratterizzanti le fattispecie incriminatrici, porterebbe all'indeterminatezza degli elementi caratterizzanti il singolo reato con potenziale incapacità di apprestare con efficacia la difesa (CAIANIELLO-VASSALLI, *Parere sulla proposta di Decisione-Quadro sul mandato di arresto europeo*, in *CP*, 2002, 465). Invero questo indirizzo esegetico si presta ad una serie di rilievi di non poco momento che investono le stesse garanzie a non essere processato e punito per un fatto non previsto come reato dalla legge del luogo, in quanto spetta sempre al giudice che deve dare esecuzione al MAE verificare se il fatto in esame rientri o meno nelle categorie previste nel catalogo di reati previsti dall'art. 2, n. 2, Dec. Quadro e, in caso negativo, verificare il presupposto della doppia incriminazione (MAMBRIANI, *Il mandato di arresto europeo. Adeguamento dell'ordinamento italiano e di-*

ritti della persona, in Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona, a cura di Pedrazzi, Milano, 2004, 84).

L'idea di "svincolare" le autorità giudiziarie statuali dalla verifica in parola, mediante una valutazione preventiva che ha portato alla predisposizione di quell'elenco di trentadue reati, trova la sua ragion d'essere, come detto, nella necessità di snellire le procedure di consegna tra gli Stati membri. In concreto la procedura applicativa si snoda in due fasi. In un primo momento, a fronte dell'emissione del MAE da parte dell'autorità giudiziaria di uno Stato membro, l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione deve verificare se vi sia corrispondenza, in relazione al fatto nei suoi elementi e alla qualificazione datane dall'autorità giudiziaria dello Stato richiedente, con una delle fattispecie criminose incluse nella lista. Qualora il riscontro sia positivo non è necessario passare alla successiva fase di verifica della doppia incriminazione; in caso contrario, invece, dovrà darsi corso ad un'ulteriore fase in cui l'autorità giudiziaria dello Stato richiesto dovrà ricercare se, al di là del *nomen iuris*, all'interno del proprio ordinamento penale sostanziale sia presente una fattispecie che punisca quel determinato fatto (ampiamente sul punto, BARAZZETTA, *I principi di specialità e doppia incriminazione: loro rivisitazione nel mandato d'arresto europeo*, in *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, 108 s.).

In effetti, la fluidità del meccanismo di consegna delineato dal MAE in relazione ai reati contemplati nell'art. 2, n. 2, Dec. Quadro impone altre considerazioni che possono far dubitare della legittimità di questa procedura, prima fra tutte quella differenziazione che corre tra categoria di illecito penale e specifica ipotesi di reato, soprattutto per determinate ipotesi delittuose che difficilmente sfuggono alla tradizione culturale di alcuni Paesi, come ad esempio avviene per quei fenomeni associativi che si avvalgono delle caratteristiche tipiche del metodo mafioso. Ci si auspicava, quindi, non una recezione acritica delle trentadue ipotesi delittuose nell'ambito della legislazione di ogni singolo

Stato, ma invece, l'individuazione della corrispondente figura di reato nazionale, svincolata al controllo della doppia incriminazione [P. GUALTIERI, 120 s.], come in effetti è avvenuto nell'ordinamento italiano con l'art. 8, legge n. 69 del 2005.

La Corte di Giustizia interpellata in via pregiudiziale in ordine alla compatibilità con l'art. 6, n. 2, TUE e del principio di legalità, tipico di ogni Stato membro, ritiene che alle perplessità mosse che, sostanzialmente, riproducono le perplessità sinora illustrate, debba prevalere la *ratio* di fondo nel MAE, vale a dire la semplificazione delle forme al fine di superare le macchinose e "paralizzanti" procedure estradizionali, senza che da ciò ne derivi alcuna caduta di tensione garantista, posto «l'elevato grado di fiducia e di solidarietà tra gli Stati membri».

La questione, inquadrata nell'ottica del rispetto del principio di uguaglianza, risulta ugualmente rispettosa dei canoni imposti dall'art. 6, n. 2, TUE per l'inserimento in detto elenco di sole fattispecie incriminatrici che destano particolare allarme sociale per la loro gravità – oggettivamente individuabile nella pena edittale massima di almeno tre anni di reclusione –, tale da consentire di rinunciare all'obbligo del controllo della doppia incriminazione.

5. – *Quid iuris*, pertanto, dopo l'intervento della Corte di Giustizia CE, sulle sorti del MAE? Di certo il sistema introdotto non costituisce una monade isolata, ma piuttosto viene ad inscrivere nell'ambito di quel più vasto disegno teso alla creazione di uno spazio giuridico europeo (GAITO, *Un processo penale verso il modello europeo*, in GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 1 ss.), disciplinato da un diritto comune europeo (per considerazioni più approfondite, GIUNCHEDI, 33 ss.).

Diritto comune europeo che non può prescindere dal rispetto dei valori fondamentali dell'individuo sanciti dalle convenzioni internazionali richiamate dallo stesso art. 6, n. 2, TUE che sono in continua espansione e allineamento verso un grado di tutela maggiore che, da un lato, influenza i sistemi nazio-

nali, ma, di converso, è influenzato da questi, secondo un flusso biunivoco che oggi trova il suo punto più alto (non di arrivo, ci auspichiamo) nella Convenzione europea. Il profilo procedurale, seppur con taluni aspetti ancora da affinare sotto il profilo delle deroghe imposte dalla non coincidenza dei meccanismi operativi di alcuni Paesi [per approfondimenti, non possibili in questa sede, GAITO, *La vigenza del principio di specialità (a proposito di mandato d'arresto europeo e d'estradizione)*, in *GI*, 2004, 1556], si sta stagliando nitido, mentre appare poco sviluppato un diritto penale sostanziale che, al di là dell'apprezzabile sforzo contenuto nell'art. 2, n. 2, Dec. Quadro, suscita ancora non poche

perplexità. La categoria del «diritto penale comunitario», risente ancora di una visione compartimentale (SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, in *Digesto pen.*, IV, Torino, 1990, 90), che invece, necessita di piena espansione affinché venga creato un «Codice penale europeo» tale da superare le problematiche summenzionate. D'altronde si tratta semplicemente di abbattere non solo i confini materiali che dividono i singoli Paesi, ma, così come è avvenuto con la caduta del Muro di Berlino, anche i confini ideologici che, spesso, costituiscono le barriere di vetro che ostacolano la realizzazione dei grandi progetti umanitari.

**Dalla “libera circolazione dei soggetti” alla “libera circolazione del materiale probatorio”:
la Decisione-Quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove**
di *Nadia E. La Rocca*

La nascita della nuova Europa, e la conseguente creazione di strumenti e meccanismi comuni ed incisivi all'interno di ciascuno Stato membro, ha rafforzato l'idea di fondo di una cultura giudiziaria comune, già sperimentata in tutta una serie di accordi internazionali ed alimentata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, fino a cementare la base solida di una istituzione compatta, capace di esprimere una giustizia sovranazionale.

Nella consapevolezza che non sia più procrastinabile la realizzazione di tutti gli obiettivi dell'Europa “unita”, quegli stessi obiettivi finalizzati alla costruzione di uno “spazio” senza frontiere in cui la lotta al crimine esige una collaborazione giudiziaria tra tutti gli Stati membri, basata sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, continua il cammino delle istituzioni europee verso la sperimentazione di nuove procedure sempre più dirette a rendere solido uno dei pilastri importanti (il terzo Pilastro) su cui si erge l'Europa stessa.

Il dogma della sovranità viene superato e, dopo la Decisione-Quadro sul mandato d'arresto europeo, sostitutiva del vecchio sistema estradizionale, il Consiglio dei ministri della giustizia UE adotta la Decisione-Quadro inerente il mandato europeo di ricerca delle prove (approvata in data 1.6.2006), che sostituirà, invece, le rogatorie ed i poco funzionali impianti di assistenza giudiziaria.

Il mandato europeo di ricerca delle prove è definito come «decisione giudiziaria resa da uno Stato membro allo scopo di acquisire oggetti, documenti e dati che si trovano in un altro Stato membro ai fini del loro utilizzo nei procedimenti di cui all'art. 4. Fa obbligo agli Stati membri di eseguire il mandato europeo di ricerca delle prove sulla base del principio del reciproco riconoscimento». Oggetto della nuova procedura di consegna del materiale probatorio sono decisioni giudiziarie che attengono a prove precostituite, ossia oggetti, documenti ed altri dati in questi contenuti; restano escluse, invece, le in-

tercettazioni, le testimonianze ed ogni altra attività istruttoria da svolgere in tempo reale, a meno che queste (o, più correttamente i verbali o altri dati che ne rappresentano la documentazione) non siano preesistenti all'emissione del mandato.

I soggetti coinvolti nella procedura sono lo Stato emittente e lo Stato d'esecuzione, che agiscono in persona delle autorità giudiziarie (giudici, giudici istruttori o pubblici ministeri) competenti ad emettere o ad eseguire il mandato europeo di ricerca delle prove: è palese la volontà di prediligere una completa giurisdizionalizzazione delle procedure a scapito di qualsiasi ingerenza di quel filtro politico che ha dominato, e domina, i rapporti tra Stati. È previsto, infatti, un rapporto diretto tra autorità d'emissione ed autorità d'esecuzione, con possibile ed eventuale scelta discrezionale di ciascuno Stato di designare autorità centrali per l'esecuzione o la ricezione del mandato.

Per quel che concerne l'esecuzione del mandato europeo, è lo Stato richiesto a poter scegliere la procedura da applicare per la ricerca e l'acquisizione della prova richiesta con possibilità, però, per l'autorità d'emissione di avere attribuito il potere di richiedere il rispetto di determinate formalità che non siano contrarie ai principi fondamentali dello Stato d'esecuzione.

È il provvedimento europeo stesso, inoltre, a stabilire i tipi di procedimento per i quali può essere emesso un mandato europeo di ricerca delle prove, ammettendolo in relazione: a procedimenti penali avviati da un'autorità giudiziaria o che saranno presentati alla stessa con riferimento ad illeciti penali in base alla legislazione dello Stato d'emissione; a procedure amministrative in caso di infrazioni quando esista il diritto di ricorso dinanzi ad una giurisdizione competente in materia penale; a qualsiasi procedimento relativo a reati o infrazioni per i quali può essere considerata responsabile una persona giuridica nello Stato di emissione.

L'intento di velocizzare le procedure è praticamente operato attraverso l'imposizione di utilizzare un formulario *standard* (allegato al-

la Decisione-Quadro), uguale per ogni autorità giudiziaria emittente, la quale è tenuta alla sottoscrizione dello stesso per attestarne la veridicità, ed alla sua traduzione nella lingua ufficiale dello Stato d'esecuzione.

La decisione europea prescrive tutta una serie di garanzie per lo Stato di emissione assicurando che il mandato europeo di ricerca delle prove sia emesso soltanto quando l'autorità di emissione ritiene soddisfatte alcune condizioni, e cioè: che gli oggetti, i documenti o i dati ricercati siano necessari e proporzionati ai fini del procedimento per il quale il mandato è emesso. L'obiettivo è di evitare inutili intrusioni nella vita privata, nonché situazioni nelle quali, ad esempio, potrebbe essere richiesta una quantità sproporzionata di documenti per un'indagine su un reato relativamente minore. È richiesto all'autorità di emissione di addurre una descrizione del reato o dei reati oggetto dell'indagine, le ragioni che giustificano l'emissione del mandato ed una sintesi dei fatti a sua conoscenza: in tal modo, il mandato europeo di ricerca delle prove non potrà essere utilizzato per aggirare le salvaguardie poste dal diritto nazionale dello Stato di emissione in relazione all'acquisizione di alcuni tipi di oggetti, documenti e dati, come mezzi di prova, quali ad esempio quelli che godono di particolare tutela giuridica.

