

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>A. Bargi</i>	pag.	V
----------------------------------------	------	---

IL PUNTO SU ...

Irrelevanza della violazione dei criteri di assegnazione del giudice di <i>S. Furfaro</i>	pag.	1
----------------------------------------------------------------------------------------------------	------	---

DECISIONI IN PRIMO PIANO

I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero di <i>D. Curtotti Nappi</i>	pag.	11
Interrogatorio delegato di persona <i>in vinculis</i> e sua eccepibilità in Cassazione di <i>F. Giunchedi</i>	pag.	18
Termini per il deposito dell'attività di indagine e parità delle armi di <i>I. Alessandrucci</i>	pag.	20

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

Notificazioni	pag.	24
Termini processuali	pag.	24
Testimonianza <i>de relato</i>	pag.	24
Intercettazioni	pag.	24
Misure cautelari	pag.	25
Riparazione per l'ingiusta detenzione	pag.	25
Immunità parlamentare	pag.	26
Dibattimento	pag.	26
Sentenza	pag.	26
Impugnazioni	pag.	26
Patteggiamento in appello	pag.	27
Revisione	pag.	27
Ordinamento penitenziario	pag.	27

RIFLESSIONI

Le due anime dell'art. 420 <i>bis</i> c.p.p.: il libero convincimento del giudice e la partecipazione consapevole dell'imputato di <i>A. Violante</i>	pag.	28
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------	----

GIUSTIZIA SOVRANAZIONALE E RAPPORTI CON AUTORITÀ STRANIERE

De profundis annunciato per l'udienza camerale? di <i>A. Gatto</i>	pag.	37
Fatti e condotte in tema di misure di prevenzione e principio di specialità dell'estradizione di <i>S. Furfaro</i>	pag.	40
L'Europa condanna il visto di controllo della corrispondenza dei detenuti "41 <i>bis</i> ". Una condanna parziale? Quali priorità? di <i>B. Bocchini</i>	pag.	45

Il riacutizzarsi del perdurante conflitto tra potere politico e magistratura a seguito delle recenti dimissioni del Ministro della giustizia per le note vicende giudiziarie personali rischia di lasciare ancora in ombra i reali problemi del pianeta giustizia e di distrarre l'attenzione dai tentativi, più o meno striscianti, di restaurazione della cultura inquisitoria del processo penale.

È facile prevedere, infatti, che una seria valutazione della mancanza di un piano per la giustizia rimarrà bloccata nelle secche dello sterile e stucchevole dibattito sulla contrapposizione tra potere politico e magistratura, infarcito di retoriche diatribe sui criteri di opportunità politica dell'iniziativa giudiziaria e su attentati all'indipendenza della magistratura. Continuerà, quindi, ad essere assente un'analisi affrancata da opposte ideologie in ordine ai profili che più direttamente attengono alla crisi del giusto processo, in conseguenza del progressivo ritorno alla politica penale dell'ordine pubblico materiale ed all'esaltazione della difesa sociale come esigenza preminente dell'accertamento processuale.

È indubbio, infatti, che la ricorrente illusione di porre riparo al fenomeno della criminalità comune ed organizzata mediante l'estensione dell'area dell'illecito penale e l'attribuzione di prevalenti compiti di prevenzione generale e speciale al processo penale – piuttosto che con interventi sulle cause delle gravi disfunzioni sociali e della diffusa ingiustizia sociale – sia alla base della graduale deriva della cultura giuridica costituzionale, contrassegnata da una produzione legislativa affetta dalla sindrome di simbolismo repressivo e da una diffusa prassi giurisprudenziale, tendenti alla realizzazione di un sistema penale funzionale informato ai principi del “diritto penale del nemico”, con conseguente ricaduta sull'elezione di un modello processuale in sintonia con tale obiettivo, anche se estraneo alla tavola dei valori del giusto processo.

Di qui lo spostamento del baricentro dell'accertamento della responsabilità penale nella fase delle indagini nonostante la preoccupazione del legislatore del 1988 di porre una netta separazione tra i fascicoli del pubblico ministero e quello del dibattimento. Principio, questo, reso ancora più evanescente dall'accentuata pressione mediatica, cadenzata dalla ormai fisiologica diffusione degli esiti investigativi, del contenuto delle misure cautelari e delle captazioni di conversazioni – se non addirittura di atti coperti dal segreto istruttorio – ancor prima del controllo giurisdizionale e dell'esercizio di difesa degli indagati.

In definitiva, si assiste in maniera non sempre consapevole al ripristino del costume inquisitorio di anticipare gli effetti dell'eventuale condanna alla fase preliminare dell'accertamento della responsabilità, in funzione di una pretesa esigenza di controllo sociale di fenomeni criminosi non rinviabile alla fase dibattimentale; sicché ancora una volta, la pena piuttosto che seguire al processo, viene ad identificarsi con esso.

A tale fenomeno fa da contrappunto naturale la tendenziale contaminazione della verifica del fatto, influenzata in maniera sensibile dal pregiudizio indotto dalla personalità dell'imputato e dalla sua ipotizzata pericolosità, con l'effetto di determinare un "doppio binario" anche processuale – piuttosto che procedimentale e cioè limitato alla fase delle indagini ed ai mezzi di ricerca della prova – con moduli di procedimento probatorio, che in concreto si proiettano oltre le deroghe già presenti nel codice e attengono anche ai criteri di valutazione della prova, a seconda della personalità dell'imputato.

Siffatta tendenziale linea assiologica, connotata, peraltro, da un'insidiosa ed approssimativa tecnica normativa – giunta al punto di modificare in maniera surrettizia il regime delle nullità inerente alla capacità del giudice con una norma introdotta nella riforma dell'ordinamento giudiziario (art. 4, 19° co., lett *b*) legge n. 111 del 2007 che ha modificato l'art. 7 *bis* ord. giud.), ha trovato cittadinanza anche nelle prospettive del disegno di legge "per l'accelerazione e la razionalizzazione del processo penale" e di due tra quelli accorpatis nel recente "pacchetto sicurezza" (approvato dal Consiglio dei ministri il 30.10.2007) e nel progetto di riforma del processo penale.

È emblematica, al riguardo, la comune matrice culturale dei vari interventi riformatori, espressa dalla previsione della dislocazione normativa delle garanzie processuali e del diritto delle prove nel ristretto ambito di una sorta di efficientismo processuale, quale derivato di una singolare quanto strumentale interpretazione del principio di ragionevole durata del processo volta quasi esclusivamente ad elidere i tempi ed i modi dei poteri processuali dell'imputato, con ricadute anche nella configurazione del contenuto garantistico della giurisdizione.

Ne sono, poi, segnali eloquenti: la tendenziale compressione della garanzia della precostituzione del giudice naturale e la sostanziale eliminazione del principio di immutabilità del giudice nel corso del giudizio; la sensibile riduzione dei criteri di discrezionalità guidata del potere cautelare nel giudice con sconcertante riduzione dei precedenti giudiziari come parametro di valutazione della personalità dell'indagato-imputato; il ridimensionamento del diritto alla prova e della nozione e della rilevabilità dell'inutilizzabilità della prova vietata; l'eccessiva dilatazione di oneri a carico del difensore per sopperire a carenze delle notificazioni all'imputato; l'affievolimento della funzione della garanzia della motivazione dei provvedimenti – in particolare in tema di intercettazione di conversazioni – e della impugnabilità oggettiva e soggettiva delle decisioni, anche mediante l'artificiosa e penalizzante disciplina della prescrizione.

Alla stregua di tanto risulta, quindi, indispensabile, il monitoraggio delle novità normative e dei più significativi approdi ermeneutici del diritto vivente, anche in rapporto all'evoluzione della giurisprudenza sopranazionale, quale canone di raffronto non più eludibile dopo il riconoscimento della sua efficacia nel nostro

ordinamento, nei termini ribaditi recentemente dalla Corte costituzionale (sentt. nn. 348 e 349 del 24.10.2007).

Oltre tutto è auspicabile che la diversa sensibilità del giudice sopranazionale per la tutela dell'individuo concorra al recupero della cultura del giusto processo, indebitamente accantonata dalla bulimia riformatrice di una legislazione protesa solo a caricare il processo di eccentrici compiti di prevenzione, piuttosto che a «togliere quanto si possa all'innocente ogni spavento, al reo ogni speranza ed ai giudici ogni arbitrio», secondo la mirabile sintesi del Filangieri circa i compiti della scienza della legislazione.

Alfredo Bargi

IL PUNTO SU ...

Irrelevanza della violazione dei criteri di assegnazione del giudice

di *Sandro Furfaro*

Incaricato di Diritto dell'esecuzione penale nell'UNISU di Roma

1. *Humus e aporie.* – L'art. 4, 19° co., lett. *b*, legge n. 111 del 2007 ha aggiunto all'art. 7 *bis*, 1° co., ord. giud., il seguente inciso: «La violazione dei criteri per l'assegnazione degli affari, salvo il possibile rilievo disciplinare, non determina in nessun caso la nullità dei provvedimenti adottati».

Salva, dunque, l'eventuale responsabilità disciplinare (di chi, non si sa: dovrebbe essere del Capo dell'Ufficio) la violazione dei criteri per l'assegnazione degli «affari» (*rectius*: dei procedimenti) non determinano «in nessun caso» la nullità dei provvedimenti adottati. La disposizione, chiara nel fine, realizza un filone interpretativo di assottigliamento della rilevanza della incapacità del giudice che, seppure incomprensibile alla luce del sistema, ha origine nella infelice formulazione della norma di cui all'art. 33 c.p.p. (SILVESTRI, *Art. 33*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, Torino, 2001, 85 ss.).

Aveva certamente ragione chi, a ridosso dell'entrata in vigore del codice di procedura segnalava i rischi che avrebbe originato la strutturazione dell'art. 33, 2° co., c.p.p., di sostanziale deprivazione del senso stesso della nullità di cui all'art. 178, lett. *a*, c.p.p., anche se forse erano impensabili, in allora, le derive successive fino alla «novità» in commento. Si ricorderà come l'esclusione dall'ambito della «capacità del giudice» di tutte le disposizioni concernenti la destinazione del giudice agli uffici giudiziari ed alle sezioni, la formazione dei collegi e l'assegnazione dei processi a sezioni, collegi e giudici (art. 33, 2° co., c.p.p.) abbia suscitato numerose perplessità in dottrina. In relazione all'esclu-

sione dal novero delle condizioni di capacità delle disposizioni attinenti alla destinazione dei giudici agli uffici giudiziari ed alle sezioni, s'è detto, infatti, che così si finisce con lo svuotare di contenuto stesso della capacità (ZAPPALÀ, *Art. 33*, in *Comm. Chiavario*, I, Torino, 1989, 188), dubitando dell'effettivo rispetto del principio costituzionalmente garantito del giudice naturale precostituito per legge per le esclusioni in tema di determinazione del giudice per il singolo processo, avuto riguardo, soprattutto, alle ipotesi c.d. di supplenza e di applicazione, laddove il carattere eccezionale degli istituti rende «più forte è il rischio di vellate strumentalizzazioni» (TAORMINA, *Diritto processuale penale*, II, Torino, 1995, 157).

Il raffronto con le scelte, assolutamente diverse, contenute nel Progetto preliminare del 1978 – che nel dichiarato intento «di realizzare il rigoroso rispetto del principio del giudice naturale e di giungere ad una predeterminazione delle sezioni e dei giudici in base a criteri il più possibile obiettivi», stabiliva la nullità degli atti compiuti da un giudice «che non risulti destinato all'ufficio o alla sezione in base alle tabelle di composizione degli uffici giudiziari o a un decreto di supplenza, ovvero in caso di inosservanza delle norme relative alla designazione dei giudici, collegi o sezioni a conoscere dei singoli processi» (Rel. prog. 1978, 38-40) – e la constatazione che, nella Legge delega, i «vizi di capacità e costituzione del giudice» erano individuati come causa di nullità assoluta e insanabile senza eccezione alcuna (art. 2, punto 7) ha consentito, poi, di rilevare in maniera più incisiva come l'eliminazione dall'ambito della

capacità del giudice dell'operatività delle norme riguardanti la capacità specifica e il funzionamento interno degli uffici giudiziari avesse l'effetto di ridimensionare il peso delle disposizioni relative alla capacità del giudice sull'attuazione della garanzia costituzionale del giudice "naturale" e, all'un tempo, di determinare «l'appiattimento delle situazioni di incapacità "residue" su quelle necessarie all'acquisto della qualità di giudice (nomina, conferimento delle funzioni giurisdizionali) la cui assenza determina l'inesistenza [degli atti posti in essere] e non già la nullità di essi» (RAFARACI, *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, II Agg., Milano, 1998, 603-604). È stato segnalato, ancora, come l'assetto normativo rassegnato imponesse comunque di ridisegnare le regole in tema di destinazione agli uffici e di articolazione interna degli stessi, definendo i criteri di assegnazione dei processi a sezioni, collegi e magistrati, al fine di rendere possibile l'accertamento della violazione di tali norme da parte del giudice e la consequenziale declaratoria di nullità, posto che, in assenza di ciò, l'adozione di criteri generali di distinguo sugli effetti della incapacità del giudice risolve in un concetto puramente normativo la capacità del giudice in luogo di un più consono carattere ricognitivo della capacità stessa (DI CHIARA, *Le nullità*, in CHIAVARIO-MARZADURI, *Atti del procedimento penale*, Torino, 1996, 205). L'essenza delle limitazioni derivanti dall'art. 33, 2° co., c.p.p. risiede – è ovvio – nella tradizionale distinzione tra "capacità di acquisto" e "capacità di esercizio" della funzione di giudice (ovvero tra "capacità generica" e "capacità specifica" del giudice), intendendosi, quest'ultima, appunto come il complesso delle norme dell'ordinamento giudiziario riguardante la sussistenza delle specifiche condizioni per l'esercizio della giurisdizione nel singolo processo (CAVALLARI, *Art. 178*, in *Comm. Chiavario*, II, 1990, 293). «Attraverso una *factio iuris*, operata per il tramite dell'art. 33, 2° co., c.p.p., le disposizioni atinenti alla "capacità specifica" vengono estrapolate dalla nozione di capacità, si da confinarne l'eventuale violazione nel limbo della me-

ra irregolarità» (ANSELMINI, *Nota in tema di violazione di «norme sottomesse anche a valutazioni di organi amministrativi»*, in *GI*, 2006, 576), per cui, in ricaduta, «i criteri di assegnazione degli affari esulano dalla nozione generale della capacità del giudice, che riguarda la titolarità della funzione e non comprende quanto attiene all'esercizio della stessa» (C. Cost., n. 419 del 1998).

I limiti dogmatici di tale "passaggio" sono evidenti e possono così riassumersi: l'inequivoco indice della volontà del legislatore di determinare una nozione processualmente rilevante della nozione di capacità del giudice in maniera distinta dal concetto di capacità enucleabile dal complesso delle disposizioni ordinamentali – per cui costituisce causa di nullità assoluta e insanabile il solo difetto della capacità generica all'esercizio del potere giurisdizionale e non anche la mancanza delle condizioni specifiche di esercizio delle funzioni giudicanti in un determinato procedimento, «dato che quest'ultima carenza non fa venire meno nel giudice la titolarità della funzione giurisdizionale» (*ex plurim* CONTI, *Sistema tabellare e precostituzione del giudice: una disciplina solo apparentemente innocua*, in *DPP*, 1999, 1287) – ha finito col produrre uno scollamento tra legittimazione del giudice e processo e, quindi, nella struttura stessa di quest'ultimo in quanto "organismo" retto da rapporti di legittimazione che evolvono verso (e realizzano) un provvedimento.

Nel tentativo di dare un senso alla coesistenza di norme che, sul terreno (infido) della definizione puramente normativa della capacità del giudice rischiavano di apparire contraddittorie, finendo col delineare all'interno della categoria della incapacità una *sub* categoria immune dalle conseguenze generalmente ricondotte a tutti i casi di incapacità, la giurisprudenza di legittimità è approdata ad un criterio selettivo che desse ragione pure della differenza tra le incapacità, individuando un nucleo di situazioni che, rapportate alle garanzie costituzionali di precostituzione, terzietà e imparzialità del giudice, atte a rendere comunque tangibile la violazione

di tali garanzie e, quindi, afferente alla capacità generica l'attribuzione all'ufficio, nel caso concretamente considerato.

Questo l'approdo: «La violazione dei criteri dettati dalle tabelle di composizione adottate negli uffici giudiziari giudicanti, ai sensi degli artt. 7 *bis* e 7 *ter* ord. giud., può dar luogo, nei casi in cui ne derivi una lesione dei principi costituzionali di precostituzione, terzietà, imparzialità ed indipendenza del giudice, ad una nullità assoluta secondo quanto previsto dagli artt. 178, lett. *a*, e 179 c.p.p.» (C., Sez. I, 7.5.2003, Solito, in *GI*, 2003, 2358).

Il percorso motivazionale che ha sorretto tale conclusione richiama un concetto – quello di “stravolgimento” delle regole – che, considerato alla luce del sistema quale era e quale oggi è, consente di rivalutare quella conclusione, alla quale non infondatamente sono stati mossi rilievi sollecitati da indiscutibili aspettative *de iure condendo* sorrette dal panorama costituzionale e dalla normazione sovranazionale di riferimento (v. DIOTALLEVI, *Quale sanzione per le violazioni del sistema tabellare?*, in *QG*, 2003, 5, 1087; MARI, *L'applicazione di magistrati può compromettere il processo. La violazione dei criteri tabellari quale causa di nullità*, in *DeG*, 2003, 28, 71), ma alla quale, giova puntualizzarlo, non si è potuto non riconoscere lo sforzo di ricomporre la posizione del giudice nell'alveo del “giusto processo” che – va detto con decisione – la norma di cui all'art. 33, 2° co., c.p.p., allora in misura molto minore di oggi bloccava, tanto da sottolineare come «conducendo con rigore il discorso accennato dalla Suprema Corte erano comunque rilevanti le prospettive che potevano aprirsi» (SANTORIELLO, *Nuove prospettive in tema di conseguenze processuali derivanti dalla violazione dei criteri tabellari per la composizione degli uffici giudicanti*, in *GI*, 2003, 2357). Se un rilievo può esser mosso alla conclusione in esame, esso è riferibile soltanto al non essere giunta incondizionatamente all'incostituzionalità della norma or detta in relazione all'art. 111, 2° co., Cost., affidando all'esegesi (*rectius*: alla lettura “costituzionalmente orientata”; all'interpretazione secondo

l'“evoluzione del diritto vivente”, cioè) la verifica di quei casi che pur rientranti nella “deroga” di cui all'art. 33 non possono non dar luogo a nullità.

È il caso, dunque, di ripercorrere quel percorso argomentativo al fine di verificare come determinati richiami siano assolutamente utili all'individuazione di un substrato “sostranziale” sul quale innervare riflessioni sistematiche indiscutibilmente rilevanti per il recupero di una nozione di incapacità – e, quindi, della nullità pur laddove l'incapacità del giudice in via generale non dia luogo ad essa (i casi di cui al 2° co. dell'art. 33 c.p.p.) – rispondente ai valori e alle garanzie che i concetti di precostituzione, terzietà e indipendenza esprimono.

Secondo la decisione suddetta, dunque, seppure è vero che, a mente dell'art. 33, 2° co., «la violazione delle disposizioni sulla composizione dei collegi e sulla destinazione dei giudici alle sezioni siano di regola ininfluenti sulla capacità del giudice», è altrettanto vero che vi sono «violazioni alle quali deve invece riconoscersi rilevanza, come nel caso [...] della costituzione di un collegio *ad hoc*, per decidere su una determinata vicenda processuale». Conseguentemente, non si può, da un lato, attribuire all'art. 33, 2° co., valore “assorbente” in ogni caso e, dall'altro, considerare la previsione di cui agli artt. 178, 1° co., lett. *a*, e 179, «esaustiva e, quindi, rigidamente chiusa», in quanto ci si porrebbe in contrasto con i principi costituzionali sopra richiamati, i quali «restano sempre le linee direttrici fondamentali alla luce delle quali tutte le altre norme vanno lette ed interpretate per dare compiuta attuazione al principio del “giusto processo”». Ciò vero, «l'adozione di atti e provvedimenti tabellari *extra ordinem* incidenti sulla capacità del giudice, che stravolgono le regole di ordinamento giudiziario, nonché quelle processuali in tema di giusto processo, integrano una violazione degli artt. 178, 1° co., lett. *a*, e 179, [...] disposizioni queste che devono essere lette alla luce dei principi costituzionali, tra loro strettamente correlati, della imparzialità e della precostituzione del giudice naturale,

da inquadrare a loro volta nel contesto delle garanzie costituzionali espressamente previste per assicurare al cittadino un giusto processo (art. 111)».

Hic punctus: determina nullità l'adozione di atti e provvedimenti tabellari *extra ordinem* che viola le regole di ordinamento giudiziario e pure quelle del "giusto processo". Le norme del giusto processo, infatti, non sono mere referenze indirette ad altre norme ma disposizioni cogenti che, interpretate, determinano l'invalidità anche laddove la violazione delle norme dell'ordinamento giudiziario non dia luogo a sanzione specifica. Altrimenti detto: le norme di ordinamento giudiziario e quelle contenute nel codice in tema di capacità/incapacità del giudice non possono che essere lette in modo da non svilire il senso che terzietà, indipendenza e precostituzione del giudice assumono nel sistema segnato dalla legge fondamentale per ogni tipo di accertamento giudiziale.

Per tale ragione, il richiamo ad una nozione puramente normativa della capacità del giudice, espunta da qualsiasi riferimento ai rilievi sostanziali espressi dalla norme costituzionali risulta insoddisfacente e, con essa, davvero "fuori rotta" l'affermazione di quella giurisprudenza successiva alla decisione ordetta – e per certi versi "reattiva" ad essa – secondo la quale «le "situazioni" e i "provvedimenti" [determinanti "stravolgimento"] possono essere solo quelli posti in essere in violazione di norme di legge, che dettano le fondamentali regole di vita e di funzionamento dell'ordinamento giudiziario e delineano la cornice nella quale si iscrivono le disposizioni amministrative regolatrici degli aspetti più minuti e particolari dell'ordinamento stesso» (C., Sez. VI, 14.7.2005, n. 27856, in *GI*, 2006, 575; nello stesso senso, Id., Sez. VI, 4.5.2006, n. 33519, in *ANPP*, 2007, 390). Tale impostazione, infatti, pur ritenendo «che la violazione di disposizioni amministrative possa avere effetti dannosi sul corretto funzionamento dei delicati meccanismi ordinamentali ed assumere rilievo sotto più aspetti, compreso quello disciplinare», finisce con l'escludere che possa comun-

que sortire l'effetto di stravolgere le regole basilari dell'ordinamento laddove si rimanga nell'alveo di quanto disposto dall'art. 33 c.p.p., senza neppure un "colpo d'occhio" sulla precostituzione come espressione del parametro di terzietà e imparzialità del giudice.

La norma nuova ha fatto propria quest'ultima indicazione ed ha chiuso a tutti i distinguo prima possibili, per cui, oggi, il problema non si pone più in termini di lettura "costituzionalmente orientata" delle norme di cui agli artt. 33, 2° co., e 178 c.p.p., bensì, più incisivamente, di rispondenza a sistema di una concezione della giurisdizione che circoscrive, in sostanza, il concetto stesso di capacità del giudice all'attribuzione generica delle funzioni giurisdizionali, con esclusione di quanto attiene all'esercizio in concreto delle funzioni stesse, quasi che davvero qual-sivoglia soggetto investito del potere giurisdizionale e dotato delle necessarie qualifiche sia «universalmente capace» (CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, 184).

Tutto ciò, per altro, con una contraddizione di fondo: la possibilità che l'assegnazione del magistrato all'"affare" sia viziata tanto da comportare responsabilità disciplinare. *Vitiatur, sed non vitiatur*, insomma, e la legittimità dell'assegnazione rimane, in tal modo, un atto assolutamente interno all'*ordo iudicium*, rispetto al quale le verifiche e i controlli (quanto dire: le espressioni fondamentali della democrazia) costituiscono residui inutili, quando non impossibili, posto che, anche nel caso di collegio formato *ad hoc* per condannare taluno bisognerà dimostrare il dolo per inficiarne il verdetto. Le svariate ipotesi previste dagli artt. 7 *bis* ord. giud. (corrispondenti ad altrettante possibilità di arbitrio), deprivate dell'astratta possibilità che il vizio infici il provvedimento, non consentono neppure di confidare nella remora. Diversamente da Maria Stuarda che poteva gridare ai giudici di Elisabetta: «voi applicherete a me, una legge fatta apposta per me», al cittadino italiano del Ventunesimo secolo non è consentito neppure rilevare l'arbitrio, tante or-

mai sono le vie attraverso le quali esso può essere giustificato.

