

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>F. Giunchedi</i>	pag.	IV
Ricordo di Tullio Delogu		
di <i>S. Furfaro</i>	pag.	VII

IL PUNTO SU ...

Principio di specialità nell'extradizione: ancora una pronuncia "strategicamente orientata alle conseguenze"		
di <i>A. Bargi</i>	pag.	1

ATTUALITÀ

Il decreto-legge sui rifiuti in Campania: indagini e procedure cautelari verso nuovi equilibri		
di <i>D. Cenci</i> ;	pag.	9

DECISIONI IN PRIMO PIANO

L'ambiguità della sentenza di non luogo a procedere a fondamento dell' <i>obiter dictum</i> della Consulta		
di <i>C. Papagno</i>	pag.	14
Sull'impugnazione proposta dal difensore dell'imputato contumace		
Osservazioni		
di <i>F. Calabrese</i>	pag.	24
La requisitoria dell'Avvocato generale		
di <i>V. Esposito</i>	pag.	34
Confisca dei suoli abusivamente lottizzati in caso di prescrizione del reato: profili nuovi ed antichi (ancora irrisolti) di incostituzionalità		
di <i>A. Dello Russo</i> ;	pag.	39

OPINIONI

L'individuazione della sanzione processuale in caso di omessa iscrizione oggettiva e nominalistica <i>ex art. 335, 1° co., c.p.p.</i>		
di <i>V. Epifani</i> ;	pag.	44

GIUSTIZIA SOVRANAZIONALE E RAPPORTI CON AUTORITÀ STRANIERE

Controlli e garanzie postestradizionali: una necessità oramai improrogabile		
di <i>S. Furfaro</i> ;	pag.	46

LIBRI - IDEE

È urgente adeguare il giudizio di cassazione ai parametri del giusto processo		
di <i>A. Gaito</i>	pag.	57

Già nei penultimi editoriali la vena critica e propositiva che connota rubriche di questo genere si era soffermata sulle tematiche della giustizia ed in particolare su quelle legate alle contingenze politiche: le dimissioni del Guardasigilli e la tanto chiacchierata *querelle* in ordine alla separazione delle carriere dei magistrati.

E anche in questo numero – complice, fra l'altro, il cambio di guardia alla guida del Paese – l'aspetto politico della giustizia non può essere trascurato, non tanto per distribuire “caramelle o carbone” sull'operato del precedente Guardasigilli o sui propositi del nuovo, ma piuttosto per cercare di offrire un ulteriore punto di vista sulle problematiche del mondo giustizia, resocontando – soprattutto sulla scorta dei temi toccati in questi primi numeri dell'*Osservatorio del processo penale* – i settori che più necessitano di interventi radicali ed incisivi e quelli che, al contrario, hanno raggiunto una stabilizzazione nel difficile rapporto tra autorità e libertà che necessariamente deve essere “tarato” sulle garanzie dell'individuo.

Ecco, è nostro ambizioso proposito che l'*Osservatorio* con il suo circoscritto bacino di lettori – pochi, ma volutamente ed occhiatamente selezionati tra accademici, magistrati e avvocati – incominci a divenire una «voce» tecnica dalla quale coloro che devono intraprendere le iniziative legislative possano trarre spunto per individuare i settori del sistema processuale penale sui quali dover intervenire.

Sono oramai vent'anni che il codice attuale – quello che con un pizzico di civetteria ci ostiniamo ancora a chiamare «nuovo» – disciplina i processi penali e ripercorrendolo a ritroso, in una sorta di *rewind*, notiamo che è sempre stato connotato dalla legislazione dell'emergenza.

Prima è stata la volta della mafia. Gli attentati di Capaci e via D'Amelio hanno impresso una forte caratterizzazione inquisitoria ad un processo che era nato ripudiando tale indole. Ed ecco, quindi, il principio di non dispersione delle prove (sentt. n. 24, n. 254 e n. 255 del 1992 della Corte costituzionale), la legge sui collaboratori di giustizia, il regime carcerario differenziato.

Alle soglie del XXI secolo – passando per «Tangentopoli» – l'avvento del giusto processo pareva aver normalizzato (*recte* ripristinato) i parametri di base, ma contemporaneamente ecco il c.d. «Pacchetto sicurezza» e la legge di contrasto al terrorismo transnazionale di fronte alla prova di forza dello *jihadismo* con l'attentato alle *Twin towers*, successivamente integrata con il d.l. n. 144/2005. Per tacere poi delle novità dell'ultima ora costituite dai decreti sulla sicurezza e sull'emergenza rifiuti in Campania.

Breve. Se per emergenza deve intendersi una situazione del tutto eccezionale, per la quale sono richieste delle soluzioni eccezionali – ed eccezionale è tutto ciò che non è ricorrente – occorre prendere coscienza che evidentemente nel nostro assetto codicistico qualcosa di inadeguato c'è. Perché se in quasi quattro lustri,

per svariate ragioni, il codice di procedura penale è dovuto ricorrere costantemente alla legislazione dell'emergenza, trovandosi quindi "in affanno", incapace di sostenere con i mezzi ordinari determinate forme di criminalità previste dal legislatore stesso (gli artt. 270 *bis* e 416 *bis* c.p., risalgono, rispettivamente al 1979 e al 1982), significa che l'attuale codice, alla prova dei fatti, si è rivelato incapace di fronteggiare determinate manifestazioni di criminalità.

E che dire dell'incapacità di adeguarsi al «diritto sovranazionale»? Poche settimane fa la Corte costituzionale – scrivendo un nuovo capitolo dell'*affaire* Dorigo – ha sottolineato ancora una volta questo dato. Chiamata a pronunciarsi sulla mancanza nel nostro sistema processuale penale di una norma che consenta ai giudici nazionali di "reagire" con degli strumenti efficaci alla violazione di una norma della Convenzione europea, i giudici della Consulta hanno, da un lato, "delegittimato" l'intervento vicario della Cassazione che, in mancanza di una norma effettivamente vincolante per lo Stato italiano a fronte di un'accertata violazione da parte dei giudici di Strasburgo, sanciva l'inseguibilità del giudicato interno; dall'altro, hanno invitato il legislatore «ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 CEDU».

Altra esigenza non più differibile è quella legata al mondo carcerario. A fronte di una Carta costituzionale che proclama il fine rieducativo della pena, non possono più ammettersi forme di preclusione verso quei benefici che hanno la finalità di avvicinare al mondo "fuori dalle sbarre". L'irrazionale limitazione nei confronti dei detenuti per i reati rientranti del 1° co. dell'art. 4 *bis* ord. penit., non costituisce una forma di tutela della collettività, ma piuttosto una forma di inciviltà che deve essere superata con un diverso approccio al problema, onde non ritrovarsi dei soggetti – e la recente esperienza sull'indulto dovrebbe insegnare – che, terminata la pena, non hanno alcuna cognizione della realtà in cui dovranno reinserirsi. Insomma è richiesta una rieducazione (o, meglio, educazione) preventiva.

Ma il vero problema, per concludere, non è tanto quello della necessità di intervenire in un settore piuttosto che in un altro, bensì una questione culturale: la cultura degli «addetti ai lavori» e quella dei destinatari delle norme.

Per i primi è necessaria una rilettura dell'evoluzione del processo penale al fine di comprendere il sistema e le disfunzioni del processo di ieri, e di decifrare la complessa esperienza normativa di oggi con un filo conduttore con il passato, proiettandola verso le esigenze nuove dettate dall'inevitabile evoluzione della società. Epperò non può trascurarsi che permane una pernicioso resistenza da parte di molti che funge da freno verso un innovato approccio al passo con i tempi. Il processo, infatti, deve viaggiare parallelamente allo sviluppo economico,

tecnologico, sociale, deve, cioè, essere capace di rispondere alle esigenze di una società in costante trasformazione.

Quanto ai secondi, invece, il livello di autorevolezza delle norme processuali è strettamente legato al grado di fiducia che riesce a trasmettere al cittadino in relazione alla sua funzionalità e alla risposta dello Stato. Come dire: il diritto processuale certo è efficace.

Concludendo con le parole di Giovanni Leone, «la civiltà di una nazione avanzata si misura non solamente dalla capacità di legiferare ad ogni costo, ma dalla capacità di gestire efficacemente le realtà ed i problemi nell'interesse prioritario dei cittadini e nello spirito di osservanza della Costituzione».

Filippo Giunchedi

Ricordo di Tullio Delogu

Sulla soglia dei 99 anni, se ne è andato in punta di piedi, con la discrezione di sempre, Tullio Delogu: un signor professore; un professore signore.

Penalista di rango, si era distinto anche come processualpenalista raffinato. Il suo «Contributo alla teoria della inammissibilità nel diritto processuale penale» del 1938, che ebbe a rappresentare in senso assoluto la prima trattazione monografica del tema, scandì in modo esemplare la definizione dell'istituto: l'inammissibilità è «la qualifica giuridica di quella domanda di parte che non ha l'attitudine a vincolare il giudice ad emettere una pronuncia sul merito di essa».

Asciutto, essenziale nel pensiero, era tanto sincero nei rapporti umani da apparire scostante e brusco. Aveva una dote in via d'estinzione: la nitida coerenza. Il metodo è il sistema e, questo, il portato delle esperienze che il concreto propone in relazione ai fini che la collettività persegue e ai principi che afferma. Forse fu la ricerca di ancorare il sistema alla solidità dell'esperienza che lo portò decisamente verso approdi criminologici; ad indagare, per esempio, i fenomeni sociali della differenziazione e della devianza, oltre le pretenziose istanze giustificatorie di certo sociologismo in voga, come più concreto elemento del grado di disvalore del fatto. «L'indice di criminalità di Sellin e Wolfgang nella teoria generale della misurazione di gravità di reati» del 1982 pare davvero la sintesi di un pensiero più profondo: il sistema si struttura su ciò che avviene ed è in questo passaggio che la dimensione giuridica diventa autonoma dal momento delle scelte che pure la sottendono. «Il diritto» – scriveva già nel 1945, quando l'ostracismo che lo avrebbe toccato pretendeva di scorgere nella legislazione degli Anni Trenta solo l'impronta autoritaria – «è un insieme di norme destinate a raggiungere un complesso di finalità, richieste dalle idee politiche, economiche e morali vigenti in un determinato momento storico», la dimensione giuridica e quella politico-economica dunque non possono essere oggetto di un medesimo giudizio «in quanto gli scopi da raggiungere attengono a valutazioni di ordine socio-economico, mentre le norme, che rappresentano la via per raggiungerli, devono essere oggetto di una valutazione tecnica alla luce dei principi». Se allora, nonostante l'imperversare della scuola di Kiel avesse fatto scempio di molti dei canoni fondamentali del diritto penale posti a presidio della libertà del cittadino e della certezza del diritto, la dottrina italiana aveva impedito che i nuovi referenti politici sopraffacessero principi e tradizione, questa era la via sulla quale continuare per evitare che il sistema soffrisse della diversa temperie politica ed ideologica. Pare l'esatto contrario di una moda oggi in voga: proclamare principi e diritti, immaginando però sistemi come somma di particolari; schemi più o meno ideali da realizzare, prescindendo addirittura da ciò che si proclama.