Come evidenziato, tutte le attività si svolgono attraverso la trasmissione diretta del mandato tra autorità giudiziarie competenti vincolate da obblighi ed oneri nello svolgimento delle attività di collaborazione, come quello di riconoscere un mandato europeo di ricerca delle prove senza imporre altre formalità e di adottare immediatamente tutte le misure necessarie alla sua esecuzione: il tutto è ispirato all'intento di velocizzare e snellire le procedure promuovendo la reciproca fiducia tra Stati e tra autorità giudiziarie appartenenti all'UE.

L'esecuzione del mandato deve avere luogo esattamente come se oggetti, documenti o dati fossero acquisiti da un'autorità dello Stato di esecuzione, con possibilità di scelta, per l'autorità competente, delle misure che,

conformemente alla legislazione nazionale, assicurano la messa a disposizione degli stessi oggetti, documenti o dati richiesti dal mandato per decidere se è necessario ricorrere a misure coercitive ai fini dell'assistenza. Sono previsti dei motivi di non riconoscimento e di non esecuzione: il testo della norma europea riserva espressamente ai giudici, ai giudici istruttori ed ai pubblici ministeri dello Stato di esecuzione la decisione di non riconoscere o di non dare esecuzione ad un mandato (anche nei casi in cui l'esecuzione sia affidata ad un'autorità di polizia o amministrativa, quest'ultima deve comunque ottenere una decisione del giudice, del giudice istruttore o del pubblico ministero prima di rifiutarsi di dare riconoscimento ed esecuzione al mandato).

Il rifiuto al riconoscimento è consentito qualora l'esecuzione sia contraria al principio del *ne bis in idem*; qualora il mandato si riferisca a fatti non costituenti reato nello Stato d'esecuzione, ma solo nel caso in cui siano disposte perquisizioni e sequestri; qualora lo Stato d'esecuzione preveda privilegi ed immunità che, di fatto, rendono impossibile l'esecuzione; qualora il mandato sia stato emesso da una autorità diversa da quella competente e non sia intervenuta successiva convalida da parte di quest'ultima (sempre in caso di perquisizione e sequestro); altresì, al rifiuto dell'esecuzione e del riconoscimento può procedersi quando il mandato si riferisca a fatti che la legislazione dello Stato d'esecuzione considera commessi in tutto, o in parte essenziale, nel suo territorio o al di fuori del territorio dello Stato d'emissione e la legislazione dello Stato d'esecuzione non consenta l'esercizio dell'azione penale per gli stessi. Tra gli ultimi motivi di rifiuto sono annoverati quelli riguardanti lesioni alla sicurezza nazionale e quelli attinenti alle formalità da rispettare nella compilazione del formulario.

Il riconoscimento e la conseguente esecuzione del mandato europeo non sono subordinati alla verifica della doppia incriminabilità salvo nei casi in cui sia necessario effettuare perquisizioni e sequestri ed il reato per cui si

procede non rientri tra quelli indicati nella lista delle trentadue fattispecie criminose delineata dalla Decisione-Quadro. D'altro canto, è ormai risaputo come il rifiuto di eseguire decisioni giudiziarie estere per il motivo che l'atto che ne è all'origine non costituisce un reato nel diritto nazionale dello Stato di esecuzione sia incompatibile con il principio del reciproco riconoscimento e con la valorizzazione della fiducia tra Stati che va oltre, o così dovrebbe essere, quegli scopi meramente politici ed utilitaristici propri dei rapporti interstatuali.

L'elenco dei reati riprende quello relativo alla Decisione-Quadro sul mandato d'arresto europeo: si tratta di un elenco che non prevede una soglia relativa alla durata della pena detentiva minima o ad altra sanzione nello Stato d'emissione, e ciò potrebbe suscitare le stesse giustificate polemiche (e ritardi nell'attuazione) che hanno colpito la decisione sul mandato europeo d'arresto, e che hanno da sempre evidenziato la necessità di un codice di regole comuni a tutti i Paesi membri dell'UE (al riguardo cfr., in questa rubrica, GIUNCHEDI, *Il mandato di arresto europeo tra principio di legalità e semplificazione delle procedure di consegna, supra*).

La decisione sul riconoscimento deve essere presa nel minore tempo possibile: un primo termine è stabilito in trenta giorni dalla ricezione del mandato da parte dell'autorità competente; nel caso in cui sussistano motivi di rinvio dell'esecuzione, questa deve comunque intervenire entro sessanta giorni dalla ricezione.

Al soggetto privato interessato della procedura di ricerca di elementi probatori deve essere assicurata la possibilità di poter esperire mezzi di impugnazione quando l'esecuzione del mandato richieda il ricorso a misure coercitive: in questi casi, spetta agli Stati membri tutelare i diritti delle persone interessate dal procedimento, in conformità al loro diritto nazionale e nel rispetto della Convenzione europea. E se lo Stato d'esecuzione, in virtù della legislazione nazionale, è responsabile del danno causato ad una delle parti colpite illegittimamente dalle misure

coercitive, lo Stato d'emissione sarà tenuto al versamento di una somma a titolo di rimborso e risarcimento danni per la parte lesa, se e nella misura in cui il danno non sia imputabile alla condotta dello Stato d'esecuzione.

Alla luce di quanto esposto, si rivelano spontanee alcune riflessioni in merito ad alcuni punti della Decisione-Quadro che, sicuramente, susciteranno non poche perplessità, e conseguenti ritardi, al momento dell'attuazione a livello interno.

In effetti, le proposte contenute nel sopracitato documento ne mettono in luce i pregi – da mantenere – e le lacune – da integrare – nella convinzione che un modello quale quello proposto sia comunque necessario al fine di porre rimedio alle incongruenze dei vecchi schemi, ponendosi al tempo stesso come momento importante nel processo di integrazione comunitaria.

Il discorso sull'acquisizione e correlativa circolazione della prova oltre i limiti territoriali dello Stato, non può che prendere le mosse dalla constatazione ovvia che il materiale probatorio è da sempre funzionale al processo: nessun procedimento di fissazione del fatto può aver luogo senza prova.

La banalità di una simile affermazione è smentita da una realtà che si complica nel momento in cui l'elemento conoscitivo si trovi collocato oltre i confini di ogni singolo Stato o sia stato già raccolto in veste di prova nello Stato estero. Di conseguenza, il materiale probatorio raccolto all'estero viene reperito ed acquisito con modalità giuridicamente regolate da leggi diverse rispetto a quelle vigenti nello Stato del processo, con interferenza e sovrapposizione tra due ordinamenti giuridici: il primo competente a disciplinare l'atto richiesto al momento del suo compimento, il secondo competente a regolare l'efficacia nel procedimento di destinazione.

La breve situazione delineata esige sicuramente dei chiarimenti, in un'ottica in cui la fiducia tra Stati postulata dall'Europa potrebbe scontrarsi col pericolo di riciclaggio di prove illegittimamente acquisite ed illegali *ab origine* per la legislazione di uno dei due *partners* internazionali coinvolti.

Gli spunti problematici che si presentano meritevoli di approfondimento riguardano i criteri di ammissibilità del materiale probatorio e gli effetti del nuovo regime di circolazione. L'estrema eterogeneità esistente ad oggi riguardo ai criteri di ammissibilità delle prove in ciascun sistema nazionale – espressione della profonda diversità di senso data nei vari ordinamenti a determinati principi – potrebbe costituire ostacolo rilevante al momento dell'attuazione dei nuovi strumenti comuni di cooperazione. La relatività dei concetti impone sicuramente di muoversi con cautela e solo l'elaborazione delle diverse regolamentazioni a livello interno potrà permettere di trarre delle conclusioni certe.

La normativa codicistica italiana è tra quelle che prescrive maggiori garanzie, almeno formali, in materia di prove: la possibilità, quindi, di indicare specifiche formalità esecutive dovrebbe consentire alle autorità italiane di ottenere, nella ricerca della prova all'estero, il rispetto di formalità e procedure che sarebbero comunque seguite durante l'esecuzione in Italia di un mandato europeo di ricerca delle prove. Basti pensare, in proposito, alle garanzie previste dal codice di procedura penale per i mezzi di ricerca della prova tipici, ossia all'obbligo di redazione di verbali e alla facoltà per l'interessato di farsi assistere da un difensore, alla possibilità di utilizzare verbali di intercettazioni attinenti a procedimenti diversi da quello per cui si procede che il codice restringe e limita ma che la Decisione-Quadro ammette, forse con troppa facilità. E ci si chiede se allora tali restrizioni ai poteri dell'autorità inquirente di incidere sui diritti di qualsiasi individuo coinvolto saranno tenuti in vita e rafforzati o, viceversa, sconfessati per consentire una "troppo libera" circolazione di elementi probatori.

Ciascuna di queste problematiche assume, ovviamente, lineamenti più eclatanti nel momento in cui non sia istituito un sistema di rimedi per impedire l'utilizzabilità di elementi raccolti, anche involontariamente, in maniera illegale e perciò solo illecite alla fonte. Ed è proprio tale aspetto a rappresentare un'enorme lacuna con-

tenuta nella decisione europea in parola, che è auspicabile si colmi attraverso la previsione di rimedi caducatori dell'efficacia probatoria e dimostrativa di quegli elementi raccolti illegalmente: si tratta, in concreto, di tutelare interessi individuali (ovvi) che sembrano non trovare *spatium agendi* all'interno del procedimento giurisdizionale tratteggiato. Più in particolare, la struttura sottostante la Decisione-Quadro echeggia un modulo che ammette un'autorità inquirente innanzi ad un giudice ma non l'indagato: non s'intravedono spazi di contraddittorio, di oralità ed immediatezza nella formazione del prova né nella raccolta della stessa. E non solo. Gli Stati membri sono obbligati ad eseguire il mandato europeo di ricerca delle prove, salvo le ipotesi di rifiuto espressamente indicate e sopraccitate (immunità, *ne bis in idem*, rispetto dei diritti fondamentali). Pertanto, si ritiene impossibile il rifiuto dell'esecuzione qualora il fatto per il quale è emesso il mandato non costituisca reato secondo l'ordinamento nazionale dello Stato d'esecuzione oltre che secondo quello dello Stato d'emissione (principio della doppia punibilità o incriminazione): l'esegesi letterale di una simile previsione, abolitiva di una verifica della sussistenza della doppia punibilità per i reati elencati nella decisione-quadro, non mancherà di suscitare polemiche che dovranno, come per la decisione sul mandato d'arresto europeo, essere risolte dal legislatore interno per ovviare alle concrete lesioni dei diritti della persona, derivanti proprio dalla possibilità di eseguire indagini anche nei confronti di soggetti colpevoli di fatti non punibili secondo la legge dello Stato d'esecuzione o prescritti.

In effetti, pur prescindendo dai ripetitivi problemi sulla doppia punibilità che, fino alla creazione di un codice europeo di diritto penale sostanziale, dovranno, a ragione, essere risolti dal legislatore interno, non si comprende l'indiscriminata persecuzione di determinate fattispecie criminose che trascura una delle principali cause di estinzione del reato e della pena, ossia la prescrizione. Ed allora: si potrà indagare e svolgere attività investigativa transnazionale anche se il decorso del tempo ha legalmente estinto reato

e pena? Dare una risposta ad un simile interrogativo sembra, allo stato attuale, impossibile: la Decisione-Quadro non offre spunti interpretativi né soluzioni utili a risolvere la problematica potenzialmente verificabile in concreto e meritevole sicuramente di un rimedio *ab origine*. Un'interpretazione contraria sarebbe radicalmente illegittima, per contrasto con il principio di legalità comune ad ogni Stato di diritto. E si spiega. Nella logica del *do ut des*, il secondo termine di un rapporto tra due soggetti (gli Stati) è rappresentato da una futura consegna di materiale probatorio, che è episodica e non programmabile, sviluppandosi in base alle necessità e, quindi, alle regole del momento. La situazione, in realtà, potrebbe presentarsi, nel concreto, meno lineare di quanto possa apparire dai primi approcci, posto che la consegna di materiale probatorio per un reato previsto dall'ordinamento richiesto, non potrebbe consentire l'uguale richiesta in caso di reato prescritto. Ebbene, una simile prospettiva appare inquietante poiché potrebbe consentire la retrocessione a mera eventualità del rispetto di quei principi di legalità considerati parametri fondamentali di un procedimento giusto ed equo e, prima ancora, la rinuncia involontaria da parte del soggetto coinvolto alle sue garanzie nel processo.