2. *Norme, qualificazioni e concetti.* – Secondo la Carta fondamentale, il giudice di una controversia deve essere «naturale», «precostituito dalla legge», «terzo», «indipendente». Le diverse aggettivazioni corrispondono ad altrettante “posizioni” che, nella delicata geometria dello *jurisdicere*, definiscono, al di là delle sottigliezze molte volte evocate, la capacità del giudice. Anche a voler concordare con chi assume che l’espressione «giudice naturale preconstituito per legge» tradisca, in sostanza, l’abbandono del Costituente ad auliche definizioni, per cui naturalità e precostituzione altro non sono che un’endiadi e la locuzione “giudice naturale” corrisponde a quella «giudice preconstituito dalla legge» (per tutti, ARCONZO, *Art. 25*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto e Olivetti, I, Torino, 2006, 530; nello stesso senso, C. Cost., ordd. nn. 88 del 1962, 125 del 1977, 80 del 1988), si ha che le qualificazioni di cui agli artt. 25, 1° co., e 111, 2° co., Cost., oltre a ripartire la giurisdizione, delimitano l’ambito entro il quale taluno, ovviamente già ritenuto idoneo alle funzioni di giudice, può esser tale nel caso concreto. Può dirsi, anzi, che, se in relazione all’organizzazione e al riparto della giurisdizione, le varie ipotesi di incompetenza hanno ad oggetto il rapporto tra la controversia e l’attribuzione di essa ad un *officium* di giudice individuato nel genere ma non nella soggettività che lo compone, l’attribuzione di taluno all’ufficio o alla funzione si pone, invece, in stretta relazione con la controversia che dovrà trattare.

Ciò è maggiormente vero, oggi, che, insieme a naturalità e precostituzione, i cardini fondamentali che definiscono la capacità di giudicare una qualsivoglia controversia sono “terzietà” ed “imparzialità”. Infatti, se fino ad un recente passato su naturalità e precostituzione si è potuto argomentare (alcune volte in maniera alquanto capziosa) per sostenere che i concetti espressi si riferissero alla astratta predefinizione della ripartizione degli “affari” tra i vari *officii* (contro tale

interpretazione riduttiva, però, acutamente NOBILI, *Art. 25*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, 1981, 139 ss.), escludendo, in tal modo, che rientrassero nella previsione costituzionale le ipotesi di assegnazione dei giudici alle varie funzioni e quelle concernenti l’incompatibilità dell’organo giudicante – le prime, fatte rientrare nell’alveo delle questioni disciplinate dall’ordinamento giudiziario, quindi, rientranti nel sistema della capacità-incapacità del giudice attraverso il combinato disposto degli artt. 33 e 178 c.p.p.; le altre, addirittura non considerate questioni attinenti la capacità del giudice magari per non disperdere l’autonomia concettuale dell’incompatibilità o a causa del particolare regime di rilevazione – adesso, la qualificazione del giudice come soggetto necessariamente “terzo” ed “imparziale”, non fa che ricondurre l’astratto al concreto, per cui naturalità e precostituzione altro non sono che momenti che realizzano (appunto nel concreto) terzietà e imparzialità del giudice in quanto soggetto legittimato all’adozione del provvedimento a lui richiesto.

Si intende: stabilito che giudice è solo il soggetto del rapporto processuale che rispetto alle posizioni sostanziali assunte dalle parti è terzo e imparziale, la precostituzione di esso sta a significare la realizzazione nel concreto della terzietà e dell’imparzialità fondamentali. Le affermazione contenuta nei primi due commi dell’art. 111 Cost., per avere recepito aspetti che l’interpretazione di altre norme della Costituzione hanno fatto emergere negli anni, nel sistema costituzionale si pongono come *Grundnormen* posto che definiscono rapporti e relazioni imprescindibili rispetto a qualsivoglia procedura di accertamento. La precostituzione del giudice, considerata dall’ottica della terzietà e imparzialità assunte, dunque, connotazione difficilmente compatibile con interpretazioni che, come fin qui è accaduto, giustificano scelte legislative volte a soddisfare più esigenze organizzative che terzietà ed imparzialità (sugli aspetti interpretativi della precostituzione del giudice e l’importanza del c.d. sistema

tabellare alla luce dell'art. 111 Cost. e del sistema sovranazionale, GAITO-GIUNCHEDI, *Il giudice più idoneo tra prospettive sovranazionali e giustizia interna*, in GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 29 ss.).

La “novità” costituzionale consente così di superare quella «incertezza interpretativa della portata del principio della precostituzione» (C. Cost., ord. n. 272 del 1998) alla base pure dei diversi, a volte inconciliabili, approdi recenti della Corte costituzionale, dal momento che, se terzietà e imparzialità sono posizioni imprescindibili che il giudice deve assumere in relazione alla contesa, la precostituzione è il momento che realizza quella posizione. Meglio è a dirsi: a monte non possono che sussistere terzietà e imparzialità, mentre la precostituzione è il referente che le esprime (C., Sez. I, 7.5.2003, Solito, cit. considera invece il precepto contenuto nell'art. 111, 2° co., Cost. «includibile corollario ed al tempo stesso un rafforzativo» di quello *ex art. 25 Cost.*, «in quanto il principio della precostituzione del giudice naturale, affermato nel titolo primo della parte prima della Carta fondamentale, trova ivi la sua particolare collocazione non quale generica affermazione, ma al fine specifico di garantire la certezza del cittadino di vedere tutelati i propri diritti»).

La riserva di legge, insomma, è garanzia di terzietà e imparzialità e, a sua volta, garantisce, di volta in volta, contro la possibilità (in quanto tale; non necessariamente realizzata) di arbitrio da parte dell'apparato organizzativo istituzionale. Se ciò è vero, però, solo il giudice che, oltre ad esserlo, “appaia” imparziale soddisfa la terzietà e, dunque, la precostituzione diventa il momento che realizza, in un circuito virtuoso alimentato dalle esigenze sostanziali che terzietà ed imparzialità esprimono, il giudice “capace” e, quindi, il giudice terzo ed imparziale (in tema, GIUNCHEDI, *Il giudice “giusto” tra Convenzione europea, Costituzione italiana, “sistema tabellare”*, in DPP, 2004, 1534). Se, infatti, terzietà ed imparzialità sono concetti che evocano posizioni sostanziali correlate all'esigenza immediata

– e si direbbe “naturale”, ripetendo l'espressione utilizzata dall'art. 25 Cost. che può essere ripresa ed autonomamente considerata in rapporto, appunto, a terzietà e imparzialità, proprio al fine di evidenziare il substrato sostanziale di riferimento – che giudice della contesa sia soggetto di cui non si possa in alcun modo dubitare, la precostituzione è la garanzia contro ogni dubbio.

Ciò vero, risulta evidente come il problema della precostituzione non possa risolversi né nel mero riparto della giurisdizione, né evocando astrattezze atte a sorreggere *comunque* la capacità di chi giudica, in quanto legittimato alle funzioni e non incompatibile rispetto alle parti. La considerazione di essa come referente di terzietà e imparzialità ne impone, infatti, l'inquadramento nel sistema delle posizioni sostanziali rassegnate dall'art. 111, 2° co., Cost., secondo le quali il giudice, per poter esser tale (dunque, “capace”) in relazione alla decisione di un “affare” deve non ingenerare dubbi di parzialità. Volendo abusare in definizioni, la terzietà è la posizione che, nella struttura del rapporto processuale, il giudice assume rispetto alle parti, mentre l'imparzialità è l'“indifferenza” che esso ha rispetto alla contesa. La precostituzione, in quanto “realizzazione” della posizione va, dunque, ad innervarsi principalmente sulla terzietà, definendo in termini di certezza il giudice e, così, escludendo *in nuce* il dubbio di parzialità.

Da tale prospettiva la distinzione tra “giudice inteso come organo” e “giudice inteso come persona” pare evidentemente perdere smalto se non addirittura venire meno. Una volta stabilito, infatti, che il soggetto giudice di una controversia, oltre ad essere imparziale, deve, innanzi tutto, apparire tale – posto che diversamente non potrà essere (considerato) “terzo” – è la distinzione a non avere ragione, dal momento che, come rilevato già prima dell'innovazione costituzionale, la precostituzione non può che comportare anche l'indicazione puntuale dei criteri da seguire nei casi in cui alla destinazione all'affare si provveda attraverso atti di soggetti ai quali sia stato attribuito il relativo potere, con la

conseguenza che precostituzione altro non significa che esclusione della possibilità di scelta (così pure PIZZORUSSO, *Il principio di precostituzione del giudice. Presentazione al Convegno di Roma 14.2.1992*, in AA.VV., *Il principio di precostituzione del giudice*, Roma, 1993, 9; FOSCHINI, *Giudici in nome del popolo, non già commissari del capo della corte*, in *FI*, 1963, II, 168).

Legittimazione alla funzione di giudice, legittimazione all'ufficio, legittimazione al compimento di un atto e all'adozione di un provvedimento, quindi, sono momenti che, ferma restando l'ovvia distinzione nella dimensione organizzativa, rispetto all'esigenza di terzietà e indipendenza si confondono a tal punto tra loro da risultare del tutto inconcepibile l'irrelevanza della violazione dei criteri di assegnazioni del giudice all'"affare" rispetto al provvedimento.

Se prima della modifica dell'art. 111 Cost., era diffusa l'opinione che, pur non coincidendo la sfera dell'art. 25 Cost. con quella dell'art. 178, lett. a, c.p.p., tuttavia era possibile ricostruire il concetto di capacità del giudice mantenendo il collegamento con il requisito della precostituzione imposto dalla norma costituzionale e riconoscendo, quindi, l'esistenza di una nullità assoluta (e non di una semplice irregolarità) ogni volta che detto requisito fosse venuto meno in dipendenza della violazione delle disposizioni sulla destinazione dei giudici, sulla formazione dei collegi o sull'assegnazione dei processi e l'organo giudicante sia formato proprio per decidere una determinata regiudicanda (LATTANZI, *Il principio della precostituzione del giudice nella giurisprudenza penale della Corte di Cassazione*, in *CP*, 1993, 1583; CARCANO, *Capacità del giudice: imparzialità e garanzia di precostituzione*, *ivi*, 1994, 360; CONTI, *Sistema tabellare e precostituzione del giudice*, cit., 1287; SALVATO, *L'organizzazione degli uffici giudiziari: il «sistema tabellare»*, in *CP*, 1999, 1063) e se, in analoga prospettiva si è ritenuto che censure di incostituzionalità potessero motivatamente essere sollevate nei confronti dell'art. 33, 2° co., per la ragione che il principio di precostituzione, funziona-

le alla garanzia di imparzialità, postula un necessario automatismo nella determinazione in concreto del giudice che deve conoscere del singolo processo (sicché la norma sancita dall'art. 25, 1° co., Cost. «può rischiare la violazione più subdola proprio attraverso operazioni che, nel rispetto formale delle regole di competenza e quindi delle regole di cui si tratta, rendono possibile la scelta dei componenti lo specifico collegio giudicante o dell'organo giurisdizionale in genere»: così TAORMINA, *Diritto processuale penale*, cit., 157), tali conclusioni costituiscono oggi la base per ulteriori sviluppi in tema di validità del provvedimento emesso dal soggetto giudice che "terzo" non appare a seguito della procedura di assegnazione all'affare.

Né il problema può continuare ad essere affrontato dalla prospettiva organizzativa, posto che insita in essa è la scelta programmatica di irrilevanza della legittimazione al compimento dell'"affare" giustificata dalla sufficienza della legittimazione alla funzione e all'ufficio (e già NOBILI, *Art. 25*, cit., 153 stigmatizzava il fatto che tale prospettiva tradisse la tendenza «a riguardare alla disposizione del giudice naturale dal lato dell'organo giudicante piuttosto che da quello del cittadino giudicato»). La terzietà del giudice (concettualmente distinta, come detto, dall'imparzialità) è aspetto concernente proprio la legittimazione al compimento di un procedimento (*rectius*: di un "affare"), sì che laddove tale legittimazione si risolve in una scelta, il soggetto può essere l'uomo più imparziale e indipendente del mondo e, soprattutto, del tutto indifferente alla contesa, ma non potrà essere giudice di essa, appunto perché l'assegnazione deve avvenire secondo criteri pre-stabiliti proprio a garanzia della terzietà. (I casi in cui il rapporto tra parti e giudice, ovviamente esistente, non è però immediatamente manifesto – si pensi, ad esempio, alle autorizzazioni alle intercettazioni telefoniche o all'emissione dei provvedimenti cautelari – rendono evidenti le problematiche comunque riscontrabili nella generalità: in tali ipotesi, infatti, il giudice-terzo subisce l'assenza del contraddittorio e l'apporto che la parte

più debole può dare alla sua decisione e deve – non può non farlo – supplire ad essa, collocandosi, così, in una posizione, rispetto alla quale davvero il minimo della garanzia corrisponde all'assenza totale di dubbi sulla sua imparzialità).

3. *Considerazioni conclusive.* – Dalle disposizioni costituzionali, dunque, la conclusione è univoca, nel senso che l'esistenza dei criteri oggettivi di assegnazione definisce l'ambito della terzietà "in concreto", rispetto alla quale legittimazione all'ufficio e alle funzioni costituiscono il presupposto. La procedura di "assegnazione", stabilita al fine di evitare che la scelta di destinazione di taluno ad un affare non appaia parziale (e, quindi, orientata), impone il rispetto di criteri predefiniti, la violazione dei quali non può che refluire nel provvedimento, appunto perché, sul soggetto che lo ha emesso incombono dubbi di parzialità che incrinano la posizione di terzietà e, quindi, la stessa struttura del rapporto che ogni procedimento presuppone. Il tutto è di consequenzialità tale da rendere davvero contorto ogni approdo contrario.

Tale conclusione trova puntuale conforto a livello sovranazionale, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che evidenziando l'"essenzialità" del giudice quale «garante della dinamica processuale» (C. eur., 22.4.2004, Cianetti c. Italia, C. eur., 18.2.1999, Cable e altri c. Regno Unito; C. eur., 7.8.1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia; C. eur., 22.2.1996, Bulut c. Austria; C. eur., 29.4.1988, Belisos c. Svizzera; C. eur., 26.10.1984, De Cubber c. Belgio), dopo avere distinto i due piani della imparzialità prevista dall'art. 6, 1° §, – quello "soggettivo", che si riferisce, ovviamente «al "foro interiore" del magistrato, ritenuto imparziale fino a prova contraria» e l'altro, "oggettivo", nel quale «vengono in considerazione quelle condizioni esteriori, anche semplici "apparenze" che debbono assicurare una giustizia imparziale» (C. eur., 26.10.1984, De Cubber c. Belgio) – è decisamente improntata a dar rilievo alla precostituzione come posizione di garanzia del rapporto, per la cui realizzazione «*justice must not only be done: it must also*

be seen be done» («il giudice deve non solo essere imparziale, ma anche apparire tale»: così Corte eur., 1.10.1982, Piersack c. Belgio, in un caso di "apparente" parzialità), in quanto, appunto, «l'apparenza ha valore, poiché investe la fiducia che i tribunali di una società democratica devono ispirare all'imputato» (per C. eur., 25.2.1992, Pfeifer e Plank c. Austria, l'imputato ha diritto ad un giudice «la cui composizione obbedisca alla legge»; in tema, pure, C. eur., 16.11.2000, Rojas Morales c. Italia, significativa, nonostante la particolarità del caso, appunto per la costituzione del collegio giudicante contro i criteri prestabiliti).

È evidente, allora, che il procedimento affidato ad un giudice destinato ad esso in violazione delle regole di assegnazione sia destinato a produrre provvedimenti a loro volta viziati e non pare possa validamente stabilirsi "per legge" che così non sia senza con ciò porre in essere atti di imperio che si risolvono in un abuso rispetto alle coordinate costituzionali e al sistema sovranazionale integralmente recepito.

Così ricostruito il canone fondamentale di riferimento, pare potersi dire che pure il contesto di specie nel quale è stata inserita la novità, ulteriormente confermi l'approdo di palese incompatibilità dell'irrelevanza dei vizi di capacità del giudice col sistema costituzionale. Si ha, infatti, che ai sensi del 1° co. dell'art. 7 *bis* nella parte che precede l'aggiunta *ex lege* n. 111 del 2007, «la ripartizione degli uffici giudiziari di cui all'art. 1 in sezioni, la destinazione dei singoli magistrati alle sezioni e alle Corti di assise, l'assegnazione alle sezioni dei presidenti, la designazione dei magistrati che hanno la direzione di sezioni a norma dell'art. 47 *bis*, 2° co., l'attribuzione degli incarichi di cui agli artt. 47 *ter*, 3° co., 47 *quater*, 2° co., e 50 *bis*, il conferimento delle specifiche attribuzioni processuali individuate dalla legge e la formazione dei collegi giudicanti sono stabiliti ogni biennio con decreto del Ministro di grazia e giustizia in conformità delle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura assunte sulle proposte dei presidenti delle corti di

appello, sentiti i consigli giudiziari». Il tutto, con la previsione espressa che «decorso il biennio, l'efficacia del decreto è prorogata fino a che non sopravvenga un altro decreto». Quanto dire, insomma, che «ripartizione» (degli uffici giudiziari in sezioni), «destinazione» (dei singoli magistrati alle sezioni) e «conferimento» (di specifiche attribuzioni processuali) definiscono la legittimità della funzione nella situazione considerata.

Il richiamo alla specificità delle «attribuzioni processuali individuate dalla legge», posto in relazione con la deliberazione prevista dai successivi co. 2° e 3° e con le condizioni alle quali sono possibili destinazione e conferimento degli incarichi (co. 2 *bis* e ss.), determina quindi che l'assegnazione secondo i criteri costituisce l'elemento che condiziona la capacità del giudice a quelle funzioni. Per altro, ai sensi dell'art. 7 *ter*, l'assegnazione degli affari alle singole sezioni ed ai singoli collegi e giudici è effettuata, rispettivamente, dal dirigente dell'ufficio e dal presidente della sezione o dal magistrato che la dirige «secondo criteri obiettivi e predeterminati, indicati in via generale dal Consiglio superiore della magistratura ed approvati contestualmente alle tabelle degli uffici e con la medesima procedura»: e ciò chiude il cerchio in relazione alla precostituzione.

Non v'è chi non veda, a tal punto, come l'"aggiunta" del 2007 altro non sia che una "escrescenza" che svuota *in toto* la ragione delle (fin troppo puntuali) disposizioni, posto che rimane incomprensibile (o, peggio, comprensibile soltanto alla condizione di volere considerare la norma come "facciata di legalità", simulacro sprovvisto di conseguenze) il senso stesso della predisposizione di criteri quando, di fatto, se ne può fare a meno senza danno.

Ciò, però, non è tutto, posto che, quasi a margine del tema, è da chiedersi se in seguito all'introduzione della terzietà e della imparzialità come termini di comparazione della costituzionalità delle disposizioni concernenti il giudice, siano ancora sostenibili alcune conclusioni alle quali dottrina e giurisprudenza sono via via pervenute addirittura in

tema di irrilevanza dei vizi di legittimazione alla nomina e/o alla funzione.

Il panorama è noto ma accennarne, in chiusura, non guasta.

Si ritiene, dunque, che non incidano sulla capacità del giudice le questioni relative all'illegittimità dell'atto di nomina (o di attribuzione delle funzioni giurisdizionali) per difetto dei requisiti previsti dalla legge ai fini dell'accesso alla magistratura, «trattandosi di atto amministrativo non sindacabile nel processo penale» (CAVALLARI, *Art. 178*, cit., 294 ss.), per cui il soggetto esercita legittimamente le funzioni attribuitegli fino alla revoca od all'annullamento della nomina da parte dell'autorità competente; lo stesso si vuole per il componente laico della Corte d'appello privo dei necessari requisiti (CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1066). Si distingue, addirittura, in proposito tra soggetto "male nominato" e soggetto non nominato affatto, concludendo che soltanto il provvedimento emesso da quest'ultimo sarebbe inesistente. Al diverso avviso – secondo il quale, invece, sussisterebbe nell'ipotesi di giudice "mal nominato" una nullità assoluta del provvedimento emesso, posto che incombe al giudice di valutare la legittimità dell'atto di nomina, per eventualmente disapplicarlo, vertendosi in tema di pregiudizialità *ex art. 2 c.p.p.* (TAORMINA, *Diritto processuale penale*, cit., 428; ZAPPALÀ, *Art. 33*, cit., 184 ss.) – non può non aggiungersi che, nel caso, così come per l'assenza di nomina il giudice non è giudice e, secondo la Corte europea, manca il requisito della "legalità" dell'investitura, per cui più consono sarebbe concludere per l'inesistenza del provvedimento in quanto emesso, appunto, da *non iudex* piuttosto che da *iudex incapax* (DOMINIONI, *Art. 33*, 217).

Alla stessa conclusione non può che pervenirsi rispetto alla previsione del numero dei giudici necessario per costituire gli organi giudicanti collegiali, laddove, ovviamente, il problema non si pone in relazione al numero dei componenti, ma come ben rilevato, in ordine alla nomina e ai requisiti del soggetto al fine del suo inserimento nell'organo collegiale (TAORMINA, *Diritto proces-*

suale penale, cit., 429; RAFARACI, *Nullità*, cit., 604). La nomina a giudice popolare del cittadino privo dei requisiti necessari ad esser nominato e gli altri casi a questo assimilabili, non pare proprio che possano

essere “liquidati” come momenti che, sottratti alla verifica della “legalità” dell’investitura, risultano irrilevanti ai fini del parametro di terzietà dell’organo nel senso suddetto.

DECISIONI IN PRIMO PIANO

I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero

Per la Corte di Cassazione «*l'unica forma per la raccolta della prova all'estero è la rogatoria, con la conseguenza che il difensore non è direttamente abilitato ad esperire le indagini ex art. 391 bis c.p.p., ma deve rivolgersi all'autorità giudiziaria italiana affinché questa attivi*

una domanda di assistenza giudiziaria internazionale».

Le Osservazioni che seguono, accompagnate da un'esauriente chiave di lettura degli istituti in esame, si pongono in posizione critica rispetto alla decisione in esame.

Osservazioni

di Donatella Curtotti Nappi

1. Quando si dice che il processo penale ubbidisce a certe leggi naturali risentendo dei condizionamenti storici, sociali e politici della realtà in cui opera, può capitare di rimanere delusi. In alcuni casi, c'è chi forza il corso naturale degli eventi ed impedisce al processo di adattarsi a quei mutamenti con il risultato di divenire ben presto distonico e obsoleto.

Non sappiamo se per una scelta ideologica ben precisa o per un'involontaria sprovedutezza, la I Sezione della Corte di Cassazione nega al difensore di svolgere investigazioni all'estero: «egli ha l'obbligo di formulare una richiesta al pubblico ministero o al giudice affinché attivino la procedura della rogatoria internazionale». E così, con una voluta discorsiva abbastanza snella, il relatore condivide la decisione del tribunale del riesame che rigettava l'appello del difensore per la negata revoca da parte del g.i.p. della misura cautelare in ragione dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni raccolte dal difensore stesso in Bulgaria (secondo il modello di cui all'art. 391 bis c.p.p.) perché «prive del crisma della legalità che ogni attività compiuta all'estero deve avere e cioè dell'uso dello

strumento della rogatoria internazionale». Soluzione tanto singolare (non risultano precedenti) quanto discutibile che non tiene in debito conto il senso e i tempi della trasformazione degli scenari criminali e l'evolversi del modo di esercitare ed intendere la funzione difensiva.