Il mondo accademico lo ha ricordato a dovere, rendendogli il meritato omaggio. A chi negli anni Settanta è stato suo allievo (da Maria Cristina Giannini a Roberto

Rampioni, da Alfredo Gaito a Giovanni Paolozzi, da Guicla Mulliri a Davide Iori) non resta spazio che per qualche “sfumatura” su un carattere e su un pensiero forte che purtroppo manca ai nostri giorni; una soltanto, anzi, per evitare che monti l’emozione scalfendo la sobrietà così cara al Maestro. Correva il 1976, dopo l’esame biennale, la tesi: «Il reato continuato». Quasi una novità dopo la riforma del ’74. Se ne discute poco: due indicazioni “di massima” – il solido lavoro di Leone, datato 1938 e il più fresco Zagrebelsky – poi le linee della riforma sul recentissimo Vassalli e, a freddo, «ma secondo lei ha senso considerare con particolare favore chi commette nel tempo reati per realizzare un suo piano?». La risposta non l’attese; era la tesi a dovergliela dare. Il problema, però, era posto e, a quel punto, il disegno criminoso come “fatto mentale” non poteva più essere considerato entro i limiti della risoluzione o dell’ideazione di un programma da perseguire, bensì come il prodotto di spinte e remore la cui riproposizione in ogni reato della serie sollecitava meditata attenzione sulla sorte dell’uomo che delinque violando più volte la legge penale per attuare un suo scopo. Il risultato di una volizione che sempre più facilmente vince le inibizioni giustifica la necessità di contemperare le asprezze del cumulo materiale o è tale necessità (sacrosanta ma diversamente perseguibile) ad imporre una soluzione che la criminologia smentisce?

Come tutti coloro che scrutano il particolare avendo di mira il contesto, al primo impatto il professore Delogu riusciva ad apparire davvero antipatico! E in tempi in cui i diritti umani sono principi che si proclamano ma non si attuano (meraviglioso il saggio di Mantovani sull’ultimo numero della *Rivista Italiana* che ancora annovera il Maestro tra i direttori), ricordarlo è un richiamo alla necessità che quanto si afferma sia poi effettivo, immediatamente fruibile. Se è l’incoerenza a caratterizzare la nostra epoca, la dottrina sia attenta ad arginare le derive di una produzione normativa frutto di una mentalità chiusa, incapace finanche di “buttare un occhio” alle istituzioni di quell’Europa alla quale pure ci si vanta di appartenere.

Sandro Fùrfaro

IL PUNTO SU ...

Principio di specialità nell'estradizione: ancora una pronuncia “strategicamente orientata alle conseguenze”

di *Alfredo Bargi*

Straordinario di Diritto processuale penale nell'Università di Palermo

1. Il discorso giustificativo della sentenza delle Sezioni unite che ha sancito il principio secondo cui «*in materia di estradizione attiva, il principio di specialità previsto dall'art. 14, § 1°, della Convenzione europea di estradizione e dall'art. 721 c.p.p. non è riferibile alle misure di prevenzione personali e al relativo procedimento di applicazione; ne consegue che la persona estradata in Italia per ragioni diverse può essere assoggettata a misure di prevenzione personali e al relativo procedimento, senza la necessità di una preventiva richiesta di estradizione suppletiva allo Stato che ne ha disposto la consegna*» (C., S.U., 25.10.2007, Gallo), costituisce esempio emblematico dell'argomentazione orientata alle conseguenze, che da tempo connota le metodologie interpretative della giurisprudenza.

Infatti, nel risolvere una questione “al confine” (secondo l'efficace definizione di PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale, in Studi in onore di Gianni Marinucci*, Milano, 2006, 665), inerente ai rapporti tra ordinamento interno e garanzie sopranazionali, il ragionamento decisorio delle Sezioni unite risulta fortemente contagiato dall'argomento consequenzialista (nei termini sviluppati da MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 92). Il risultato pratico di privilegiare esigenze di difesa sociale ne rappresenta, cioè, il fondamento teleologico nonostante la prospettazione di tesi bene argomentate ed all'apparenza oggettivamente ben fondate.

Invero, l'opzione per l'applicabilità delle «misure di prevenzione personali ad un soggetto estradato in Italia per ragioni diverse, e

[del] relativo procedimento, senza la necessità di una preventiva richiesta di estradizione suppletiva allo Stato che ne ha disposto la consegna», sembra rispondere più che a criteri propriamente scientifici, a ragioni di politica criminale tendenti a superare i limiti imposti dal principio di specialità di cui all'art. 721 c.p.p. e dall'art. 14 della Convenzione europea di estradizione del 1957, sì da conseguire obiettivi di prevenzione speciale nei confronti del tipo *d'autore* chiamato in causa nella vicenda processuale.

Di qui la scarsa propensione per un'interpretazione della norma ordinaria costituzionalmente orientata ed in sintonia con i principi espressi dalla giustizia della Corte europea, a tutela delle garanzie processuali e dei diritti fondamentali dell'individuo, sul piano della legalità sostanziale e processuale – (soprattutto oggi, a seguito del progressivo riconoscimento di efficacia delle decisioni della giustizia comunitaria in tema di interpretazione dei diritti fondamentali espressi dalle convenzioni e dai principi internazionali, come ribadito recentemente dal giudice delle leggi (C. Cost., sent. n. 348 e n. 349 del 2007), che ha precisato che benché l'applicazione e l'interpretazione del sistema delle norme è affidata in prima battuta ai giudici degli Stati membri della comunità europea, «la definitiva uniformità di applicazione [dei diritti fondamentali] è invece garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo»).

La decisione in commento, infatti, si affida ad argomenti già discutibili in passato (GAITO, *Dei rapporti giurisdizionali con autorità*

straniere, Padova, 1985, 67) e tanto più inconsistenti oggi alla luce sia del mutato quadro sistematico ed assiologico sotteso agli istituti in esame, sia dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, interna e convenzionale.

È sintomatico di tale atteggiamento culturale il ricorso al «dato testuale della normativa convenzionale e di quella interna», piuttosto che all'argomento sistematico e dogmatico, allo scopo di dimostrare la pretesa «estraneità delle misure di prevenzione, a differenza di quanto previsto per le misure di sicurezza, alla disciplina che regola la materia dell'extradizione».

Eppure l'insufficienza esegetica del riferimento all'argomento testuale sarebbe dovuta apparire di immediata evidenza, considerato che la norma pattizia del 1957 – resa esecutiva in Italia con l. 30.1.1963, n. 300 – attiene ad un'epoca in cui il processo di prevenzione regolato dalla l. n. 1423/1956, aveva una modesta latitudine applicativa, ma soprattutto non aveva ancora subito le sensibili modifiche apportate da numerose leggi di contrasto alla criminalità organizzata (le cui tappe fondamentali sono segnate dalle l. 31.5.1965, n. 575; l. 22.5.1975, n. 152 e l. 13.9.1982, n. 646, più volte modificate da successivi interventi del legislatore), che ne hanno mutato la struttura ed ampliato la funzione, sino al punto da assimilarle di fatto alle misure di sicurezza, salvo il discrimine fondato sulla loro natura di fattispecie di pericolosità *ante delictum*.

Di conseguenza è mero artificio dialettico dedurre l'esclusione delle misure di prevenzione dall'orizzonte del principio di specialità dalla mancata esplicita previsione dell'istituto in questione, che è spiegabile, invece, con la scarsa applicazione delle misure di prevenzione all'epoca dell'approvazione della norma pattizia.

2. L'interpretazione in questione – *letterale*, più che testuale – si fonda, poi, su una lettura nominalistica delle disposizioni in esame, e, quindi, inficiata da una scarsa visione sistematica.

Infatti è inconferente trarre argomento dal

fatto che l'art. 1 della Convenzione in parola menzioni solo la consegna di «persone che sono perseguite per un reato o ricercate per l'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza»; nonché dalla circostanza che l'art. 720 c.p.p., inerente all'extradizione attiva «non fa alcun accenno al proposto per una misura *ante* o *praeter delictum* ovvero già assoggettato alla medesima».

Siffatta prospettazione esegetica trascura di considerare che le due disposizioni in parola fanno riferimento, rispettivamente, all'*obbligo di estradizione* (art. 1 Conv.) ed alla *domanda di estradizione* (art. 720 c.p.p.), vale a dire al momento genetico dell'extradizione. (Tanto si evince, oltre che dalla rubrica dell'art. 1 della Convenzione, dalla collocazione immediatamente successiva – art. 2 Conv. – della previsione dei «fatti che danno luogo all'extradizione»; a tale impianto normativo corrisponde in maniera simmetrica il disposto dell'art. 720, 1° co., c.p.p., benché se ne discosti per il più limitato obiettivo di consentire solo l'esecuzione di «un provvedimento restrittivo della libertà personale»).

In altri termini, le citate disposizioni in parola regolano *l'an* dell'extradizione, e cioè i casi ed i limiti dello strumento di cooperazione internazionale per la consegna di un soggetto da parte dello Stato in cui esso si trovi, senza alcuna distinzione tra estradizione attiva o passiva, con riferimento, cioè, alla posizione dello Stato richiesto per la consegna (art. 697 c.p.p.) oppure dello Stato richiedente (art. 720 c.p.p.). Fissano, quindi, il limite inderogabile dell'estensione dell'area applicativa, escludendo dal catalogo non solo le persone che assumano nel processo un ruolo diverso da quello dell'indagato (figura da intendersi oggi implicitamente compresa nella formulazione della norma pattizia sia in ragione dell'intervenuta riforma del nostro processo penale – che evidenzia la singolare dimenticanza dell'indagato nell'art. 720, 1° co., c.p.p. – sia in considerazione della più recente disciplina dal mandato di arresto europeo), imputato o condannato e – a differenza di quanto previsto per le misure di sicurezza ai sensi dell'art. 2 della Convenzio-

ne – anche il «soggetto da sottoporre o già sottoposto a misure di prevenzione» (GAITO, 148).

Ben diversa è, invece, la *ratio* del principio di specialità, la cui specifica previsione all'art. 14 Conv. e art. 721 c.p.p., non solo ne indica l'autonomia concettuale rispetto alla fonte attributiva del potere di richiedere o concedere l'estradizione, ma anche la sua distinta funzione di garanzia dell'estradando in un momento successivo alla consegna. Di qui gli effetti riduttivi sui poteri sovrani dello Stato richiedente, con riguardo sia ai poteri giurisdizionali di cognizione e di esecuzione e di estradare sia al più generale potere di imporre limitazioni alla libertà individuale. Tanto allo scopo – puntualmente ricordato anche dalla decisione in commento – di impedire possibili trasgressioni del divieto di estradare il soggetto per motivi politici (esigenza che, come è noto, diede origine alla formulazione del principio di specialità che ha trovato accoglimento in tutti i trattati di estradizione assumendo il valore di criterio interpretativo delle convenzioni internazionali ed il rilievo di norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta, tanto da essere ritenuta presente anche in difetto di una clausola *ad hoc*) o di perseguire il soggetto consegnato per reati pregressi ma diversi da quelli posti a fondamento della domanda di estradizione.

3. In tale ottica, se è innegabile che «la portata ... dell'istituto dell'estradizione deve essere necessariamente apprezzata in simmetria con la regola della specialità», pur tuttavia è arbitrario dedurne la «simmetria tra l'ambito applicativo dell'istituto dell'estradizione e la sfera di efficacia della regola di specialità»; soprattutto in termini tali da determinare l'appiattimento della garanzia espressa dalla clausola di specialità in funzione servente al potere di estradare piuttosto che di limite ad esso, a tutela dell'individuo nei confronti dello Stato richiedente.

In siffatta distorsione metodologica si annida l'erronea prospettiva interpretativa della decisione in esame che, piuttosto che muovere dalla individuazione della portata degli effet-

ti riduttivi della clausola di specialità, tende a delimitarne il contenuto ed i confini, sull'erroneo presupposto di un'apodittica coincidenza strutturale e funzionale delle due figure.

Ma, *in primis*, come già innanzi osservato, è inconsistente la considerazione che l'adozione delle misure *ante delictum*, non compare nel catalogo dell'art. 1 della Convenzione e nell'art. 720, 1° co., c.p.p.

Inoltre, è addirittura ovvio che l'avvio o la prosecuzione di detto procedimento «nei confronti di persone assenti, residenti o dimoranti all'estero non presuppone la previa domanda di estradizione».