Infine. Un'ultima osservazione va fatta con specifico riferimento alle formalità da rispettare nella compilazione del formulario allegato alla decisione: l'erronea compilazione dello stesso è annoverata tra i motivi di rifiuto all'esecuzione del mandato, ma nulla è previsto nel caso di falsità di notizie e di dati inseriti nella richiesta. Ed allora, potendo il formulario considerarsi alla stregua di condizione di procedibilità dell'intera attività di collaborazione tra Stati membri, costituendo, appunto, il primo elemento necessario e sufficiente all'insorgere del potere-dovere di ottemperare alle richieste di consegna del materiale probatorio, quale conseguenza potrebbe comportare circa l'effettiva eseguibilità della misura richiesta, la falsità delle dichiarazioni contenute nel formulario? La Decisione-Quadro appare scarna ed incompleta

sotto tale profilo, non ponendo soluzione ad un problema che, di fatto, potrebbe intaccare la singola situazione giuridica di volta in volta rilevante, con la conseguente preclusio-

ne, per la persona colpita dal provvedimento adottato, della possibilità di esperire un qualsiasi rimedio a suo favore.

L'espansione del ruolo di Eurojust e della Rete giudiziaria europea

Il difficile contrasto alla criminalità transnazionale passa attraverso un potenziamento del ruolo di Eurojust (per un'articolata visione d'insieme dell'organo, PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Milano, 2002, 145 ss.), al quale spetta il lavoro di indagine e di repressione della criminalità organizzata transnazionale e del terrorismo internazionale [di recente, ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Milano, 2007].

Per il conseguimento di questi fini si rende opportuno dotare Eurojust – che, lo si ricorda, è un'agenzia istituita con la Decisione Quadro, 28.2.2002, n. 2002/187/GAI, finalizzata a rafforzare il coordinamento e la cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nella lotta contro le forme gravi di criminalità transnazionale – dei poteri necessari per assolvere ai suoi compiti e per intervenire in modo più efficace nella lotta contro queste forme di criminalità.

La Commissione europea ha adottato una comunicazione sul ruolo di Eurojust e della Rete giudiziaria europea nella lotta contro la criminalità organizzata ed il terrorismo, pre-

sentata in un seminario tenutosi a Lisbona il 29 e 30 ottobre scorsi. La comunicazione presenta diverse opzioni affinché Eurojust disponga di tutte le informazioni necessarie per svolgere i suoi compiti. Gli Stati membri potrebbero, ad esempio, comunicare spontaneamente i dati in casi di gravi crimini che vedono interessati due o più Paesi. Inoltre accentuando la partecipazione dell'agenzia alle squadre investigative comuni (cfr., la rubrica «*Osservatorio parlamentare*»), si potrebbe contribuire al loro successo. La Commissione ritiene anche che vadano rafforzati i legami fra Eurojust e la Rete giudiziaria europea, dato che hanno obiettivi simili.

Si ricorda che le attività di Eurojust sono iniziate nel 2002, e il numero dei casi trattati va crescendo. Nel 2006 i casi registrati sono stati 771, vale a dire il 31% in più rispetto al 2005; nel 2007 sono già più di 800 e potrebbero addirittura superare i 1000 entro la fine dell'anno.

In base all'esito del seminario, nel 2008, sarà presentata una proposta legislativa che modifichi la decisione su Eurojust del 2002, attualizzandola (F.G.).

Reati commessi da militari in territorio straniero e difetto di giurisdizione di Mariangela Montagna

1. – La notizia della decisione adottata dalla III Sezione della Corte d'assise di Roma con cui è stato dichiarato il difetto di giurisdizio-

ne riguardo alla vicenda Calipari – e per la quale si è in attesa della motivazione – offre lo spunto per talune riflessioni in ordine ai

limiti della giurisdizione penale nel caso di reati commessi da appartenenti alle forze militari in territorio straniero.

Come è noto, nel caso di specie, la Corte d'assise di Roma doveva decidere sulla responsabilità di Mario Luis Lozano, *ex* soldato della Guardia Nazionale – U.S.A., incriminato in quanto ritenuto il soggetto che, in Iraq, fece fuoco sull'auto in cui viaggiava il funzionario del SISMI, Nicola Calipari, insieme alla giornalista Giuliana Sgrena, appena liberata dopo il sequestro.

A prescindere dai profili che specificamente attengono allo svolgimento del caso e del processo sui quali ci si potrà meglio soffermare una volta conosciute le motivazioni dell'organo giudicante, è interessante, per ora, evidenziare il panorama normativo entro il quale si colloca la perseguibilità a livello penale dei reati commessi da militari all'estero e, di conseguenza, la tipologia di decisioni che il giudice deve assumere a fronte di tali casi.

Nell'ambito dei limiti alla giurisdizione penale si è soliti distinguere quelli che traggono origine dal diritto interno da quelli derivanti dall'ordinamento internazionale.

L'art. 1 c.p.p. è dedicato alla «giurisdizione penale», ma i rispettivi limiti sono fissati nelle norme del codice penale. A questo riguardo, gli artt. 3, 1° co., e 6, 1° co., c.p. stabiliscono, rispettivamente, che la legge penale italiana è obbligatoria per «tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato» fatte «salve le eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale», e «chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana». Con specifico riguardo ai limiti di efficacia della legge penale in rapporto allo spazio, l'art. 3, 2° co., c.p. estende l'operatività della norma incriminatrice italiana anche riguardo a «coloro che, cittadini o stranieri, si trovano all'estero, ma limitatamente ai casi stabiliti dalla legge medesima o dal diritto internazionale». Il riferimento è, tra l'altro, alle ipotesi di cui agli artt. 7-10 c.p., in forza delle quali, al sussistere di determinati presupposti, l'applicazione dei pre-

cetti penali è ampliata al punto da ricomprendervi fatti illeciti compiuti al di fuori del territorio italiano. Dal che si evidenzia come il principio di territorialità, quale dato posto a base del nostro ordinamento, è temperato da talune deroghe al punto da far emergere, in concreto, una consistente propensione all'universalità della legge penale italiana mitigata, però, dalla previsione di appositi condizionamenti nella perseguibilità oltre che dalla discrezionalità del Ministro della giustizia. In particolare, gli artt. 7-10 c.p. considerano punibili secondo le norme del codice penale una serie di reati commessi all'estero ma subordinatamente alla presenza di talune condizioni: la presenza del reo nel territorio dello Stato, la richiesta del Ministro di grazia e giustizia, la natura di delitto politico, determinati limiti di pena.

Una volta individuato lo spazio giurisdizionale entro il quale l'autorità giudiziaria italiana può e deve muoversi, si tratta di verificare quali siano i limiti dinanzi ai quali la stessa è tenuta a fermare la sua attività di *ius dicere*. A livello internazionale tali limiti sono rappresentati dalla presenza di immunità riconosciute a capi di Stato estero, agli agenti diplomatici, ai funzionari ed agli impiegati consolari ed al particolare regime per l'accertamento dei reati commessi da militari appartenenti alle forze armate della N.A.T.O. A questi si possono, poi, aggiungere tutti i limiti derivanti dalla cooperazione internazionale, quali il *ne bis in idem* internazionale, il riconoscimento della sentenza penale straniera, l'estradizione, il mandato d'arresto europeo, la clausola di specialità. Ed ancora, vi sono i limiti derivanti dall'esercizio di giurisdizioni affidate a Corti penali internazionali per la repressione di particolari ed efferati crimini. Ognuno di essi ha una diversa portata vincolante, poiché, a seconda dei casi, può concernere la procedibilità dell'azione penale o l'esplicarsi della *iurisdictio*. Nel primo caso si adatterà, in presenza di tale vincolo e di processo ciò malgrado avviato, una sentenza che dichiara l'improcedibilità dell'azione penale; nel secondo, il processo iniziato in presenza di un limite alla giurisdizione

sarà “fermato” con la sentenza che dichiara il difetto di giurisdizione, ai sensi dell’art. 20 c.p.p.

2. – La perseguibilità penale per i reati commessi in territorio straniero da componenti di forze armate è tema di particolare attualità visto il sempre più frequente ricorso all’utilizzo di operazioni di c.d. *peace-keeping* in territori stranieri. Al fianco di esse, si colloca, con tutte le sue peculiarità, la presenza in Iraq di militari provenienti da diversi Paesi sotto l’egida dell’O.N.U. Proprio in riferimento a questi fenomeni di “dislocamento” di operatori militari in territori stranieri, sono andati sviluppandosi particolari accordi tra gli Stati al fine di ripartire la giurisdizione tra gli Stati invianti e quelli ospitanti in caso di reati compiuti dai militari. Accordi che, nelle operazioni compiute sotto il controllo dell’O.N.U., ne vedono un’attiva partecipazione.

Antesigmano, se così può dirsi, è l’accordo stipulato tra gli Stati aderenti all’Alleanza atlantica volto a fissare un’immunità giurisdizionale per i reati commessi da appartenenti alle forze armate della N.A.T.O. dislocate nel territorio di uno Stato alleato. A questo proposito, l’art. VI, 2° §, della Convenzione di Londra del 19.6.1951, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 30.11.1955, n. 1335, contempla i criteri in forza dei quali ripartire la giurisdizione penale tra lo Stato di soggiorno e quello di origine ed individuare, di conseguenza, una sfera di giurisdizione esclusiva per quanto attiene ad attentati alla rispettiva sicurezza previsti come reati dalla legge penale di uno solo tra essi (art. VII, 2° §, lett. *a* e *b*). Vi sono, poi, casi di giurisdizione concorrente a fronte della quale sovengono quali parametri risolutivi quelli dettati dall’art. VII, 3° §, secondo cui allo Stato d’origine spetta il diritto di esercitare in via prioritaria la giurisdizione penale relativa alle violazioni della propria sicurezza ovvero per ogni attività illecita commessa nell’esecuzione di un servizio. Allo Stato di soggiorno, spetterebbe, invece, il diritto ad esercitare la propria giurisdizione in via prioritaria in tutti gli altri casi. Un assetto, quello così de-

finito, suscettibile di deroga qualora lo Stato avente la giurisdizione prioritaria si avvalga della c.d. “rinuncia” all’esercizio della giurisdizione. Rinuncia, tra l’altro, che potrebbe essere anche sollecitata con apposita richiesta da parte dell’altro Stato (art. VII, 3° §, lett. *c*). A fronte del meccanismo di ripartizione della giurisdizione così sinteticamente delineato, ove vi sia un reato commesso in territorio italiano da un componente delle forze N.A.T.O. per il quale lo Stato di appartenenza abbia una giurisdizione prioritaria, si prospetta la corrispondente carenza di *iurisdiction* dell’autorità giudiziaria italiana che sarà siglata, a livello processuale, da una decisione enunciate il difetto di giurisdizione ai sensi dell’art. 20 c.p.p. (in tal senso si veda, C., Sez. III, 27.1.1997, Thierry Bone, in *CP*, 1997, 3055).

Il frequente ricorso a missioni in territori di Paesi stranieri sotto l’egida di organizzazioni internazionali, quali l’O.N.U., per operazioni di *peace-keeping* è all’origine, come si accennava poc’anzi, di accordi stipulati tra l’O.N.U. e lo Stato fornitore (c.d. *Participation Agreements*) ovvero tra l’O.N.U. e lo Stato territoriale (c.d. *SOFA - Status of Forces Agreements*), secondo i quali è prevista una riserva assoluta di giurisdizione a favore dello Stato di appartenenza del personale inviato e, di conseguenza, l’immunità dalla giurisdizione dello Stato ospitante.