È noto a tutti il profondo cambiamento cui è sottoposta la giustizia penale. L'aumento della mobilità delle persone ha portato ad una progressiva internazionalizzazione della criminalità e ad una conseguente "dispersione" dei mezzi e delle fonti di prova; il che ha indotto il legislatore – nel rispetto dell'adattamento naturale di cui sopra – a elaborare nuovi strumenti di accertamento che superino i vecchi limiti territoriali ed intensifichino forme di cooperazione internazionale [sull'ampio sviluppo della cooperazione giudiziaria internazionale e sulle nuove forme di politica internazionale (ed europea) di prevenzione e repressione del crimine, v., tra i tanti, AA.VV., *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, a cura di La Greca e Marchetti, Torino, 2003; CATALANO, *Molte incertezze e piccoli passi nel percorso di europeizzazione del diritto processuale penale*,

in DPP, 2007, 522 ss.; CHIAVARIO, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*, in RIDPP, 2005, 974 ss.; GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006; PIATTOLI, *Diritti fondamentali: obiettivi e programmi dell'Unione europea in materia di giustizia penale*, in DPP, 2007, 548 ss.; EAD., *Rogatorie e cooperazione internazionale nel processo penale*, in *Digesto/pen.*, *Aggiornamento***, Torino, 2005, 1471 ss.; PISANI, *Cooperazione internazionale in materia penale*, in RIDPP, 2006, 1149 ss.]. Allo stesso modo, è nota a tutti la legge 7.12.2000, n. 397, che ha portato ad una più estesa regolamentazione delle investigazioni del difensore segnando il definitivo passaggio da una «difesa di posizione» ad una «difesa di movimento» (così PAOLOZZI, *Fase prodromica della difesa ed efficacia persuasiva degli elementi di prova*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, Milano, 2001, 15).

Ebbene, una coerente visione d'insieme di simili interventi legislativi dovrebbe far pensare ad un coinvolgimento sempre maggiore del difensore nelle dinamiche "universali" della giustizia. Avendogli garantito ampi poteri d'indagine, è lecito supporre che costui cercherà ed individuerà anche all'estero la fonte di prova e vorrà conferire con questa per verificare l'attendibilità delle informazioni e la loro utilità in sede dibattimentale. Sarebbe, allora, irragionevole precludere al difensore di investigare liberamente dovendo delegare al pubblico ministero o al giudice il compimento di atti che, se svolti in Italia, sarebbero di esclusiva pertinenza della difesa. Ma essendo naturalmente varia la gamma dei gusti e pericolosi i precedenti provenienti dalla Suprema Corte («le leggi contano nella misura in cui i giudici le applicano», ricorda CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, 11), non basta misurare l'illogicità di una sentenza con la sua incoerenza rispetto all'assetto naturale ed ordinamentale di riferimento; è meglio procedere ad un'analisi delle argomentazioni adottate e dimostrare l'infondatezza.

2. Di quale tempra siano queste argomentazioni, risulta dalle due ragioni a sostegno della

motivazione: la prima fa risalire l'inutilizzabilità delle investigazioni difensive condotte all'estero al silenzio della legge «poiché tale tipo di atto non è contemplato nell'art. 391 *bis* c.p.p. né tanto meno nelle altre disposizioni del titolo VI *bis* del libro V c.p.p.». La seconda si attaglia ai principi generali del codice: «pur non essendo esplicitamente affermato che il difensore non può recarsi all'estero a svolgere le investigazioni, il divieto discende dall'ordinamento essendo evidente che, per tutte le parti processuali, deve essere esperita la procedura relativa alle rogatorie. Poiché non è prevista la possibilità per il difensore di attivare la rogatoria all'estero, egli ha l'obbligo di "passare" attraverso la richiesta del pubblico ministero o del giudice».

Ci sembra che l'incoerenza emerga già dalla formulazione delle due osservazioni. Se è vero che la legge non contempla per il difensore uno spazio investigativo internazionale, è altrettanto vero che nessuna disposizione del codice lo esclude. Il problema, allora, non riguarda il vuoto normativo (variamente colmabile) ma il criterio ermeneutico con il quale, appunto, colmarlo.

Non condividiamo il primo assunto. Sappiamo bene che l'art. 327 *bis*, 1° co., c.p.p., nel conferire pari dignità processuale alle investigazioni difensive rispetto alle indagini condotte dagli organi inquirenti pubblici, stabilisce che esse possano esplicarsi nelle "forme" previste dal titolo VI *bis* del codice di rito. La previsione che ogni atto di investigazione deve corrispondere a modelli formali prefissati equivale all'adozione del principio di tipicità degli atti di investigazione difensiva in virtù del quale il difensore non può compiere atti diversi da quelli previsti dalle norme di legge. Non a caso, la novella n. 397 del 2000 articola un minuzioso mosaico normativo in cui enuclea specifiche tipologie di atti di indagine destinate a formare, nel loro insieme, il «catalogo investigativo del difensore» (DEAN, *La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione e l'accesso ai luoghi*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002, 203 ss.).

Il principio di tipicità, tuttavia, non va preso alla lettera. Riteniamo che non si possa disconoscere la legittimazione del difensore al compimento di atti d'indagine atipici posto che, sulla base della già detta pari dignità tra indagini pubbliche e indagini private (sull'atipicità degli atti delle indagini preliminari, tendenzialmente svincolati da pastoie formali, schemi prefigurati e cadenze fisse quali tratti congeniali ad una fase impermeabile rispetto al dibattito, per tutti, VIGNA, *L'attività investigativa nella fase delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Verso una nuova giustizia penale*, Milano, 1989, 53 ss.), trova applicazione il criterio indicato nell'art. 189 c.p.p. in ordine all'ammissibilità di prove non disciplinate dalla legge [la Cassazione afferma che il concetto di prova atipica deve intendersi in senso ampio, come comprensivo di mezzi di ricerca della prova e mezzi di indagine non previsti dalla legge. «In ogni caso occorre verificare che le modalità di acquisizione non configgano con norme di legge. Infatti la prova atipica non può diventare uno strumento per rendere utilizzabili prove illegittimamente acquisite» (C., Sez. IV, 15.6.2000, Viskovic, in *Mass. uff.*, 217688)]. Ne consegue che anche per le investigazioni difensive è prospettabile il ricorso a mezzi di indagine anomali purché idonei all'accertamento dei fatti e non pregiudizievoli per la libertà morale della persona, secondo i limiti fissati da quella stessa norma (in questa stessa direzione LOCATELLI-SARNO, *Gli atti di investigazione difensiva nel procedimento penale*, Padova, 2006, 148 ss.).

Se tutto ciò non bastasse a convincere i più accaniti sostenitori della decisione *de qua*, ci sembra che un'ulteriore considerazione possa venire in aiuto. Chiediamoci se l'assunzione all'estero delle informazioni rilevanti ai fini difensivi rappresenti un atto autonomo del procedimento penale (secondo le definizioni elaborate dalla dottrina più autorevole) ovvero una modalità di svolgimento dell'atto stesso. Inutile dilungarsi sul punto. In base a quelle definizioni, secondo le quali è atto processuale penale ogni accadimento dell'uomo, produttivo di conseguenze giuridiche nel procedimento penale ed integrante uno schema giuridico

predefinito, tanto da assumere la rilevanza e il *nomen iuris* propri dello schema realizzato (CONSO, *Atti processuali penali*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 145; Id., *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 83; DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli, 1952, 120), è facile dimostrare come l'assunzione all'estero delle dichiarazioni di cui all'art. 391 *bis* c.p.p. non rappresenta un atto autonomo d'indagine bensì solo una diversa modalità di formazione di quell'atto. In altre parole, il luogo di assunzione della dichiarazione non è un requisito costitutivo dell'atto perché non concorre ad integrare lo schema normativo enucleato dal legislatore. A ben vedere, non rappresenta neanche una modalità del dialogo, non incidendo sul "come" si conferisce o si ottiene il rilascio di una dichiarazione scritta o si assumono informazioni. Va da sé che tale forma di assunzione non risente dei limiti e delle regole imposte dall'art. 391 *bis* c.p.p. che, potenzialmente, possono – e devono – continuare ad essere rispettate pur se l'atto è compiuto oltre i confini italiani. Per esemplificare, il giudice non dovrà interrogarsi sul «luogo» di formazione della dichiarazione bensì sul rispetto delle modalità di svolgimento che per essa le nuove norme stabiliscono.

3. Il secondo punto debole della motivazione sta in queste parole: «il divieto di indagini difensive all'estero discende dall'ordinamento essendo evidente che, per tutte le parti processuali, deve essere esperita la procedura relativa alle rogatorie internazionali». Chi fa simili affermazioni, tuttavia, ha l'onere di spiegare quale sia la fonte da cui trae legittimazione il divieto. Non è così evidente che chi intenda avvalersi di materiale probatorio situato all'estero, nel corso delle indagini preliminari, debba chiedere l'assistenza istruttoria internazionale attraverso l'intercessione dell'autorità giudiziaria. Le conseguenze, infatti, rischiano di confliggere con altri principi dell'ordinamento; ci viene da pensare al diritto di difesa e al principio di eguaglianza. Ecco perché. Si consideri, come giustamente affermato dalla Suprema Corte, che l'istituto della rogatoria all'estero si pre-

senta come una richiesta intercorrente tra autorità straniere (MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, 2005, 126 ss.). Le richieste di assistenza, infatti, possono essere formulate, ai sensi dell'art. 727, 1° co., c.p.p., da parte «dei giudici e dei magistrati del pubblico ministero» con un'attribuzione di legittimazione esclusiva. Nessun'altra disposizione del codice menziona la possibilità che l'istanza di cooperazione possa provenire da un qualunque cittadino che non sia identificabile, ai sensi dell'ordinamento interno dello Stato assistito, come autorità competente ad attivarsi sul piano dei rapporti interstatuali e nel contesto del procedimento penale. Va da sé che il difensore non rientra tra i soggetti legittimati ad attivare il meccanismo rogatorio. Se si trova nella necessità di raccogliere materiale probatorio situato fuori dai confini nazionali, dovrà instare presso l'autorità giudiziaria competente nella fase procedimentale in atto (pubblico ministero, giudice per le indagini preliminari, giudice dell'udienza preliminare, giudice dibattimentale) affinché si attivi per la rogatoria. Superfluo dire che una situazione del genere dà luogo ad una notevole disparità di trattamento fra parti processuali, delle quali una (il pubblico ministero) è in grado di valutare discrezionalmente l'opportunità ed utilità della rogatoria, mentre l'altra (il difensore) è costretta a cedere nelle mani dell'antagonista ogni decisione in merito. Evidentemente, il problema non riguarda l'eventuale rogatoria che si riveli necessaria nel corso della fase dibattimentale lì dove spetta al giudice valutare la concreta utilità della prova richiesta dalle parti, pubbliche o private che siano (artt. 468, 2° co., e 495, 4° co., c.p.p.). Nel corso delle indagini preliminari, però, la canalizzazione delle richieste del difensore al pubblico ministero delinea il quadro di una mancata attuazione di quel diritto di difendersi provando che dovrebbe essere il presupposto di ogni processo «giusto». È importante intendersi sul punto perché è da qui che parte la nostra critica. Temiamo che l'intermediazione necessaria (come la vuole la Suprema Corte) del pubblico mini-

stero, quale unica risorsa processuale per l'acquisizione all'estero di un elemento favorevole alla difesa, produca ricadute negative sugli equilibri delle indagini, sulla libertà di gestione delle investigazioni difensive e, più in generale, sulla rituale verifica in dibattimento dell'ipotesi accusatoria. Si capisce, del resto, che anche alla difesa spettano oggi scelte tattiche difficili in seno alla fase procedimentale: calcoli raziocinanti, supposizioni diaboliche, previsioni strategiche rispetto agli sviluppi probatori del dibattimento, fanno parte di un gioco che rischia di essere alterato dall'interferenza del contraddittore pubblico. Chiediamoci, ad esempio, quali conseguenze derivino da una richiesta del difensore al pubblico ministero perché verbalizzi all'estero le dichiarazioni rese da una persona informata sui fatti. Partendo dall'ipotesi più remota, seppur concretamente realizzabile, potrebbe accadere che il p.m. non accolga la richiesta del difensore poiché nessuna disposizione del codice gli impone un obbligo di assecondamento delle relative sollecitazioni. La decisione è rimessa ad una sua valutazione discrezionale che, s'intende, dovrebbe comunque essere orientata dalla regola «compensatrice» (DE LALLA, *Idee per un "completamento istruttorio" del giudice nelle indagini preliminari*, in RIDPP, 1994, 64) dell'art. 358 c.p.p. che impone all'organo inquirente – in versione «paternalistica» (VIGNA, *L'attività investigativa nella fase delle indagini preliminari*, cit., 35) – di condurre accertamenti anche su fatti e circostanze favorevoli alla difesa; a maggior ragione, se tali fatti sono individuati e sollecitati dalla difesa stessa. Ma una co-gestione del lavoro di questo tipo non è pensabile, proprio perché nell'attuale sistema niente obbliga l'indagante a rispondere agli inviti della controparte e nessuna norma appronta strumenti di controllo diretto sulle sue valutazioni né, tanto meno, forme di garanzia basate su sanzioni a carattere processuale (la mancanza di sanzioni processuali è legata alla *ratio* sottesa all'art. 358 c.p.p. che è da inquadrare nella prospettiva utilitaristica delle indagini preliminari e non in un'ottica protezionistica degli interes-

si della difesa. Se l'inquirente ignora «gli aspetti propizi alla difesa... lavorando ad occhi chiusi nel senso persecutorio... rischia un sacco al dibattimento... o già all'udienza preliminare: non è provvidenzialismo accusatorio, ma elementare cautela», ricorda CORDE-RO, *Procedura penale*, Milano, 2000, 762). Lecito, dunque, formulare riserve sull'attività propulsiva del pubblico ministero e sul suo ruolo di «garante della giustizia» (FORTUNA, *Pubblico ministero*, in *Enc. giur.*, XXV, 1991, 89). Concedere il giudizio sull'opportunità della rogatoria all'estero, sarebbe un'arma in mano a pubblici ministeri ostruzionistici o, quanto meno, insensibili alle sorti dell'imputato.

Altra ipotesi nefasta per la difesa è se il p.m. decida di disporre un incidente probatorio (sempre che ne ricorrano i presupposti) ed assumere le dichiarazioni favorevoli all'imputato con le forme dibattimentali della testimonianza. Se per un verso è innegabile che possa essere richiesto l'incidente probatorio pure con riguardo ad una prova da assumere in territorio straniero, per altro verso è evidente come la formazione della «prova» potrebbe non essere in linea con le esigenze, gli elementi e le valutazioni (anche di opportunità) della difesa [analogamente, c'è chi paventa un pericolo per il diritto di difesa nella «mediazione» del g.i.p. per l'attivazione della rogatoria ai fini dell'incidente probatorio (CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Padova, 2003, 456; VALENTINI, *Due precisazioni in tema di vie di trasmissione e di parità delle parti*, in AA.VV., *Rogatorie internazionali e dintorni*, a cura di Bin-Brunelli-Pugiottio-Veronesi, Torino, 2002, 274). Si ricordi come, ad oggi, l'attività di investigazione difensiva si svolge *extra moenia* (FRIGO, *Indagine difensiva per il processo e deontologia*, in CP, 1992, 2231); sta, cioè, fuori dal processo ed è funzionale ad una compiuta preparazione della strategia dibattimentale. Il difensore si avvale di atti d'indagine [«semplici indicazioni» di una futura possibilità probatoria» (CORDE-RO, *Ideologie del processo penale*, Milano, 174)] di cui può liberamente disporre senza temere un

loro definitivo incastonamento nella piattaforma probatoria da cui partirà il giudice per raggiungere la decisione. In fondo, le investigazioni rappresentano un *interna corporis* della difesa e, pertanto, offrono al difensore una libertà di movimento che gli consente di stabilire se e quando gli atti da lui formati entreranno nelle «mura» del procedimento; se e quando richiedere gli «interventi sostitutivi» dell'autorità giudiziaria; se e quando attribuire al «suo» atto d'indagine valore probatorio. Come può, allora, conservare una simile autonomia «gestionale» quando la scelta sul valore giuridico da attribuire all'atto è rimessa esclusivamente al pubblico ministero? Di fatto, il meno che ci si possa attendere è una severa svalutazione dello spirito «istruttorio» che permea anche le investigazioni difensive.

Simili considerazioni trovano vieppiù riscontro in quella regola sulla formazione del fascicolo per il dibattimento che impone, ai sensi dell'art. 431, lett. f, c.p.p., di inserirvi «i verbali degli atti... assunti all'estero a seguito di rogatoria internazionale ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana». La disposizione mira evidentemente a salvaguardare il rispetto delle garanzie difensive in relazione alle richieste di assistenza formulate dal p.m. nella fase delle indagini preliminari, ma non tiene conto delle conseguenze prodotte nel caso di richieste formulate dalla difesa. L'inserimento nel fascicolo del dibattimento trasforma l'atto d'indagine in mezzo di prova, assegnandogli quel valore processuale immutabile che mal si adatta alla natura «camaleontica» delle attività svolte nel corso delle indagini preliminari, private o pubbliche che siano.

C'è un ultimo aspetto meritevole di riflessione: l'intermediazione del pubblico ministero ai fini dell'attivazione della rogatoria internazionale vince la cortina di segretezza che protegge le investigazioni difensive; segretezza motivata dalla precisa scelta del legislatore di non porre a carico del difensore il dovere di utilizzare i risultati delle indagini, lasciando libero di tenere «nel cassetto» o di non

conservare affatto gli elementi probatori acquisiti (per tutti BRICCHETTI, *L'attività investigativa del difensore*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 112). Dopotutto, le intenzioni riformiste della novella n. 397 del 2000 non hanno alterato la differenza tra indagini pubbliche e private. Il pubblico ministero è obbligato a compiere atti, a documentarli nelle forme rituali stabilite dal codice, a depositarne i risultati (artt. 366 e 415 *bis* c.p.p.). Il difensore, invece, compie atti da impiegare liberamente e, pertanto, non è obbligato a svolgere indagini, o se le svolge, non è tenuto a documentarle (l'art. 391 *bis*, 1° co., c.p.p. contempla l'ipotesi di un colloquio non documentato finalizzato a vagliare il possibile testimone – o altro dichiarante – per verificare il contenuto degli atti di sua conoscenza) né ad inserirle nel fascicolo del difensore a meno che non le presenti al giudice in previsione di una decisione (art. 391 *octies*, 3° co., c.p.p.) né a renderne edotto il p.m. prima di esserne avvalso in sede giurisdizionale (art. 391 *octies*, 4° co., c.p.p.) («mosso da un interesse privato, il difensore palesa al giudice soltanto quell'aspetto dei fatti che è favorevole al proprio cliente... Forte è la differenza con gli inquirenti pubblici, che hanno l'obbligo di depositare tutti i verbali degli atti che sono stati compiuti» ricorda TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2007, 510): scegliere se utilizzare la documentazione della propria attività difensiva o metterne al corrente l'organo inquirente dipende unicamente dalla convenienza dei propri interessi [GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, II *dir. proc. pen.*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, 3; GRIFANTINI, *Tutti i nodi vengono al pettine: l'incognita del difensore-istruttore tra miti e realtà*, in *CP*, 2004, 395 ss.].

Ebbene, la *discovery* anticipata del singolo atto acquisito tramite rogatoria internazionale potrebbe determinare: a) una conoscibilità prematura rispetto ai tempi fisiologici di lettura del fascicolo conservato presso il g.i.p. (si ricordi che la parte è libera di fare confluire nel fascicolo, nei tempi che predilige, i

risultati della propria attività d'indagine; un automatismo in deroga è previsto solo dall'art. 391 *decies*, co. 3° e 4°, c.p.p. in tema di accertamenti tecnici non ripetibili); b) l'assunzione di una dichiarazione non propriamente favorevole della quale il difensore avrebbe potuto scegliere di non avvalersi; c) l'assunzione di un atto incompleto sul quale il difensore avrebbe potuto non investire in sede dibattimentale. La conseguenza è in *re ipsa*. Per evitare di svelare i contenuti della propria attività investigativa, il difensore sceglierà di non ricorrere alla rogatoria internazionale oppure – strada percorribile per gli imputati più facoltosi – si opererà affinché la persona informata sui fatti si rechi in Italia per assoggettarsi alle ordinarie regole di investigazione difensiva di cui agli artt. 391 *bis* c.p.p. e ss.

Da un punto di vista strettamente tecnico, che esula da considerazioni di ordine per così dire comportamentale, ci si dovrebbe interpellare anche sui tempi lunghi di esperimento della rogatoria internazionale. Dei molti problemi che affliggono l'istituto questo è senz'altro uno dei primi tanto che qualcuno, sapientemente e ancor prima dell'entrata in vigore del codice 1988 (GAITO, *Oscillazioni giurisprudenziali in tema di metodi alternativi alle rogatorie internazionali*, in *GI*, 1985, II, 441 ss.), aveva pronosticato che proprio la lentezza di tale mezzo avrebbe finito con il giustificare il ricorso ad altre forme di cooperazione internazionale, più agevoli e rapide della prima, come la celebrazione delle rogatorie (ammessa da C., Sez. VI, 30.1.2002, P.G. in proc. Modeo, in *ANPP*, 2002, 299; C., Sez. VI, 13.7.1999, Pafumi, in *Mass. uff.*, 214337; in dottrina, DIOTALLEVI, *La c.d. "concelebrazione" delle rogatorie e gli atti diretti di giurisdizione all'estero*, in *CP*, 1998, 915 ss.; IAI, *Rogatoria eseguita all'estero dall'autorità giurisdizionale dello Stato richiedente*, in *GI*, 2000, 1470 ss.; PIERINI, *Ancora attuale il principio locus regit actum con riguardo alle prove penali acquisite all'estero nel corso di rogatoria "concelebrata"?*, in *CP*, 2000, 3106 ss.), la conduzione congiunta di indagini tran-

sfrontaliere (riconosciuta in tempi recenti dalla Convenzione dell'Unione europea del 29.5.2000 sulla mutua assistenza in materia penale che, appunto, contempla "gruppi investigativi congiunti"; in argomento, CALVA-NESE, *Cooperazione giudiziaria tra Stati e trasmissione spontanea di informazioni: condizioni e limiti di utilizzabilità*, in CP, 2003, 458 ss.), le rogatorie consolari (VIGONI, *Rogatoria penale internazionale e strumenti alternativi*, in IP, 1986, 484 ss.). Inutile dire che il legislatore non ha provveduto a rimediare alle lungaggini procedurali del meccanismo rogatorio con la conseguenza che, nel caso di acquisizione probatoria sollecitata dalla difesa, la laboriosità della procedura connessa alla dilatazione dei tempi di formazione dell'atto finisce irrimediabilmente per attenuare (se non annullare) le potenzialità informative dell'atto stesso con riverberi sul prosieguo delle indagini difensive o, ancor peggio, sui provvedimenti decisionali del giudice per le indagini preliminari; provvedimenti i cui tempi sono solitamente brevi, soprattutto in materia di misure cautelari. Ci si domandi come il difensore, per supportare una richiesta di riesame, revoca o sostituzione della misura cautelare, possa contare su di un elemento di prova favorevole situato all'estero che richiede mesi e mesi per essere acquisito secondo la procedura rogatoria. Siamo di fronte ad un paradosso del rito penale. Vicende del genere non sono pensabili in un sistema d'impronta garantista che concede al difensore di ricercare fonti di prova per poi sottrargliele sol che queste siano situate oltre confine.

Individuato il fondamento di una lesione del diritto di difesa, siamo altrettanto convinti che la soluzione ermeneutica offerta dalla Corte di Cassazione incida anche sul principio di eguaglianza segnando un discrimine tra l'imputato che si avvale di materiale investigativo localizzato in territorio italiano e l'imputato sfavorito dalla presenza all'estero degli elementi di prova potenzialmente (ma non concretamente) utilizzabili dal suo difensore. Simili violazioni non ammettono mezze risposte o soluzioni di compromesso,

deliberatamente offerte dall'arte dell'interpretazione. Il diritto di difesa e il principio di eguaglianza sono promesse solenni a cui il legislatore verrebbe meno se, di fronte ad un preteso vuoto normativo, si accontentasse di impiegare noti istituti processuali come riempitivo.

4. Certo, potremmo addentrarci in un labirinto di ipotesi alternative a quella annunciata come favorita: una soluzione potrebbe essere costituita dalla nomina di un difensore nello Stato straniero per compiere l'attività investigativa con eventuale formazione di documentazione da acquisire, nei tempi stabiliti dalla difesa, con lo strumento della rogatoria internazionale *ex art. 431, lett. d, c.p.p.*; altra soluzione sarebbe quella di ammettere il difensore nel novero dei soggetti legittimati ad instare presso le autorità straniere a scopo di assistenza giudiziaria. Nell'un caso e nell'altro, verrebbero meno molti dei problemi legati all'interferenza del p.m. nella gestione delle investigazioni del difensore; tuttavia, permarrebbe il rischio – nel primo – di una sperequazione a danno degli imputati meno abbienti (per i quali la nomina di un secondo difensore sarebbe improponibile) e – nel secondo – di un contrasto con la logica del controllo propriamente politico sulle relazioni fra ordinamenti sovrani che è alla base degli strumenti di cooperazione internazionale.