Da tali mere constatazioni non discende, però, la pretesa conseguenza che «sfugge al principio di specialità anche l'attivazione dello stesso procedimento nei confronti di persona estradata in Italia ovviamente per ragioni processuali diverse dalla prevenzione», tanto più che «non è dato, peraltro, individuare il provvedimento in materia di prevenzione in relazione al quale potere avviare l'*iter* per l'estradizione processuale».

È evidente, difatti, l'erronea prospettazione metodologica dell'argomentazione, che muove dalla carenza di potere di estradizione nei confronti di proposti o soggetti attinti da misure *ante delictum* per escludere l'applicabilità della clausola di specialità alle misure di prevenzione nei confronti della persona estradata.

La decisione in commento dimentica, infatti, che la clausola di garanzia, quale condizione di procedibilità, svolge la sua funzione di garanzia non già nelle ipotesi in cui sia carente il potere di estradizione dello Stato richiedente e richiesto, ma quando sussista e sia esercitato detto potere, ponendosi come limite ai poteri sovrani giurisdizionali nei confronti della persona estradata, in relazione a fatti pregressi, siano essi più o meno suscettibili di autonoma domanda di estradizione.

4. Analoghi limiti dell'approccio metodologico attengono, poi, l'esame del divieto di «qualsiasi restrizione della libertà personale», discendente da «fatti anteriori alla con-

segna», prescritto dalla parte finale del 1° co. della Convenzione.

Il ragionamento muove, cioè, dal presupposto, indimostrato, che il divieto «di qualsiasi altra restrizione della libertà personale», imposto dalla clausola di specialità, riguardi esclusivamente l'esercizio del potere coercitivo in relazione a reati pregressi all'extradizione; sicché le misure di prevenzione, pur essendo afflittive, rimarrebbero fuori da tale previsione, perché fondate sulla pericolosità sociale dell'estradata e non già su un fatto-reato.

Ancora una volta risulta rovesciato il sillogismo argomentativo, atteso che la giustificazione interna della motivazione pretende che le conclusioni traggano fondamento da premesse certe o risultanti tali da adeguata dimostrazione. Viceversa, l'asserita esclusiva riferibilità del principio di specialità all'esercizio di poteri coercitivi inerenti ad un fatto-reato è il *thema demonstrandum*, e non può fungere, dunque, da premessa.

Il ragionamento in esame, trascura, poi, di prendere in considerazione il valore interpretativo dell'autonoma e specifica funzione di garanzia della clausola di specialità nell'ambito della complessiva disciplina dell'extradizione.

Si impernia, quindi, sul preteso criterio di «coerenza col sistema complessivo dell'istituto di estradizione», ma dimentica che detto criterio implica di per sé l'esistenza di antinomie o di conflitti tra norme, del tutto assente nel caso di specie; e che anche in tale ipotesi, esso deve tenere conto del significato dei diversi enunciati, quale risulta dalla loro specifica interpretazione (TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 361). Viceversa omette del tutto di valutare la portata effettiva del divieto contenuto negli artt. 14 Conv. e 721 c.p.p.

In maniera sbrigativa respinge, poi, gli argomenti dell'opposta linea interpretativa che ritiene estensibile il principio di specialità alle misure di prevenzione (per tale indirizzo interpretativo, cfr., *ex plurimis*, C., Sez. V, 23.5.2006, D.M.N., in *Mass. uff.*, 234602; C., Sez. V, 25.1.2005, Cuomo, in *Mass. uff.*,

231892), ed assume che per «altra restrizione della libertà personale» deve intendersi «l'assoggettamento dell'estradata ad una misura cautelare restrittiva della libertà personale ... per un fatto-reato anteriore alla consegna e diverso da quello oggetto dell'extradizione». Tanto, in ragione della pretesa connessione tra reato ed estradizione suppletiva, la cui disciplina [art. 14, lett. a), Conv.] prevede esplicitamente che la relativa concessione si riferisca ad un reato e sia corredata dai documenti previsti dall'art. 12 Conv, e cioè dalla copia della sentenza di condanna, del mandato di cattura o di qualsiasi altro documento avente la stessa efficacia.

Al di là della suggestione, l'argomento è privo di consistenza dimostrativa atteso che l'extradizione suppletiva, appartiene al più ampio *genus* dell'extradizione principale di cui agli artt. 1 e 2 della Convenzione. Di qui l'identità della disciplina e, quindi, la ripetizione pedissequa dei medesimi requisiti, della documentazione di un pregresso reato e dei relativi titoli esecutivi di restrizione della libertà personale.

All'opposto ha particolare rilievo il significato ermeneutico della diversità di formulazione del 1° co. dell'art. 14 della Convenzione, che sfugge, invece, all'attenzione delle Sezioni unite. Difatti, a differenza dei precedenti artt. 1 e 2, la norma pattizia in questione non si limita ad enunciare il divieto, per il potere coercitivo dello Stato, di perseguire, giudicare, arrestare la persona estradata in vista dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza inerenti ad un reato pregresso, ma esplicitamente impone, altresì, che la persona consegnata «non sia sottoposta a qualsiasi altra restrizione della sua libertà personale per un qualsiasi fatto anteriore alla consegna, diverso da quello che ha dato luogo alla estradizione».

Allora, l'uso del termine «fatto» invece di quello «reato» – che non può essere casuale in ragione della vicinanza topografica delle disposizioni in discussione – sta ad indicare che il divieto della clausola di specialità ha di mira situazioni giuridiche eccedenti il riferimento al solo fatto-reato.

In secondo luogo, a conferma di detta *voluntas legis*, l'insistenza del riferimento a *qualsiasi* altra restrizione e per un *qualsiasi* fatto anteriore alla consegna esprime la più ampia latitudine applicativa del principio di specialità rispetto alle situazioni legittimanti l'extradizione e connesse ai titoli esecutivi elencati nel catalogo degli artt. 1 e 2 della Convenzione. Inoltre, a voler seguire l'interpretazione riduttiva della garanzia espressa dalla clausola prospettata dalla decisione in commento, riesce quanto meno problematico individuare le ipotesi di restrizione di libertà personale che siano connesse ad un fatto-reato e che non siano riconducibili alle figure della perseguibilità, del giudizio o dell'arresto in vista dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza, già enunciate nell'*incipit* del medesimo comma, a meno di voler ritenere che la disposizione si riferisca al fermo di indiziati di reato; ipotesi improponibile e priva di consistenza argomentativa atteso che tale istituto comporta, comunque, un successivo provvedimento giurisdizionale limitativo della libertà personale.

A rigore di logica, quindi, la costruzione della formula induce a ritenere che la situazione di *restrizione della libertà personale* cui essa allude sia *altra*, e cioè diversa da quelle enunciate immediatamente prima con riguardo al fatto-reato. In tal senso orienta anche la considerazione che il grado di tutela espresso dal divieto della clausola viene esteso a *qualsiasi sottoposizione* di restrizione e, quindi, oltre le ipotesi dei tradizionali poteri di coercizione connessi alla giurisdizione di cognizione di reati e di esecuzione di pene o di misure di sicurezza, già menzionati all'esordio della medesima disposizione.

Ne consegue, *a fortiori*, che l'uso del termine «fatto» sottende un significato diverso dal *fatto-reato* ed è comprensivo, quindi, di qualsiasi situazione giuridica in grado di determinare una possibile restrizione della libertà personale.

5. Né vale obiettare che «nei testi delle convenzioni bilaterali, che espressamente richiamano la clausola di specialità ricorre con maggiore frequenza il termine “reato”».

Infatti, anche a voler prescindere dalla considerazione che l'approvazione dei Trattati evocati è avvenuta, come sempre, sulla base di accordi bilaterali e comunque indipendenti dalle previsioni della Convenzione europea di estradizione, il testo delle disposizioni richiamate milita in senso opposto alla tesi prospettata dalla decisione in commento: a differenza della clausola di specialità di cui all'art. 14 Conv., gli artt. XVI del Trattato di estradizione con gli Stati Uniti d'America e XV di quello con il Canada limitano esplicitamente il principio di specialità alla detenzione, al giudizio o alla punizione per un reato commesso prima della sua consegna; mentre l'art. 44 della Convenzione di estradizione con il Marocco ne prevede gli effetti nei confronti di un reato diverso da quello per il quale è avvenuta la consegna.

In nessuna delle disposizioni in parola, cioè, v'è un accenno al divieto per *altre forme di restrizione di libertà personali* e per un *fatto* diverso da quello oggetto della consegna, come specificato dall'art. 14 della Convenzione europea. Risulta ribadito, quindi, il significato ed il valore ermeneutico della distinta previsione della formula pattizia in tema *de libertate*, che contempla, perciò, situazioni giuridiche che prescindono dalla loro connessione con un reato.

A sua volta il trattato di estradizione con l'Australia, seppure faccia riferimento al divieto di limitare la libertà personale della persona consegnata (art. 17), pur tuttavia rimanda anch'esso alla commissione di un pregresso reato, ma non contiene alcun cenno ad un *fatto*, come causa genetica di detta restrizione di libertà.

In definitiva il richiamo dei trattati testé menzionati non ha alcuna influenza sul *thema decidendum* che attiene, invece, al significato da attribuire all'uso del termine *fatto* come fonte di eventuali restrizioni della libertà accanto alle ipotesi tipiche del *fatto-reato*.

Infine, anche il richiamo dell'art. 26, l. 26.4.2005, n. 69, inerente alla disciplina del mandato d'arresto europeo, contraddice la prospettazione interpretativa della decisione.

Infatti, il testo della recente disposizione ricalca quello dell'art. 14 della Convenzione europea di estradizione, nel ribadire il riferimento al *fatto* anteriore alla consegna e non già al fatto-reato quale causa di restrizione della libertà personale ed oggetto del divieto del principio di specialità.

Anzi la specificazione generica che in ragione di tale divieto la persona consegnata non possa essere *sottoposta a procedimento penale*, rafforza l'interpretazione favorevole all'estensione del principio in parola all'applicazione delle misure di prevenzione personale degli effetti del divieto contenuto nella clausola di specialità.

6. D'altronde l'estensione degli effetti del principio di specialità alle misure di prevenzione limitative della libertà personale – (è quasi superfluo sottolineare che rimangono fuori dall'ottica delle considerazioni svolte in ordine all'estensione del principio di specialità le misure *ante delictum* che comportino effetti al confine con la restrizione della libertà personale, quale, ad esempio, il rimpatrio con foglio di via obbligatorio, di cui all'art. 2, l. 27.12.1956, n. 1423) – trova fondamento in ulteriori profili.

Invero l'indirizzo contrastato dalle Sezioni unite – (in particolare era stato posto in rilievo che limitare l'ambito del principio di specialità alle sole misure di sicurezza (quali la libertà vigilata) negandola alla misure di prevenzione che comportino una limitazione della libertà personale, si risolveva in una irragionevole disparità di trattamento e, quindi, nella violazione dell'art. 3 Cost (in tal senso, C., Sez. V, 25.1.2005, cit.) –, aveva posto l'accento, in maniera puntuale, sulla sostanziale affinità delle misure *ante delictum* con le misure di sicurezza, che esplicitamente vengono in considerazione nella previsione dell'istituto dell'extradizione e nella clausola di specialità di cui all'art. 14 Conv. e art. 721 c.p.p.

Le opposte conclusioni della decisione in commento risultano ancorate ad una fisionomia delle misure di prevenzione che non tiene conto delle evoluzioni dogmatiche della relativa disciplina, in ragione dei mutamenti del quadro normativo e del diritto vivente.

Infatti, come osservato da autorevole dottrina (VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1997, 173), mentre per le misure di sicurezza vere e proprie può dirsi che la loro attrazione nell'orbita del diritto penale sia definitiva ed irrevocabile, può affermarsi che «le misure di prevenzione non siano mai state veramente al di fuori del diritto penale»; ed anzi che anche per esse sia verificata nel tempo una «progressiva attrazione ... cui hanno contribuito e continueranno a contribuire in modo preponderante almeno due fattori: l'aumento dell'esigenza preventiva nel campo del diritto penale e l'avvenuta devoluzione della maggior parte delle misure di prevenzione all'autorità giudiziaria».