A ciò si aggiunga che, per quanto concerne la sicurezza in Iraq e la presenza di truppe italiane in quel territorio, nell’ambito del d.l. 24.6.2004, n. 160 convertito in l. 30.6.2004, n. 207, adottato in seguito alla Risoluzione delle Nazioni Unite n. 1546 dell’8.6.2004, l’art. 10, 2° co., stabilisce che «i reati commessi dallo straniero in territorio iracheno, a danno dello Stato o di cittadini italiani partecipanti alle missioni cui agli artt. 4, 1° co., e 6, 2° co., sono puniti sempre a richiesta del Ministro della giustizia e sentito il Ministro della difesa per i reati commessi a danno di appartenenti alle Forze armate». Il 3° co. della stessa norma individua, poi, la competenza del Tribunale di Roma.

Come si può vedere, soprattutto per il caso

dell'Iraq, l'individuazione degli esatti confini della giurisdizione penale soffre i limiti del convergere e sovrapporsi di una molteplicità di normative e giurisdizioni. Nel caso sottoposto all'esame della Corte d'assise di Roma, invero, si trattava di giudicare le responsabilità di un militare straniero per un delitto commesso ai danni di un cittadino italiano in territorio straniero per entrambi. Con tutti gli interrogativi sulla qualità del reato, comune o politico, e i condizionamenti, anche di natura politica, derivanti dalla presenza di accordi internazionali volti ad affermare la prevalenza per l'imputato della giurisdizione dello Stato di appartenenza. Interrogativi che, si spera, saranno dissipati una volta conosciuta la motivazione della sentenza della Corte d'assise romana.

3. – Nel frattempo, alcune notazioni sulle caratteristiche che segnano, in genere, la decisione assunta in presenza di un limite alla giurisdizione. Si tratta di limite rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento ai sensi dell'art. 20 c.p.p. Se il limite è riscontrato nel corso delle indagini preliminari, il giudice emette ordinanza e restituisce gli atti al pubblico ministero. Nel caso in cui il difetto di giurisdizione dovesse essere rilevato alla chiusura delle indagini preliminari e «in ogni stato e grado del processo», il giudice provvede con sentenza di-

sponendo, «se del caso», la trasmissione degli atti all'autorità competente.

Il codice di rito del 1988 ha, in tal modo, affrontato e risolto il tema relativo al difetto di *iurisdiction* che, così, rispetto al passato, assume una portata più ampia, in quanto non è limitato unicamente ai rapporti tra giurisdizione ordinaria e speciale. L'art. 20 c.p.p., invero, grazie anche all'inciso in esso contenuto «se del caso», appare configurato per corrispondere tanto al difetto assoluto di giurisdizione quanto a quello relativo, intendendo, nel primo caso, una totale carenza di giurisdizione e, nell'altro, una mancanza di *iurisdiction* per l'autorità giudiziaria ordinaria a favore della presenza di una giurisdizione speciale.

Per quanto attiene ai controlli effettuabili sulla pronuncia con cui l'organo giurisdizionale declina la propria giurisdizione, è prevista la possibilità di ricorrere in cassazione nei limiti di cui all'art. 568, 2° co., c.p.p. vale a dire quando la sentenza non sia in grado di dar luogo ad un conflitto di giurisdizione. Il che può accadere se si tratta di un difetto di giurisdizione "interna". Non nel caso in cui la *iurisdiction* è risultata deficitaria a causa della prevalenza di una giurisdizione "esterna". In quest'ultima ipotesi, dunque, la Corte di Cassazione potrà intervenire in funzione di controllo per verificare l'eventuale presenza di errori.

Il parere della Corte di Cassazione sulla legge delega al nuovo codice di rito

Il testo della riforma del codice di procedura penale messo a punto dalla Commissione presieduta dal prof. Giuseppe Riccio è stato

oggetto di un parere da parte della Suprema Corte di Cassazione che, di seguito, viene riportato.

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Parere sullo schema di disegno di legge delega per la riforma del codice di procedura penale

1. Valutazione complessiva dell'articolato. – 2. La prescrizione processuale. – 3. La mediazione. – 4. I soggetti e gli atti. – 5. Le prove. – 6. Le misure cautelari. – 7. Le indagini preliminari. – 8. L'udienza di conclusione delle indagini e i riti alternativi. – 9. Il dibattimento. – 10. Il procedimento innanzi al tribunale per i minorenni. – 11. Il procedimento innanzi al giudice di pace. – 12. Le impugnazioni. – 13. Il giudice della pena. – 14. I rapporti giurisdizionali con autorità straniere.

1. Valutazione complessiva dell'articolato

La delega redatta dalla apposita Commissione ministeriale ha per oggetto l'emanazione di un nuovo codice di rito penale. L'elaborazione di un codice nuovo non trova giustificazione nel contenuto della delega e nell'ampia relazione illustrativa. In moltissime parti della delega si ribadiscono le scelte del vigente codice e ciò viene espressamente riconosciuto dalla Relazione. Manca quindi il presupposto giustificativo della approvazione di un nuovo codice, che consiste nella esigenza di innovare le principali linee della disciplina vigente. Tale presupposto esisteva, invece, per l'emanazione del codice del 1988, il quale ha introdotto un processo radicalmente diverso da quello del previgente codi-

ce Rocco (pur se sensibilmente modificato a seguito soprattutto della Costituzione repubblicana), salvo che nella disciplina delle impugnazioni.

La scelta politico-tecnica di porre come oggetto della delega l'intero codice, e quindi anche le parti della normativa che la Commissione ministeriale ha ritenuto di condividere, non è priva di inconvenienti pratici. Essa comporta la discussione parlamentare anche sulla ampia parte della disciplina vigente che la stessa Commissione non vuole che sia modificata. Ma siffatta discussione può determinare la modifica di settori dell'attuale disciplina che si è ritenuto non bisognose di variazioni. L'esposto inconveniente è accentuato dal contenuto molto dettagliato che si è dato alla delega. Nell'art. 2 della bozza di delega sono previsti i principi e criteri direttivi, raggruppati in 115 numeri, la maggior parte dei quali è suddivisa in più sottounumeri; i raggruppamenti numerici dei principi e criteri direttivi raggiungono l'entità complessiva di n. 485. Va rilevato che il numero di tali principi e criteri è ben maggiore di 485, perché spesso essi sono raggruppati in un solo numero o sottounumero, onde si è in presenza, probabilmente, della delega più specifica e dettagliata che sia stata mai elaborata.

Le rilevate caratteristiche della delega sono esiziali sia per l'elaborazione della normativa codicistica, sia per il funzionamento del nuovo processo.

Sotto il primo aspetto è opportuno evidenziare che la ragione per la quale si ricorre, per l'approvazione di normative particolarmente complesse, allo strumento del decreto legislativo consiste nell'esigenza di organicità del prodotto, che può essere compromessa da una delega troppo dettagliata. Infatti, il doveroso rispetto dell'art. 76 della Costituzione esige che il Parlamento approvi le linee essenziali della disciplina codicistica, e cioè soprattutto che, attraverso la formulazione di principi e criteri direttivi, operi le scelte di fondo della nuova normativa. La delega in esame contiene, in alcune parti (v., per es., le direttive 68 e 69), una disciplina che sostanzialmente è già quella codicistica.

La sovrabbondanza di principi e criteri direttivi è destinata, poi, a produrre un ulteriore effetto negativo all'atto del concreto funzionamento del nuovo processo, perché, soprattutto nella fase iniziale, comporterà inevitabilmente frequenti dubbi di conformità del codice alla legge delega, e quindi l'insorgere di numerose questioni di costituzionalità destinate a rendere più difficoltosa e problematica l'applicazione della nuova normativa. È evidente che tale effetto negativo si accentua di fronte ad una legge delega non sempre coerente in tutte le sue disposizioni. La valutazione che la Commissione ministeriale ha espresso verso il codice vigente – e cioè la già rilevata condivisione di molte delle sue scelte di fondo – comporta che si elabori la delega non per un intero nuovo codice, bensì per apportare al codice vigente importanti modifiche singolarmente specificate (dalla delega), nonché, subito dopo, per coordinare con le stesse modifiche l'intera disciplina codicistica.

2. La prescrizione processuale

La prescrizione processuale rappresenta una delle più significative innovazioni delineate dalla bozza di legge delega. Essa si ricollega alla necessità di tenere distinte la durata della

punibilità (prescrizione del reato) dalla durata del processo (prescrizione processuale), rispondendo la prima alla funzione di stabilità sociale, che può essere svolta dalla non perseguibilità di fatti ormai lontani nel tempo, e la seconda all'interesse della persona accusata di un reato ad essere giudicata entro un determinato termine: in questa prospettiva (e sottolineato che la prescrizione è istituito funzionalmente idoneo a realizzare un processo di ragionevole durata), la Relazione della Commissione per la riforma del codice di procedura penale rileva che la prescrizione del reato "certifica" l'oblio della collettività rispetto a fatti pregressi, mentre la prescrizione del processo segna la non ulteriore protraibilità della pretesa punitiva nei confronti di un soggetto, atteso che dopo un certo lasso di tempo l'accertamento del fatto-reato è ritenuto minusvalente rispetto al pregiudizio recato all'imputato dall'ingiustificato prolungarsi del procedimento giudiziario.

La direttiva 1.8. della bozza di delega si articola attraverso la previsione, tenuto conto della particolare complessità, di termini di durata massima delle fasi e dei gradi del processo (la cui violazione ne comporta appunto la prescrizione) e di casi tassativi di sospensione dei suddetti termini, necessari per modulare ulteriormente il fenomeno prescrizionale sul caso concreto.

La proposta trae origine da una condivisibile analisi critica della disciplina della prescrizione attualmente vigente, critica che investe anche i suoi profili di intersezione tra dimensione sostanziale e istituti processuali. Perplessità di fondo sull'opzione della bozza di legge delega sono state espresse con riferimento al rischio che la segmentazione in fasi, moltiplicando i momenti in relazione ai quali può determinarsi la prescrizione del processo, si traduca in un incremento di prassi dilatorie. In senso contrario, tuttavia, si sono formulate due osservazioni: per un verso, la previsione della prescrizione processuale e il divieto di dichiarare nel corso del processo la prescrizione del reato (con l'eccezione del caso che, prima dell'esercizio dell'azione pe-

nale, sia già decorso il tempo necessario) neutralizza le incongruenze che, in relazione alla disciplina vigente, derivano dal variare – del tutto casuale, come osserva la relazione – del termine di avvio del processo; per altro verso, proprio la segmentazione in fasi (e la previsione per ciascuna di esse di un autonomo termine di prescrizione del processo) responsabilizza il giudice della singola fase, impedendo che il dilatarsi della durata delle fasi iniziali consegna alle fasi successive un termine prescrizionale ormai prossimo alla scadenza (e spesso già scaduto).

D'altra parte, la necessità di arginare comportamenti dilatori e, più in generale, di scongiurare prassi di abuso del processo dovrà trovare adeguata risposta, con riferimento all'istituto in esame, nella specificazione della disciplina della sospensione dei termini.

Peraltro, è di tutta evidenza che la fisionomia della prescrizione del processo e la sua effettiva incidenza sulla realtà della giustizia penale potranno essere compiutamente apprezzate solo alla luce, oltre che della definizione della disciplina della sospensione, della concreta individuazione dei termini per le singole fasi. In questa prospettiva, deve osservarsi che la riconducibilità del nuovo istituto e della prescrizione sostanziale a diverse *rationes* giustificatrici e a diverse logiche funzionali dovrà necessariamente tradursi nella previsione di termini congrui per l'uno (per le diverse fasi in cui si articola) e per l'altra. Nella configurazione della prescrizione processuale, inoltre, potrà trovare spazio la valutazione circa l'opportunità di prevedere che in relazione ad una ristretta cerchia di reati di notevole gravità l'istituto della prescrizione del processo non trovi applicazione. Analogamente, la *ratio* sottesa all'istituto in esame così come delineato dalla bozza di legge delega non sembra incompatibile con un meccanismo che consenta di recuperare, nella fasi successive, i tempi *guadagnati*, rispetto a quelli massimi, nelle fasi precedenti. La Relazione segnala la discussione svoltasi nell'ambito della Commissione per la riforma del codice di procedura penale in ordine a diverse ipotesi incentrate sulla non opera-

tività della prescrizione processuale dopo la sentenza di condanna di primo grado impugnata dal solo imputato. La soluzione è stata scartata per il rischio, ritenuto troppo alto, che il processo, privo di una scansione temporale limitata, “venga lasciato andare alla deriva”. Sul punto, allo scopo di offrire ulteriori spunti di riflessione, è utile segnalare una diversa soluzione che, muovendosi nell'ambito esclusivo della prescrizione “sostanziale”, fa cessare la decorrenza del relativo termine dopo la sentenza di condanna di primo grado, imponendo, tuttavia, nel caso di assoluzione dell'imputato nel giudizio di secondo grado, di *sommare* al termine maturatosi fino alla sentenza di condanna, quello del giudizio d'appello, così da riconoscere la prescrizione eventualmente maturatasi.