Stando così le cose, ci sembra che l'unica soluzione possibile sia quella di riconoscere al difensore il potere di svolgere indagini all'estero con il medesimo regime di utilizzabilità di quelle effettuate in Italia. Solo in questa maniera si eviterebbe un eccessivo sbilanciamento tra i poteri dell'accusa e quelli della difesa. La soluzione non dovrebbe trovare soverchi problemi applicativi, perlomeno all'interno dell'Unione europea dove da anni si sta puntando verso il riconoscimento di una sempre maggiore libertà di circolazione e di prestazione dei servizi professionali. Sin dal 1977, con la Direttiva n. 249, si riconosce agli avvocati il diritto di esercitare la professione forense in tutti gli Stati dell'Unione europea indi-

pendentemente dalla cittadinanza di appartenenza e con l'esclusione di qualsivoglia limite al compimento dell'attività giudiziaria se non quello di «attenersi alle regole previste dallo Stato ospitante». Si pensi anche che in Italia, in attuazione di quella direttiva, la legge n. 31 del 1982 permette al difensore straniero (comunitario) di affiancarsi al difensore italiano in sede giudiziale e stragiudiziale senza rendere necessari, a tal fine, né l'iscrizione all'albo degli avvocati né l'obbligo di prestare giuramento. Non meno importante – ai fini della percezione dei nuovi orizzonti della giustizia penale – è una lettura del codice deontologico europeo che individua regole uniformi applicabili ad ogni avvocato dell'U-

nione europea per l'esercizio all'estero della sua attività difensiva, qualunque sia «l'ordine forense di appartenenza».

Per la rimanente zona del globo terrestre, quella “extracomunitaria”, la riflessione probabilmente può attendere. Siamo, tuttavia, convinti che, quando i mutamenti socio-culturali lo esigeranno, non si potrà non optare per il riconoscimento di uno spazio investigativo internazionale del difensore, autonomo rispetto a quello del p.m. La ricerca di soluzioni alternative, dove le alternative dissacrano le leggi naturali del processo, contribuisce soltanto a rallentare il percorso di civilizzazione che il nostro legislatore sta strenuamente cercando di perseguire: *iura naturalia sunt immutabilia*.

Interrogatorio delegato di persona *in vinculis* e sua eccepibilità in Cassazione

La Corte di Cassazione interviene nel rapporto tra giudizio di riesame e giudizio di legittimità in materia di libertà personale, specificando che «nel procedimento di libertà, le questioni che deducono l'inutilizzabilità se non dedotte nel giudizio di riesame, non possono essere eccepite nel giudizio di cassazione» e che «il pubblico ministero può

legittimamente delegare alla polizia giudiziaria l'interrogatorio di imputato che risponda del reato in stato di libertà, nonostante egli si trovi agli arresti domiciliari in procedimento connesso» (C., Sez. V, 6.7.2007, Scrugli).

Le Osservazioni, che si pongono in chiave critica, cercano di riportare chiarezza sugli istituti interessati dalla decisione.

Osservazioni

di Filippo Giunchedi

Nei motivi di ricorso era stato argomentato che le dichiarazioni rese da persona imputata in procedimento connesso in *status detentionis* non possono essere utilizzate se non effettuate nelle forme di legge.

A fronte di che, non solo è venuta meno la recezione dell'*incipit* difensivo, ma la Suprema Corte ha offerto una sorprendente moti-

vazione al diniego delle incontestabili doglianze difensive. *Stat pro ratione voluntas*, dicevano i Padri fondatori del diritto. Ne è emersa una decisione che ci auspichiamo rimanga confinata ad episodio isolato in funzione salvifica ad un *escamotage* del p.m., testo a fruire in chiave indiziaria di un elemento ulteriore a chiusura del quadro emer-

gente dalle indagini, altrimenti non rispondente ai canoni richiesti per la concretizzazione di una prova indiretta.

In claris non fit interpretatio: l'art. 609 c.p.p. rubricato «Cognizione della Corte di Cassazione», prevede che «la Corte decid[er]e altresì le questioni rilevabili di ufficio in ogni stato e grado del giudizio» (2° co.). La questione, come detto, riguardava l'utilizzazione di dichiarazioni eteroaccusatorie di imputato *in vinculis* in procedimento connesso; fatto sta che la sanzione prevista per le anomalie realizzative dell'interrogatorio (in concreto delegato dal p.m. alla p.g.) è costituita dall'inutilizzabilità delle provalazioni *contra alios* in questo contenute. L'art. 191 c.p.p. è estremamente chiaro nel ritenere che «l'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento» (2° co.). E che la questione attenesse l'inutilizzabilità non è contestata, posto che il limite della questione – stando all'interpretazione offerta dalla Corte – riposa nella circostanza che non sia stata precedentemente sollevata nella procedura di riesame, donde la decadenza dall'eccepirlo per la prima volta in sede di legittimità. La constatazione, non superabile con l'argomentazione *a contrario* della specificità nell'ipotesi concreta dei motivi di riesame che attiverebbe un meccanismo devolutivo preclusivo delle questioni rilevabili *ex officio* e *sine die*, non tiene conto neppure di un dato non trascurabile e cioè la facoltatività della proposizione dei motivi nel procedimento di riesame (BARGI, *Il ricorso per cassazione*, in *Le impugnazioni penali*, Trattato diretto da Gaito, II, Torino, 1998, 567).

Sul punto il protocollato indirizzo giurisprudenziale scandisce senza esitazione il seguente *refrain*: «In tema di ricorso per cassazione, è consentito superare i limiti del *devolutum* e dell'ordinata progressione dell'impugnazione soltanto per [...] le questioni di puro diritto, sganciate da ogni accertamento del fatto, rilevabili di ufficio in ogni stato e grado del giudizio. Non sono proponibili per la prima volta in Cassazione, invece, le questioni giuridiche che presuppongono un'indagine di merito che, incompatibile con il sindacato di legittimità, deve

essere richiesta o almeno prospettata nella sua sede naturale» (C., Sez. V, 24.4.1998, Fichera, in *Mass. uff.*, 211441).

Il problema, invero, seppur sotto altro profilo, era stato già oggetto di verifica della Suprema Corte che aveva escluso la possibilità di dedurre questioni nuove aventi ad oggetto l'inutilizzabilità delle prove e, pertanto, rientranti nel paradigma normativo dell'art. 609, 2° co., c.p.p. non oltre la presentazione dei motivi nuovi (C., Sez. II, 26.2.1998, Galeandro, in *GI*, 1998, 2126, con nota critica di BARGI, *Verso l'abrogazione tacita dell'art. 609, 2° comma, c. p. p.?*). Il principio enunciato, seppur sia da contrastare con fermezza, rafforza le ragioni di censura alla pronuncia annotata in considerazione del fatto che l'inutilizzabilità era stata dedotta già con l'atto di ricorso principale.

L'evidente forzatura rispetto all'eterodosso precedente necessitava di un ulteriore elemento per avallare una pronuncia reiettiva delle evidenti ragioni difensive, di talché la Suprema Corte è entrata nel merito della delegabilità degli atti di indagine del p.m. alla polizia giudiziaria andando a porre un distinguo legislativamente non previsto tra interrogatorio di persona detenuta nel procedimento proprio e interrogatorio di persona detenuta nel procedimento altrui, a fronte – anche in questa ipotesi – di un disposto normativo che non lascia spazio ad interpretazioni di sorta: «Il pubblico ministero compie personalmente ogni attività di indagine» (regola: art. 370, 1° co., primo periodo, c.p.p.), «può avvalersi della polizia giudiziaria per il compimento di attività di indagine e di atti specificamente delegati, ivi compresi gli interrogatori [...] cui partecipi la persona sottoposta alle indagini che si trovi in stato di libertà...» (eccezione: art. 370, 1° co., secondo periodo). Il caso in esame – va sottolineato – costituisce la prima pronuncia specifica sul tema a testimonianza della chiarezza del precetto. Ma volendo elaborare un'esegesi della norma occorre soffermarsi sulla *ratio* ispiratrice del disposto e nelle norme di riferimento che possono offrirci ausilio nel disciplinare una volta per tutte vicende come quelle in esame.

La delegabilità dell'interrogatorio alla polizia giudiziaria è sorta dalla necessità di rendere «più funzionale ed elastica l'attività di indagini» (Relazione al d.d.l. di conversione del d.l. 8.6.1992, n. 306) e soprattutto allo scopo di alleviare il p.m. da questa defatigante attività (BRESCIANI, *Art. 370*, in *Comm. Chiavario, Secondo Aggiornamento*, Torino, 1993, 162 ss.). Le esigenze di celerità ovviamente non possono influire sulle forme (che si riverberano inevitabilmente sulla sostanza), donde l'esclusione di alcune ipotesi tipizzate che richiedono la garanzia che a procedere all'interrogatorio – importante strumento di difesa (GIUNCHEDI, voce «Interrogatorio», in *Digesto/pen., Aggiornamento**, Torino, 2004, 483) – sia il titolare delle indagini. Ecco pertanto che è previsto che all'interrogatorio della persona indagata che non si trovi in stato di libertà proceda personalmente il p.m. La Cassazione, con una lettura del tutto singolare dell'art. 370, ha ritenuto che il disposto normativo riguardi solo la persona *in vinculis* nel proprio procedimento, dovendosi escludere le ipotesi in cui questi sia ristretto per altra causa. Se, però, la ragion pratica della non delegabilità è legata alla maggiore garanzia che offre il p.m. sul possibile utilizzo di condotte idonee ad incidere sulla libertà morale del dichiarante – che già si trova in posizione minorata in virtù dello *status detentionis* – e quindi anche sulle eventuali dichiarazioni auto ed eteroaccusatorie che potrebbe rendere. Il punto nevralgico della questione è proprio questo e a conforto rileva la ben più

ampia produzione giurisprudenziale e dottrinale su un tema contiguo: le modalità di documentazione dell'interrogatorio di persona in stato di detenzione esaurientemente disciplinate dall'art. 141 *bis* c.p.p. La norma nessuna distinzione opera tra persona interrogata nel proprio procedimento o in quello altrui in qualità di imputato in procedimento connesso (SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi*, Milano, 2000, 105 s.) e men che meno opera distinzioni tra persona detenuta in carcere o agli arresti domiciliari in considerazione dell'inequivoco tenore dell'art. 286, 5° co., c.p.p. («L'imputato agli arresti domiciliari si considera in stato di custodia cautelare») (per una compiuta analisi dell'operatività della norma in riferimento alle varie forme alternative alla detenzione, O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 166). La ricognizione operata nella giurisprudenza offre esiti esuberanti tanto per chiarezza di principi che per quantità, essendo pacifico che l'obbligo in parola «deve essere osservato, a pena di inutilizzabilità, quando si tratta di assumere dichiarazioni sui fatti nei quali il dichiarante stesso sia coinvolto in qualità di imputato o di indagato, anche in procedimento connesso» (C., Sez. IV, 4.4.2006, Di Ronza, in *Mass. uff.*, 233967; C., Sez. I, 10.10.2005, Distante, *ivi*, 233353).

Palesi, pertanto, alla luce di questi punti fermi, i toni critici nei confronti della pronuncia della Cassazione.

Termini per il deposito dell'attività di indagine e parità delle armi

I tempi scanditi dal legislatore per lo svolgimento delle indagini secondo l'interpretazione da ultimo offerta dalla Corte di Cassazione «*riguarda soltanto lo svolgimento dell'attività investigativa non anche il deposito del relativo materiale informativo. Ne consegue che sono pienamente utilizzabili gli atti rimes-*

si alla segreteria del pubblico ministero anche oltre la scadenza del termine» (C., Sez. II, 17.10.2007, Camilli).

Le Osservazioni si pongono in erosiva critica ad una pronuncia che si pone innanzi tutto in contrasto con il principio del contraddittorio in condizioni di parità.

Osservazioni

di Isabella Alessandrucchi

Il giudice di legittimità, nella delibazione in commento, propugna aprioristicamente una soluzione che si espone ad erosiva critica laddove statuisce che il termine codicistico entro cui il p.m. deve chiudere le indagini preliminari, chiedendo al giudice l'archiviazione ovvero formulando l'imputazione, si riferisca esclusivamente al compimento dell'attività investigativa non anche al deposito del relativo elaborato.

Incombe, preliminarmente, asseverare l'infondatezza di quanto statuito dalla Corte di legittimità. Difatti, qualora non intenda coltivare una prospettiva di esercizio dell'azione, l'organo inquirente assume l'impegno, improcrastinabile, di depositare gli atti relativi alle indagini svolte, entro i termini perentori codicisticamente imposti. L'inosservanza di tale specifico obbligo comporta una necessaria compromissione del diritto di difesa dell'indagato il quale, avendo una visione solo parziale degli elementi di prova a suo carico, non è messo in grado di esercitare adeguatamente le sue facoltà difensive. L'argomentazione trova ampia confutazione nell'analisi delle norme imperative. L'art. 405 c.p.p. stabilisce che la pubblica accusa deve formulare l'imputazione entro sei mesi dall'iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro delle notizie di reato ovvero dal verificarsi della condizione di procedibilità. Il tempo massimo imposto può essere oggetto di motivata proroga soltanto in ipotesi tassative e sempre che la relativa richiesta pervenga al g.i.p. entro e non oltre la scadenza del termine.

Con l'esercizio dell'azione penale l'indagato assume la qualifica di imputato ex art. 60 c.p.p. A tal punto, l'ordinamento, in un'ottica garantistica, obbliga l'organo inquirente a provvedere alla notificazione dell'avviso di conclusione dell'attività investigativa all'accusato ed al suo difensore a norma dell'art. 415 *bis* c.p.p. Contestualmente alla formula-

zione dell'imputazione e alla comunicazione alla parte dell'avviso conclusivo incombe all'ufficio della procura di depositare anche le risultanze relative alle indagini espletate. Ciò al fine evidente di offrire alla persona sottoposta alle indagini la possibilità di prendere visione, per una maggiore conoscenza, dei fatti addebitati. D'altronde, se l'avviso non è preceduto dall'informazione di garanzia, tale comunicazione è il primo atto attraverso cui l'indagato ha conoscenza che si sono svolte delle indagini sul suo conto. Necessario preludio del diritto di *discovery* delle risultanze probatorie raccolte dalla pubblica accusa nei termini prefissati legislativamente il *dictum* normativo persegue lo scopo, garantistico, di attuare una più efficace tutela giurisdizionale della prova nel processo penale.

Occorre, infatti, registrare una consolidata giurisprudenza volta, invece, ad esortare una dichiarazione di inutilizzabilità degli atti di indagine depositati tardivamente. Innanzitutto, l'omissione del deposito, da parte del p.m., delle risultanze investigative, contestualmente alla notifica dell'avviso di conclusione prescritto dall'art. 415 *bis* c.p.p., comporta l'inutilizzabilità degli atti stessi (in tal senso C., Sez. III, 15.10.2003, Spagnoletto e altri, in *Mass. uff.*, 226346). Tale sanzione è volta proprio ad assicurare il diritto di difesa costituzionalmente imposto in favore dell'imputato, essendogli, altrimenti, preclusa una globale valutazione in merito ad un'adeguata strategia difensiva. Nessun rilievo assume l'eventuale visione, seppur tardiva, degli atti anche se, comunque, idonea a garantire alla difesa dell'indagato l'esercizio delle sue prerogative. Vale il principio dell'osservanza delle norme processuali sancito a chiare lettere dall'art. 124 c.p.p. soprattutto laddove l'eventuale inottemperanza, benché parziale, incida negativamente sui diritti costituzionalmente imposti a presidio della tutela, proces-

suale e sostanziale, della persona sottoposta alle indagini.

Tuttavia potrebbe ravvisarsi una nullità di ordine generale giacché il ritardo nella rimessa alla segreteria di alcuni atti incide sull'intervento dell'imputato. D'altronde, la norma codicistica impone al p.m. l'obbligo di trasmettere al g.i.p. tutti gli atti attraverso cui l'investigazione si è sviluppata e che concorrono a formare il fascicolo processuale nella sua interezza; ciò induce a considerare che il mancato deposito determini una nullità *ex art. 178, 1° co., lett. c, c.p.p.*

Orbene, tale interpretazione è edulcorata dall'osservazione secondo cui, sebbene l'indugio alla consegna di alcuni risultati investigativi limiti la base conoscitiva a disposizione dell'imputato per esercitare le sue prerogative difensive, questa limitazione non pregiudica in concreto i suoi diritti, dal momento che gli atti non depositati non sono utilizzabili. Invece l'ordito argomentativo della sentenza in esame prescinde dall'impiego degli atti dichiarando, laconicamente, che di inutilizzabilità può parlarsi soltanto per l'attività investigativa compiuta oltre il termine fissato rigorosamente dalla legge, non coinvolgendo, essa, anche il deposito. È curioso notare che soltanto con la consegna del materiale informativo alla segreteria competente che la difesa ha conoscenza e percezione del sistema accusatorio. Criticabile, quindi, l'interpretazione laddove, di fatto, autorizza la procura a provvedere *ad libitum* al deposito degli elaborati in totale spregio della normativa codicistica che fissa i termini perentori per lo svolgimento dell'attività investigativa e per la rimessa del relativo materiale informativo. Lo stesso ovviamente è a dirsi per il mancato deposito, contestualmente all'avviso di conclusione delle indagini preliminari, degli atti relativi alle intercettazioni telefoniche.

Più opportunamente, il percorso argomentativo della decisione in commento è tale da porsi al di fuori dello schema garantistico predisposto a livello di normazione nazionale ed europea a presidio dei diritti soggettivi fondamentali. Pertanto, la sua struttura mo-

tivazionale comporta l'abdicazione del diritto e la conseguente misura sanzionatoria dell'inutilizzabilità patologica degli «atti probatori assunti *contra legem*, il cui impiego è vietato in modo assoluto non solo nel dibattimento ma in qualsiasi altra fase del procedimento, ivi comprese le indagini preliminari, l'udienza preliminare, le procedure incidentali cautelari e quelle negoziali di merito» (C., S.U., 21.6.2000, Tammaro, in *Mass. uff.*, 216246). Trattasi di «un'ipotesi estrema e residuale, ravvisabile solo con riguardo a quegli atti la cui assunzione sia avvenuta in modo contrastante con i principi fondamentali dell'ordinamento o tale da pregiudicare in modo grave ed insuperabile il diritto di difesa dell'imputato» (in tal senso, C., Sez. III, 24.1.2006, G.G., in *Mass. uff.*, 233106). Difatti, l'indagato viene limitato anche della possibilità di valutare eventuali esiti negoziali della pena ovvero di svolgere attività investigativa difensiva.

In questo caso la disciplina normativa impone il divieto di utilizzazione dello strumento dimostrativo in termini di operatività assoluta, la cui inosservanza è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento. Essa, quale *error in procedendo*, costituisce autonomo motivo di ricorso per cassazione della decisione ai sensi dell'art. 606, 1° co., lett. c, c.p.p.

La garbata critica all'argomentazione della sentenza in commento è, altresì, avvalorata dalla chiosa finale secondo cui quand'anche il termine per l'attività investigativa fosse scaduto il 5.1.2007, si deve ritenere che decadde alle ore 24,00 del medesimo giorno non essendo l'attività del p.m., dei suoi consulenti e della polizia giudiziaria, collegata all'ora in cui, secondo i regolamenti, l'attività dell'ufficio viene chiusa. Il fatto, poi, che i giorni successivi fossero festivi, a parere del giudice di legittimità, non sposta il problema perché il termine per il deposito dell'elaborato doveva considerarsi prorogato al primo giorno successivo non festivo. La soluzione ermeneutica prospettata comporta una surrettizia disapplicazione delle norme poste a presidio della tutela dell'imputato, in parti-

colare, della parità delle armi tra accusa e difesa. D'altronde i privilegi attribuiti all'ufficio inquirente, nella sua interezza, non sono mai estesi, nella prassi giudiziaria, anche alla difesa del presunto reo, la quale, invece, è vincolata rigorosamente al rispetto di tutte le formalità prescritte nonché degli orari fissati.

Sebbene, poi, possa essere compresa l'elargizione concessa all'ufficio inquirente di depositare l'elaborato entro il corso dell'intera giornata di scadenza mal si comprende, comunque, come tale liberalità possa essere dilatata di ben 83 ore. Pertanto, a conti fatti, al p.m. sono stati concessi quasi tre giorni in più rispetto a quanto, nell'ordinarietà dei casi, viene attribuito alla difesa dell'imputato. Stando al disposto motivazionale in commento risulterebbero violate norme processuali poste a garanzia del diritto di difesa dell'imputato. Innanzitutto l'art. 6, 1° §, C.e.d.u. laddove assicura ad ogni accusato il diritto ad un equo processo; nonché il successivo 3° § che attribuisce all'indagato il diritto ad essere informato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico (lett. *a*) e di disporre dei mezzi necessari a preparare la sua difesa (lett. *b*) (principi inclusi anche nell'art. 14, 3° §, lett. *b*, P. i. d. c. p. nonché nell'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea). Recepita nel nostro diritto, la dizione di giusto processo di matrice costituzionale (art. 111 Cost.) impone innanzitutto l'osservanza del principio di parità delle armi tra le parti, ivi inclusa la pubblica accusa, nonché quello del contraddittorio nella formazione della prova, riconoscendo la potestà all'imputato di disporre delle condizioni più opportune a fini difensivi.

Conclusivamente, la opinabile sentenza in commento svilisce, in pratica, i contenuti delle fondamentali garanzie difensive riconosciute sia a livello di normazione nazionale che sovranazionale. Essa, in particolare,

ostracizza il principio di legalità della prova, dispensatore di quel grado di certezza richiesto in merito alla responsabilità del reo. Invero, in chiave teleologica la disciplina codicistica consente all'organo giudicante di selezionare i dati acquisiti all'esito di un concreto contraddittorio tra le parti antagoniste e secondo le ferree regole del procedimento probatorio ponendoli, con determinante efficacia dimostrativa, nel ragionamento giudiziale a fondamento della sua decisione ed espungendo gli atti probatori affetti da gravi e irreversibili patologie, quale l'inutilizzabilità. In proposito può parlarsi anche, più genericamente, di prova incostituzionale, in quanto la sua eterodossia è riconducibile ad una lesione dei diritti soggettivi fondamentali, riconosciuti e tutelati dalla nostra Costituzione. La vera natura della sanzione dell'inutilizzabilità della prova va rinvenuta nella «necessità di salvaguardare, nel procedimento di ricerca, acquisizione o assunzione della prova, il doveroso esercizio del diritto di difesa, la cui inviolabilità è sancita, com'è noto, dal 1° co. dell'art. 24 Cost.» (C., S.U., 27.3.1996, Sala, in *Mass. uff.*, 204644).

L'accesso a tutto il materiale raccolto dalla pubblica accusa all'indagato ed al suo difensore è funzionale all'arricchimento del quadro preistruttorio con una serie di iniziative difensive, consentendo, di fatto, alla parte più debole di poter interloquire realmente sull'addebito contestatogli. «Solo in questo modo si può ritenere rispettato il fondamentale valore della presunzione di non colpevolezza: viceversa, non concedendo alla difesa una controprova decisiva, cioè tale da orientare potenzialmente il giudice in una diversa direzione, si finirebbe per autorizzare spuri preconcetti sulla responsabilità (o pericolosità, ecc.) del sottoposto a procedimento» (GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 64).

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

Notificazioni

Cass., Sez. I, 5.12.2007 (dep. 15.1.2008), n. 2115, Pres. Chieffi, Rel. Corradini, ric. Chieco
Il co. 8 *bis* dell'art. 157 c.p.p., introdotto con la l. n. 60/2005, stabilisce che le notificazioni successive alla prima debbono essere eseguite, in caso di nomina del difensore di fiducia, presso quest'ultimo, il quale può dichiarare di non accettare la notificazione. Tale disposizione processuale è pacificamente applicabile a tutti i processi in corso e a tutti i casi in cui non venga effettuata dall'imputato un'elezione di domicilio, ma una semplice dichiarazione di domicilio e si fonda sull'onere del difensore di fiducia di portare effettivamente a conoscenza dell'imputato tutti gli atti che lo riguardano anche se non domiciliatario del suo assistito.