Ne è prova l'assimilazione del processo di prevenzione al processo di sicurezza già nella legge istitutiva (art. 4, l. 27.12.1956, n. 1423, e successivamente accentuata sia dalla l. 31.5.1965, n. 575, sia dalle pronunce del giudice di legittimità e del giudice delle leggi circa l'obbligo di indicare la misura da applicare nell'atto di citazione (in tal senso C., Sez. I, 17.11.1969, Restelli, in *GP*, 1970, 323), quale riflesso del principio di correlazione tra tale indicazione ed il contenuto del decreto; l'obbligatorietà dell'intervento della difesa (sancito da C. Cost., 25.5.1970, n. 70, in *GiC*, 1970, 323); l'obbligo della motivazione del provvedimento e della presenza dei requisiti indispensabili; il sistema delle impugnazioni sia per il merito che per le eventuali violazioni di legge; il divieto della *reformatio in peius*, in assenza dell'impugnazione del pubblico ministero (così, in particolare, C., Sez. I, 16.5.1966, p.m. in proc. Biondo, in *GP*, 1967, III, 517, che ha fatto da battistrada alla successiva giurisprudenza che ha ribadito detto principio).

Le misure di prevenzione, inoltre, anche quando si fondano su fattispecie di non reato o su fattispecie soggettive, «sono per il loro contenuto e per il giudizio di disvalore che esse implicano per chi vi è sottoposto, sostanzialmente afflittive e repressive» (come sottolineato da BRICOLA, *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della pre-*

venzione, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, 914).

Peraltro l'evoluzione del sistema delle misure di prevenzione in senso affittivo e limitativo della libertà personale, accanto al crescente avvicinamento delle misure di sicurezza alle pene, ha subito tale accentuazione nell'ordinamento da suggerire la necessità della «unificazione concettuale e pratica di ogni tipo di sanzione», nella prospettiva che questa debba intendersi «come mezzo di lotta proteiforme contro la criminalità» (la suggestiva espressione è di MARUCCI, *Il processo di prevenzione*, in *Rass. st. penit.*, 1958, 524, per rappresentare icasticamente le ragioni della tesi sull'auspicabile unificazione del sistema sanzionatorio; è ripresa da VASSALLI, 193, anche se non condivisa e sottoposta a critica). Anche a non volere accedere a tale prospettiva, per l'ineludibile distinzione tra sistema punitivo e quello preventivo, è innegabile, però, che le misure di sicurezza e quelle di *ante delictum* hanno in comune la finalità della prevenzione e sono destinate, quindi, ad una medesima finalità di prevenire il pericolo di un danno temuto per il futuro. Entrambe, inoltre, presuppongono l'accadimento di un fatto pregresso, quale sintomo della pericolosità del soggetto. Anche l'unica distinzione tra i due tipi di misure, a seconda che esse seguano o meno la commissione di un reato, tende ad affievolirsi nello «stretto ed indissolubile legame al diritto penale» (in tali termini, VASSALLI, 208), tanto più che anche le misure di prevenzione il più delle volte presuppongono la commissione di reati da parte del soggetto sottoposto ad esse.

Infatti, è un'ipotesi meramente teorica l'applicabilità di una misura di prevenzione in assenza di qualsiasi condotta pregressa che integri un illecito penale (tenuto conto, tra l'altro che, come rilevato da VASSALLI, 182, «alcune delle fattispecie legali indicate come presupposto per l'applicazione delle misure di prevenzione dall'art. 1 della legge confinan- no o addirittura possono coincidere con fattispecie di reato, sia pure contravvenzionali ... e che altre fattispecie sono tipiche fattispecie delittuose in cui la differenza di situazio-

ne dei soggetti alle misure di prevenzione rispetto ai soggetti ad incriminazione penale consiste soltanto nella mancanza di indizi sicuri e concreti di colpevolezza»), quale sintomo da cui dedurre la sintomaticità del futuro pericolo per le esigenze di difesa sociale. Considerato, poi, che, come già sottolineato in passato dal giudice delle leggi, le misure di prevenzione personali «incidono sui diritti di libertà costituzionalmente garantiti per mezzo di una riserva di giurisdizione» (in tal senso, C. Cost., n. 306/1997; nonché C. Cost., n. 160/1995), e che le vicende di vita pregressa del soggetto rappresentano il presupposto fattuale della valutazione di sussistenza delle fattispecie di pericolosità, risulta consequenziale e coerente con il principio di effettività del sistema normativo, cui deve informarsi l'interprete, ritenere che le misure di prevenzione, in virtù della clausola di specialità di cui all'art. 14 Conv. e art. 721 c.p.p., non siano applicabili al soggetto estradato quando traggano origine e fondamento probatorio in fatti precedenti la sua consegna allo Stato e, quindi, anche quando, pur non integrando reati, incidano sulla libertà personale del soggetto.

7. Oltre tutto, anche se l'impianto originario delle misure *ante delictum* disciplinate dalla l. n. 1423/1956, era improntato a finalità di difesa sociale – esplicitata dall'art. 5 – connesse ad esigenze di sicurezza e di pubblica moralità – e l'accertamento della condotta pericolosa risultava ancorato anche al mero sospetto, pur tuttavia la progressiva evoluzione normativa, sin dalla l. 31.5.1965, n. 575, ne ha mutato profondamente la fisionomia strutturale e funzionale.

In particolare, la fattispecie di pericolosità di stampo mafioso, delineata dall'art. 1 si staglia in maniera netta e diversa rispetto a quella della c.d. pericolosità semplice disciplinata dalla l. n. 1423/1956, soprattutto sul piano probatorio della sua sussistenza.

In altri termini, non solo la fattispecie di pericolosità qualificata delineata dalla legge antimafia è caratterizzata dal difetto di tassatività (per una severa critica dei profili di incostituzionalità della disciplina delle misure di prevenzione, in contrasto con principi

fondamentali, tra cui quello di tassatività, cfr., il fondamentale saggio di BRICOLA, 873), ma la verifica della sua sussistenza è ancorata ad un giudizio di presunzione normativa, nel senso che «non richiede, a differenza di quanto previsto per le misure di cui alla l. n. 1423/1956, l'accertamento in concreto della pericolosità» (C., Sez. II, 16.12.2005, in *Mass. uff.*, 233148). Ciò, in quanto, secondo un orientamento ormai consolidato (così, C., Sez. I, 16.4.2007, F. ed altro, in *GDir*, 2007, 27, 82), in materia di misure di prevenzione da applicarsi nei confronti di soggetti indiziati di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso, «il requisito dell'attualità della pericolosità è insito nella ritenuta attualità della presumibile appartenenza del proposto ad un sodalizio mafioso» sicché il giudice della prevenzione è obbligato a fornire adeguata motivazione esclusivamente in ordine «alla ritenuta sussistenza della partecipazione a un'associazione mafiosa ed alla mancanza di elementi dai quali possa ragionevolmente desumersi che l'appartenenza sia venuta meno».

Allora, considerato che il concetto di *appartenenza* si risolve in «una situazione di contiguità all'associazione mafiosa» (in tali termini, C., Sez. I, 16.4.2007, F. ed altro, cit.), è inevitabile che la verifica della consistenza e della sintomaticità degli indizi sia condotta sulle risultanze probatorie acquisite nel giudizio penale inerente al delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p., anche se instaurato nei confronti di altri soggetti.

In altri termini è evidente che la prova dell'esistenza del sodalizio criminoso è il *prius* logico della successiva verifica in ordine alla presunta appartenenza indiziaria all'associazione. Sicché la fattispecie di pericolosità in esame si atteggia, in concreto, in maniera analoga alla fattispecie di pericolosità *post delictum*, sia quando la sua applicazione segue ad un processo a carico del soggetto per il delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p., – in ragione dell'autonomia del processo di prevenzione rispetto a quello ordinario –; sia quando è connessa alle risultanze del processo ordinario che abbia accertato l'esistenza di detto delitto a carico di altri. Di qui l'accentuato affievolimento della di-

stinzione delle misure *ante delictum* dalle misure di sicurezza e la sostanziale assimilazione delle due discipline anche sul piano sostanziale, accanto a quella dei rispettivi procedimenti processuali di applicazione (in tal senso è emblematico il rinvio all'art. 678 c.p.p dell'art. 4, l. 27.12.1956, n. 1423, rimasto fermo anche dopo le diverse modifiche della disciplina delle misure *ante delictum*).

Di conseguenza non è priva di fondamento la prospettata illegittimità costituzionale (da parte dell'orientamento giurisprudenziale criticato dalla decisione in commento) per violazione dell'art. 3 Cost., dell'interpretazione che esclude l'estensione del principio di specialità all'applicazione delle misure di prevenzione nei confronti della persona estradata.

8. In definitiva, l'applicazione di misure di prevenzione che comportino una limitazione della libertà personale ed attengano ad episodi di vita del soggetto riferibili ad epoca precedente alla consegna dell'estradato rientra nella previsione della clausola di specialità pattizia, ribadita dall'art. 721 c.p.p. Conclusione, questa, di particolare evidenza, sul piano dell'effettività, quanto meno con riguardo alla pericolosità sociale di stampo mafioso che, per quanto innanzi osservato, è assimilabile a quella connessa ad una misura di sicurezza, quale conseguenza dell'accertamento di un delitto.

Peraltro, proprio il «connotato di durata e rivelatrice di un particolare sistema di vita del soggetto», attribuito alla pericolosità dalla decisione in commento, rinvia ad un giudizio che si rivolge al passato. E la stessa verifica di attualità, anche se riferita ad un momento successivo alla consegna, presuppone che già risulti integrata la fattispecie di pericolosità per fatti pregressi. Sicché essi, per il ruolo di antecedente logico-giuridico del giudizio di permanenza dello specifico *status* del soggetto proposto per l'applicazione della misura *ante delictum*, sono determinanti per i riflessi sulla libertà personale dell'estradato, sì da giustificare l'estensione del divieto del principio di specialità, in linea con la *ratio* della tutela apprestata dall'art. 14 della Convenzione di estradizione.

Il decreto-legge sui rifiuti in Campania: indagini e procedure cautelari verso nuovi equilibri di *Daniele Cenci*

1. Con il d.l. n. 90 del 23.5.2008, recante misure straordinarie per fronteggiare e risolvere l'emergenza legata allo smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania, all'art. 3 il Governo Berlusconi ha stabilito nuove disposizioni che incidono sulla competenza a svolgere le indagini preliminari e ad adottare provvedimenti giudiziari cautelari per i reati in materia di rifiuti e di ambiente in Campania e per gli illeciti ad essi connessi.