3. La mediazione

La direttiva 2.4. si occupa di regolare i rapporti tra il procedimento penale e la procedura di mediazione, stabilendo in modo condivisibile che il ricorso alla mediazione, su impulso dell'indagato, della persona offesa o anche dell'autorità giudiziaria sarà precluso dopo l'esercizio dell'azione penale, e quindi a fase processuale instaurata. Se, infatti, il ricorso alla mediazione deve costituire un'alternativa efficace alla composizione in via giudiziale del conflitto, sembra ragionevole che essa si collochi nella fase anteriore, in modo da poter funzionare da idoneo strumento deflativo, a beneficio della speditezza e dell'efficienza della risposta processuale per le vicende di maggiore gravità, che non sono peraltro suscettibili di una trattazione in sede di mediazione. La direttiva, a tal fine, prescrive che il buon esito della mediazione comporterà la definizione del procedimento con archiviazione, epilogo questo sicuramente incompatibile con l'attivazione della fase processuale in senso stretto.

Nella regolazione dell'interferenza della procedura di mediazione con il procedimento penale le scelte operate dalla bozza di delega appaiono opportune. Si prevede, infatti, che l'autorità giudiziaria, e quindi il pubblico ministero, fissi un termine per la conclusione

della mediazione al momento in cui decide di affidare a quella sede la composizione del conflitto; si prevede, inoltre, che il procedimento penale rimanga sospeso durante lo svolgimento della mediazione per un periodo massimo predeterminato, in modo da evitare che i benefici del ricorso alla mediazione si trasformino in cause di lungaggini del procedimento, per il caso in cui l'impegno del mediatore non sortisca il risultato sperato e quindi il conflitto debba essere trattato in sede giudiziaria. Opportuna è poi la previsione che, durante il tempo di sospensione del procedimento, sia possibile il compimento di atti urgenti, che assicurino ad es. la conservazione di prove altrimenti soggette a sicura dispersione.

La bozza di delega ha inoltre cura di delineare i tratti essenziali, e non contestabili, della procedura di mediazione, disponendo che il mediatore sia un soggetto terzo ed imparziale, qualità inerenti alla giurisdizione e però altrettanto indispensabili per il buon esito della mediazione, e che nella procedura di mediazione siano assicurate le garanzie minime per la difesa. Appunto perché minime, si ritiene sul punto che il legislatore delegato dovrà impegnarsi in soluzioni che non appesantiscano oltre misura una fase in cui occorre favorire l'incontro tra l'autore del fatto lesivo e la vittima. Condivisibile, in questa prospettiva, è la previsione di inutilizzabilità nel procedimento penale degli atti compiuti in sede di mediazione, rafforzata dal divieto di testimonianza su quanto ivi accaduto o appreso, in modo tale da evitare ogni negativo condizionamento che l'eventualità della ripresa del procedimento penale potrebbe esercitare sul tentativo di superamento extragiudiziale del conflitto.

4. I soggetti e gli atti

La direttiva 4.2. prevede la «*determinazione della competenza per territorio, nei procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata e per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, sulla base di specifici criteri*». La collocazione sistematica della direttiva – che si aggiunge a quelle riguardanti

la competenza per materia, per territorio e per connessione – e la sua interpretazione letterale sembrano prefigurare la possibilità dell'introduzione di un sotto-sistema processuale per specifiche categorie di reato, all'evidente e condivisibile fine di soddisfare l'esigenza di omogeneità di indirizzi investigativi e di razionalizzazione delle attività dell'autorità giudiziaria investita della trattazione di procedimenti che richiedono un elevato grado di specializzazione.

La direttiva 6.2. stabilisce «*l'irrelevanza della connessione in caso di archiviazione della notizia di reato relativa al magistrato*», affermando, così, un principio che sembra discostarsi dalla disciplina contenuta nel terzo comma dell'art. 11, sostituito dall'art. 1 della l. 2.12.1998, n. 420, secondo l'interpretazione seguita dalla consolidata giurisprudenza di legittimità, che, peraltro, ha assimilato all'archiviazione la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere nei confronti del magistrato. Si osserva a tal proposito che la previsione potrebbe causare problemi difficilmente risolvibili per l'ipotesi in cui l'archiviazione sia seguita dalla riapertura delle indagini nei confronti del magistrato: in tal caso, difatti, il persistente rapporto di connessione tornerebbe ad esercitare *vis attractiva* e determinerebbe un ulteriore spostamento della competenza, con ovvi riflessi sulla ragionevole durata del processo e sui diritti delle altre parti processuali.

Pertanto, si considera più opportuna l'eliminazione della direttiva, tenuto anche conto delle motivate ragioni di sospetto esistenti in ordine alla regolare trattazione del processo trasferito, dopo l'archiviazione, ad un ufficio giudiziario compreso nel distretto di corte d'appello in cui il magistrato esercita le proprie funzioni o le esercitava al momento del fatto.

Si segnala inoltre che la direttiva 7.1., laddove prevede la deducibilità o la rilevabilità anche d'ufficio dell'incompetenza fino all'inizio della discussione nell'udienza di conclusione delle indagini, dilata oltre misura i tempi di proposizione della eccezione e non pare armonizzarsi con la regola fissata per la

fase dibattimentale dalla medesima direttiva, che, in caso di mancanza della predetta udienza, consente di sollevare la questione subito dopo il compimento, per la prima volta, dell'accertamento della costituzione delle parti in giudizio.

Per quanto attiene alla disciplina del difetto di giurisdizione e di competenza per essere la materia attribuita ad un giudice superiore, si condivide la scelta di un autonomo regime di rilevanza, in quanto la particolare importanza di tali vizi ne giustifica il rilievo, anche di ufficio, in ogni stato e grado del giudizio. Per tale ragione, si ritiene di non potere seguire l'opinione di chi ha auspicato la totale uniformità delle direttive in tema di difetto di giurisdizione e di incompetenza, in tutte le forme: di riflesso, non si è registrata unanimità di consensi per la prospettiva di un'estensione del regolamento per tutte le questioni riguardanti la giurisdizione e la competenza, che sarebbe funzionale a far definire dalla Corte regolatrice dette questioni immediatamente e in modo definitivo, salvo il caso di modifica, per fatti nuovi, della situazione preesistente.

L'istituto del regolamento di competenza, previsto dalla direttiva 7.3., sembra essere in grado, per come è articolato, di realizzare il giusto fine di evitare che le questioni preliminari di competenza, riproposte con i motivi di impugnazione, siano causa di intollerabili regressioni del procedimento, magari dopo l'esaurimento di entrambi i giudizi di merito. Non può però essere sottaciuto il timore che un eventuale ricorso indiscriminato al regolamento di competenza si risolva in un aggravio del già consistente carico di lavoro della Corte di cassazione.

Sembra poi opportuno che, per ragioni di economia processuale, si valuti la possibilità di estensione al difetto di giurisdizione della direttiva relativa alla «*efficacia nel processo davanti al giudice competente delle prove già acquisite, salva la rinnovazione delle prove dichiarative secondo modalità prestabilite*», allorché l'acquisizione delle prove da parte del giudice privo di giurisdizione sia

avvenuta con l'osservanza delle disposizioni del codice di procedura penale.

Ed ancora, merita particolare attenzione la direttiva 15.2., che attribuisce al procuratore nazionale antimafia le funzioni di coordinamento anche per i procedimenti relativi a reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, e che per tutti gli altri procedimenti, che non siano quindi per reati di terrorismo o di criminalità organizzata, attribuisce eguali poteri di coordinamento ai procuratori generali presso le Corti di appello.

Infine si segnala l'opportunità di un raccordo tra la direttiva 22.1. e le regole fissate in tema di prescrizione processuale, per evitare i riflessi negativi derivanti, nella fase delle indagini preliminari, da eventuali ritardi nel procedimento deliberativo degli appositi organismi parlamentari. Infatti, esperienze anche recenti suggeriscono di includere simili situazioni tra i casi di sospensione del corso della prescrizione del processo.

In ordine alle nullità, la direttiva 30.2., che prevede la «*disciplina della deducibilità e della rilevanza dei vizi e predeterminazione di casi eccezionali di nullità insanabile*», appare piuttosto generica nella sua formulazione. In linea generale, la tematica dei vizi degli atti processuali richiederebbe, probabilmente, un deciso sforzo di rielaborazione integrale, giacché a categorie ormai tradizionali e risalenti nel panorama del processo, altre se ne sono venute ad affiancare e sovrapporre. Basti pensare, a tale riguardo, alla inutilizzabilità (coniata, come si ricorderà, proprio per impedire l'abuso delle sanatorie cui aveva dato luogo la elaborazione giurisprudenziale sulle nullità) e alla discussa figura dell'abnormità. Sembraerebbero opportune, dunque, scelte lineari, specie in una materia in cui è comunque bene evitare regressioni del processo, che in sé evidentemente rappresentano gravi patologie e frustrano le aspettative di una pronta decisione sulla reg giudicanda. Sotto questo profilo, un segnale decisivo potrebbe essere rappresentato dalla previsione di una direttiva che sancisse il principio per il quale nessuna nullità, ove concretamente de-

ducibile e non dedotta nella sede in cui si è verificata o in sede di impugnazione, può essere fatta valere in cassazione, così da evitare qualsiasi rischio di “tatticismo”, o, addirittura, di uso strumentale del diritto, del tutto incompatibile con le stesse caratteristiche del “giusto processo”.

In ordine alle notificazioni, pur dovendosi ritenere positiva la previsione (contenuta nella direttiva 24.9.) delle notificazioni al difensore, anche se domiciliario dell'imputato, con posta elettronica certificata, l'intera disciplina potrebbe essere ulteriormente semplificata, specificando, all'interno della direttiva 23.2. (il cui contenuto contempla un opportuno riferimento all'*uso di mezzi elettronici e telematici nelle relazioni tra i soggetti del processo*), che l'utilizzo delle più moderne e rapide forme di comunicazione degli atti coinvolge anche la figura del difensore.

Merita infine condivisione la scelta di perseguire l'obiettivo delle notificazioni a mani proprie dell'atto di citazione a giudizio, contenente la contestazione dell'imputazione, in modo da evitare, con il raccordo con la previsione della sospensione del processo in caso di omessa notificazione per irriceperibilità, la celebrazione di processi *in absentia* destinati ad essere poi travolti dalla dimostrazione ad opera del condannato di non avere avuto conoscenza del procedimento a suo carico.

5. Le prove

La direttiva 31.1. della bozza di delega ribadisce il contenuto del diritto alla prova delle parti sulla falsariga della vigente normativa, che lo configura come diritto all'ammissione delle prove richieste, se non vietate dalla legge e non manifestamente superflue ed irrilevanti; opportunamente la direttiva 31.2. introduce una previsione di deroga ad un diritto alla prova così ampio, escludendo che le parti possano far valere il diritto all'esame dibattimentale, nei procedimenti per i delitti di criminalità organizzata e per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, nel caso in cui il soggetto ha già reso su quei medesimi fatti dichiarazioni in contraddittorio con la perso-

na nei cui confronti le stesse saranno utilizzate. Il requisito dell'aver già reso dichiarazioni in contraddittorio con la persona nei cui confronti saranno utilizzate vale allora, e il rilievo è condivisibile per il giusto rafforzamento della garanzia del contraddittorio, sia nel caso in cui esse siano state rese nell'ambito dello stesso procedimento (e quindi nella fase dell'incidente probatorio o nella stessa fase dibattimentale, poi magari rinnovata) che nel caso in cui siano state rese nell'ambito di un procedimento diverso.