Cass., Sez. II, 21.12.2007 (dep. 10.1.2008), n. 1143, Pres. Esposito, Rel. Gallo, ric. X

La validità del decreto di irreperibilità ritualmente emesso non è inficiata dalla sopravvenuta acquisizione, in epoca successiva alla sua rituale emissione, di notizie pur utili ai fini della localizzazione dell'indagato.

Termini processuali

Cass., Sez. II, 18.12.2007 (dep. 9.1.2008), n. 776, Pres. Morelli, Rel. Zappia, ric. Di Fazio
La sospensione feriale dei termini prevista dall'art. 240 *bis* disp. att. c.p.p. opera con riguardo all'intera materia delle misure cautelari reali, anche nell'ambito di procedimenti aventi ad oggetto reati di criminalità organizzata; tale operatività attiene anche ai termini per l'impugnazione dei predetti provvedimenti e di trattazione del relativo procedimento incidentale.

Cass., Sez. II, 28.11.2007 (dep. 10.1.2008), n. 1143, Pres. Esposito, Rel. Gallo, ric. Borselli F. ed altro

La sospensione feriale dei termini prevista dall'art. 240 *bis* disp. att. c.p.p. non opera per i reati di criminalità organizzata, anche se riguardanti attività non mafiose ovvero ad esse equiparate; detta inoperatività riguarda

anche i termini per l'impugnazione di provvedimenti in materia di misure cautelari personali e di trattazione del relativo procedimento incidentale.

Testimonianza de relato

Cass., Sez. III, 30.11.2007 (dep. 15.1.2008), n. 2010, Pres. Lupo, Rel. Sensi, ric. Vitiello
L'art. 195 c.p.p., nel prevedere che il giudice è tenuto, a richiesta di parte, a chiamare il teste di riferimento, non esclude che il giudice, in caso di contrasto tra le dichiarazioni rese da quest'ultimo e quella resa dal teste *de relato*, possa valutare le due deposizioni ritenendo attendibile quella del teste *de relato* anziché quella del teste di riferimento, ciò in quanto l'art. 195 c.p.p. non attribuisce alcuna gerarchia tra le due dichiarazioni; diversamente, ciò contrasterebbe con il principio del libero convincimento del giudice, cui compete in via esclusiva la scelta critica e motivata della versione dei fatti da privilegiare.

Intercettazioni

Corte cost., *sent. 23.12.2007 (c.c. 19.12.2007), n. 390, Pres. Bile, Rel. Flick*
È costituzionalmente illegittimo l'art. 6, co. 2°, 5° e 6°, l. 20.6.2003, n. 140 («Disposizioni per l'attuazione dell'art. 68 Cost. nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato»), nella parte in cui stabilisce che la disciplina ivi prevista si applichi anche nei casi in cui le intercettazioni debbano essere utilizzate nei confronti di soggetti diversi dal membro del Parlamento, le cui conversazioni o comunicazioni sono state intercettate.

Cass., Sez. IV, 16.11.2007 (dep. 4.1.2008), n. 108, Pres. Brusco, Rel. Blaiocca, ric. El Karfi Matii

In tema di autorizzazione alle operazioni di intercettazione, il divieto di utilizzazione di informazioni confidenziali è espressamente limitato alla valutazione dei gravi indizi di reato e non opera qualora la fonte anonima si limiti a riferire agli inquirenti il numero

dell'utenza utilizzata dall'indagato già autonomamente attinto da gravi indizi di reità per il reato oggetto del procedimento.

Misure cautelari

Cass., Sez. Unite, 20.12.2007 (dep. 7.1.2008), n. 231, Pres. Gemelli, Rel. Conti, ric. Tonelli
La richiesta di riesame del provvedimento che dispone o convalida un sequestro è validamente proposta anche con telegramma o con trasmissione dell'atto a mezzo di raccomandata alla cancelleria del tribunale competente, che si individua in quello del capoluogo di provincia nella quale ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato.

Cass., Sez. II, 28.11.2007 (dep. 8.1.2008), n. 770, Pres. Morelli, Rel. Zappia, ric. Giordani
La nozione di indizio adottata dall'art. 273, 1° co., c.p.p. in tema di misure cautelari personali non coincide con quella adottata dall'art. 192, 2° co., c.p.p. in tema di valutazione della prova: nel primo caso, infatti, il riferimento agli indizi non è funzionale alla distinzione degli stessi dalle prove, ma evoca unicamente la natura del giudizio (di probabilità, e non di certezza) richiesto ai fini dell'applicazione di una misura cautelare personale, nell'ambito del quale vengono in rilievo non prove, bensì sempre e soltanto indizi; invero, l'art. 273 c.p.p. richiama espressamente soltanto i co. 3° e 4° (non anche il secondo) dell'art. 192 c.p.p., a riprova del fatto che il giudizio *de libertate* ha natura squisitamente probabilistica, e gli elementi a carico dell'indagato non sono valutabili secondo i parametri fissati per il giudizio di merito.

Cass., Sez. II, 8.11.2007 (dep. 4.12.2007), n. 45213, Pres. Rizzo, Rel. Zappia, ric. Lombardo

Il tempo trascorso dall'iniziale applicazione di una misura coercitiva non può essere invocato, in difetto di ulteriori elementi, per sostenere l'intervenuta attenuazione delle esigenze cautelari, costituendo di per sé elemento neutro, la cui valenza si esaurisce normativamente nell'ambito della disciplina dei termini di durata massima della custodia cautelare.

Cass., Sez. III, 8.11.2007 (dep. 15.1.2008), n. 2021, Pres. De Maio, Rel. Margherita, ric. Piacenti

L'art. 297, 3° co., c.p.p. non deroga ai principi fissati dall'art. 300 c.p.p., sicché, in tutti i casi diversi da quelli indicati (archiviazione, sentenza di non luogo a procedere o proscioglimento, sentenza di condanna a pena estinta, condizionalmente sospesa ovvero inferire alla custodia cautelare subita), le misure cautelari sono destinate a conservare la loro efficacia fino alla scadenza dei termini fissati dall'art. 303 c.p.p. Ne consegue che è ininfluente (salvo che ai fini del calcolo di durata massima della custodia *ex art. 303 c.p.p.*), la mancata emissione di una nuova ordinanza cautelare in caso di riqualificazione giuridica del fatto contenuta nella richiesta di rinvio a giudizio o nella sentenza di condanna di primo grado.

Cass., Sez. VI, 2.10.2007 (dep. 15.1.2008), n. 2182, Pres. Di Virginio, Rel. Milo, ric. Mouaddine Abderrahim

Ai fini del computo della decorrenza dei termini di durata massima della custodia cautelare, non si deve calcolare il giorno d'inizio della stessa, dovendosi applicare la regola generale contenuta nell'art. 172, 4° co., c.p.p.

Riparazione per l'ingiusta detenzione

Cass., Sez. I, 5.12.2007 (dep. 18.12.2007), n. 47001, Pres. Chieffi, Rel. Corradini, ric. Gammino

Nell'ipotesi in cui il condannato abbia beneficiato della fungibilità della pena, il giudice adito per la riparazione per l'ingiusta detenzione deve limitarsi a liquidare l'indennizzo per la parte di custodia cautelare che non debba essere calcolata in sede esecutiva, in ottemperanza alla opzione legislativa di cui all'art. 314, 4° co., c.p.p., in quanto il diritto alla riparazione costituisce il rimedio ultimo, quando non sia stato possibile attivare l'istituto della fungibilità che ha carattere di ristoro in natura. Specularmente, qualora l'interessato, pur potendo attivare ambedue le opzioni, abbia chiesto la riparazione per l'ingiusta detenzione, il giudice adito in sede

esecutiva per la concessione della fungibilità dovrà rigettarla, interpretando il 4° co. dell'art. 314 c.p.p. anche in senso inverso, non essendo conforme a legge che il condannato possa cumulare i due benefici, costringendo lo Stato ad attivare la disciplina civilistica della ripetizione dell'indebitato.

Immunità parlamentare

Cass., Sez. V, 30.10.2007 (dep. 14.12.2007), n. 46663, Pres. Colonnese, Rel. Vessicelli, ric. Borrelli ed altri

In presenza della delibera parlamentare (positiva o negativa) in tema di sindacabilità resta inibito al giudice ordinario di valutare ulteriormente la questione, salvo far ricorso al conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato.

Dibattimento

Cass., Sez. II, 18.10.2007 (dep. 22.11.2007), n. 43331, Pres. Rizzo, Rel. Ambrosio, ric. Poltronieri ed altri

1) L'acquisizione dibattimentale dei verbali di dichiarazioni per sopravvenuta impossibilità di ripetizione è subordinata al rigoroso accertamento: dell'irreperibilità del testimone sulla base di rigorose ed accurate ricerche; dell'imprevedibilità nella fase delle indagini preliminari, secondo il criterio della prognosi postuma, dell'irripetibilità in sede dibattimentale dell'apporto dichiarativo; della estraneità dell'irreperibilità ad una volontaria e libera scelta del testimone di sottrarsi all'esame nel contraddittorio dibattimentale.

2) Le dichiarazioni acquisite in giudizio per sopravvenuta impossibilità di ripetizione devono essere valutate non solo sulla base della credibilità soggettiva e oggettiva del dichiarante, ma anche in relazione agli altri elementi emergenti dalle risultanze processuali.

Sentenza

Cass., Sez. II, 4.12.2007 (dep. 11.1.2008), n. 1393, ric. Cassiano ed altri

Non si ha violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza se il concorrente *extraneus* di un delitto di concussione, la cui condotta di costrizione sia imputata al concorrente *intraeus*, sia condannato per il

delitto di estorsione con attribuzione diretta della condotta coercitiva a seguito dell'assoluzione del concorrente *intraeus*, se detta assoluzione sia conseguenza dell'impossibilità di utilizzazione probatoria delle dichiarazioni accusatorie del concorrente *extraneus*, che non le ha confermate al dibattimento, e quindi se non si sia verificata la sostanziale modifica delle modalità della condotta di costrizione contestata.

Impugnazioni

Cass., Sez. Unite, 20.12.2007 (dep. 1.2.2008), n. 5307, Pres. Gemelli, Rel. Canzio, ric. P.M. Pordenone in proc. Battistella

È abnorme, e quindi ricorribile per Cassazione, il provvedimento con cui il giudice per l'udienza preliminare disponga la restituzione degli atti al pubblico ministero per la genericità o l'indeterminatezza dell'imputazione, senza avergli previamente richiesto di precisarla.

Cass., Sez. I, 18.12.2007 (dep. 11.1.2008), n. 1534, Pres. Silvestri, Rel. Gironi, ric. Rega

Il ricorso straordinario previsto dall'art. 625 *bis* c.p.p. avverso le sentenze della Corte di cassazione non è esperibile avverso le decisioni che dichiarano inammissibile un ricorso presentato avverso sentenze che respingono un'istanza di revisione, in quanto il rimedio di carattere eccezionale è esperibile solo avverso le sentenze che rendono definitiva una sentenza di condanna; non è possibile utilizzare un rimedio di carattere eccezionale per contrastare una sentenza pronunciata in esito ad un mezzo di impugnazione a sua volta straordinario quale la revisione, ambedue capaci di incidere sul giudicato.

Cass., Sez. I, 12.12.2007 (dep. 11.1.2008), n. 2446, Pres. Chieffi, Rel. Cassano, ric. P.M. in proc. Wang

La conversione del ricorso in appello, benché la norma di previsione, a seguito delle modifiche apportate dalla legge n. 46/2006, faccia riferimento soltanto al caso in cui sussista connessione *ex art. 12 c.p.p.*, opera pur quando la sentenza, nei cui confronti una parte abbia proposto ricorso per cassazione

e l'altra appello, abbia riguardo ad un unico capo di imputazione.

Cass., Sez. VI, 6.12.2007 (dep. 28.12.2007), n. 47351, Pres. Oliva, Rel. Mannino, ric. P.M. in proc. Bastianello

Non riveste i caratteri dell'abnormità l'ordinanza con la quale il g.i.p., richiesto dell'archiviazione, all'esito dell'udienza prevista dall'art. 409, 2° co., c.p.p., restituisca gli atti al P.M. per l'interrogatorio dell'indagato e per il compimento di nuove indagini inutili ed impossibili.

Patteggiamento in appello

Cass., Sez. I, 23.10.2007 (dep. 15.11.2007), n., Pres. Gemelli, Rel. Gironi, ric. P.G. Bari in proc. Rizzo ed altro

La sentenza di appello emessa a seguito di concordato sui motivi in ordine alla derubricazione delle imputazioni originariamente contestate e ritenute fondate nella sentenza di condanna di primo grado, deve essere adeguatamente motivata in relazione alla rilevanza e alla valenza dimostrativa degli elementi idonei a portare alla diversa qualificazione giuridica del fatto, nonché al vaglio critico delle motivazioni del giudice di primo grado.

Revisione

Cass., Sez. VI, 10.7.2007 (dep. 19.12.2007), n. 47099, Pres. De Roberto, Rel. Milo, ric. Raccanello Fiori

1) Poiché l'art. 636, 2° co., c.p.p. richiama le disposizioni regolanti il dibattimento di primo grado e le correlative norme di attuazione, «in quanto... applicabili e nei limiti delle ragioni indicate nella richiesta di revisione», sono ammissibili in sede di revisione tutti i mezzi di prova, anche se non indicati in sede di richiesta, ma offerti o proposti in sede di giudizio, purché congruenti alle ragioni poste a fondamento della sollecitata revisione. Pertanto, anche il pubblico ministero e l'eventuale parte civile possono articolare prove contrarie e lo stesso collegio giudicante può assumere d'ufficio mezzi di prova ritenuti assolutamente necessari.

2) È legittimo che il giudice della revisione pervenga, in sede di rigetto, ad una diversa qualificazione giuridica del titolo di responsabilità del condannato ritenuta dal giudice della cognizione.

Ordinamento penitenziario

Cass., Sez. I, 7.11.2007 (dep. 12.12.2007), n. 46274, Pres. Chieffi, Rel. Corradini, ric. Ditto
Nell'ipotesi in cui sia stato emesso un decreto motivato di sottoposizione a controllo della corrispondenza di un detenuto *ex art. 18 ter* ord. penit. da parte del magistrato di sorveglianza in relazione ad un determinato procedimento, è consentito ad altra autorità giudiziaria utilizzare detto provvedimento per estrarre copia della corrispondenza utile ai fini di altra indagine.

Le due anime dell'art. 420 bis c.p.p.: il libero convincimento del giudice e la partecipazione consapevole dell'imputato

di Annalisa Violante

1. *Le innovazioni apportate dalla l. n. 479 del 1999 in tema di rinnovazione dell'avviso ex art. 420 bis c.p.p.* – La fisionomia dell'udienza preliminare ha subito, dal 1988 in avanti, una trasformazione (*melius*, evoluzione) da momento meramente deliberativo-processuale, volto a valutare la consistenza degli elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio, a luogo di definizione anticipata del procedimento nel merito.

Già attraverso il d.p.r. 22.9.1988, n. 477, il legislatore aveva concepito l'udienza preliminare sia come strumento di verifica dell'accusa, sia in funzione deflattiva del dibattimento, non trascurando, pur tuttavia, la sua dimensione originaria di "filtro" delle imputazioni azzardate [sulla contemporanea dimensione processuale dell'udienza preliminare in qualità di "filtro" e di momento relativo all'ottica deflattiva del dibattimento, CONSO, *È in corso un dibattito sul progetto preliminare del 1988*, in *GP*, 1988, I, 292. Nell'ordinamento interno, un prototipo di udienza preliminare è quello elaborato da Carnelutti, a cavallo tra il 1962 e il 1963, attraverso la *Bozza di uno schema del codice di procedura penale*, nonché dalla legge-delega del 1974 che inquadrava la fase *de qua* come «udienza di smistamento». Ancora, in chiave comparatistica, sull'istituto del *committal proceeding*, di matrice anglosassone, v. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, Padova, 1996, 45; nonché FANCHIOTTI, *Processo penale nei paesi di Common Law*, in *Digesto/pen.*, X, Torino, 1995, 156. Sull'istituto della *preliminary hearing* di diritto statunitense, FRIGO, *Art. 416*, in *Comm. Chiavario*, Torino, IV, 1990, 565]. La trasformazione radicale che questa fase processuale ha subito attraverso le modifiche

introdotte dalla legge 16.12.1999, n. 479 (c.d. legge Carotti) ha comportato altresì l'estensione di poteri propri del giudice del dibattimento al giudice per l'udienza preliminare, corroborando quindi le ragioni che inducono a sostenere come l'attuale disciplina dell'udienza preliminare sia tutta improntata al conseguimento dei parametri di economia processuale e di speditezza del corso della giustizia.

Ma spesso ci si è domandato se il pure pregevole intento di realizzare determinati principi (come quello della celerità dei procedimenti e della ragionevole durata del processo) non ne subisca, *ex adverso*, la compressione di altri ugualmente importanti; la storia del processo penale italiano ha seguito un percorso attraverso il codice previgente, che, avendo riposto il potere nelle mani del giudice istruttore, vedeva un mero simulacro di dibattimento, per transitare nel momento di massima espressione del modello accusatorio con la riforma del 1988, in cui la centralità del contraddittorio tra le parti diventava manifestazione di un profondo sentimento democratico troppo a lungo sopito, fino ai giorni nostri in cui, inutile negarlo, assistiamo alla progressiva sedimentazione di meccanismi inquisitori dei quali spesso si è fatta portavoce la legge nella definizione del caso concreto.

Il legislatore del 1999 ha inteso valorizzare la funzione di definizione nel merito dell'udienza preliminare attraverso l'introduzione di procedure volte ad impedire che "imputazioni azzardate" giungessero al dibattimento, ciò nondimeno, per raggiungere questo risultato, ha notevolmente ampliato il raggio d'azione dei poteri spettanti al giudice per l'udienza preliminare (cfr. per tutte, C. Cost. n.

224/2002): nell'ambito di queste innovazioni trovano la propria sede istituti che in precedenza erano appannaggio esclusivo del dibattimento, vale a dire la costituzione delle parti ed in particolare gli istituti della contumacia e del legittimo impedimento del difensore di fiducia.

Se nel codice del 1988 la sanzione della contumacia si prospettava solo in caso di ingiustificata assenza in sede dibattimentale, con la l. n. 479/1999 s'inserisce nel tessuto normativo l'obbligo per il giudice dell'udienza preliminare di procedere all'accertamento relativo alla costituzione delle parti, rinnovando gli avvisi, le citazioni le comunicazioni e le notificazioni di cui dichiara la nullità (cfr. sul punto, APRILE-SASO, *L'udienza preliminare*, Milano, 2005, 86; limitatamente alla costituzione di parte civile, GIUNCHEDI, *Sul dies ad quem per la costituzione di parte civile nell'udienza preliminare*, in *GI*, 2001, 1022) e dunque si è ritenuto necessario dare impulso alla partecipazione dell'imputato sin da questa fase processuale, provvedendo il giudice ad emettere ordinanza che dichiara la contumacia in caso di assenza non giustificata da incolpevole mancata conoscenza dell'udienza preliminare a suo carico o da caso fortuito, forza maggiore o legittimo impedimento a comparire (in relazione all'anticipazione del giudizio contumaciale in questa fase, in senso di una *involutione* garantista, BRICCHETTI, *L'impedimento del difensore rinvia la causa*, in *GDir*, 2000, 1, L; *contra*, GALANTINI, *La nuova udienza preliminare*, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive*, a cura di Amodio-Galantini, Milano, 2000, 101). Le nostre riflessioni partono dunque dalla constatazione che gli artt. 420 *bis*, *ter*, *quater* e *quinquies*, introdotti *ex novo* dalla succitata novella, hanno trasferito nell'ambito dell'udienza preliminare i contenuti degli artt. 485, 486, 487 e 488 c.p.p. – abrogati dall'art. 39, co. 1° e 2°, l. n. 479/1999 – concernenti il dibattimento (cfr. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2007, 406.).

2. *Un aspetto particolare: la valutazione della probabilità d'ignoranza.* – L'attuale sistema normativo ha inteso garantire con maggiore rigore rispetto al passato il diritto dell'impu-

tato a partecipare al processo, ragione per cui è stabilito che il giudice debba disporre, anche d'ufficio, che l'«avviso» dell'udienza preliminare di cui all'art. 419 c.p.p. sia rinnovato nel caso in cui *sia provato o appaia probabile* che l'imputato non ne abbia avuto effettiva conoscenza (già con la l. 8.8.1977, n. 534, l'orientamento del legislatore era indirizzato alla progressiva eliminazione del divario tra conoscenza legale e conoscenza effettiva dell'atto processuale, preoccupandosi della concreta e consapevole partecipazione dell'imputato al processo che lo riguarda: così, GAROFOLI, *Gli avvertimenti processuali come strumento di tutela*, Milano, 1984, 14). La peculiarità, dunque, dell'art. 420 *bis* c.p.p. in tema di rinnovazione dell'avviso sta nel fatto che *se solo appare probabile* che l'imputato non abbia avuto conoscenza dell'udienza preliminare, fuori dai casi di notificazione al difensore e sempre che il fatto non sia dovuto a sua colpa, il giudice dispone che l'«avviso» dell'udienza venga rinnovato e dunque che la stessa sia rinviata [esemplificando, può accadere che, in caso di notifica dell'udienza preliminare in capo ad un soggetto già sottoposto ad arresti domiciliari per altra causa, il giudice disponga la rinnovazione dell'«avviso» qualora la detta notifica sia stata consegnata «ad un familiare convivente presso il medesimo domicilio» dell'imputato (in tal senso, v., APRILE-SASO, cit., 101)]. La possibilità per l'organo giudicante di valutare liberamente in tal senso non solo in caso di effettiva sussistenza della prova relativa alla mancata conoscenza da parte dell'imputato, ma anche quando la prova stessa non vi sia e tuttavia «appaia probabile» la mancata conoscenza incolpevole, induce ad accogliere il principio della conoscenza reale e ad escludere quello della conoscenza legalmente presunta, conformandosi, tale soluzione, ai parametri sanciti dalla normativa di origine patrizia [cfr., MOSCARINI, *Art. 420 bis c.p.p., Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*, in PERONI, *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, 305]: la

Corte europea dei diritti umani ha stabilito, infatti, che la notifica della citazione a giudizio deve garantire all'imputato l'esercizio effettivo dei diritti di cui all'art. 6 C.e.d.u.; di conseguenza, non può essere presunta in modo inequivoco la volontà di non partecipare all'udienza in difetto di qualsiasi prova di una notifica ufficiale, configurandosi una violazione dell'art. 6, 1° §, C.e.d.u. nel caso in cui l'imputato sia stato giudicato in contumacia perché ritenuto irreperibile e pur tuttavia non vi sia prova della conoscenza del procedimento a suo carico (C. eur., 9.6.2005, R.R. c. Italia).

Soffermandoci sul 1° co. dell'art. 420 *bis*, risulta *prima facie* evidente che il nuovo orientamento intende promuovere come necessaria la partecipazione dell'imputato all'udienza che lo riguarda così come necessaria si presenta un'adeguata difesa tecnica che possa avvalersi di idonei strumenti in grado di rendere effettivo il contraddittorio tra le parti (MOSCARINI, cit., 305).

Tuttavia, continuando la lettura del dettato normativo, la *littera legis* di cui al 2° co. della disposizione in esame, si affretta a rafforzare l'insindacabilità dell'apprezzamento del giudice stabilendo che «tale valutazione non può formare oggetto di discussione successiva né motivo d'impugnazione», creando un potere valutativo di enorme portata in capo all'ufficio giudicante.

Ci si domanda, allora, come sia conciliabile un sistema che ritiene di essere allineato ai criteri del giusto processo, inteso come modello di stampo accusatorio, con la previsione di una *climax* relativa al libero convincimento del giudice che si spinge fino a ritenere insindacabile una valutazione meramente discrezionale, al raggiungimento della quale contribuiscono in proporzione non suscettibile di apprezzamento anche le conoscenze extragiuridiche dell'organo giudicante.