In particolare, con il d.l. n. 90/2008 si è disposto che:

a) nei procedimenti relativi ai reati riferiti alla gestione dei rifiuti ed ai reati in materia ambientale nella Regione Campania, nonché a quelli ad essi connessi a norma dell'art. 12 c.p.p., le funzioni di pubblico ministero sia nel corso delle indagini che nei processi di primo grado sono attribuite, in qualsiasi circondario della Regione siano stati commessi i fatti ipotizzati, al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Napoli (art. 3, 1° e 4° co.), il quale le esercita personalmente ovvero attraverso sostituti da lui appositamente delegati (art. 3, 1° co., ultima parte, in riferimento all'art. 2 d.l.vo 20.2.2006, n. 106, recante disposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero);

b) i procedimenti in questione, ove si ravvisino collegamenti con la criminalità organizzata, sono equiparati ai gravi reati di mafia, di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti o al contrabbando di sigarette o al traffico di schiavi o alla riduzione in schiavitù, di traffico di schiavi o di riduzione in schiavitù, di sequestro di persona a scopo di estorsione quanto al potere-dovere di impulso, di coordinamento e, ove il coordinamento non sia effettivo, di intervento della

Procura nazionale antimafia (art. 3, 3° co., in riferimento agli artt. 51, 3° co. *bis*, e 371 *bis* c.p.p.);

c) nei procedimenti di cui al decreto-legge le funzioni di giudice per le indagini preliminari e di giudice dell'udienza preliminare sono esercitate da giudici –monocratici – del Tribunale di Napoli (art. 3, 2° co., primo periodo);

d) su tutte le richieste di misure cautelari personali, siano esse coercitive o interdittive, e reali, cioè sequestro preventivo (per evitare che il reato venga portato a conseguenze ulteriori o che ne vengano commessi altri) e conservativo (a garanzie delle somme eventualmente da darsi all'erario), decide il Tribunale di Napoli in composizione collegiale (art. 3, 2° co., secondo periodo), mentre nulla di innovativo si prevede per quanto riguarda il sequestro probatorio o penale in senso stretto (quello cioè con oggetto il corpo del reato, art. 253 c.p.p.);

e) né al P.M. né alla polizia giudiziaria è consentito (in deroga all'art. 321, 3° co. *bis*, c.p.p.) provvedere alla misura cautelare reale del sequestro preventivo d'urgenza prima dell'intervento del giudice, competendo tale provvedimento unicamente al collegio di Napoli (art. 3, 2° co., terzo periodo);

f) sino al 31 dicembre 2008 le aree con lo stesso decreto già destinate a discarica ed a siti di stoccaggio e le ulteriori aree da individuarsi dal sottosegretario di Stato presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri preposto alla emergenza rifiuti nella Regione Campania possono essere sottoposte a sequestro preventivo da parte del collegio del Tribunale di Napoli solo ove ricorrano, in aggiunta alle condizioni già prescritte in linea generale

dal codice di procedura penale, ulteriori tre requisiti, rappresentati:

1) dalla esistenza di indizi di reato gravi;

2) dalla sussistenza di un pregiudizio concreto alla salute e (da intendersi probabilmente come disgiuntiva o) all'ambiente;

3) dalla ineliminabilità in altro modo di tale pregiudizio alla salute e all'ambiente (art. 3, 8° co., in relazione agli artt. 1, 2 e 19);

g) il processo di merito va trattato dal giudice territorialmente competente in base alle ordinarie regole (art. 3, 1° co., in relazione agli artt. da 4 a 16 c.p.p.);

h) a partire dal giorno della pubblicazione in Gazzetta ufficiale (23.5.2008), le nuove disposizioni devono essere applicate non soltanto per i fatti futuri ma anche per i procedimenti già pendenti in fase di indagini preliminari se alla data del 23.5.2008 non è ancora stata esercitata l'azione penale (art. 3, 5° co., primo periodo); per l'effetto, e correlativamente, per tali fatti il magistrato che procede deve trasmettere gli atti, entro il termine (non espressamente scandito come perentorio) del 3.6.2008, al P.M. di Napoli ovvero al giudice collegiale di Napoli (art. 3, 5° co., secondo periodo);

i) ancora, tutte le misure cautelari eventualmente disposte prima del 23.5.2008 o – deve ritenersi, entro la medesima data – convalidate da giudice diverso dal collegio di Napoli, perdono efficacia se entro venti giorni dalla trasmissione degli atti non vengono confermate dal collegio di Napoli (art. 3, 6° co.);

l) le nuove disposizioni cessano di avere vigore il 31.12.2009 (art. 3, 9° co., prima parte, in relazione all'art. 19), salva la prosecuzione delle indagini e l'eventuale adozione di misure cautelari da parte, rispettivamente, del P.M. di Napoli e del collegio di Napoli per i reati oggetto del decreto eventualmente commessi sino al 31.12.2009 (art. 3, 9° co., seconda parte);

m) il Ministro della giustizia deve adeguare alle aumentate esigenze l'organico dei giudici e del personale del Tribunale e della Procura di Napoli (art. 3, 7° co.).

2. Si tratta di disposizioni dichiaratamente straordinarie per fare fronte ad una situazione

di vera e propria emergenza (si vedano la rubrica della legge e il contenuto degli artt. 1, 2, 18 e 19), emergenza che ormai è un vero e proprio scandalo nazionale e che oggettivamente espone, per di più nell'imminenza dell'estate, gran parte della popolazione dell'area metropolitana di Napoli e delle zone contigue al rischio di epidemie e l'Italia intera al ludibrio dell'opinione pubblica, europea e mondiale (si veda tramite internet qualsiasi rassegna stampa estera), con perdita di credibilità internazionale e, dato non irrilevante, anche di introiti, attesa l'indubbia incidenza della gravissima situazione sul flusso turistico.

Alcune disposizioni del decreto-legge hanno suscitato aspre critiche di pretesa incostituzionalità provenienti da una parte ben individuata della magistratura associata (Magistratura Democratica, *Quale sicurezza?*, comunicato del 27.5.2008, in <http://magistraturademocratica.it>), critiche manifestate persino prima della pubblicazione in Gazzetta ufficiale del testo normativo (D. DEL PORTO, *Superprocura per i rifiuti. I pm: così il governo si sceglie i magistrati. Toghe divise dopo l'annuncio: "No ai tribunali speciali"*, in *La Repubblica*, 23.5.2008, 12; ID., *I magistrati bocchiano la superprocura "il governo non può scegliersi i pm"*, 23.5.2008, in <http://napolionline.org>), altre in modo misurato dal sindacato unitario dei magistrati (Associazione Nazionale Magistrati, *Sul d.l. in materia di rifiuti*, comunicato del 24.5.2008, in www.associazionemagistrati.it) ed ulteriori, in maniera che lascia piuttosto perplessi, provenienti dai tre/quarti dei pubblici ministeri in servizio presso il Tribunale di Napoli (F. BUFI, *Pm contro governo: legalizzati i veleni. Napoli. Documento firmato da 75 magistrati: norme incostituzionali, indeboliscono la lotta alla camorra*, in *Corriere della sera*, 29.5.2008, 22; *Rifiuti, la rivolta dei pm. I magistrati partenopei scrivono al Csm per criticare il decreto del governo sulla superprocura: "Non è costituzionale"*, in *La Repubblica*, 29.5.2008, 1; D. DEL PORTO, *I pm di Napoli contro il decreto sui rifiuti. "Noi con le armi spuntate contro i reati"*, 29.5.2008, in <http://napoli.repubblica.it>;

M. IMARISIO, *Le toghe nella bufera "Rischiamo i forconi". Il reportage. L'assemblea e gli attacchi al capo Lepore*, in *Corriere della sera*, 29.5.2008, 23; N. CIRILLO, *Rifiuti, la rivolta dei pm contro il governo. La procura di Napoli al Csm: il Tribunale ambientale è incostituzionale. Bertolaso: vado avanti*, in *Il messaggero*, 29.5.2008, 1). Nasce infatti spontanea la domanda, retorica, se esista nel mondo un altro ordinamento in cui alcune decine di magistrati, tenuti ad applicare scrupolosamente la legge ovvero a segnalare il dubbio di incostituzionalità agli organi di giustizia costituzionale preposti a tale verifica, si riuniscano in assemblee, più o meno scomposte, e scrivano lettere di protesta al proprio organo di auto-governo nella speranza di far pressione sugli organi legislativi affinché vengano cancellate norme appena approvate e già in vigore; diverso sarebbe il caso dell'opinione, anche fortemente critica, del magistrato, singolo o associato, in quanto tecnico del diritto, rispetto a disegni o a proposte di legge (cfr. S. SFRECOLA, *Il giudice deve sempre applicare le leggi ma è un tecnico del diritto e conviene ascoltarlo quando si vuole modificarle*, 30.5.2008, in www.unsognoitaliano.it).

Le critiche più aspre che si muovono all'impianto sono, secondo quanto riferito dalla stampa richiamata, che si tratterebbe di una disciplina complessivamente incostituzionale perché si violerebbe il principio del giudice naturale, perché così facendo il governo si sceglierebbe il pubblico ministero e perché si sarebbero istituiti dei giudici speciali. Altre censure si pongono su di un piano differente e riguardano aspetti organizzativi e, in particolare, la dedotta inefficienza del complessivo pacchetto di misure.

3. Se si abbandonano i facili slogans per andare a verificare in modo laico e privo di preconcetti la essenza delle rampogne si vedrà come, benché il testo di legge sia, come ormai purtroppo frequentemente capita, perfettibile, nessuno dei parametri costituzionali invocati è seriamente compromesso (P. LAMBRUSCHI, *Mirabelli: la Superprocura è legittima*, in *Avvenire*, 30.5.2008, 11): la competenza del giudice e la legittimazione del P.M., infatti, anche ammes-

so che per il secondo vi sia la medesima "copertura" costituzionale che pacificamente vale per il primo, sono nel decreto previamente stabilite con atto avente forza di legge non certo caso per caso ma in riferimento ad una serie omogenea di affari penali preventivamente individuati per tipologia ovvero (nei casi in cui pendano indagini ma non sia ancora avviata l'azione penale) anche successivamente alla commissione del fatto ma, comunque, sempre con rinvio alla categoria generale dei reati indicati nell'*incipit* dell'art. 3, 1° co., d.l. n. 90/1998, tra l'altro secondo uno schema giudiziario ed operativo che ricalca molto quello già da tempo in vigore per le procure distrettuali antimafia, rispetto alle quali non si registrarono paragonabili levate di scudi da parte della magistratura associata. Anzi, si è assistito negli anni, condivisibile o no che sia, proprio al progressivo aumento di competenze delle procure distrettuali e dei g.i.p. e g.u.p. distrettuali attraverso manipolazioni del testo dell'art 51 c.p.p., cui fa rinvio l'art. 328 del medesimo.

In ogni caso, è garantita la attribuzione ai giudici del territorio, cioè ai vari Tribunali nel cui circondario i fatti sono stati commessi, dei processi di merito, una volta conclusa la fase delle indagini, proprio come accade da anni, senza che i magistrati si riuniscano in assemblee, per i reati di mafia e per altri gravi fatti, terrorismo compreso. Che poi si sia dato vita ad un "inaccettabile... federalismo processualpenale" su base regionale (Magistratura Democratica, *Quale sicurezza?*, comunicato del 27.5.2008, cit.; si vedano anche: *L'Anm: pm regionali? Così si stravolge il codice*, in *Il mattino*, 26.5.2008, 23; *Parte la superprocura oggi toghe in assemblea. Sul web i malumori per l'accentramento a Napoli del tema immondizia*, in *La Repubblica*, 26.5.2008, 3) è affermazione suggestiva ma non probante, posto che è un dato di fatto piuttosto ovvio che la pericolosissima e non ulteriormente tollerabile situazione dei rifiuti ammucchiati per le strade e davanti alle scuole è localizzata solo in Campania (*Non spolpate quel decreto. È l'ultima chance per Napoli. Rifiuti e Pm*, in *Il Riformista*, 30.5.2008, 2; A. CISTERNA, "Extra ordinem"

la realtà straordinario il diritto, in *Avvenire*, 31.5.2008, 13; E. ROMANAZZI, “*Superprocura, sbagliato dire no c’è una situazione di emergenza*”. Il sottosegretario Caliendo: un precedente con il sisma nelle Marche, in *Il mattino*, 1.6.2008, 6) e non già nelle Marche o in Liguria, sicché non avrebbe alcun senso, pratico prima ancora che giuridico, generalizzare le innovazioni su base nazionale, come pure proposto da alcuni (A. M. GRECO, *Alfano*; “*Una superprocura per l'emergenza rifiuti eviterà ogni pressione*”, in *Il giornale*, 29.5.2008, 2).