La direttiva 31.3. prevede il potere probatorio d'ufficio del giudice, restringendone correttamente l'ambito di esplicazione ai casi di assoluta necessità ai fini della decisione; essa sembra, inoltre, richiedere per il legittimo esercizio di siffatto potere che le parti abbiano comunque esercitato il diritto alla prova, dato che la formulazione testuale della direttiva fa riferimento a «*elementi di prova ulteriori rispetto a quelli introdotti dalle parti*». Sarebbe invece preferibile che il potere officioso del giudice potesse rimediare anche ai casi di totale inerzia probatoria delle parti, secondo le indicazioni giurisprudenziali da ultimo ribadite dalle Sezioni unite di questa Corte – v. sentenza Greco n. 41281 del 2006 e prima sentenza Martin n. 111 del 1993 –, che hanno ragionato sulla necessità, sia in forza del principio di obbligatorietà dell'azione penale che di quello del giusto processo, di limitazioni al principio dispositivo della prova. Opportuna è invece la scelta della seconda parte della direttiva 31.3. di consentire, dopo l'eventuale esercizio dei poteri di prova del giudice, la proposizione di nuove richieste probatorie delle parti connesse agli elementi di novità emersi.

La direttiva 32.1. prevede l'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge. La formula non sembra soddisfare l'esigenza di una migliore individuazione dei connotati di questa forma patologica degli atti di prova e di una restrizione del suo ambito di incidenza. Sarebbe bene chiarire almeno che l'inutilizzabilità non debba riguardare le violazioni di norme relative alle modalità di assunzione delle prove.

La direttiva 35.3. prescrive che le ricognizioni debbano essere disciplinate in modo da assicurare l'attendibilità del loro risultato, e si combina con la direttiva 61.2., che prevede la necessità dell'incidente probatorio per le ricognizioni. La soluzione della bozza di legge delega non persuade, perché l'imposizione del ricorso all'incidente probatorio può rivelarsi in concreto un fattore di inefficienza investigativa, non potendo assicurare la tempestività di risposta che a volte le vicende d'indagine richiedono. È allora auspicabile che sia mantenuto lo strumento investigativo dell'individuazione di cose o persone in capo al pubblico ministero.

Non convince nemmeno la direttiva 36, che elimina il dovere di testimonianza dell'imputato che nel corso delle indagini preliminari abbia reso dichiarazioni concernenti la responsabilità di altri. La Relazione, a tal proposito, afferma che la c.d. testimonianza assistita ha creato complicazioni ed ha distorto il fondamentale principio del *nemo tenetur se detegere*. Non offre però alcun dato di fatto che avalli questo severo e radicale giudizio su un istituto che, invece, ha consentito di coniugare al meglio il diritto al silenzio dell'imputato con l'obbligo di non sottrarsi al contraddittorio in giudizio, una volta che sia stato avvertito sul ruolo di testimone che assumerà se, nel rispondere, accuserà altre persone, anche ad evitare che nei confronti di queste inizino procedimenti, con l'eventuale, applicazione di misure cautelari, che possano poi nel giudizio risultare sformiti di prova.

6. Le misure cautelari

La bozza di delega introduce poche e non particolarmente importanti innovazioni nella materia delle misure cautelari (personali e reali).

La direttiva 46.2. prescrive l'esclusione di ogni presunzione legale in tema di "misure cautelari coercitive", perseguendo la chiara finalità di eliminare la presunzione di adeguatezza della misura carceraria per i reati di mafia, di cui al secondo periodo dell'attuale art. 275, comma 3, codice di rito. Si tratta di una scelta politica verosimilmente

destinata ad essere rapidamente superata alla prima emergenza mafiosa o terroristica.

Un contrappeso all'abolizione della menzionata presunzione è introdotto dalla direttiva 46.6. sull'obbligo rafforzato di motivazione in caso di rigetto della richiesta di "misura cautelare", o meglio dovrebbe dirsi "misura coercitiva", per ritenuta insussistenza di esigenze cautelari nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata e di terrorismo.

L'efficacia di questa disposizione appare assai dubbia, dovendo essere ricordato che un obbligo rafforzato di "motivazione in negativo" fu introdotto nell'art. 254 del codice di rito del 1930 poco tempo prima del varo del codice di rito oggi vigente, e che i risultati della novella furono insignificanti. Peraltro, la previsione di un dovere di motivazione dell'ordinanza applicativa della misura cautelare, sulla falsariga della normativa oggi vigente, implica già un dovere di motivazione in negativo, privando la direttiva della bozza di delega di ogni possibile utilità.

Alcune imprecisioni, a volte anche solo d'ordine lessicale, segnano poi la formulazione di alcune direttive. La direttiva 46.7., nel porre il divieto di applicazione della custodia cautelare, non calibra in modo corretto il diverso regime riservato alla custodia cautelare carceraria. Irragionevolmente, infatti, preclude l'applicazione della custodia carceraria per i reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni, mentre impedisce l'applicazione della custodia cautelare per i reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni. Con ogni probabilità sono state per errore invertite le locuzioni "custodia cautelare in carcere" e "custodia cautelare". Ma, pur a voler così leggere la direttiva, in modo da ritenere adottabile la custodia carceraria solo per reati con pena superiore a quattro anni, e non, come ora, "non inferiore" a quattro anni, merita di essere evidenziato che la bozza di delega non fissa limiti edittali per le altre misure coercitive (non custodiali).

La formulazione delle direttive 46.9. e 48.1. non è coerente, perché entrambe, per un difetto di coordinamento, esprimono lo stes-

so principio, in forza del quale la cessazione o l'affievolimento delle esigenze cautelari in corso di applicazione della misura giustifica la revoca o la sostituzione con altra meno afflittiva.

Anche la direttiva 49.1. sembra meritevole di una diversa e meglio calibrata formulazione. L'espressione "riesame anche nel merito" riferita alle misure cautelari personali sembra significare, se posta a raffronto con quella corrispondente utilizzata nella legge delega del 1987 ("riesaminabilità anche nel merito..."), la necessità in ogni caso del riesame, anche d'ufficio e in assenza di una richiesta della parte interessata. È auspicabile che quel che appare nulla più di un equivoco dovuto all'imprecisa formulazione della lettera della disposizione sia chiarito, e che nel disegno di legge delega sia precisato che non si è inteso fare della procedura di riesame un passaggio necessario ed obbligato, pur quando il soggetto interessato non ne faccia richiesta. È poi improprio il riferimento del riesame al provvedimento che dispone una misura cautelare, e non, come sarebbe corretto, soltanto a quello applicativo della misura coercitiva, come peraltro emerge con sufficiente chiarezza dalla lettura della direttiva 49.3.

Un'innovazione di rilievo che la bozza di delega introduce è contenuta nella direttiva 47.2., ove si prevede la possibilità che il giudice disponga, prima di decidere sulla richiesta di applicazione di misura cautelare, l'ascolto della persona nei confronti la richiesta è diretta. L'istituto, che in linea di massima va considerato con favore perché tende al risultato di una maggiore ponderazione della richiesta della misura cautelare per mezzo del diretto coinvolgimento del soggetto interessato, dovrebbe implicare, secondo quanto anche affermato dalla Relazione, un potere di accompagnamento coattivo in capo al giudice, finalizzato ad assicurare la presenza del soggetto da ascoltare. Sembra allora che la delega non possa sul punto tacere, trattandosi di una misura restrittiva della libertà personale, che deve essere oggetto di espressa previsione, costituendo altrimenti il silenzio

della delega un ostacolo non superabile per il legislatore delegato.

L'opportuna previsione della direttiva 48.2. circa l'inammissibilità della richiesta, sia di misura cautelare che di revoca che si sostituisce, se meramente riproduttiva di altra già rigettata, rischia poi di restare senza effetto senza la previsione di forme semplificate di esame delle relative impugnazioni. Pur se inammissibile la richiesta è comunque assoggettabile ad impugnazione e l'inutile dispendio di energie che si vuole evitare si avrebbe per il necessario svolgimento del giudizio impugnatorio. È auspicabile allora che si preveda l'esame *de plano* dell'impugnazione delle richieste inammissibili. Quanto alle forme dell'impugnazione dei provvedimenti cautelari, si ritiene che la trattazione del ricorso per cassazione dovrebbe svolgersi in camera di consiglio non partecipata, e non, come sembra prevedere la bozza di legge delega alla direttiva 49.6., nelle forme della camera di consiglio partecipata. Al giudizio di cassazione, infatti, inerisce strutturalmente il giudizio sugli atti senza discussione orale, sì che la previsione della forma camerale non partecipata non significherebbe affatto uno svilimento delle garanzie difensive, che anzi sarebbero potenziate dalla possibilità di risposte più rapide. La Corte di cassazione sarebbe messa nelle condizioni non solo di rispettare i nuovi più ampi termini previsti dalla menzionata direttiva (novanta giorni per la decisione e venti giorni per il deposito della decisione), ma addirittura di definire ancor prima i ricorsi. Una scelta pienamente condivisibile della bozza di legge delega è contenuta nella direttiva 49.8. sulla rifusione delle spese processuali sostenute dall'imputato nel caso di rigetto o inammissibilità delle impugnazioni proposte dal pubblico ministero. Sarebbe però più coerente accompagnare l'innovazione con la previsione di misure di contenimento delle impugnazioni infondate dell'imputato.

Alcune imprecisioni connotano la direttiva 50.5., che predetermina il limite massimo per la custodia cautelare in carcere ometten-

do una pari previsione per ogni misura di tipo custodiale.

Un'ultima condivisibile previsione è contenuta nella direttiva 53.1., se letta nel senso, che appare più plausibile, dell'esclusione del ricorso per cassazione avverso le decisioni in tema di misure cautelari reali.

7. Le indagini preliminari

La bozza di delega introduce significative novità in ordine al momento generico delle indagini preliminari. In particolare, la direttiva 56.1. fissa un criterio per la disciplina della fase delle c.d. preindagini del pubblico ministero, ossia per quelle attività che sono dirette all'acquisizione di una notizia di reato, e prescrive che, fuori di casi predeterminati ma non specifica in cui esse non sono ammesse – direttiva 56.2. –, ne siano regolate le modalità e i termini. Se è condivisibile che siano disciplinati i poteri di investigazione in una fase così anticipata dell'accertamento penale, per impedire che in assenza di una notizia di reato siano compiuti atti invasivi degli spazi di libertà della persona, non altrettanto può dirsi per la previsione di sanzioni temporali entro le quali esercitare detti poteri. Una volta che si stabilisce che l'investigazione può sostanziarsi soltanto nella raccolta di informazioni e di atti di c.d. osservazione generica, non v'è ragione di introdurre anche limiti temporali, di cui peraltro non sarebbe agevole verificare in concreto l'osservanza.

La direttiva 57.1. contiene un'opportuna innovazione perché definisce la nozione di notizia di reato, al fine non solo di evidenziare la distinzione tra la fase delle indagini preliminari e quella delle c.d. preindagini, ma soprattutto per rendere possibile il controllo del giudice sul rispetto dei termini di indagine.

Ed infatti, la direttiva 62.1. prescrive che i termini per le indagini preliminari decorrano, non già dall'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro, ma dal momento dell'acquisizione di una notizia di reato soggettivamente qualificata. Persuade, per questo aspetto, il tentativo di collegare ad un

parametro di maggiore oggettività il compito del giudice di verificare il rispetto dei termini delle indagini, la cui inosservanza determina l'inutilizzabilità degli atti compiuti oltre il termine.