A ben guardare, la motivazione «effettiva di una sentenza non è affatto espressa» in quella «formale, ma si trova piuttosto nelle pieghe nascoste dell'animo del giudicante, cioè nel *sentimento* del giudice. Ogni uomo, e

così il giudice, è portato forse fatalmente a dare un significato e una portata universali a quell'ordine di valori ch'egli è andato imprimendosi nella sua individuale coscienza» (così testualmente CAPPELLETTI, *Processo e ideologia*, Bologna, 1969, 31 ss.).

Tuttavia, la prudente valutazione della probabilità che l'imputato non abbia avuto conoscenza dell'avviso deve tendere a non eccedere nel fare conto delle capacità intuitive di comprensione dei fatti umani da parte del giudice, ragione per cui l'unica via da percorrere affinché si arrivi ad un contenimento di ciò che appare *ictu oculi* una inaccettabile involuzione garantista, è quella interpretativa (il lavoro dell'interprete, in questo caso della Corte di Cassazione, è quello di osservare la norma così come concettualizzata dal legislatore e di prevederne le eventuali implicazioni della stessa, assunta come criterio, ricercando, alla luce di quel parametro, le prerogative che s'intendono assumere a disciplina della realtà più ampia da interpretare. In tal senso, GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, 15): il giudice è chiamato a motivare la dichiarazione di contumacia, la quale sarà allegata al decreto che dispone il giudizio, specificando le ragioni del decidere che lo hanno indotto a riconoscere la probabilità di conoscenza, da parte dell'imputato, circa la fissazione dell'udienza a suo carico; provvedimento, questo, che sia in primo grado, sia in occasione del ricorso in Cassazione di cui all'art. 606, 1° co., lett. e, potrà affrontare il controllo di legittimità; cionondimeno, considerato che l'art. 420 *bis* c.p.p. riproduce testualmente il dettato dell'art. 485 abr. in ordine alla libera ed insindacabile valutazione del giudice, il criterio interpretativo che allora tempera la palese involuzione garantista, così come appare dal testo normativo, e che è stato adottato dalla Corte regolatrice chiamata ad interpretare la citazione relativa all'abrogato art. 485, sta nel fatto che il presupposto per l'applicazione della norma non poteva essere individuato nella mera «possibilità» che l'imputato non avesse avuto effettiva conoscenza della citazione a giudizio, bensì in ragione della «probabilità» del difet-

to di effettiva conoscenza (C., Sez. V, 12.3.1998, p.m. in proc. Iorno, in *Mass. uff.*, 211621). Vale a dire attraverso la sussistenza di un grado di conformità alla realtà più forte rispetto al parametro della semplice «possibilità».

Tale ricostruzione appare l'unica in grado di porre un limite affinché il libero convincimento in tal senso non sfoci in patologico arbitrio [sul potere del giudice in veste di protagonista assoluto della scena processuale, GOLDSCHMIDT, in *Der Prozess als Rechtslage (Eine Kritik des prozessualen Denkens)*, 1962, ristampa dell'edizione berlinese del 1925], ma a ben guardare appare altresì un criterio piuttosto labile se si considera l'enorme portata dei poteri di cui è investito l'organo giudicante sin da questa fase.

V'è da chiedersi, tuttavia, cosa accada qualora sia omessa la dichiarazione di contumacia da parte del giudice.

Secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato della S.C., la formale omissione della dichiarazione di contumacia non comporta nullità della sentenza, in quanto non è prevista alcuna sanzione volta a censurare l'operato del giudice in merito a questo profilo e non determinando alcun pregiudizio ai fini della garanzia al diritto di difesa dell'imputato (C., Sez. VI, 21.4.2006, P. I., in *RP*, 2007, 217; C., Sez. IV, 16.12.2004, Bertucca, in *ANPP*, 2006, 216). La Corte afferma, inoltre, che qualora l'imputato non compaia senza addurre legittimo impedimento e questo non risulti dagli atti, il giudice non ha l'obbligo di motivare espressamente sulla insussistenza di un legittimo impedimento dell'imputato, facendo seguito, dunque l'instaurazione del giudizio contumaciale anche prescindendo da una dichiarazione formale sulla mancata presenza colpevole. A ben guardare, l'indirizzo giurisprudenziale *de quo* sembra rifarsi al principio di origine pattizia secondo cui prevale la conoscenza reale su quella presunta; tuttavia, corollario di quanto osserva la Corte è la circostanza per cui nel nostro ordinamento vige un sistema processuale informato a criteri non di mera formalità, bensì a criteri sostanziali, quasi che le

regole formali siano estranee al diritto processuale.

È doverosa una riflessione: il metodo della giurisdizione si sostanzia nel concetto per cui il processo è studio delle forme e delle regole e la garanzia dell'osservanza di queste ultime è diretta espressione del diritto di difesa; l'amara constatazione per cui ci si stia allontanando dalla vera essenza del processo penale è diretta conseguenza dell'ingiustificata convinzione per cui formalismo è sinonimo di inutile appesantimento delle procedure a discapito dell'esigenza di consegnare il reo alla giustizia in tempi ridotti. Per i profili che a noi interessano, l'abbandono delle regole è stata forse la causa scatenante di una serie di anomalie che vanno ben oltre il dato meramente terminologico e definitorio di determinati istituti, in ragione della convinzione per cui alcuni di essi possano avere portata equipollente.

3. *L'art. 420 bis c.p.p.: avviso o avvertimento?*

– Alla luce di quanto sin qui osservato, è il caso di riflettere su un dato sconcertante che non può non osservarsi in questo contesto, specie in considerazione della circostanza per cui il nostro ordinamento si mostra molto sensibile ai canoni del giusto processo e, nel caso di specie, alla tutela dei diritti dell'imputato e alla terzietà del giudice: l'aver parlato di «avviso» nel caso dell'art. 420 *bis* – e ancor prima dell'art. 419 c.p.p. – e non di «avvertimento», in forza della immotivata convinzione che avviso e avvertimento siano sinonimi.

Il rilievo non è di poco conto se si considera l'intrinseca diversità ontologica nonché assiologica dei due istituti relativi al complesso tema dell'informazione nel processo penale: se l'avviso svolge la funzione di rendere il destinatario consapevole della situazione giuridica in cui versa, l'avvertimento, a sua volta, comporta, nei confronti di un soggetto totalmente sfornito di conoscenze tecnico-giuridiche – senza tuttavia ledere il suo potere di autodeterminazione – il conferimento di una puntuale ed effettiva garanzia all'informazione che altrimenti non sarebbe esercitabile da parte del soggetto stesso. Gli av-

vertimenti, dunque, si ricollegano alla problematica della *ignorantia iuris* della legge processuale penale e alla necessità di evitare che tale situazione di non conoscenza possa risolversi a danno dei destinatari (sul punto, v. GARFOLI, cit., 3 ss., nonché FOSCHINI, *Avvertimenti, ammonizioni ed esortazioni nell'interrogatorio dell'imputato*, in *L'imputato*, Milano, 1956, 65; GREVI, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 310, nota 10).

Alla stregua di queste considerazioni, appare piuttosto controverso il significato di «avviso» come emerge dal testo di legge di cui all'art. 420 *bis* c.p.p., tanto più se si osserva come il secondo comma restituisca vigore alla figura del giudice istruttore: in questo contesto, il legislatore avrebbe dovuto contenere le conseguenze della valutazione insindacabile da parte del giudice quantomeno in ordine alla valenza della norma in esame, elevandone il grado di tutela nei confronti dei soggetti destinatari; se la contumacia è la sanzione collegata all'ingiustificata assenza nel processo che lo riguarda da parte dell'imputato; se la conoscenza tempestiva del procedimento a carico di un soggetto accusato di un reato è precetto sancito dalla Costituzione; se l'anticipazione di determinati istituti nell'ambito dell'udienza preliminare ha, tra gli altri, come scopo quello di assicurare il diritto dell'imputato a partecipare al processo, non sfuggirà allora, all'occhio attento dell'interprete, l'utilizzo perpetrato, da parte del legislatore, di due termini considerati ancora oggi come equipollenti, residuando agli artt. 419 ss. c.p.p. la connotazione di meri avvisi e non di avvertimenti (il rilievo non è di poco conto neppure considerato nella sua dimensione meramente terminologica; ciò si evince in tema di avvisi e avvertimenti, attraverso l'analisi svolta da AUSTIN, *How to do things with words*, Harvard University Press, 1962).

E non è certo superfluo il rilievo per cui, proprio laddove si sancisce a gran voce che il potere valutativo del giudice è insindacabile, non si fornisca *ex adverso* all'imputato la

tutela che solo l'avvertimento può rendere palpabile, nella sua funzione di garante della *scientia iuris* e di conseguenza della possibilità concreta di apprestare efficacemente gli strumenti per un'adeguata difesa tecnica.

Ciò non di meno, stando al tenore degli artt. 419 e 420, 2° co., c.p.p., è opportuno notare come, fino all'entrata in vigore della l. 5.6.2000, n. 144, nella prima disposizione normativa menzionata, si sia parlato esclusivamente di «avviso», mentre nella seconda, interessata dall'intervento riformatore del 1999, si parli, tuttora, di «citazioni» che, qualora assenti, rientrerebbero nel novero delle nullità assolute *ex art.* 179 c.p.p., incarnando, la citazione per l'udienza preliminare un atto complesso, composto anche da contenuti inerenti all'imputazione (in tema, v. SCALFATI, *L'udienza preliminare*, Padova, 1999, 142, nota 443; sulla funzione informativa dell'art. 419 c.p.p. prima della novella *ex l. n.* 144/2000; GARUTI, cit., 169; circa la funzione di *discovery*, giova ricordare che nel caso di indagini disposte coattivamente ai sensi dell'art. 409, 4° co., c.p.p., a cui faccia seguito l'esercizio dell'azione penale da parte del magistrato del pubblico ministero, appare opportuno l'invio dell'avviso *ex art.* 415 *bis* c.p.p. all'indagato. Cfr., SPANGHER, *Citazione diretta, imputazione coatta, art. 415 bis c.p.p.*, in *GiC*, 2002, 3825); ebbene, nel disposto di legge *ex art.* 419, 1° co., c.p.p., come novellato dalla l. n. 144/2000, compare il termine «avvertimento» in relazione all'informazione fornita all'imputato circa la sanzione processuale in cui potrebbe incorrere, vale a dire la contumacia, qualora non compaia all'udienza a suo carico.

Dovrebbe allora dedursene che l'avvertimento si sostanzia nella *species* del *genus* avviso. Ma la prospettiva muta radicalmente se consideriamo come fulcro delle norme appena citate l'imputato: è costui il destinatario dell'attività informativa! E l'imputato è soggetto protagonista del processo sprovvisto di quelle conoscenze tecniche che avrebbero giustificato l'emissione nei suoi confronti di un mero «avviso».

Chiediamoci quale possa essere la ragione di questo utilizzo così disinvolto di istituti tanto delicati e complessi, tanto più tenendo presente la posizione processuale del soggetto imputato, la cui sfera di autodeterminazione è coinvolta dallo stesso significato ontologico ed euristico del termine «avvertimento». Una risposta ai nostri quesiti può essere offerta dalla sedimentazione di meccanismi giuridici, di cui si è detto in precedenza, che hanno incrementato il tasso d'istruttoria dell'udienza preliminare, sveltendo l'importanza stessa della partecipazione dell'imputato sin da questa fase: in teoria la novella del 1999 avrebbe dovuto rafforzare l'irrinunciabilità del diritto a prendere parte al processo; in pratica si è rimesso tutto nelle mani della discrezionalità dell'organo giudicante che attualmente decide liberamente se sia probabile o meno che l'imputato abbia avuto reale conoscenza dell'«avviso» dell'udienza a suo carico [un interessante ed autorevole spunto di riflessione sul divario tra teoria e pratica e tra giurista e giudice è dato da ZAGREBELSKI (conferenza su *La giustizia tra teoria e pratica* tenutasi alla Normale di Pisa il 18.5.2007)].

4. (segue): *l'omesso «avviso» ex art. 419 c.p.p. nei confronti dell'imputato contumace.* – Proseguendo la nostra indagine circa la partecipazione consapevole dell'imputato all'udienza che lo riguarda, giova ancora una volta sottolineare come, in tema di *vocatio in iudicium*, le norme codicistiche, oggetto della nostra disamina, menzionino il lessema «avviso» quale *genus* contenitore della *species* rappresentato dall'«avvertimento» (v. quanto già affermato sul punto al § 3).

Chiediamoci, dunque, cosa accada qualora l'imputato non compaia nel giudizio che lo riguarda, relativamente alla rinnovazione dell'«avviso» ad altra udienza. *Nulla quaestio* nel caso in cui sia accertato dal giudice l'ipotesi di legittimo impedimento a comparire ai sensi dell'art. 420 *ter*, co. 1° e 2°, c.p.p.; tuttavia, la rinnovazione dell'avviso è esclusa, ex art. 420 *quater*, qualora «non ricorrano le condizioni indicate negli articoli 420, 2° co., 420 *bis* e 420 *ter*, co. 1° e 2°», dovendosi procedere *ex officio* alla dichiarazione di

contumacia dell'imputato con la conseguenza che egli sarà rappresentato dal suo difensore.

La controversa questione circa la possibilità che venga rinnovato l'avviso all'imputato, nonostante la previa dichiarazione di contumacia, sorge, tuttavia, nel momento in cui poniamo l'attenzione su casi di particolare complessità, e non per questo motivo meno ricorrenti nella prassi, per i quali non risulta propriamente incontrovertibile la legittimità dell'omesso «avviso» al contumace, facendosi strada il dilemma che l'omissione stessa possa rientrare nel novero delle nullità a regime intermedio ex art. 178, 1° co., lett. c.

È questa l'ipotesi in cui, in circostanze di legittimo impedimento del difensore di fiducia, tempestivamente comunicato, l'avviso venga rinnovato solo nei confronti del difensore medesimo, e non anche all'imputato contumace, potendo risultare, l'omessa rinnovazione, affetta da nullità. Ora, che la sanzione della contumacia comporti la rappresentanza dell'imputato da parte del suo difensore è dato certo (v. sul punto, APRILE-SASO, cit., 113, nonché, prima dell'intervento riformatore del 1999, NAPPI, *Contumacia (dir. proc. pen.)*, in *Digesto/pen.*, Torino, 1989, 150); se il difensore di fiducia legittimamente impedito è sostituito da un difensore d'ufficio ex art. 97, 4° co., c.p.p. (sui rapporti tra sostituzione d'ufficio e sostituzione fiduciaria, D'AGNOLO, *Sostituzione d'ufficio e sostituzione «fiduciaria» del difensore tra prassi e modifiche normative*, in *GI*, 2001, 2360), ciò non di meno, il punto controverso è quello di individuare quali soggetti debbano considerarsi “presenti” all'udienza ai sensi dell'art. 477, ult. co., c.p.p. (favorevole alla rinnovazione dell'avviso all'imputato contumace, nonostante la lettera dell'art. 477, ult. co., c.p.p., FILIPPI, *Art. 19 legge 16 dicembre 1999 n. 479*, in *DPP*, 2000, 194) ai fini della comunicazione orale valida come notificazione.

La questione processuale su citata può essere risolta, invero, attraverso l'orientamento giurisprudenziale della S.C., nonché dal combi-

nato disposto degli artt. 420 *bis*, 1° co., e 420 *ter*, 5° co., c.p.p.

Relativamente alla declaratoria di contumacia, contestuale rispetto all'udienza in cui viene desunto il legittimo impedimento del difensore di fiducia, la Corte si è espressa nel senso di far ricadere tale ipotesi nella censura delle nullità assolute, non potendo procedersi alla dichiarazione di contumacia dell'imputato, previa nomina allo stesso di un difensore d'ufficio, una volta acquisita la dichiarazione di adesione del difensore di fiducia all'astensione dalle udienze (C., Sez. IV, 25.2.2004, Suero Perez, in *Mass. uff.*, 228855); successivamente, la Corte regolatrice ha risolto la questione ribaltando il precedente indirizzo, sancendo la legittimità della dichiarazione di contumacia dell'imputato nella medesima udienza in cui viene dedotto il legittimo impedimento del difensore di fiducia, argomentando su come non sia ravvisabile altresì, in detta ipotesi, una violazione al diritto di difesa, in quanto la sua osservanza viene garantita dalla presenza del difensore d'ufficio (sulla completa assimilabilità dei poteri-doveri del difensore d'ufficio con quelli del difensore di fiducia, C. Cost., n. 450/1997); di qui, l'assunto per cui l'omesso «avviso» nei confronti del contumace non rappresenterebbe una violazione delle norme in tema di nullità degli atti processuali (C., Sez. IV, 12.10.2005, Ferraro, in *Mass. uff.*, 232373). Sulla scorta di quest'ultima decisione, le Sezioni unite hanno nuovamente affrontato la problematica in esame fornendo una soluzione caratterizzata dall'individuazione dei criteri cronologici da utilizzare nei casi di assenza legittima del difensore di fiducia e necessità di procedere alla declaratoria di contumacia (C., S.U., 28.2.2006, Grasia, in *DPP*, 2006, 697): il giudice deve procedere innanzi tutto alla verifica della regolare costituzione delle parti; nell'ipotesi in cui si accerti il legittimo impedimento del difensore di fiducia, occorre che si provveda alla designazione di un sostituto ai sensi dell'art. 97, 4° co., c.p.p.; solo a questo punto, il giudice instaurerà il procedimento *ex art.* 420 *bis* c.p.p. al fine della declaratoria di

contumacia dell'imputato. In altri termini, solo dopo una decisione riguardante la posizione dell'imputato, il giudice esaminerà la richiesta di rinvio da parte del difensore legittimo assente. Non solo. In ragione dell'art. 102, 2° co., c.p.p., il sostituto, acquisendo i doveri del sostituito, diviene anche destinatario delle notificazioni circa il rinvio dell'udienza, mutuando la disciplina ai sensi dell'art. 477, 3° co., c.p.p., in quanto compreso tra coloro i quali debbono considerarsi "presenti". Ragione per cui, stando al tenore della decisione in parola, non solo non parrebbe necessaria la notificazione all'imputato contumace, ma risulta ultroneo l'invio dell'avviso persino al difensore legittimamente impedito!

Risulta difficile, allora, non constatare una violazione di un principio cardine del giusto processo, vale a dire la garanzia offerta dal diritto al contraddittorio il quale si manifesta attraverso la tutela dell'effettiva partecipazione al processo nei confronti del soggetto imputato con il tramite della *vocatio in iudicium*.

Se un rimedio efficace può non essere prontamente esperito attraverso i criteri dettati dalla Corte europea dei diritti umani in tema di conoscenza reale e conoscenza legalmente presunta (C. eur., 9.6.2005, R.R. c. Italia; C. eur., 18.5.2004, Somogyi c. Italia; C. eur., 1.11.2001, Sejdovic c. Italia), è sul dato normativo emerso dal codice di procedura penale vigente che occorre ricostruire una soluzione di *favor* circa la manifesta illogicità che l'omesso «avviso» all'imputato contumace porta con sé. Il 1° co. dell'art. 420 *bis* c.p.p., infatti, stabilisce che «il giudice dispone anche d'ufficio che sia rinnovato l'avviso dell'udienza preliminare a norma dell'art. 419, 1° co., quando è provato o appare probabile che il fatto non sia dovuto a sua colpa e fuori dai casi di notificazione mediante consegna al difensore a norma degli artt. 159, 161, 4° co., e 169».

Ciò che si presta ad essere punto focale di questa disamina è l'ultima parte della disposizione citata: se allora la rinnovazione dell'«avviso» è esclusa nei casi di irreperibilità

dell'imputato (art. 159 c.p.p.); nei casi di consegna al difensore per mancanza, insufficienza o inidoneità del domicilio dichiarato o eletto (art. 161, 4° co., c.p.p.); ovvero nell'ipotesi in cui l'imputato sia residente all'estero e non abbia eletto domicilio in Italia, ne consegue che al di fuori delle previsioni espressamente menzionate dalla norma *de qua*, l'«avviso» debba essere rinnovato anche nei confronti dell'imputato contumace, altrimenti la sua omissione ricadrebbe inevitabilmente nel novero delle nullità a regime intermedio *ex art.* 178, 1° co., lett. *c*, (occorre far riferimento al c.d. "principio del trattamento" in ordine alla tassatività delle nullità che lungi dall'essere sinonimo di "applicazione analogica", consente di adeguare il criterio *ex art.* 177 c.p.p. a tutte le ipotesi in cui la legge processuale penale, attraverso un processo di sussunzione, sottopone un vizio nell'ambito delle nullità così come "trattate" dalla disciplina ai sensi degli artt. 177 ss. c.p.p.: così CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1956, 84).

Forse a tale conclusione si sarebbe giunti qualora si fosse data la giusta importanza alla differenza tra avviso ed avvertimento su cui si basa la complessità degli istituti interessati dal tema dell'informazione nel processo penale, abbandonando una volta per tutte la irragionevole convinzione per cui lo studio attento e pedissequo delle forme sia sinonimo di decelerazione dei procedimenti.

5. *Considerazioni conclusive.* – La nostra analisi, tentando una timida ma decisa conclusione sul punto, ha percorso il pericoloso e labile sentiero che divide la dottrina dalla prassi.

La rimodulazione della struttura dell'udienza preliminare si manifesta, certo, sia in veste di garanzia per la definizione anticipata dei processi, sia come rimedio al fine di rendere più snelle le procedure in un'ottica deflattiva dei dibattimenti; tuttavia il nostro ordinamento convive ormai da anni con la precarietà di un sistema che per via del perverso ingranaggio venutosi a creare in relazione ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale, cerca di sanare le contraddittorie-

tà e il cattivo funzionamento della giustizia italiana quasi sempre ponendosi come primo obiettivo o l'inasprimento delle leggi già esistenti ovvero il contenimento della disastrosa condizione in cui versa il nostro paese in qualità di sorvegliato speciale da parte della Corte di Strasburgo per via dell'eccessiva durata dei procedimenti. Un esempio incisivo in tal senso è dato dalla l. n. 46/2006 in tema d'impugnazioni [in base all'art. 1, l. n. 46/2006 l'art. 593 c.p.p. era stato modificato escludendo il potere impugnatorio del pubblico ministero avverso le sentenze di proscioglimento, pur garantendo comunque la possibilità di appellare nel caso previsto dall'art. 603, 2° co., c.p.p. Si rifletta in proposito sul duplice ordine di motivi che hanno spinto il legislatore ad intervenire sull'assetto normativo in proposito: da un lato il forte richiamo al modello accusatorio tipicamente anglosassone e, in particolare, al principio di presunzione di innocenza dell'imputato; dall'altro, l'annosa questione sulla *irragionevole* durata dei nostri processi. Tuttavia, con sentenza n. 26/2007, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1 della l. n. 46 perché in contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost., ristabilendo la situazione *quo ante*.], così come la l. n. 479 nel modificare l'assetto dell'udienza preliminare se da un lato ha mantenuto fede all'esigenza di speditezza nella celebrazione dei processi, dall'altro ha ampliato le prerogative del giudice per l'udienza preliminare in modo tale da suscitare dubbi specie in relazione ai poteri valutativo-discrezionali in capo a quest'ultimo con la conseguente preoccupazione che lo spettro del giudice istruttore possa pregiudicare le pur meritevoli ragioni che hanno indotto il legislatore ad introdurre nell'udienza preliminare istituti propri della fase dibattimentale (per un attento approfondimento in tema di poteri del giudice e della sua posizione di *primus inter pares*, DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocedurale del giudice*, Torino, 2000, 10 ss. Sul significato più genuino di terzietà nonché sull'interpretazione del significato di "precostituzione del giudice", GAITO-GIUNCHEDI, *Il giudice più idoneo tra*

prospettive sovranazionali e giustizia interna, in GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 32).