Motivi di principio che spieghino la manifestata contrarietà ad un giudice collegiale, poi, davvero non si comprendono se si considera che la struttura allargata, già di per sé, offre maggiori garanzie di prudenza e di rigore rispetto a quella unipersonale, che è maggiormente idonea a ridurre il rischio di errori e che uno specifico precedente del tipo di quello di cui si discute già esiste ed è importante: il cosiddetto tribunale dei ministri di cui alla legge costituzionale 16.1.1989, n. 1. Né si sa davvero che cosa possa far pensare, peraltro nella concreta situazione data, che il Governo, “scegliendosi”, come è stato detto, il Procuratore della Repubblica di Napoli nella funzione di controllo sulla gestione dell'emergenza rifiuti, intendesse garantirsi una certa libertà di azione (C. SPADAFORA, “*Qui i miei colleghi magistrati boicottano il superprocuratore*”. Napoli, parla uno dei 32 Pm che non hanno firmato il documento contro il decreto rifiuti inviato al Csm, in *Il giornale*, 30.5.2008, 13).

4. Sembra, comunque, che si stia pensando ad emendamenti migliorativi del testo (R. FUCCELLI, *Berlusconi torna a Napoli e “apre” sul decreto, in la Repubblica*, 30.5.2008, 4; *Protestano i p.m., cambia il decreto, in La stampa*, 29.5.2008; U. MAGRI, *L'ira di Berlusconi “Pm ingovernabili”*, *ivi*, 28.5.2008, 2; V. VIOLA, *Il Governo pronto a modificare il Dl contestato*, in *Il Sole 24 Ore*, 30.5.2008, 20), naturalmente sempre possibili ed auspicabili: si pensi, in particolare, alla ventilata possibilità di istituire due procure, corrispondenti ai due distretti giudiziari della

Campania, Napoli e Salerno, in luogo di una unica, così avvicinando ancor più l'istituto al modello, evidentemente in qualche modo tenuto presente dal legislatore di urgenza, della procura distrettuale antimafia. Ulteriori migliorie del testo in vigore, sia su aspetti sia generali che di dettaglio, sono certo possibili ed i tecnici vi stanno lavorando. Lo stesso Consiglio Superiore della Magistratura nel recentissimo parere del 9 giugno 2008 sottolinea aspetti di criticità riguardanti le previsioni del decreto in tema di ordinamento giudiziario e di organizzazione e di funzionamento della giustizia, anche sotto il profilo della assenza di norme di dettaglio e di coordinamento con le regole generali, tuttavia senza riferimenti a possibili contrasti con la Costituzione e «*consapevole che situazioni di emergenza, come quella che caratterizza il territorio della Campania, ben possono giustificare l'adozione di interventi legislativi, anche di natura derogatoria rispetto alla legislazione vigente, e di misure organizzative straordinarie*» (C.S.M., *Parere adottato nella seduta straordinaria del 9 giugno 2008*, in www.csm.it).

5. Non dovrebbe sfuggire, però, un punto importantissimo sul quale il dibattito sinora si è poco soffermato. Vi è una previsione del d.l. n. 90/2008 che già in sede di conversione parlamentare non solo meriterebbe di essere confermata e valorizzata ma, anzi, andrebbe estesa – e con somma urgenza – a livello generale e per tutti i reati: la competenza di un collegio di tre giudici in materia di libertà personale e di compressione dei diritti fondamentali.

Troppo elevate, infatti, a livello statistico le percentuali di riforma delle ordinanze dei g.i.p. da parte dei Tribunali della libertà; troppi ancora gli errori giudiziari ed i casi di riparazione per ingiusta detenzione, che tra l'altro pesano sulle casse dell'erario; troppe le misure cautelari senza necessità; troppe ormai le mastodontiche ordinanze di cattura-fotocopia, senza vaglio critico e magari con qualche rimaneggiamento grafico, di richieste dei pubblici ministeri, a loro volta troppo spesso fotocopia dei rapporti della polizia

giudiziaria. Ora, che la causa sia, come molti magistrati affermano, la carenza di organico rispetto alla rilevante mole di lavoro giudiziario ovvero, come altri sospettano (F. FACCI, *La giustizia nella discarica*, in *Il giornale*, 30.5.2008, 1), la maggiore o minore attenzione con cui, secondo criteri e tempi inconoscibili, vengono valutate alcune vicende oggetto di richiesta cautelare, certo è che, rispetto alle evidenti falle dell'odierno sistema giustizia, sarebbe davvero auspicabile che in tema di compressione dei diritti inviolabili (la libertà personale ma anche il tanto invocato diritto alla *privacy*), le relative questioni siano affidate non ad un unico giudice, peraltro partecipe alle indagini (attraverso la condivisione delle richieste dell'inquirente) e già a conoscenza della versione dei fatti offertagli dal collega che coordina l'attività investigativa, bensì ad un collegio terzo che, privo di pregiudizi (in senso etimologico), possa valutare in chiave imparziale il materiale offerto alla sua attenzione. Ciò garantirebbe un maggior approfondimento delle questioni di fatto e di diritto ed una più completa lettura dei faldoni di documenti allegati alle richieste di misura cautelare, con conseguente maggiore affidabilità della decisione adottata da tre giudici.

Le degenerazioni di cui si è detto, vistosamente anti-costituzionali, in quanto negatorie dell'essenza in sé della giurisdizione, che non è decidere ma spiegare perché si è deciso (art. 111, 6° co., Cost.), e davvero indegne di un paese civile, verrebbero allora meno – o sarebbero quantomeno ridotte a fenomeni marginali in situazioni patologiche – se vi fossero sei occhi per leggere gli atti e tre cervelli per riflettere, per confrontarsi in camera di consiglio, per stabilire se privare qualcuno della libertà personale e, ancora prima, se sia assolutamente indispensabile” (art. 267, 1° co., c.p.p.) intercettarne le conversazioni: senza essersi innamorati di una tesi, senza l'imbarazzo di dover contraddire sé stessi (per avere autorizzato l'attività), senza volere e senza dovere essere (in chiave patologica) degli eroi.

Ed allora il Parlamento ed il Governo hanno

oggi una formidabile occasione, da non perdere, per realizzare un obiettivo di civiltà che ormai appare maturo, già sostenuto dai professori di diritto e da avvocati e magistrati illuminati ed oltretutto contenuto nel progetto di riforma del codice di procedura penale elaborato quando Ministro della giustizia era l'Onorevole Castelli: stabilire che per decidere in materia di diritti inviolabili ci vogliono tre persone.

Vi saranno, poi, da decidere ulteriori aspetti importanti dal punto di vista tecnico (quanto alle misure cautelari: se il collegio debba provvedere dopo aver sentito la difesa degli incolpati o meno; la disciplina dei casi di sorpresa in flagranza; come eventualmente strutturare un fermo provvisorio del sospettato nei casi di urgenza o per reati particolarmente allarmanti; se i tempi per sentire la versione della difesa ed eventualmente acquisire prove a discarico consentano o meno una dilazione dei termini per decidere nel caso di fermo provvisorio; se possano prevedersi ulteriori e magari più efficaci strumenti cautelari; se sia il caso di introdurre una cauzione di futura buona condotta; se avverso il provvedimento del collegio delle misure cautelari si debba ricorrere unicamente in cassazione ovvero se sia utile e opportuno un secondo giudizio di merito, non imposto dalla Costituzione; quanto alle intercettazioni: per quali gravi reati siano davvero indispensabili, attesi gli altissimi costi, non solo patrimoniali, che implicano; quale sia il regime di ostensibilità del contenuto delle conversazioni captate) che gli addetti ai lavori hanno chiari e rispetto ai quali le soluzioni potranno essere molteplici, purché si raggiunga un punto di equilibrio tra le varie esigenze sottese.

Una cosa, però, ormai deve essere chiara: un Paese che aspira ad essere normale ha bisogno, oltre che della certezza della pena di cui tanto si discute, anche della certezza che gli arresti e, più in generale, i provvedimenti che incidono sulla libertà, sull'onore di una persona e sulla sua riservatezza non siano azioni temerarie.

Non può offrire adeguate garanzie la solitudine di un uomo solo.

DECISIONI IN PRIMO PIANO

L'ambiguità della sentenza di non luogo a procedere a fondamento dell'obiter dictum della Consulta

La Corte costituzionale ritiene manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 428 c.p.p., così come riformato dall'art. 4, l. 20.2.2006, n. 46, perché questa norma non è applicabile alle impugnazioni già presentate al momento dell'entrata in vigore della suddetta legge. L'art. 10, l. 20.2.2006, n. 46, contenente la disciplina transitoria, non si applica alla sentenza di non luogo a procedere poiché questa, diversamente dalle sentenze di non doversi procedere e di assoluzione, ha natura mera-

mente processuale, sicché alle impugnazioni già presentate si continua ad applicare la regola del *tempus regit actum*. Tuttavia, in giurisprudenza si assiste alla progressivo avvicinamento ad una concezione della sentenza di non luogo a procedere, per la completezza del quadro probatorio di cui il giudice deve disporre e per il potenziamento dei poteri riconosciuti alle parti in materia di prova, come una valutazione del "merito" dell'accusa.

Osservazioni

di *Claudio Papagno*

1. *L'espressione promiscua «sentenza di proscioglimento» ex art. 10, 2° co., l. 20.2.2006, n. 46 e le incertezze applicative.* – I rilievi di legittimità costituzionale sollevati dalla corte militare di appello di Verona e dalla corte di appello di Salerno rappresentavano un'occasione propizia affinché la Consulta si occupasse della legittimità costituzionale dell'art. 428 c.p.p., così come riformato dalla l. n. 46/2006 (per un'ampia disamina delle modifiche apportate dalla l. n. 46/2006 sul sistema delle impugnazioni vedi, su tutti, GAITO, *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, Torino, 2006), dopo essersi già espressa sulla compatibilità con il dettato costituzionale degli artt. 593 e 443 c.p.p. (cfr. C. Cost., 6.2.2007, n. 26 e C. Cost., 20.7.2007, n. 320), modificati dalla stessa discussa riforma. Tuttavia, l'esame del merito della questione è stata evitata sulla base del mancato adempi-

mento, da parte dei giudici emittenti, dell'onere di verificare l'esistenza di un'interpretazione alternativa del documento normativo, capace di conciliarsi con il dettato costituzionale. Secondo la Corte infatti, «i remittenti danno per scontato che la formula "sentenza di proscioglimento", impiegata nell'art. 10, 2° co., della l. n. 46/2006, abbracci anche le sentenze di non luogo a procedere»; in realtà, la formula "sentenza di proscioglimento" designerebbe, esclusivamente, le pronunce liberatorie emesse a seguito di un giudizio *sul merito* e non le sentenze di non luogo a procedere che, invece, sono espressione di un giudizio di natura prettamente processuale.

Stando così le cose, non si porrebbe – secondo il *decisum* dei giudici costituzionali – una questione di legittimità costituzionale nel caso *de quo*, perché la nuova disciplina non troverebbe applicazione nei procedimenti

in cui la questione è stata sollevata, atteso che le relative impugnazioni sono state presentate prima che la contestata l. 20.2.2006, n. 46 entrasse in vigore.

Non può applicarsi all'ipotesi di cui all'art. 428 c.p.p., secondo la Corte costituzionale, la disciplina intertemporale dettata dall'art. 10, 2° co., della l. 20.2.2006, n. 46, la quale – in espressa deroga del principio *tempus regit actum* – prevede che «l'appello proposto contro una sentenza di proscioglimento dall'imputato o dal pubblico ministero prima della data di entrata in vigore della presente legge viene dichiarato inammissibile con ordinanza non impugnabile». Trattasi per ciò, «andrebbe interpretata restrittivamente, rimanendo comunque insuscettibile di applicazione analogica» (F.I. GAROFOLI, *La funzione di garanzia del diritto intertemporale: la legge n. 46 del 2006 e la declaratoria di illegittimità costituzionale*, in *Atti del convegno di Trani 2-3 febbraio 2007: La sentenza della Corte costituzionale 6 febbraio 2007, n. 26: un energico richiamo al metodo della giurisprudizione*, in *Unità del sapere giuridico, Quaderni del Dipartimento di diritto penale, di diritto processuale penale di filosofia del diritto dell'Università di Bari*, a cura di Garofoli, 2007, 159).