Del termine di indagine, poi, la direttiva 62.2. prevede la possibilità di proroga, ma per una sola volta, facendo carico al pubblico ministero di dare al giudice specifica indicazione delle indagini che dovrà compiere e dei tempi presumibilmente necessari. Nell'ottica di una maggiore semplificazione del procedimento si conviene sull'utilità di prevedere soltanto una proroga del termine ordinario, che però dovrà essere quantitativamente adeguato alla nuova disciplina, e quindi ampliato rispetto alle previsioni della vigente normativa; non sembra, di contro, che si riuscirà a rendere più effettivo il controllo del giudice sulla richiesta di proroga per il solo fatto che, in luogo dell'illustrazione dei motivi che fondano la richiesta secondo la formula della vigente disposizione, si richiederà l'indicazione specifica degli atti da compiere e del tempo presumibilmente necessario.

Un'altra significativa innovazione è apportata dalla direttiva 62.11. che prevede l'obbligo per il pubblico ministero di invio dell'informazione di garanzia non oltre un congruo termine dall'acquisizione della notizia di reato, e dalla direttiva 62.12., che fa dell'informazione di garanzia un veicolo di contestazione dell'accusa. Quest'ultima disposizione rende funzionale l'informazione di garanzia all'esercizio dei poteri di investigazione difensiva, consentendo peraltro al difensore dell'indagato, come è previsto dalla direttiva 63.3., l'accesso diretto al giudice per l'assunzione di quegli atti d'indagine, il cui compimento non può fare a meno della collaborazione di terzi o che incidono sui diritti inviolabili di persone diverse dall'assistito; essa, ancora, mette il giudice nelle condizioni di poter operare consapevolmente le sue valutazioni in punto di rilevanza o pertinenza dell'atto richiesto, perché gli offre un parametro di riferimento. Deve però rilevarsi che la previsione dell'invio dell'informazione di

garanzia non oltre un congruo termine dall'inizio delle indagini non assicura che l'indagato potrà disporre del tempo necessario al compimento dei suoi atti difensivi, non potendosi escludere e impedire che il pubblico ministero invii l'informazione di garanzia e immediatamente dopo, se non contestualmente, concluda le indagini con la citazione all'udienza di conclusione delle indagini o, nei casi in cui essa è prevista, con la citazione diretta a giudizio. Sembra allora opportuno che, per l'eventualità della coincidenza in concreto dell'invio dell'informazione di garanzia con la conclusione delle indagini, sia comunque assicurato all'indagato un congruo termine prima dell'esercizio dell'azione penale per lo svolgimento dell'attività difensiva.

È infine da valutare positivamente la previsione della direttiva 65.1. dell'archiviazione per insostenibilità dell'accusa in giudizio anche per la particolare tenuità del fatto, posto che l'innovazione consentirà di definire rapidamente accertamenti penali che, per la scarsa consistenza dell'offesa agli interessi protetti dalla norma incriminatrice, rendono superfluo lo svolgimento di un giudizio. Del pari opportuna è la previsione della direttiva 65.5., che fa obbligo al legislatore delegato di determinare i casi in cui il provvedimento di archiviazione potrà essere sottoposto ad impugnazione, formula questa che sembra ragionevolmente aprire a soluzioni diverse da quella oggi accolta di consentire il ricorso per cassazione, strumento non adeguato alla tutela degli interessi coinvolti che spesso postulano una verifica del merito della vicenda, preclusa al giudice di legittimità.

8. Udienza di conclusione delle indagini e riti alternativi

8.1. L'udienza di conclusione delle indagini

Questa udienza è frutto della trasformazione della attuale udienza preliminare. Come si legge nella relazione (p. 88), essa rappresenta "il punto nevralgico del nuovo processo". La sua disciplina è dettata dalla direttiva 68.

L'udienza viene richiesta dal pubblico ministero in tutti i casi in cui non è prevista la

citazione diretta dell'imputato (e non si faccia applicazione del procedimento per decreto).

Ma anche nei casi in cui il p.m. possa non richiederla, è previsto il diritto dell'imputato alla sua effettuazione, qualora manifesti l'intenzione di accedere ad un rito premiale (83.2.).

La nuova udienza è disciplinata in modo da renderla molto più complessa e lunga dell'attuale udienza preliminare. È sufficiente, per suffragare questa conclusione, riflettere sui seguenti punti della normativa: a) l'atto di imputazione e di convocazione per l'udienza deve essere notificato a mani proprie dell'imputato (24.2., il cui collegamento con la direttiva 68 è esplicitato nella relazione: p. 94); b) successivamente alla detta notifica sono imposti termini dilatori: termine alla difesa per depositare atti di investigazione difensiva e documenti (68.1.), "congruo termine" prima della udienza (68.2.); c) potere dell'imputato di essere interrogato direttamente dal giudice; d) potere del giudice di acquisire, anche di ufficio, le prove decisive ai fini della deliberazione (68.3.): tale potere non è finalizzato soltanto alla emanazione di una sentenza di non luogo a procedere (secondo la previsione del vigente art. 422, comma 1); e) possibilità per le parti di proporre "temi" oggetto di prova dichiarativa assunta dal giudice (68.3.); f) disciplina della modifica dell'imputazione nel corso della udienza molto più rigida e formale dell'attuale art. 422 (68.5. e 68.6.).

La decisione di strutturare la nuova udienza in modo più complesso dell'udienza preliminare non risulta essere stata preceduta da alcun accertamento in ordine al numero di udienze preliminari celebrate secondo il vigente codice ed all'impegno lavorativo e di tempi che esse già oggi comportano. Non è possibile, pertanto, alcuna previsione sull'entità dell'aumento di carico di lavoro e di durata del processo che deriverà dalla trasformazione della udienza preliminare.

In ogni caso il legislatore delegato dovrà stare attento a non aumentare l'ambito di applicazione della udienza di conclusione delle

indagini rispetto a quello che oggi ha l'udienza preliminare. La delega è sul punto piuttosto generica perché prevede la citazione diretta (alternativa alla udienza in discorso) per "specifiche ipotesi di reato individuate in riferimento alla entità di pena editale o alla semplicità di accertamento" (83.1.).

Un aspetto positivo della nuova disciplina è la sostituzione della attuale previsione di due notificazioni (relative all'avviso di conclusione delle indagini ed alla richiesta di rinvio a giudizio: artt. 415 *bis* e art. 416) con la sola notifica della convocazione per l'udienza. Si incide, così, positivamente sull'istituto dell'art. 415 *bis*, che è stato indicato come "il buco nero dei tempi del processo" (relaz., p. 91). Occorre, però, avvertire che la già menzionata disciplina della prova nella nuova udienza (68.3.) rischia di introdurre un indefinito allungamento dei tempi del processo analogo a quello che oggi deriva dalle nuove indagini previste dall'art. 415 *bis* (con conseguente proroga anche della custodia cautelare: art. 305). Sarà compito del legislatore delegato dettare una disciplina che tenga conto che, nella udienza in discorso, non è sancito un diritto alla prova e che il potere probatorio del giudice è limitato alle "prove decisive" ai fini del rinvio a giudizio o della sentenza di non luogo a procedere.

8.2. Il giudizio abbreviato

La direttiva 82.3. prevede che "il giudice, verificata la regolarità formale della richiesta, disponga la celebrazione del giudizio abbreviato innanzi al giudice del rito" e che "nelle ipotesi in cui l'imputazione si riferisca ad un reato di competenza della corte di assise o ad altri gravi delitti di criminalità organizzata e per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, trasmetta gli atti al giudice collegiale del tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente"; in quest'ultimo caso il giudice collegiale è competente a conoscere anche dei reati connessi di minore gravità oggetto di imputazione.

La direttiva 82.20. prevede inoltre che "in caso di condanna la pena che il giudice de-

termina tenuto conto di tutte le circostanze sia diminuita nella misura di un terzo o di un quarto a seconda della gravità della stessa e che la pena dell'ergastolo sia sostituita con la reclusione di anni trenta e la pena dell'ergastolo con isolamento diurno sia sostituita con l'ergastolo". Rispetto alla disciplina vigente viene dunque ridefinito il trattamento premiale. Si prevede inoltre l'obbligo del giudice di ammettere l'imputato che ne faccia richiesta al rito.

Si delinea, infine, uno sdoppiamento tra le funzioni del giudice dell'udienza di conclusione delle indagini e quelle del giudice dell'abbreviato e si introduce "la previsione di un giudice *ad acta* distrettuale anche collegiale, per i reati più gravi secondo le direttive ontologiche della c.d. competenza funzionale" (p. 112 della Relazione). È quest'ultimo aspetto a destare perplessità. In proposito non possono essere sottaciute le possibili ricadute negative in termini di funzionalità complessiva della giurisdizione che derivano dallo sdoppiamento indicato; ricadute peraltro ben presenti alla Commissione per la riforma che, tuttavia, ha inteso procedere nella direzione indicata sul presupposto irrealistico che l'organizzazione debba seguire ed adeguarsi alle esigenze del processo.

8.3. Applicazione di pena concordata e condanna su richiesta

La bozza di legge delega prevede una rivisitazione dell'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti e l'introduzione di un nuovo istituto rappresentato dalla sentenza di condanna su richiesta dell'imputato. L'una e l'altra muovono da un presupposto analitico comune rappresentato dall'individuazione dell'assenza di un pieno accertamento di responsabilità quale punto di crisi della struttura normativa attuale del patteggiamento (p. 96 della Relazione).

8.3.1. L'applicazione di pena concordata

Vi è un ritorno, anche se non *in toto*, alla fisionomia dell'istituto anteriore alla novella sul c.d. patteggiamento allargato. La direttiva 69.1. prevede il «*potere delle parti di chie-*

dere al giudice, fino alla formulazione delle conclusioni nell'udienza di conclusione delle indagini, l'applicazione delle sanzioni sostitutive nei casi consentiti o di misura alternativa alla detenzione o della pena detentiva irrogabile per i reati contestati quando essa, tenuto conto delle circostanze e diminuita di un terzo, non superi i due anni di reclusione soli o congiunti ad altra pena». La riduzione di pena, rispetto alla disciplina vigente diventa "secca", ed è pari ad un terzo.

Inoltre, si introduce la previsione che il patteggiamento possa avere ad oggetto anche l'applicazione di misure alternative alla detenzione. A questo proposito si segnalano le difficoltà in cui in taluni casi potrebbe oggettivamente incorrere il giudice della cognizione nell'effettuare le verifiche necessarie a disporre talune misure vigenti quali, ad esempio, l'affidamento in prova per fini terapeutici del tossicodipendente. Sembrerebbe pertanto opportuno stabilire gli effetti sul patteggiamento anche della revoca della misura qualora erroneamente disposta.

La direttiva 106.3., pur ammettendo la revisione della sentenza di applicazione di pena concordata, opera una restrizione dei casi attualmente consentiti escludendo la revisione per inconciliabilità con i fatti posti a fondamento di una sentenza penale irrevocabile, nonché nel caso di prove conosciute o conoscibili. La scelta della prima esclusione (revisione per inconciliabilità con i fatti posti a fondamento di una sentenza penale irrevocabile) non appare tuttavia condivisibile per gli effetti che determinerebbe in special modo nel caso in cui ad essere separatamente giudicato sia un concorrente in un reato plurisoggettivo che venga assolto per insussistenza del fatto.