Ancora, vale la pena ricordarlo, le riflessioni sin qui svolte hanno portato, attraverso l'approfondimento di un aspetto concernente la rinnovazione dell'avviso di cui all'art. 420 *bis* del codice di rito vigente, a porre l'attenzione ancora una volta alle manifeste illogicità che l'attuale processo penale italiano porta con sé, con l'auspicio di giungere al più presto ad un modello processuale di stampo europeo (cfr., circa l'evoluzione europea del processo penale, per tutti, GAITO, *Un processo penale verso il modello europeo*, in GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, cit., 1 ss.) che rifugga dalle intrinseche patologie degli ordinamenti interni ed omologhi le legislazioni dei paesi contraenti attraverso il lavoro di ricerca, unico mezzo per apprestare validi strumenti in grado di conseguire il traguardo del *procès équitable*, vale

a dire un processo "equo" – aggettivo più esatto ed adatto di "giusto" – che trovi la sua ragion d'essere nel *due process of law* di matrice anglosassone e che sia modellato in funzione dell'epoca in cui viviamo, tutta tesa alla costruzione del c.d. "villaggio globale", che giunga nel più breve tempo possibile alla sua piena autonomia nel rispetto delle norme sostanziali e che metta la parola fine all'inasprimento delle leggi esistenti come rimedio temporaneo e fittizio alle sempre nuove emergenze dovute ai fenomeni di terrorismo e all'ampliamento dei confini di operatività della criminalità organizzata; un processo che, all'indomani della sua consacrazione, dovrà non soltanto travolgere le antinomie tra diritto interno e diritto comunitario, ma anche consentire di svolgere quella funzione di accertamento delle regole sostanziali coinvolte dinanzi ad un giudice terzo, attraverso procedure al passo con la storia.

GIUSTIZIA SOVRANAZIONALE E RAPPORTI CON AUTORITÀ STRANIERE

De profundis annunciato per l'udienza camerale?

di Alfredo Gaito

1. Con sentenza 13.11.2007, Bocellari e Rizza c. Italia, la Corte europea ha condannato il nostro Paese a rendere di generalizzata applicazione la pratica della celebrazione di processi effettivamente pubblici, posto che la pubblicità è uno dei requisiti fondamentali e irrinunciabili del giusto processo.

Significativamente, a livello europeo si è stabilito che «45. *En ce qui concerne les mesures générales demandées par les requérants, il appartient en premier lieu à l'Etat en cause, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens à mettre en œuvre dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de son obligation au regard de l'article 46 de la Convention (voir, entre autres, Öcalan c. Turquie [GC], n° 46221/99, § 210, CEDH 2005-IV)*».

Invero, in forza dell'art. 6, 1° §, C.e.d.u. «*Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement..., par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera... des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil.... Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice*».

Nell'occasione qui segnalata, la Corte europea ha stabilito con fermezza come e perché «34.... *la publicité de la procédure des organes judiciaires visés à l'article 6 § 1 protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public (voir, Riepan c.*

Autriche, n° 35115/97, § 27, CEDH 2000-XII)», evidenziando in particolare che la pubblicità generalizzata «*constitue aussi l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser le but de l'article 6 § 1: le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique au sens de la Convention (voir parmi de très nombreux autres, Tierce et autres c. Saint-Marin, n°s 24954/94, 24971/94 et 24972/94, § 92, CEDH 2000-IX)*».

35. *L'article 6 § 1 ne fait cependant pas obstacle à ce que les juridictions décident, au vu des particularités de la cause soumise à leur examen, de déroger à ce principe: aux termes mêmes de cette disposition, l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice; le huis clos, qu'il soit total ou partiel, doit alors être strictement commandé par les circonstances de l'affaire (voir, par exemple, mutatis mutandis, l'arrêt Diennet c. France, du 26 septembre 1995, Série A n 325-A, § 34)*».

Per l'effetto, s'è deliberato in chiave di metodo che la tecnicità del procedimento di prevenzione non può essere considerata quale circostanza eccezionale idonea a giustificare una deroga al vincolante principio in tema di pubblicità di tutti i procedimenti. E in considerazione della crescente valorizzazione

del diritto alla partecipazione attiva delle parti al processo, si è altresì convenuto che rimedio sufficiente alle carenze strutturali e processuali interne potrebbe essere anche la sola previsione della possibilità per l'interessato di domandare la celebrazione di un processo pubblico: «41. *En résumé, la Cour juge essentiel que les justiciables... se voient pour le moins offrir la possibilité de solliciter une audience publique devant les chambres spécialisées des tribunaux et des cours d'appel*», sottolineando che ogni qualvolta le norme codicistiche precludano la *chance* di beneficiare quanto meno della possibilità di chiedere ed ottenere la celebrazione del processo in pubblico «*il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention*».

2. Al tirar delle somme e a prima lettura, senza pretesa di completezza.

L'udienza non partecipata e a porte chiuse per tipologie di materia individuate aprioristicamente, al di fuori e senza tener conto dei parametri del giusto processo europeo, non può più essere intesa quale modulo standardizzato imm modificabile.

Di contro, si impone almeno il meccanismo dell'udienza pubblica partecipata su semplice istanza dell'interessato. E di tanto il Legislatore e i giudici nostrani devono subito prendere atto, perché si tratta di una sorta di preannuncio di *de profundis* non solo e non tanto per lo schema classico dell'udienza camerale ai sensi dell'art. 127 c.p.p., praticata diffusamente dall'incidente probatorio all'udienza preliminare, dall'udienza *de libertate* al riesame sulle cautele reali, dal giudizio abbreviato all'accordo sui motivi di gravame; c'è infatti da tener conto dell'esistenza altresì delle decisioni c.d. *de plano*, e delle decisioni deliberate unicamente su contraddittorio cartolare nell'ambito di udienze senza pubblicità e senza contraddittorio di presenza nell'ambiente ovattato e incontrollabile di una stanza chiusa. E qui il pensiero va essenzialmente al giudizio di cassazione per determinate materie (dai controlli sull'archiviazione a quelli sulla ricusazione, dai controlli sui provvedimenti d'esecuzione e in materia penitenziaria a quelli sulle misure di prevenzione).

Per l'adeguamento allo *standard* europeo sulla pubblicità delle udienze qualcosa si potrebbe fare immediatamente, operando in modo elastico a livello esecutivo.

Le cose si profilano abbastanza semplici per quanto riguarda i riti camerali partecipati dinanzi ai giudici di merito, in quanto già adesso e senza scossoni per via interpretativa appare senz'altro possibile ammettere la trasformazione di qualsiasi udienza camerale partecipata in udienza pubblica ove ne facciano domanda tutti gli imputati, in applicazione estensiva di quanto stabilito dall'art. 441, 3° co., c.p.p. per la trasformazione pubblica del giudizio abbreviato.

Se questa è la strada più rapida e lineare, non può trascurarsi che «l'adeguamento a norma» impone all'interprete di dare immediata applicazione alla sentenza europea segnalata in esordio disponendo in ogni caso l'apertura delle porte d'udienza al pubblico sol che una delle parti (imputato, parte civile o terzo interessato: è lo stesso) ne faccia richiesta.

E poiché è chiaro che la pubblicità dovrà essere effettiva e non ingannevole, sono addirittura ovvie le ricadute in termini di non ulteriore praticabilità sulla prassi oramai invalsa di celebrare le udienze in materia penitenziaria all'interno delle carceri, ove l'afflusso libero del pubblico è impedito in radice. Ove, tuttavia, il diritto delle Corti avesse a manifestare resistenza all'apertura nei termini segnalati, si imporrebbe un adeguato intervento legislativo per via di decretazione d'urgenza.

3. Se anche nel giudizio di legittimità uno dei requisiti minimi del giusto processo (sull'obiettivo del giusto processo e sul metodo del giusto processo in cassazione sia consentito rinviare in prospettiva problematica e propositiva al nostro, *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 ss.) è un'udienza equa e pubblica (quanto meno con la partecipazione attiva di accusa e difesa), occorre prendere le mosse dalla constatazione che a fronte di una causa di inammissibilità invo-

cata dal Procuratore Generale con requisitoria scritta oppure rilevata dal giudice addetto allo spoglio, nonché per ogni materia per la quale non sia previsto altrimenti dagli artt. 610 e 611 c.p.p. (quindi per la ricasazione, per le questioni esecutive e penitenziarie, per le misure di prevenzione, per l'archiviazione e per alcuni ricorsi *de libertate*) le ragioni del ricorrente vengono risolte dalla Corte di Cassazione con decisioni in camera di consiglio *inaudita altera parte*, senza che alla difesa sia consentito di partecipare di presenza ed oralmente. È l'effetto, tra l'altro, dell'istituzione della Settima Sezione – a competenza funzionale esclusiva – proprio per sfrondare il carico di lavoro delle sei Sezioni penali ordinarie dai ricorsi manifestamente inammissibili. Un'esasperazione formale del requisito (pur coesistente al giusto processo) della pubblicità potrebbe indurre a ritenere inaccettabili tutte le procedure camerale dalle quali è bandita la presenza di accusa e difesa (e la questione investe anche i temi delle misure di prevenzione e dell'esecuzione penale e penitenziaria, oltre che i ricorsi assegnati alla Settima Sezione). In effetti, in un ragionato equilibrio tra impegno e risultato, purché la possibilità di un contraddittorio effettivo sia comunque garantita, sarebbe sufficiente ed accettabile magari la convertibilità della procedura camerale semplificata in un giudizio pieno (con o senza pubblico, a seconda dei casi) su esplicita domanda dell'interessato, così come utilmente praticato sotto la vigenza del «Codice Rocco». Perché il problema non è tanto quello esteriore della partecipazione popolare, bensì quello della pienezza del contraddittorio nelle decisioni camerale: se e quando la dialettica critica sul provvedimento impugnato è relegata esclusivamente allo scambio cartolare, è arduo affermare che il contraddittorio ha davvero pienezza ed effettività.

Qualche notazione minimale d'indole pratica: dal momento in cui è notificato il biglietto di cancelleria l'interessato ed il suo difensore sono in grado di attivarsi per l'elaborazione e per la presentazione dei motivi nuovi e delle eventuali memorie di replica, ma i motivi nuovi e le memorie di replica non

vengono portate a conoscenza del Procuratore Generale (il quale, una volta che abbia siglato la requisitoria, è considerato in buona sostanza... *functus munere suo*); in tal modo, però, il tanto conclamato metodo del contraddittorio si risolve in un colloquio tra sordi: il Procuratore Generale ha manifestato la propria opinione (spesso in un modello prestampato), ma non c'è alternanza dialettica tra le parti perché, una volta che ha scritto la propria requisitoria, il Procuratore Generale non ha più la disponibilità del fascicolo, materialmente restituito alla Cancelleria della Sezione competente, e sulle successive produzioni difensive non c'è contraddittorio.

Ancora peggio nelle ipotesi di inammissibilità rilevata in sede di spoglio, a prescindere da qualsiasi richiesta del Procuratore Generale. Arduo dire se questo alteri la parità delle armi, certo è che l'efficienza del giudizio potrebbe invece meritare qualcosa di più. Se l'obiettivo è quello della decisione più giusta, nel senso di non errata, si impongono alcuni ritocchi applicativi.

La soluzione drastica è quella di sopprimere tutte le disparate tipologie di decisione camerale senza contraddittorio a porte chiuse. Il che comporta tagliare come un ramo secco la Settima Sezione. Non sarebbe un gran male, ma è improbabile un ripensamento in questa prospettiva (dopo che l'invenzione era stata salutata come la ricetta ideale per risolvere il problema dell'intasamento della Corte di Cassazione), anche se una Settima Sezione depotenziata non avrebbe francamente senso.

Una soluzione intermedia è quella di conservare il procedimento camerale non partecipato per i ricorsi che appaiono *ictu oculi* oggettivamente inammissibili (es. per tardività di presentazione e altre carenze formali quali mancata indicazione dei motivi, carenza di legittimazione o inoppugnabilità del provvedimento).

In ogni caso, però, anche in cassazione il procedimento camerale – pur limitato e circoscritto a questioni di *routine* – non può ulteriormente prescindere da qualche *chance* di contraddittorio effettivo in più, quale l'introduzione della necessità di un ulteriore

parere scritto del Procuratore Generale (immediatamente comunicato al difensore) su tutte le allegazioni difensive tempestivamente prodotte; ed è indifferibile una riforma volta a portare all'udienza partecipata (e pubblica, magari anche soltanto su richiesta di parte), per l'importanza della questione, i ricorsi in materia esecutiva e penitenziaria e sulle misure di prevenzione, perché le problematiche della revisione (incidente d'esecuzione peculiare), della restituzione di cose sequestrate, della continuazione *in executivis*, del carcere duro e delle misure di prevenzione personali e di certe misure di prevenzione patrimoniali possono assumere una rilevanza, se non maggiore, sicuramente equivalente a quella dei ricorsi *de libertate*.

E c'è il problema del trapasso dall'attuale regime dei procedimenti camerali non partecipati verso la sacrosanta pubblicità delle udienze. Il problema non può essere considerato alla stregua di una accademica *Doktorfrage*: a fronte della ben precisa e vincolante sentenza europea, c'è da chiedersi quale sarà la sorte delle centinaia di ricorsi già fissati in udienze camerali non partecipate e chiuse al pubblico.

Appar chiaro che per scongiurare il moltiplicarsi dei ricorsi ai Giudici sovranazionali di Strasburgo il minimo etico a pretendersi è il loro rinvio ad altra data, con correlativa notificazione di nuovo avviso recante l'avvertimento circa la possibilità di richiedere la trattazione in un'udienza partecipata e aperta al pubblico.

Fatti e condotte in tema di misure di prevenzione e principio di specialità dell'extradizione

L'applicazione del principio di specialità alle misure di prevenzione costituisce un problema mai sopito. In una recente pronuncia la Suprema Corte di Cassazione chiarisce che *«nel giudizio di pericolosità attuale l'assenza di correlazione diretta con fatti previsti dalla legge come reato rende problematica la scissione dei diversi momenti rilevanti ai fini dell'applicazione del principio di specialità, cosicché la considerazione unitaria della condotta del soggetto che prenda in esame anche episodi*

non costituenti reato successivi all'extradizione impedisce l'applicazione del principio di specialità» (C., Sez. VI, 21.11.2007, Fabbrocino), offrendo, in tal modo nuovi elementi di discussione.

Le Osservazioni chiariscono le posizioni assunte dalla giurisprudenza e dalla dottrina sul tema specifico, non trascurando di offrire una chiave di lettura al rapporto tra i due istituti.

Osservazioni di Sandro Fürfaro

1. I termini del contrasto giurisprudenziale sono noti ma ripercorrerli è opportuno, anche per rilevare come la decisione in commento si inserisca nell'annoso problema dell'applicabilità del principio di specialità alle

misure di prevenzione arricchendolo di ulteriori spunti di riflessione.

Si ha, dunque, che secondo un primo orientamento, formatosi sull'art. 661 del codice previgente e radicatosi nel tempo, alle misure

di prevenzione è inapplicabile il principio di specialità, in quanto, a seconda delle prospettazioni: *a)* «in tema di prevenzione è esclusa l'applicazione dell'istituto dell'estradizione e quindi anche del principio di specialità» (C., Sez. I, 5.12.2002, Pellegrinetti, in *RP*, 2003, 911; C., Sez. II, 8.4.1994, Zaza, in *GP*, 1995, III, 172); *b)* «a differenza delle pene e delle misure di sicurezza in senso stretto, le misure di prevenzione sono disposte sulla base di un giudizio di pericolosità attuale del soggetto, ai suoi fini l'esistenza di precedenti fatti specifici, eventualmente costituenti reato, rappresenta soltanto uno degli elementi presi in considerazione» (C., Sez. I, 4.3.2005, Minauro, n. 11712, inedita); *c)* «nel giudizio di pericolosità il genere di vita antecedente, comprensivo della commissione di illeciti in genere, è perso in considerazione soltanto per qualificare meglio la pericolosità attuale del soggetto, ma è solo quest'ultima che giustifica l'applicazione della misura di prevenzione [per cui] l'attualità prescinde dalle circostanze anteriori all'estradizione e diverse da quelle per le quali questa è stata concessa» (C., Sez. VI, 10.2.1998, Merico, in *Mass. uff.*, 210678).

Secondo altro orientamento, invece, nel caso delle misure di prevenzione trova applicazione il principio di specialità, in quanto: *a)* «[esso] è in linea con il principio della Convenzione internazionale di estradizione (art. 14, n. 1) e con la legislazione comunitaria in materia, che espressamente escludono dalla sfera dell'estradizione effetti limitativi della libertà della persona per fatti anteriori e diversi da quelli per i quali l'estradizione è stata concessa» (C., Sez. V, 25.1.2005, Cuomo, in *Mass. uff.*, 231892; C., Sez. VI, 10.6.2002, Messina, in *RP*, 2004, 140); *b)* «la genericità della formula dell'art. 721 c.p.p. è tale dal ricomprendere anche le misure di prevenzione che, come la sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, comportano una limitazione della libertà personale, attraverso la contrazione della libertà di locomozione che ne costituisce una delle più significative espressioni» (C., Sez. V, 23.5.2006, Di Muro, in *Mass. uff.*, 234602);

c) «si porrebbe in irrimediabile contrasto con l'art. 3 Cost. un'interpretazione dell'art. 721 che limitasse l'ambito della specialità alle misure di sicurezza (quali la libertà vigilata) negandola, invece, con irragionevole disparità di trattamento, alle misure di prevenzione che importino limitazione della libertà personale, con effetti sostanzialmente riconducibili a quelli delle misure di sicurezza» (C., Sez. VI, 23.5.2006, cit.).

La decisione in commento si inserisce in tale contrasto (in dirittura di arrivo a seguito di rimessione alle Sezioni Unite da C., Sez. V, 8 aprile 2007, n. 24785, inedita), prescindendo da esso ma rimarcando un concetto che erroneamente si direbbe esaltato dall'orientamento rigorista – quello, per cui la differenza tra fatto (di reato) e condotte rilevanti ai fini del giudizio di pericolosità rende in sé inapplicabile lo schema delineato dall'art. 721 c.p.p. – senza però perdere di vista la necessaria distinzione che tale orientamento invece pare pretermettere: l'attualità della pericolosità del soggetto non può essere confusa col giudizio che la afferma. L'approdo è importante, in quanto in filigrana è dato leggere, in una all'insufficienza della garanzia dell'art. 721 rispetto a tutte le situazioni che evolvono in provvedimenti giurisdizionali di limitazione della libertà personale prescindendo dalla rilevanza penale delle condotte, la riconsiderazione dei termini fondamentali del problema così sintetizzabile: l'attualità della pericolosità non è un fatto ma la somma di diverse condotte (anche non costituenti reato) protratte nel tempo che evolvono in un giudizio sulla capacità (attuale, appunto, e non potenziale) di un soggetto a porre in essere comportamenti antisociali; in quanto giudizio su una diversità di accadimenti, essa, dunque, ripropone, in relazione a ciascuno di essi, l'identica situazione del prima e del dopo rispetto all'estradizione considerata dall'art. 721 in relazione al fatto-reato.

In tale prospettiva, il principio di specialità risulta evidentemente applicabile e si esprime nel senso dell'impossibilità di considerare ai fini del giudizio di pericolosità attuale le condotte precedenti l'estradizione.

2. Una constatazione si impone, soprattutto al fine di puntualizzare come aspetti sostanziali e processuali, nella materia in esame, si inseguono e si sovrappongono. La pericolosità attuale di un soggetto non sussiste come fattispecie definita e ciò è tanto vero che, proprio nella legge fondamentale sulle misure di prevenzione – la l. n. 1423/1956 – il collegamento tra gli artt. 1, 2 e 4 si risolve nel senso del limitato rilievo che, ai fini dell'accertamento di essa, è dato alle “categorie” soggettive indicate nell'art. 1. Queste, infatti, altro non definiscono che “posizioni presupposto” sulle quali, però, ai fini del giudizio di pericolosità rilevante devono innervarsi “indizi” (fatti, cioè) che rendano concreta la “probabilità” (di porre in essere condotte antisociali) che il concetto di pericolo esprime e la qualificano in termini di «essere in atto». Se la potenzialità (di offendere) è la connotazione “di base” della probabilità (di offesa), l'attualità non ricalca quest'ultima ma presuppone la sussistenza di un *quid pluris* costituito da condotte, fatti significativi che la definiscono temporalmente e, in definitiva, consentono il giudizio (FRAGOLA, *Le misure di prevenzione*, Padova, 1992, 62 ss.; GUERRINI-MAZZA-RIONDATO, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2004, 85 ss.). La stessa cosa è a dirsi per l'ipotesi considerata dall'art. 1, l. n. 575/1965 sulla c.d. “pericolosità mafiosa”, posto che, nonostante l'affermazione giurisprudenziale che vuole l'attualità consustanziale all'esistenza di indizi di appartenenza ad associazione, la sussistenza o meno di questi impone la verifica dell'appartenenza (attuale) al sodalizio criminale.

Ciò vero, il collegamento di pericolosità attuale a “fatti” risulta implicito e se è indubbio che in via teorica la pericolosità attuale prima del giudizio non sussiste, è parimenti indubbio che è proprio la qualificazione della pericolosità rilevante (quella attuale, appunto) ad evidenziare come non possa confondersi situazione soggettiva significativa e giudizio, nel caso in cui l'integrazione della prima consti della verifica di condotte diverse che la definiscono. Tale conclusione non

muta, arricchendosi anzi di supporti, laddove si voglia considerare la pericolosità sociale come “fatto” (così PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, 57 ss.). Questo, infatti, non soltanto non può essere confuso col giudizio necessariamente successivo, ma, stante la naturale “complessità” di esso (in tema, esaurientemente, TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, 121 ss.) non può risolversi nella valutazione attuale di condotte comunque pregresse. Se le condotte significative poste in essere nel tempo definiscono il “fatto pericolosità”, il giudizio che tale fatto definisce in termini di attualità involge l'accertamento e la verifica di quelle condotte necessariamente precedenti e anche per tale via si ritorna all'impossibilità di ritenere l'attualità come sempre e comunque consustanziale al giudizio che la afferma.

3. Detto ciò, risulta evidente che la norma di cui all'art. 721 c.p.p., singolarmente considerata, difficilmente sia risolutiva della questione. Concepita esclusivamente avendo presente la limitazione della libertà relativa a fatti-reato, la disposizione in esame, anche nella parte in cui fa riferimento alla misura di sicurezza, pone come referente l'esecuzione di quest'ultima a seguito dell'accertamento di un “fatto”, secondo lo schema che accomuna misura di sicurezza e pena quali conseguenze di un evento già giudicato.

Per altro, la formulazione della disposizione codicistica rappresenta, all'evidenza, un regresso rispetto a quella dell'art. 661, 2° co. del codice previgente, che esplicitamente stabiliva che l'offerta e la concessione di estradizione fossero sempre sottoposte alla condizione che l'estradata non fosse “giudicato” per fatti anteriori all'extradizione, né assoggettato a pena diversa da quella inflitta con la condanna. In relazione alla portata indubbiamente più ampia della abrogata disposizione, dunque, la nuova pare porsi in termini di contrizione di quell'area di applicazione del principio in esame che l'interpretazione della norma precedente consentiva, invece, di ampliare, definendo il principio di specialità

quale vero e proprio “impedimento della giurisdizione”. Le ragioni della scelta restrittiva paiono tuttora incomprensibili, posto che, come acutamente notato (MARCHETTI, *Art. 699*, in *Comm. Chiavario*, VI, Torino, 1991, 762), se l’obiettivo era quello di far salva la possibilità di un procedimento in contumacia, la formula utilizzata, di certo, risultava essere in proposito del tutto indifferente e se l’evoluzione successiva della normazione, recuperando la necessità del contraddittorio effettivo, sembra oggi dare ragione postuma della scelta, ciò, come si vedrà, non sembra bastevole a superare il giudizio negativo su di essa.

Ogni tentativo che volesse far leva sulla norma in esame, per considerare altri casi di improcedibilità comunque correlati a situazioni estradizionali si risolverebbe, dunque, in un circolo vizioso, posto che è estremamente difficile (per non dire impossibile) ricondurre all’idea di “fatto” ciò che, in tema di misure di prevenzione, è, come detto, un “giudizio” che, fondato sull’accertamento di diversi fatti, vale a definire la capacità attuale di un soggetto a porre in essere comportamenti antisociali.