D'altronde, in diverse occasioni, la Corte di legittimità ha ribadito tale principio, affermando che la sentenza di non luogo a procedere non è una «sentenza di proscioglimento», espressione, quest'ultima, che designa specificamente, a partire dall'intitolazione della prima sezione del capo II del libro VII del codice di rito, la decisione pronunciata in esito al giudizio di merito (sia essa di «non doversi procedere», a norma dell'art. 529 c.p.p., o di «assoluzione», a norma dell'art. 530 c.p.p.) (così, da ultimo, C., Sez. I, 28.6.2007, F., in *Mass. uff.*, 236595; nello stesso senso, in precedenza, C., Sez. V, 5.3.2007, P.G., in *proc. P.*, in *CP*, 2007, 1950; C., Sez. I, 12.6.2007, P.M., in *proc. M.*, in *Mass. uff.*, 236797).

La giurisprudenza ha osservato come la rilevanza sistematica ed ontologica della diversa

espressione utilizzata per il provvedimento che conclude l'udienza preliminare sia stata posta in rilievo, proprio sul terreno delle impugnazioni, già dalla Corte costituzionale (C. Cost., 29.7.1992, n. 381). Del resto – si è aggiunto – il «non luogo a procedere» viene deliberato in base ad un materiale cognitivo diverso da quello ordinariamente utilizzato per il giudizio, e comunque secondo una peculiare regola di valutazione (quella dell'insostenibilità dell'accusa in dibattimento), formalizzandosi in un provvedimento che, a differenza delle sentenze di proscioglimento, è suscettibile di revoca nei casi previsti dalla legge.

La soluzione opposta è stata enunciata in un solo provvedimento del giudice di legittimità (C., Sez. VI, 31.5.2007, T., in *CP*, 2007, 2430, con nota critica di MARANDOLA, «*Legge Pecorella*»: è esclusa dal regime transitorio la sentenza di non luogo a procedere?).

Nell'occasione la Corte non ha certo trascurato le differenze tra la sentenza di proscioglimento e quella di non luogo a procedere. Si è posto in luce, tuttavia, che anche per le seconde viene spesso usato il termine «proscioglimento», nel linguaggio corrente e, soprattutto, nello stesso lessico della legge processuale: perfino l'art. 425 c.p.p. si riferisce alla decisione liberatoria dell'udienza preliminare col termine in questione; nell'art. 131 *bis* disp. att. c.p.p. si definisce «proscioltto» l'imputato non rinviato a giudizio.

2. *Gli orientamenti giurisprudenziali sulla natura giuridica degli epiloghi decisori dell'udienza preliminare.* – Tuttavia, l'*excursus* interpretativo della Consulta – laddove accoglie aprioristicamente l'idea della sentenza di non luogo a procedere come una pronuncia di carattere meramente processuale (POTETTI, *Il principio di completezza delle indagini nell'udienza preliminare e il nuovo art. 421 bis c.p.p.*, in *CP*, 2000, 2148; BRICCHETTI, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in *AA.VV.*, *Il nuovo processo penale davanti al giudice unico*, 2000, 143 s.; GARUTI, *L'udienza preliminare: la nuova cadenza valutativa tra indagini e processo*, in *ANPP*, 2000, 416 s.) – desta non poche per-

plexità (V. GAROFOLI, *Udienza preliminare e regole minime per evitare dibattimenti inutili*, in DPP, 2005, 533).

Certamente, «l'indirizzo allo stato prevalente nella giurisprudenza di legittimità» tende a distinguere la formula «sentenza di proscioglimento» da quella contenuta nell'art 425 c.p.p., così come la stessa Corte costituzionale, d'altronde, ha più volte ribadito la nozione meramente «processuale» della decisione adottata all'esito dell'udienza preliminare, delimitandone le peculiarità strutturali e funzionali all'interno di una «verifica che opera su un piano squisitamente processuale, essendo il giudice chiamato a decidere non sul pieno merito della regiudicanda, ma sulla ammissibilità o meno della domanda di giudizio rivolta dal pubblico ministero» (cfr. C. Cost., 3.10.1990, n. 431) e sottolineando in ogni caso la «diversità quantitativa che caratterizza l'apprezzamento del merito che si compie nell'udienza preliminare rispetto a quello riservato all'organo del dibattimento» (C. Cost., 11.3.1993, n. 82).

Il testo originario dell'art. 425 c.p.p., nel prescrivere il requisito della «evidenza» probatoria per la sentenza di non luogo a procedere, appariva coerente con la costruzione dell'udienza preliminare come «filtro» a maglie larghe, idoneo a fermare solo le imputazioni cosiddette «azzardate», che si prestavano cioè alla immediata ed «evidente» formulazione di una prognosi del tutto sfavorevole per la prospettazione dell'accusa all'esito del dibattimento. Ed invero, dall'assoluta centralità della verifica dibattimentale, affermata nell'intento di dare attuazione ai caratteri del sistema accusatorio fissati dalla legge delega, conseguiva necessariamente il contenimento concettuale dell'udienza preliminare e del rinvio a giudizio, configurati la prima, di regola, come procedimento allo stato degli atti e il secondo come mero provvedimento di impulso processuale, non a caso carente dei motivi a sostegno della *translatio iudicii*.

Con la riforma introdotta dalla l. n. 105/1993 veniva, tuttavia, eliminato il requisito della «evidenza» delle cause liberatorie, che in precedenza rappresentava il *discrimen* en-

tro cui circoscrivere l'ambito della regola di giudizio che presiedeva all'adozione delle formule in fatto della sentenza di non luogo a procedere, aumentando, così, sensibilmente, la possibilità di adottare questo tipo di pronuncia e incrementando specularmente l'apprezzamento in fatto dello *standard* probatorio sotteso alla scelta alternativa del rinvio a giudizio.

Le Sezioni unite (C., S.U., 25.10.1995, Liotta, in GI, II, 1997, 80), nel comporre il contrasto sul tema della compatibilità del rinvio a giudizio dell'imputato, disposto a conclusione dell'udienza preliminare e il giudizio di gravità indiziaria di cui all'art. 273 c.p.p., hanno ricondotto il giudizio finale dell'udienza preliminare tra le statuizioni adottate da organi giurisdizionali nell'ambito dello stesso processo, a fondamento delle quali è posta, in modo esplicito od implicito, la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza che, in mancanza di fatti nuovi e sopravvenuti, ne precludono la rivalutazione.

Questi primi spiragli interpretativi per dare la dignità di giudizio di merito alla decisione conclusiva dell'udienza preliminare vengono subito occlusi dalla Corte costituzionale, la quale, mutando radicalmente la prospettiva del quadro normativo di riferimento, dichiara l'illegittimità costituzionale, perché in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., degli artt. 309 e 310 c.p.p. nella parte in cui non prevedono la possibilità di valutare la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza quando sia stato emesso il decreto che dispone il giudizio, osservando che questo non può ritenersi una decisione che in ogni caso assorba la valutazione dei gravi indizi di colpevolezza; atteso che «precludere l'esame di tale presupposto nelle impugnazioni *de libertate* equivale ad introdurre nel sistema un limite che si appalesa irragionevolmente discriminatorio e al tempo stesso gravemente lesivo del diritto di difesa», per di più proiettato verso la salvaguardia del bene primario della libertà personale (C. Cost., 15.3.1996, n. 71). La Corte costituzionale è, evidentemente, alla ricerca di nuovi equilibri capaci di rispettare il «principio di assorbimento»: che sa-

rebbe stato rispettato solo qualora si fosse in presenza di «una decisione che in ogni caso contenesse in sé una valutazione del merito di tale incisività da assorbire l'apprezzamento dei gravi indizi di colpevolezza».

Ma la Corte esclude – ed è questo il punto – l'assorbimento del profilo di gravità degli indizi nella delibazione propria della *translatio iudicii*, in virtù del raffronto tra la pronuncia di cui all'art. 425 c.p.p. e quella prevista nell'art. 530 c.p.p., all'esito del giudizio a cognizione piena, sotto il profilo dell'asimmetria valutativa che veniva a determinarsi nel caso in cui la prova risultava insufficiente o contraddittoria. In queste ipotesi il disposto dell'art. 530, 2° co., c.p.p. non trovava un omologo rispetto alla pronuncia di non luogo a procedere, perché nell'art. 425 c.p.p. veniva formulata una più articolata regola di giudizio che «deve necessariamente tenere conto della diversa natura e funzione che quella pronuncia» è destinata a svolgere nel sistema: non «un canone, sia pure prognostico, di colpevolezza o di innocenza», ma «la ben diversa prospettiva di delibare se, nel caso di specie, risulti o meno necessario dare ingresso alla successiva fase del dibattimento», in linea peraltro con una lettura dell'art. 125 disp. att. c.p.p. e rispettosa dei canoni costituzionali, avendo il giudice delle leggi già sottolineato (C. Cost., 15.2.1991, n. 88) la necessità di una valutazione del quadro probatorio «non nell'ottica del risultato dell'azione, ma in quella della superfluità o meno dell'accertamento giudiziale», in funzione cioè non della condanna, ma della sostenibilità dell'accusa nel dibattimento. Orientamento, peraltro, ribadito dalla Consulta in altre successive pronunce (C. Cost., 5.2.1996, n. 24).

Anche la giurisprudenza di legittimità si è allineata all'orientamento interpretativo della Corte costituzionale, ribadendo, in più pronunce, che – nonostante le innovazioni legislative – la decisione del giudice per l'udienza preliminare è da ritenersi di carattere prettamente processuale (cfr. C., Sez. I, 7.3.1996, Mollace, in *Mass. uff.*, 204412; C., Sez. I, 28.3.1996, Chilà, in *Mass. uff.*,

204541; C., Sez. II, 28.3.1996, Contini, in *Mass. uff.*, 206097).

In tale quadro normativo e giurisprudenziale, dopo la modifica apportata all'art. 425 c.p.p. dalla l. n. 105/1993 con l'eliminazione dell'aggettivo “evidente”, un segnale forte, nel senso della progressiva mutazione della struttura e della funzione dell'udienza preliminare si rinviene nel nuovo 2° co. *bis* dell'art. 34 c.p.p., aggiunto dall'art. 171 d.lgs. 19.2.1998, n. 51, con il quale è stata introdotta l'incompatibilità tra il giudice per le indagini preliminari e il giudice dell'udienza preliminare: in questo modo si è indubbiamente rafforzata l'idea dell'udienza preliminare quale giudizio affine a quello di merito, che, come tale, non tollera la presenza di un giudice che, nel momento decisionale, possa essere condizionato dallo svolgimento della sua pregressa attività di carattere processuale.

Ma ancora più significative modifiche sono state imposte all'udienza preliminare dalla l. 16.12.1999, n. 479, nel dichiarato obiettivo di evitare un inutile dispendio di attività processuali in un dibattimento destinato ad esiti assolutori per l'inadeguata valenza dei presupposti probatori.

Le modifiche legislative hanno dato vigore alle riflessioni circa le reali connotazioni processuali dell'udienza preliminare, considerato che anche il giudice delle leggi, nelle pronunce successive, ha preso le distanze dall'apparato concettuale e argomentativo che ne aveva sorretto i precedenti interventi in materia.