8.3.2. La sentenza di condanna su richiesta dell'imputato

Per quanto riguarda la sentenza di condanna su richiesta dell'imputato, i tratti essenziali del nuovo istituto possono essere così descritti:

a) l'imputato può chiedere l'immediata pronuncia della sentenza di condanna a pena

specificamente indicata nella quantità, tenuto conto di tutte le circostanze (direttiva 69.8., prima parte); si tratta di una vera e propria sentenza di condanna caratterizzata, come segnala la Relazione (p. 99), dal pieno accertamento della responsabilità dell'imputato;

b) la pena è diminuita nella misura della metà o di un terzo, a seconda della gravità della stessa; è prevista inoltre la predeterminazione di un limite massimo di riduzione di pena (direttiva 69.8., seconda parte), la cui specifica individuazione la Commissione per la riforma del codice di procedura penale ha preferito affidare alla volontà politica;

c) l'accoglimento della richiesta non è subordinato al consenso del pubblico ministero, né sono previste esclusioni oggettive per categorie di reati, ma solo il limite massimo di cui sopra;

d) la richiesta è accolta, sentito il pubblico ministero, se dagli atti risulta accertata la responsabilità per i fatti contestati e se la pena indicata sia congrua (direttiva 69.9.); è accolta altresì se la pena indicata sia incongrua per eccesso, previa determinazione da parte del giudice della pena, su cui applicare la diminuzione (direttiva 69.10.);

e) la sentenza di condanna su richiesta dell'imputato è inappellabile per l'imputato ed appellabile per il pubblico ministero soltanto in determinati casi: modificazione del titolo del reato, esclusione di una circostanza aggravante ad effetto speciale o per la quale la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria, applicazione di una pena, di una misura di sicurezza o di una sanzione amministrativa illegale, omessa applicazione di una pena, di una misura di sicurezza o di una sanzione amministrativa obbligatorie (direttiva 69.14);

f) la sentenza di condanna su richiesta dell'imputato (così come quella di applicazione di pena concordata) è ricorribile per cassazione solo nelle ipotesi di illegittima acquisizione della volontà dell'imputato, di mancata corrispondenza fra la richiesta di pena dell'imputato ed il contenuto della decisione, di illegalità della pena e della misura di sicurezza.

za, anche se conseguente all'errata qualificazione giuridica del fatto (direttiva 69.15.). Come segnala la Relazione illustrativa, la richiesta di condanna con riduzione di pena offre dunque un maggiore beneficio in termini di riduzione di pena almeno per un consistente numero di reati e dà all'imputato la possibilità di vincolare il giudice, che si determini all'accoglimento della richiesta, alla pena nella misura indicata, fatto salvo ovviamente il filtro del giudizio di congruità, necessario perché al giudice è inibito l'esercizio del potere di autonoma commisurazione della pena.

Non essendo allo stato determinati i limiti di pena per l'applicazione dell'istituto, non appare possibile operare previsioni sull'incidenza di esso nel sistema processuale. E del resto appare ragionevole prevedere che la scelta della richiesta di condanna si renderà in concreto appetibile per l'imputato solo nei casi in cui a quest'ultimo sia preclusa la strada del patteggiamento certamente più favorevole sul piano degli effetti.

8.4. Citazione diretta a giudizio in relazione ad ipotesi di reato contestate in provvedimenti applicativi di misura coercitiva e giudizio direttissimo

Le direttive *sub* 84 disciplinano il nuovo istituto della citazione diretta a giudizio in relazione ad ipotesi di reato contestate in provvedimenti applicativi di misura coercitiva (direttiva 84.1.) e agli eventuali reati connessi con quello contestato nel titolo cautelare, sempre che essi siano attribuiti allo stesso soggetto e siano di minore gravità (direttiva 84.5.). Il potere di citazione diretta può essere esercitato entro novanta giorni dall'esecuzione del provvedimento cautelare, a condizione che la persona sia stata interrogata (direttiva 84.2.), ma non prima della conferma del provvedimento cautelare in sede di sua impugnazione di merito o del decorso dei termini a ciò finalizzati (direttiva 84.3.) e fuori dal caso in cui il titolo cautelare sia stato revocato per sopravvenuta carenza dei gravi indizi di colpevolezza (direttiva 84.4.). Entro un termine prestabilito, decorrente

dalla notifica della citazione, l'imputato ha facoltà di chiedere la fissazione dell'udienza di conclusione delle indagini preliminari per la definizione del processo mediante rito abbreviato o richiesta di condanna (direttiva 84.7.).

Il nuovo istituto è chiamato a sostituire il giudizio immediato, a proposito del quale la Relazione segnala "una prassi di assoluta inutilità": svincolata dal giudizio sulla evidenza della prova ma caratterizzata dal possibile approdo del procedimento dinanzi al giudice dell'udienza di conclusione delle indagini, la citazione diretta sembra destinata ad avere un ambito applicativo diverso da quello del giudizio immediato, che, da questo punto di vista, potrebbe continuare a svolgere una funzione di celere perfezionamento della *vocatio in iudicium*.

Per quanto riguarda il giudizio direttissimo, la direttiva 85.1 prevede il potere del pubblico ministero di presentare l'imputato direttamente in giudizio nel termine di quindici giorni dalla convalida dell'arresto in flagranza; a tale fine, il pubblico ministero ha l'obbligo di formulare l'imputazione nella stessa udienza di convalida, contestandola all'arrestato o al fermato con l'avvertimento che nei cinque giorni successivi egli può chiedere di essere presentato all'udienza di conclusione delle indagini ai fini della richiesta di giudizio abbreviato, di condanna o di applicazione della pena (direttiva 85.2). Quest'unica forma di giudizio direttissimo esclude, nel disegno della bozza di legge delega l'ulteriore modalità di esercizio dell'azione penale attraverso la presentazione diretta da parte del pubblico ministero dell'imputato in stato di arresto davanti al giudice del dibattimento, per la convalida e il contestuale giudizio. L'opzione non sembra condivisibile in quanto tale forma di esercizio dell'azione penale, diffusa nella prassi in riferimento a molteplici figure di reato, ha trovato – nella sua versione codicistica (con esclusione, dunque, delle diverse figure "atipiche" introdotte dalla legislazione speciale) – un assetto stabile dopo la definizione del regime dello *status detentionis* dell'arrestato nel cor-

so della convalida e del contestuale giudizio (cfr. Sez. un., 1° ottobre 1991, n. 19, Simioli).

Sia per la citazione diretta a giudizio di cui alla direttiva 84, sia per il giudizio direttissimo di cui alla direttiva 85 è prevista la facoltà dell'imputato di chiedere la definizione del processo con un rito alternativo, ossia con rito abbreviato, con la richiesta di condanna o con la richiesta di applicazione della pena (quest'ultima indicata solo per il giudizio direttissimo, laddove la direttiva 84.7. fa riferimento solo ai primi due, sembrando pertanto richiedere un'integrazione). In questi casi, la bozza di legge delega prevede che il rito alternativo si svolga dinanzi al giudice per la conclusione delle indagini preliminari. Sul punto, sembra opportuno valutare la praticabilità di una diversa soluzione che, analogamente a quanto oggi previsto in tema di citazione diretta a giudizio dinanzi al giudice monocratico, attribuisca al giudice del dibattimento la competenza a decidere sulle richieste in questione. Tale soluzione, pur scontando le problematiche connesse alle possibili incompatibilità derivanti dalla pronuncia sulla richiesta di rito alternativo, non comporta quella deviazione dal percorso ordinario della *vocatio in iudicium* che caratterizza invece la disciplina delineata dalla bozza di legge delega: la semplificazione derivante dall'attribuzione delle competenze in esame al giudice del dibattimento (avuto riguardo, in particolare, all'esclusione della necessità di nuove citazioni nel caso di richieste di rito alternativo da parte dell'imputato o di rigetto delle stesse) sembrerebbe rispondere meglio ad esigenze di speditezza del processo.

8.5. Procedimento per decreto

La direttiva 86 prevede il mantenimento del decreto penale di condanna a pena pecuniaria (anche sostitutiva). Nella relazione si fornisce qualche necessaria informazione sulla realtà attuale: quello in discorso è il procedimento speciale più praticato (circa il 30% dei detti procedimenti); solo il 10% dei decreti penali forma oggetto di opposizione. Si

tratta, quindi, di un procedimento speciale che ha una notevole incidenza deflattiva, e che viene sostanzialmente accettato dalla collettività. Anche la Corte costituzionale, chiamata diverse volte a verificare la legittimità della vigente disciplina del procedimento, lo ha valutato positivamente, respingendo i tentativi di inserire in essa istituti che ne appesantirebbero il funzionamento concreto, come, per esempio, l'interrogatorio dell'indagato (Corte cost. n. 432/1998) ovvero l'avviso di conclusione delle indagini (Corte cost. n. 32/2003).

I criteri contenuti nella direttiva 86 sconvolgono, però, l'attuale configurazione dell'istituto, che perde le sue caratteristiche di semplicità e celerità.

Innanzitutto si prevede l'informazione di garanzia per l'indagato e per la persona offesa, la quale può opporsi alla emanazione del decreto. È, poi, imposto al pubblico ministero di interrogare l'indagato, se questi ne fa richiesta. Vengono, così, introdotte garanzie tradizionalmente estranee al procedimento per decreto, ove la garanzia essenziale è costituita dalla possibilità per il condannato di proporre opposizione, la quale determina, automaticamente, la revoca del decreto penale (vigente art. 464, comma 3, ultima parte).

Infine, va segnalato che l'opponente al decreto può chiedere che si effettui l'udienza di conclusione delle indagini perché dichiara di volere la definizione anticipata del processo, definizione alla quale, però, può poi non pervenirsi (perché, per esempio, il condannato propone un patteggiamento con una pena particolarmente esigua). V'è da chiedersi se un meccanismo processuale così complesso (sia nella emanazione del decreto di condanna, sia nel processo conseguente alla opposizione) sia giustificato dai reati ai quali esso si applica e dagli interessi da tutelare (con il decreto si infligge, come si diceva, soltanto una pena pecuniaria).

9. Il dibattimento

Molto opportunamente la direttiva 71.2. prevede la sospensione del procedimento in ca-

so di mancata esecuzione della notificazione della citazione per il giudizio nelle forme prescritte dalle direttive 24.2. e seguenti, quindi mediante consegna a mani o, nei casi di impossibilità della consegna personale, mediante invito a presentarsi entro un termine stabilito per il ritiro dell'atto nei locali dell'ufficio deputato alle notificazioni.

Non sembra invece condivisibile la scelta compiuta dalla direttiva 72.1. che, dopo aver previsto lo svolgimento del giudizio in assenza nei confronti dell'imputato latitante se risulti che si sia volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento prescrive che si celebri comunque in assenza il giudizio nei confronti dell'imputato nei procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata e per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, e ciò pur quando non vi siano elementi per affermare la sua volontaria sottrazione al giudizio. D'altronde, già la direttiva 24.8., raccordandosi con la 72.1., prevede l'articolazione di specifiche regole per la notificazione della citazione, contenente la contestazione dell'accusa, all'imputato latitante e, nei procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata e per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, all'imputato irreperibile, equiparato comunque, par di capire, al soggetto che si sottrae al giudizio. È pur vero che la direttiva 72.2. assicura il diritto al condannato in assenza di un nuovo giudizio, qualora risulti che abbia avuto volontà di sottrarsi al procedimento, ma la previsione di un duplice regime, più garantito per alcuni imputati e me-

no garantito per gli imputati di alcuni reati, seppure di particolare gravità, non sembra ragionevole.

Merita, poi, apprezzamento la previsione della direttiva 75.2. sulla decadenza dalla prova della parte che ometta la citazione autorizzata dei testimoni, imputati in procedimento connesso, periti e consulenti tecnici, ove questi non compaiano all'udienza stabilita per la loro assunzione. Si tratta, infatti, di una misura che efficacemente può giovare a rendere più spedito lo svolgimento del giudizio, sanzionando l'irragionevole inerzia delle parti.

Ad un'incerta lettura si presta, invece, la direttiva 76.4., che attribuisce al giudice il potere di disporre d'ufficio l'assunzione di ulteriori mezzi di prova, facendo così sorgere il fondato dubbio se sia esercitabile pur quando le parti siano rimaste sostanzialmente inerti sul piano dell'iniziativa probatoria.

Opportuna è inoltre la direttiva 79.2 circa la sorte degli atti istruttori in caso di mutamento del giudice o della composizione del collegio, ma soprattutto la direttiva 79.1. che tende a far sì che il giudice non sia trasferito ad altra sede o assegnato ad altre funzioni prima di aver concluso i giudizi già nella fase dell'istruzione dibattimentale. Per una migliore formulazione della disposizione andrebbe evitato il riferimento esclusivo all'istituto dell'applicazione, che è soltanto uno dei possibili strumenti di ordinamento giudiziario attivabili per la realizzazione del risultato che si è appena illustrato.