La norma, però, va letta in combinazione con l’art. 14 della Convenzione di estradizione e qui il problema indubbiamente si complica, almeno fino a quando si vorrà continuare a leggere i costituti internazionali in prospettiva di conferma degli orientamenti interpretativi più restrittivi della norma interna, anche laddove una lettura diversa – coincidente magari con quella più costituzionalmente orientata dell’art. 721 c.p.p. – determinerebbe conclusioni diverse, più consoni allo spirito informatore del principio di specialità, che, come esigenza avvertita a livello di tutela del cittadino contro l’arbitrio, storicamente «mira ad evitare che lo stato domandi l’extradizione per un determinato fatto e poi giudichi per un altro o per altri fatti che si assumono commessi da quello stesso soggetto» (così ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1987, 136; QUADRI, *Extradizione (dir. intern.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 54),

ponendosi, nel contempo, in «funzione di garanzia successiva, ad estradizione avvenuta, a salvaguardia degli obblighi che gli stati, con le varie convenzioni si impegnano ad osservare» (N.E. LA ROCCA, *In tema di verifica sulla ritualità dell’extradizione suppletiva*, in *GI*, 2005, 2371; in tema pure RANALDI, *Punti fermi in tema di estradizione condizionata*, *ivi*, 2004, 601; GAITO, *la vigenza del principio di specialità*, in *Il mandato d’arresto europeo e l’extradizione*, a cura di Roza Acuna, Padova, 2004, 213).

4. Anche nell’art. 14 della Convenzione la previsione (pur espressa) del divieto di “procedibilità” è sempre relativa ad un “fatto” precedente l’extradizione, e ciò ha fatto sovente ritenere che sia tale norma a dovere esser letta in rapporto all’art. 721 c.p.p. e non pure al contrario – come invece dovrebbe essere a tenore della regola generale sancita dall’art. 696 c.p.p., che significativamente rubrica «Prevalenza delle convenzioni e del diritto internazionale generale» (sulla norma, DIOTALLEVI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Codice di procedura penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di Lattanzi e Lupo, X, Milano, 2003, 3) – ingenerando in tal modo una sorta di sovrapposizione dei significati che ha lasciato in ombra l’esatta portata della disposizione convenzionale, proprio in relazione al concetto da attribuire al termine “fatto” contenuto in quest’ultima.

Nella strutturazione dell’art. 14, invero, il “fatto” considerato pare assumere connotazione diversa, indubbiamente più ampia rispetto a quella di cui alla disposizione codicistica, posto che secondo il 1° co. della norma in esame, l’individuo estradato, salve le eccezioni ivi previste, non potrà essere «né perseguito, né giudicato, né detenuto in vista dell’esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza, né sottoposto ad altre restrizioni della sua libertà personale per un fatto qualsiasi anteriore alla consegna che non sia quello avente motivato l’extradizione».

L’utilizzazione dell’aggettivo indefinito “qualsiasi” cambia, all’evidenza, il senso della prospettiva, sganciando il fatto dalla fatti-

specie di reato verso una generica considerazione di esso a prescindere dalla rilevanza strettamente penale che può assumere, ampliandone il concetto fino a comprendere qualsivoglia condotta che possa essere comunque rilevante ai fini della compressione della libertà personale. Il rilievo determinante che “qualsiasi fatto” assume per l’individuazione della portata della norma risulta per altro rafforzato dal contenuto dell’intera disposizione che alternativamente considera “perseguire”, “giudicare”, “detenere” o “sottoporre ad altre restrizioni della libertà”, ponendo una relazione tra ciascuna di tali situazioni e un qualsivoglia accadimento che valga a darvi corso e che, quindi, malamente risulta riconducibile soltanto al fatto-reato.

Quest’ultimo – è altrettanto evidente – costituisce la situazione tipica di riferimento posto che lo strumento convenzionale ha ad oggetto l’extradizione, ma, accanto ad esso, ogni altro fatto (*rectius*: qualsiasi fatto) che possa essere comunque assunto ad incidere negativamente sulla libertà personale del soggetto non può che rientrare nell’alveo della disposizione convenzionale, diversamente snaturata nella sua portata laddove privato il concetto di quatto dalla qualificazione che vale a connotarlo.

È chiaro che, dicendo ciò, non si dimentica che, nonostante la chiarezza della norma in esame, un intervento – ulteriormente chiarificatore, per altro della portata dell’art. 721 nel senso della sostanziale sospensione della giurisdizione (C., S.U., 28.2.2001, Ferrarese, in *CP*, 2002, 153, ha invero ritenuto che la clausola di specialità si configuri come introduttiva di una condizione di procedibilità, che, seppure non impedisce il compimento di atti di indagine, costituisce elemento ostativo all’esercizio dell’azione penale) – sia risultato portatore di diversi distinguo sul concetto da attribuire al termine “perseguire” da risultare esiziale ai fini dell’applicazione del principio di specialità nel caso di misure di prevenzione disposta sulla base di fatti anteriori alla consegna dell’estradata. La norma speciale di riferimento (l’art. 14, appunto) è stata interpretata, nel caso, non già in ade-

renza al portato di garanzia insito in essa, né alla luce della *ratio* della portata generale del principio di specialità, ma secondo l’univoca prospettiva di salvare (sempre e comunque) l’esercizio della giurisdizione.

In una società internazionale che vuole essere (ed è) sempre più aperta, le interpretazioni delle disposizioni convenzionali in genere, non pare possano arroccarsi su schematizzazioni che, incentrate sulle esigenze dell’ordinamento interno, si risolvono sovente in veri e propri disimpegni verso quegli stessi principi di cooperazione degli ordinamenti che pure si proclamano. L’esperienza esterna con la quale ci si confronta (soprattutto quella europea) non conosce il sistema delle misure di prevenzione. In tale situazione, dunque, il tema dei rapporti con autorità giudiziarie straniere non può che porsi nel senso della ricerca dei principi comuni di tutela dei diritti del singolo e di rispetto dei rapporti tra gli stati, così che l’ampliamento dell’interpretazione pare essere imposto da elementari esigenze di amalgama funzionale in vista della realizzazione di quello “spazio giudiziario comune” che, diversamente, rischia di ridursi a mere semplificazioni procedurali, rimanendo in sostanza una chimera.

5. L’interpretazione, per altro, va condotta secondo lo spirito sotteso all’esigenza tutelata dallo strumento di cooperazione, superando quei distinguo che molto spesso risultano essere il portato di (oltremodo facili, per altro) deviazioni lessicali rispetto al testo ufficiale degli atti internazionali. La Convenzione europea di estradizione, ad esempio, stabilisce (all’art. 2, n. 1) il principio di doppia incriminazione, specificando che danno luogo ad estradizione non soltanto i fatti puniti con una “pena” ma pure quelli sanzionati con una “misura di sicurezza”. Perché non leggere la norma (interpretandone davvero lo spirito), come un divieto ad ogni forma di limitazione, invece di ridurne la portata esaltando i termini utilizzati alla luce del lessico giuridico italiano, secondo cui altra cosa è il “punire” rispetto al “sanzionare” o al “sottoporre a limitazione”?

È evidente che non si voglia esagerare, né

provocare. Parimenti evidente, però, che sulla locuzione “fatto qualsiasi” pare esserci poco da interpretare. Può dirsi, anzi, che l’amplicamento del concetto di “fatto” oltre alle ipotesi di reato, consentito dal tenore l’art. 14 della Convenzione di estradizione, non soltanto va a porsi negli stessi termini nei quali l’art. 721 c.p.p. pone la relazione procedibilità-tempo di commissione del reato, ma toglie pure rilievo all’obiezione, a volte proposta, secondo la quale siccome l’extradizione ha ad oggetto soltanto i fatti-reati, l’ambito delle misure di prevenzione rimane al di fuori delle problematiche e dei limiti concernenti l’extradizione, come se la misura di prevenzione non fosse una limitazione. Interpretata la norma convenzionale, alla luce delle espressioni dalla medesima utilizza-

te, si ha, dunque, che così come il dato temporale impedisce di procedere per l’*ante* penalmente rilevante, il medesimo divieto è da riferire a qualsivoglia condotta anteriore all’extradizione che possa essere comunque rilevante a fine di limitazioni della libertà personale e, quindi, pure nei casi di misure di prevenzione. Nulla vieta, invece, di considerare i fatti successivi all’extradizione, rispetto ai quali, per altro, proprio il sistema delle misure di prevenzione si pone in una situazione affatto particolare, posto che, in siffatto sistema, piano sostanziale e piano processuale paiono porsi in perfetta sintonia, se (appunto nella sostanza) il dato temporale vale a qualificare la pericolosità sociale nei termini della “attualità” giuridicamente rilevante.

L’Europa condanna il visto di controllo della corrispondenza dei detenuti “41 bis”. Una condanna parziale? Quali priorità?

di *Benedetta Bocchini*

1. *Breve genesi dell’istituto.* – Erano gli albori degli anni ’80 allorquando, nel nostro Paese, iniziò ad effondersi una volontà generalizzata di trovare nuovi strumenti di controllo atti a prevenire e reprimere forme di criminalità organizzata radicate e diffuse nel territorio. Studi di politica criminale, dimostravano, infatti, che la “semplice” detenzione – nell’accezione sino ad allora concepita o concepibile – per l’imputato dei reati di mafia avrebbe rischiato, nel tempo, di appalesarsi come inidonea a recidere o sospendere il vincolo associativo inscindibilmente radicato in tutte le gerarchie mafiose, capaci di ricostituirsi all’esterno degli stabilimenti carcerari con istigazioni, sollecitazioni, consigli ed altre similari attività.

Il carcere duro non esisteva ancora, ma avrebbe fatto il suo, seppur primitivo e per certi versi obsoleto, esordio nel 1986 con la c.d. legge Gozzini destinata, nell’introduzione dell’art. 41 *bis* ord. penit., a contenere

esclusivamente «situazioni di rivolta o altre gravi situazioni di emergenza» *extra* carcerarie. Solo a seguito della Strage di Capaci degli anni ’92, il neonato istituto fu implementato di un 2° co. contemplante la facoltà, per il Ministro della Giustizia, di sospendere in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti per taluno dei delitti di cui al 1° co. dell’art. 4 *bis* ord. penit., l’applicazione delle normali regole di trattamento, che potevano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza. L’art. 41 *bis* ord. penit., proprio in quanto norma a carattere emergenziale, avrebbe dovuto avere un’efficacia temporanea inizialmente limitata ad un triennio, ma successivi interventi legislativi ne avrebbero prorogato di anno in anno la validità sino a giungere, con la l. 23.12.2002, n. 279, alla stabilizzazione definitiva nel sistema.

In seguito ai costanti moniti forniti dalla Corte Costituzionale, chiamata nel corso de-

gli anni a fornire una interpretazione costituzionalmente orientata di un “sistema carcerario” al limite del legale (v. per tutte, C. Cost., n. 349/1993, ma anche C. Cost., n. 351/1996), nonché a distanza di quasi cinque anni dal quel legislatore del 2002 che avrebbe dovuto rispondere con una novellazione capace di allinearsi agli *standard* di un “processo penitenziario giusto anche per i mafiosi”, il bilancio a trarne, circa “il carcere duro ad oggi”, continua a lasciare perplessi. Se vero è che la nuova disciplina individua i concreti contenuti delle limitazioni imposte *ex art. 41 bis* ord. penit., finora definite per via amministrativa nei decreti ministeriali, giurisdicalizzando il procedimento applicativo dell’istituto e affermando espressamente la piena sindacabilità del provvedimento secondo le indicazioni più volte espresse dalla Consulta; altrettanto vero è che alcune delle restrizioni previste a livello di enunciati espressi, nell’*art. 41 bis*, 2° *co. quater*, ord. penit., usate quali deterrenti per indurre alla collaborazione con la giustizia e non certo, come si vorrebbe millantare, per esigenze di “ordine e sicurezza”, continuano, anche in ottica europea e non solo nazionale, a ricevere “attenzioni particolari” nonché prese di posizione da parte della Corte di Stasburgo che certamente lasceranno l’Italia non indifferente.

2. *Il visto di controllo sulla corrispondenza tra normativa interna e dictum europeo.* – Nell’impossibilità di trattare in questa sede ogni singola sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario, occorre soffermarci su quella concernente «la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza» dei detenuti *41 bis* ord. penit. (2° *co. quater*, lett. *e*).

Nel corso della XIV legislatura la Commissione Giustizia ha affrontato e portato a termine l’esame di alcune significative tematiche in tema di esecuzione della pena e di modifiche alla disciplina dell’ordinamento penitenziario, sul presupposto che l’*art. 18* ord. penit., dedito al controllo della corrispondenza dei detenuti ed internati, già era stato oggetto di reiterate censure da parte dei Giudici nostrani nonché di

quelli europei. In particolare, in passato, sotto il profilo della violazione dell’*art. 8* C.e.d.u., la Corte europea riconosceva una carenza della legislazione italiana considerata spoglia – almeno sino al 2004 – di un valido fondamento normativo interno e per ciò tale da comportare un’indebita ingerenza nel diritto alla segretezza della corrispondenza dei detenuti (C. eur., 28.9.2000, Messina c. Italia; ma anche, C. eur., 29.9.2005, Leo Zappia c. Italia; C. eur., 11.1.2005, Musumeci c. Italia; C. eur., 14.10.2004, Ospina Vargas c. Italia; *contra*, C. eur., 28.6.2005, Gallico c. Italia). Questa situazione comportava un insanabile contrasto dell’*art. 18* ord. penit. (applicabile anche per i detenuti in regime *ex art. 41 bis*, ord. penit., in virtù delle sentenze C. Cost., n. 410/1993, C. Cost., n. 349/1993) con il sistema di garanzie predisposto dalla Convenzione data l’eccessiva discrezionalità lasciata all’autorità decidente, tanto in ordine alla motivazione che alla durata del provvedimento, quanto sulla mancanza di un effettivo ricorso nei confronti di detto atto [C. eur., 15.11.1996, Domenichini c. Italia; C. eur., 15.11.1996, Diana c. Italia; C. eur., 6.4.2000, Labita c. Italia; C. eur., 21.12.2000, Rinzivillo c. Italia; C. eur., 9.1.2001, Natoli c. Italia; C. eur., 26.7.2001, Di Giovine c. Italia; C. eur., 24.10.2002, Messina (n. 3) c. Italia].

Cosicché, in risposta alle numerose e pesanti condanne inflitte, il legislatore del 2004 (l. 8.4.2004, n. 95) è intervenuto nel settore *de quo* introducendo, con l’*art. 18 ter* ord. penit., precisi limiti soggettivi e di contenuto alle diverse forme di verifica sulla corrispondenza, nonché, l’ulteriore opportunità, per il detenuto, di appellarsi contro le misure restrittive della libertà di corrispondenza decise dalle autorità competenti.

Ciò nonostante, se per un verso il citato *art. 18 ter* ord. penit., ha chiarito le diverse tipologie di contenuto del decreto motivato adottabile dell’autorità giudiziaria individuando una validità massima semestrale, eventualmente prorogabile per periodi non superiori a tre mesi, del provvedimento stesso, oltre che, ha fissato l’esonero dai controlli sulla corrispondenza epistolare e telegrafica in casi particolari, nonché ha predeterminato

gli organi competenti all'adozione degli atti in questione o al vaglio giurisdizionale degli stessi; dall'altro verso, la nuova novellazione, ha lasciato sguarnite tutte quelle circostanze maturate anteriormente alla data di entrata in vigore della l. n. 95/2004, creando quelle situazioni *borderline*, concretamente lesive dei diritti del singolo detenuto, a tutt'oggi sottoposte all'attenzione della Corte europea.

Altrimenti detto, se il regime 41 *bis* ord. penit., nelle sue imperative restrizioni-vessazioni, nasceva nel lontano 1992 ma solo nel 2004 il legislatore avrebbe "raddrizzato il tiro" per ciò che concerne il visto della corrispondenza adeguando la misura agli *standards* minimali ma invalicabili di un processo equo e giusto: *quid iuris* per tutti quei provvedimenti applicati a centinaia di detenuti per oltre dodici anni?

3. *Affaire Bagarella c. Italie.* – A fornire un valido spunto di riflessione, tanto più una pronta soluzione al quesito di cui sopra, è una recente sentenza della Corte europea (C. eur., 15.1.2008, Bagarella c. Italia) che se da un lato ha, nuovamente, condannato l'Italia per alcuni aspetti concernenti le modalità applicative del regime speciale penitenziario, dall'altro lato, ha, tuttavia, salvato l'impianto complessivo del "carcere duro". In particolare, a preludio della suindicata decisione si trova la richiesta di un ricorrente che, sottoposto al regime di cui all'art. 41 *bis* ord. penit., dal lontano 1995, nonché condannato all'ulteriore pena accessoria dell'isolamento diurno presso il penitenziario di Spoleto, lamentava presso i giudici strasburghesi la violazione del "divieto di tortura" e del "diritto al rispetto della vita privata e familiare", sul presupposto che la rigida sospensione delle normali regole di trattamento penitenziarie applicatagli per lungo termine, ed in particolare la sottoposizione a visto della corrispondenza in ingresso ed in uscita (dal giugno 2001 al dicembre 2001, nonché dal giugno 2004 al settembre 2004), potesse essere di per sé lesiva degli artt. 3 e 8 C.e.d.u. In merito a tale ultimo aspetto, stante i preziosi moniti forniti dalla Corte europea, la

sottoposizione al visto di controllo della corrispondenza del detenuto svincolata da limiti di tempo, integra una violazione dell'art. 8 C.e.d.u.; infatti, ciò che deve essere assicurato nelle legislazioni nazionali è un livello minimo di protezione soprattutto sotto il profilo della "durata ragionevole del controllo". I giudici europei, pur dando atto dell'entrata in vigore della l. 8.4.2004, n. 95, certamente confacente al sistema di garanzie predisposto dalla C.e.d.u., finiscono, comunque, per sanzionare tutte quelle situazioni pregresse alla stessa novella legislativa, in cui ogni forma di restrizione della corrispondenza attuata in assenza di solide basi normative viola la *privacy* del soggetto detenuto "41 *bis*" (C. eur., 15.1.2008, Bagarella c. Italia).

Epperò, non ci si può esimere dall'evidenziare come il *dictum* europeo, garantistico ed ortodosso per alcuni aspetti si appalesa disidente e non prudenziale per altri. La Corte europea ha, infatti, respinto *in toto* la tesi del ricorrente volta, nei confronti del regime speciale, al riconoscimento della violazione dell'art. 3 C.e.d.u. che vieta la tortura e i trattamenti disumani e degradanti.

Basti pensare che la violazione dell'art. 3 C.e.d.u., con riferimento alle condizioni riguardanti i soggetti sottoposti al regime di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. è stata, anche in passato, più volte invocata innanzi la Corte europea, la quale, tuttavia, non è mai giunta a decretare una condanna in capo allo Stato italiano. In molte pronunce si è sottolineato come i detenuti fossero soggetti ad un isolamento sociale e sensoriale solo "relativo" e non assoluto, necessario per il mantenimento dell'ordine pubblico e nella misura necessaria ad impedire collegamenti con associazioni mafiose (C. eur., 21.12.2000, Rinzivillo c. Italia; C. eur., 28.9.2000, Messina c. Italia; C. eur., 1.2.2000, Vincenti c. Italia; C. eur., 31.8.1999, Di Giovine c. Italia). Anche nel ricorso Gallico c. Italia, la Corte ha statuito come il ricorrente non fosse riuscito a fornire «ai giudici europei prove in grado di dimostrare il fatto che la durata eccessiva del trattamento speciale impostogli non fosse manifestamente giustificata»; di

modo che «gli argomenti addotti dal Ministro della Giustizia a sostegno delle limitazioni riconducibili al regime di cui all'art. 41 *bis* ord. penit., erano sicuramente proporzionate ai reati per i quali il Gallico era stato condannato» (C. eur., 28.6.2005, Gallico c. Italia).

Tralasciando l'anomala inversione dell'onere della prova codificata nella suindicata statuizione nonché le reali limitazioni imposte ai ristretti "41 *bis*" (i detenuti in "41 *bis*" rimangono in cella venti ore su ventiquattro, con relativa chiusura delle blindate, ad orari variabili e prestabiliti dalle singole amministrazioni carcerarie, il diritto all'ora d'aria è fortemente compresso e spesso, per inadeguatezze architettoniche dei singoli Istituti, avviene in "gabbie" di cemento armato a copertura totale; vi sono restrizioni anche per il diritto alla socialità, per l'acquisto di generi alimentari od oggetti adibiti alla cura personale, per ciò che concerne somme, beni nonché i pacchi da ricevere; è applicato il visto sulla corrispondenza e vi sono limitazioni per i colloqui, da effettuare un solo mensile, della durata di un'ora, che si svolge in una specie di "acquario" dotato di spessi vetri divisorii a tutta altezza tali da inibire qualsiasi contatto fisico con i propri cari), allo stato, quello che risulta difficile comprendere è che cosa si debba dimostrare innanzi alla Corte europea per superare l'annosa convinzione che il regime speciale in discorso «*comporte un simple isolement social relatif, ne constitue pas, en soi, un traitement inhumain ou dégradant*» (C. eur., 15.1.2008, Bagarella c. Italia). Così argomenta la Corte, nella convinzione che la salvezza del carcere duro andrebbe ricercata nella gravità dei reati per i quali il 41 *bis* ord. penit. è disposto – che in genere, come spiegato, giustificano ampiamente l'applicazione di misure funzionali atte ad evitare, per ragioni di sicurezza, che un detenuto condannato per mafia entri in contatto con altre persone – nonché nel sistema giurisdizionale bipartito tra Ministro della Giustizia e Tribunali di sorveglianza, finisce per creare notevoli problemi interpretativi. Ossia, notevoli esitazioni sorgono sul perché il regime

41 *bis* ord. penit., innanzi al setaccio europeo, se esaminato nelle sue singole modalità applicative finisce per risultare "illegale" (si veda ciò che si è detto in riferimento alla corrispondenza e alla violazione dell'art. 8 C.e.d.u. o si pensi, per tutte, alla celeberrima decisione Ganci c. Italia (C. eur., 30.10.2003, Ganci c. Italia) con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riscontrato la violazione dell'art. 6 C.e.d.u. ogniqualvolta il Tribunale di sorveglianza ometta di adottare una decisione relativa al reclamo proposto avverso il decreto ministeriale dispositivo del regime di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. durante il periodo di validità di quest'ultimo), mentre se esaminato nell'insieme (in riferimento per l'appunto all'art. 3 C.e.d.u.) riesce tranquillamente a bypassare, ogni volta, il vaglio di illegittimità.

E le perplessità sono destinate ad enfatizzarsi laddove si pensi che anche nella citata e recente sentenza Bagarella c. Italia, come ormai sempre più spesso accade e nonostante il riconoscimento della violazione, è stato negato al ricorrente ogni forma di risarcimento danni, "limitando all'osso" – 4.000 euro più interessi e rivalutazione – il rimborso per le spese processuali.

Per riassumere. Al quesito che gli operatori giuridici italiani si porranno del "se" il regime 41 *bis* ord. penit. è in contrasto con la Convenzione europea dovremmo rispondere loro che lo è solo parzialmente, perché di condanne parziali si tratta. Oltretutto, dovremmo anche aggiungere che, laddove il ricorrente, come nel caso di specie esaminato, coincida con celeberrimi "nominativi di spicco" della criminalità italiana, allo stesso non aspetteranno forme di risarcimento danni morali, quasi, ed è il caso di dirlo, come se il macchiarsi di "gravissimi reati di mafia" sia, per il capezzale europeo, più grave del compiere altre tipologie di reato – non importa se comunque e forse più aberranti –. Quindi, in attesa di una globalizzazione dell'orientamento europeo nel settore "41 *bis*" italiano ed anche della consapevolezza che una declaratoria di illegittimità per la violazione dell'art. 3 C.e.d.u., data la vincolatività

delle sentenze strasburghesi, comporterebbe una rimozione certa e sicura del regime in discorso, per ora a rimanere, come unico dato certo, è la convinzione di un qualcosa che sta maturando ma che, per i soliti motivi di politica criminale o di troppi pregiudizi, tarda ancora ad arrivare.

Per ora certamente basilare per l'Italia è riflettere su queste condanne che seppur parziali rimangono profetiche di molti dubbi da sciogliere. Per dirne una, la costruzione di un ordinamento giuridico europeo *in itinere*, capace di uniformare tutte le legislazioni, pri-

ma o poi comporterà la necessità per Strasburgo di interrogarsi su almeno alcuni quesiti: il perché il reato di associazione mafiosa non venga riconosciuto in tutti i Paesi della UE e soprattutto il perché sia solo l'Italia il Paese ad avere il "privilegio" di un regime "speciale differenziato 41 *bis*". E per evitare di ridicolizzare l'importante opera ortopedica compiuta sin d'oggi dalla giurisprudenza europea alla vecchia storiella tutta all'italiana dei "due pesi e due misure" la certezza è che questi dubbi a breve verranno sciolti. O non è questa una priorità?