La Consulta, all'indomani della riforma legislativa ha evidenziato, nel ritenere manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 423 c.p.p., le «significative e rilevanti modifiche che la l. n. 479/1999 ha apportato alla disciplina della udienza preliminare» (C. Cost., 8.6.2001, n. 185), ma ha escluso che esse, «pur avendo contribuito a ridefinire, in termini di maggior pregnanza, la struttura, la dinamica ed i contenuti decisori di quella fase, ne hanno tuttavia mutato le connotazioni eminentemente processuali che ne contraddistinguono l'essen-

za», atteso che la funzione dell'udienza preliminare sarebbe quella di verificare l'esistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda di giudizio formulata dal pubblico ministero. Cosicché, ripercorrendo la linea interpretativa ormai consolidata, ad una richiesta in rito, non può non corrispondere, in capo al giudice, una decisione di eguale natura, proprio perché anch'essa calibrata sulla prognosi di non superfluità del sollecitato passaggio alla fase dibattimentale; mentre «in tale ultima fase lo sviluppo delle serie probatorie e l'oggetto del contraddittorio si proiettano, non verso una statuizione destinata unicamente a regolare il futuro *iter* del processo, ma verso una sentenza chiamata a definire direttamente il merito della regiudicanda e suscettibile di assumere i caratteri e la forza del giudicato» (C. Cost., 8.6.2001, n. 185).

A distanza di poco tempo, però, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla conciliabilità costituzionale del regime d'incompatibilità del giudice (cfr. C. Cost., 6.7.2001, n. 224) rileva come «a seguito delle importanti innovazioni introdotte, in particolare, dalla l. 16.12.1999, n. 479, l'udienza preliminare ha subito una profonda trasformazione sul piano sia della quantità e qualità di elementi valutativi che vi possono trovare ingresso, sia dei poteri correlativamente attribuiti al giudice, e, infine, per ciò che attiene alla più estesa gamma delle decisioni che lo stesso giudice è chiamato ad adottare». Il potere del giudice, in forza del principio di completezza delle indagini, di disporre l'integrazione delle stesse (art. 421 *bis* c.p.p.), l'analogo potere, anche officioso, di integrazione dei mezzi di prova, dei quali appaia evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere (art. 422 c.p.p.); le nuove cadenze delle indagini difensive introdotte dalla l. 7.12.2000, n. 397 ed il conseguente ampliamento del tema decisorio, sono tutti elementi di novità che «postulano, da un lato, un contraddittorio più esteso rispetto al passato e, dall'altro, un incremento degli elementi valutativi, cui necessariamente corrisponde – quanto alla determinazione

conclusiva – un apprezzamento del merito ormai privo di quei caratteri di "sommarietà" che prima della riforma erano tipici di una delibazione tendenzialmente circoscritta allo stato degli atti» (C. Cost., 6.7.2001, n. 224).

In base alla nuova formulazione dell'art. 425 c.p.p. la sentenza di non luogo a procedere può scaturire anche dal riconoscimento di circostanze attenuanti e dalla correlativa applicazione della disciplina di cui all'art. 69 c.p., con i riflessi tipici delle statuizioni che incidono sul merito della causa ed ugualmente sul merito finisce per proiettarsi la sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità, mentre la *regula iuris* posta a fondamento dell'alternativa decisoria offerta al giudice quale epilogo dell'udienza preliminare «si radica – in positivo – sulla sufficienza, non contraddittorietà e, comunque, idoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio, imponendosi, in caso di diverso apprezzamento, l'adozione della sentenza di non luogo a procedere» (C. Cost., 6.7.2001, n. 224).

La Corte, pure all'interno di un giudizio teso a verificare le condizioni legittimanti un'eventuale incompatibilità per il giudice dell'udienza preliminare, introduce dunque, una valutazione dell'udienza stessa che, inevitabilmente, comporta la progressiva marginalizzazione della sua configurazione quale momento "processuale", fondamentalmente orientato al controllo dell'azione penale promossa dal pubblico ministero in vista dell'apertura della fase del giudizio, e, per contro, il suo avvicinamento ai segmenti di uno sviluppo procedimentale in cui, per la completezza del quadro probatorio di cui il giudice deve disporre e per il potenziamento dei poteri riconosciuti alle parti in materia di prova, è stimolata la valutazione del "merito" dell'accusa (la Corte costituzionale ribadisce infine, con la sentenza 12.7.2002, n. 335).

Le Sezioni Unite, però, non hanno colto i segnali di apertura provenienti dalla Corte costituzionale, affermando che sebbene vi sia «l'obiettivo arricchimento quantitativo e qualitativo dell'orizzonte prospettico del giu-

dice per l'udienza preliminare» (C., S.U., 30.10.2002, Vottari, in *GI*, 2004, 365), ciò non determina un mutamento della natura giuridica della pronuncia del giudice per l'udienza preliminare che continua a essere di carattere meramente processuale.

3. *Il necessario ripensamento sulla natura giuridica degli epiloghi decisori dell'udienza preliminare.* – Pur tuttavia, seguendo l'insegnamento di attenta dottrina (V. GAROFOLI, 533) deve osservarsi come l'intero *excursus* storico degli interventi legislativi che hanno riguardato l'udienza preliminare, a partire dal 1993, con la l. n. 105, passando per la l. n. 51/1998, per giungere fino alla legge Carotti (l. n. 479/1999), unitamente a talune pronuncie della Consulta (C. Cost., 12.7.2002, n. 335) e della cassazione (C., S.U., 20.12.2007, p.m. in proc. Battistella), comportino una seria riflessione circa la natura giuridica della pronuncia del giudice per l'udienza preliminare andrebbe in qualche modo rivista.

È opportuno, in questo senso, svincolarsi da una concezione di regola di giudizio dell'udienza preliminare che, facendo uso oltre misura dell'art. 125 disp. att. c.p.p., richieda una prognosi circa l'evoluzione del compendio probatorio dell'accusa nella successiva istruttoria dibattimentale, nel senso che il giudice dell'udienza preliminare, in presenza di elementi insufficienti o contraddittori, deve comunque rinviare a giudizio l'imputato se ritiene *probabile* che, nella successiva fase dibattimentale, vi potrà essere uno sviluppo degli elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari, ai fini della decisione di condanna.

Non è concepibile che il processo penale, in presenza di elementi insufficienti o contraddittori, continui sulla base di un mero giudizio di possibile integrazione nella successiva fase dibattimentale. È in gioco la stessa funzione del processo come sistema di garanzia per la persona.

Il dato letterale dell'art. 425, 3° co., c.p.p. impone di superare il criterio della "probabilità" della conferma dell'ipotesi accusatoria nel dibattimento. Ai fini del rinvio a giudizio

è richiesto uno *standard* di convincimento di grado superiore che, sebbene non sia identico a quello previsto a conclusione del giudizio, quanto meno sia capace di escludere qualsiasi epilogo assolutorio in fase dibattimentale.

Emblematico, ai fini della concezione della decisione del giudice per l'udienza preliminare in termini di vera e propria pronuncia di merito, è l'ampliamento della sfera di operatività della disciplina dell'incompatibilità del giudice. Anzi, potremmo dire che proprio il mutamento funzionale di questa fase ha reso necessario un intervento più incisivo dell'istituto dell'incompatibilità del giudice. Invero, nell'ipotesi in cui vi siano più pronunce dello stesso giudice dell'udienza preliminare sulla medesima *res iudicanda* – qualora esse si considerino "atti compresi nella logica del giudizio" – si avrebbe la necessità di includere queste determinazioni assunte in udienza preliminare nell'ambito dell'istituto dell'incompatibilità. Poiché non avrebbe senso salvaguardare l'imparzialità e la terzietà del giudice, tramite l'estensione della disciplina dell'incompatibilità al caso *de quo*, se questi non dovesse adottare una decisione suscettibile di essere influenzata da una decisione assunta precedentemente, allora dobbiamo ritenere che la decisione conclusiva dell'udienza preliminare sia una vera e propria decisione *sul* merito (in senso conforme, tra gli altri, DALIA, *L'apparente ampliamento degli spazi difensivi nelle indagini e l'effettiva anticipazione della "soglia di giudizio"*, in AA.VV., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, I, *Le innovazioni in tema di indagini e dell'udienza preliminare*, a cura di Kalb, Milano, 2000, 10).

Questa *regula iuris*, tra l'altro, trova conferma nel fatto che la nuova normativa prevede ampie possibilità di colmare le lacune delle indagini preliminari.

In tal senso non appaiono degne di essere accolte le censure che, muovendo dall'art. 111, 4° co., Cost., sostengono che si potrebbe avere una violazione del contraddittorio nella formazione della prova, dato che questo si ha solo nella fase dibattimentale.

A parte il dato letterale dell'art. 111, 5° co., Cost., in forza del quale «la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato», occorre ricordare, infatti, che il contraddittorio è posto a garanzia del soggetto nei cui confronti si procede, dandogli il diritto di poter vagliare l'apporto probatorio degli elementi forniti dagli organi della pubblica accusa, nel corso delle indagini preliminari (fase in cui, normalmente, il contraddittorio non c'è). Prova ne è il fatto che gli imputati, optando per il rito abbreviato, hanno la possibilità di rinunciare al contraddittorio per addivenire a una decisione allo stato degli atti.

Nello stesso senso, recentemente, la Corte costituzionale (C. Cost., 12.7.2002, n. 335) che, ricollegandosi a una precedente pronuncia (C. Cost., 6.7.2001, n. 224), ha configurato la fase dell'udienza preliminare come «un apprezzamento del merito, ormai privo di quei caratteri di sommarietà che prima della riforma [...] erano tipici di una decisione orientata soltanto, secondo la sua natura, allo svolgimento del processo».

Alla luce di tali considerazioni, appare una forzatura definire gli epiloghi decisivi dell'udienza preliminare come un momento di natura prettamente processuale. Tanto più se, per giustificare tale assunto, si continua a fare ricorso – come nel caso di specie – a quella giurisprudenza costituzionale piuttosto risalente (C. Cost., 29.7.1992, n. 381) che, essendo antecedente rispetto a tutte le modifiche legislative e agli approdi giurisprudenziali indicati, non può che essere inconciliabile con le esigenze del «diritto vivente».

Invero, il massimo consesso della cassazione è tornata da ultimo – seppure incidentalmente – sulla natura giuridica della decisione conclusiva dell'udienza preliminare, osservando come «merita essere sottolineato che, nel contesto delle sopravvenute, significative, novità normative (in particolare, l. n. 479/1999) e dei plurimi interventi della Corte costituzionale (v., fra le tante, sentt. n. 224/2001 e n. 335/2002) si è imposta un'op-

portuna rimeditazione riguardo alla struttura e alle funzioni dell'udienza preliminare, nel senso di una progressiva marginalizzazione quale “momento processuale” [...] e, per contro, del suo avvicinamento ai segmenti di uno sviluppo procedimentale in cui... è stimolata la valutazione del merito circa la consistenza della causa» (C., S.U., 20.12.2007, p.m. in proc. Battistella).

4. *Il nuovo sistema d'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere: una riforma dagli incerti profili di ragionevolezza.* – Sebbene la Consulta abbia ribadito (C. Cost., sent. n. 98/1994, C. Cost., sent. n. 432/1992; C. Cost., sent. n. 324/1994), nel dichiarare costituzionalmente illegittimo l'art. 593 c.p.p., come modificato dal legislatore del 2006 (BARGI-GAITO, *Il ricorrente ritorno alla cultura processuale inquisitoria: l'eccentrica definizione della funzione di garanzia del p.m. nel sistema delle impugnazioni*, in *Atti del convegno di Trani 2-3 febbraio 2007: La sentenza della Corte costituzionale 6 febbraio 2007, n. 26: un energico richiamo al metodo della giurisdizione*, in *Unità del sapere giuridico, Quaderni del Dipartimento di diritto penale, di diritto processuale penale di filosofia del diritto dell'Università di Bari*, 33), che «le fisiologiche differenze che connotano le posizioni delle due parti necessarie del processo penale, correlate alle diverse condizioni di operatività e ai differenti interessi dei quali, anche alla luce dei precetti costituzionali, le parti stesse sono portatrici (...) impediscano di ritenere che il principio di parità debba (e possa) indefettibilmente tradursi, nella cornice di ogni singolo segmento dell'*iter* processuale, in un'assoluta simmetria di poteri e facoltà» (C. Cost., 6.2.2007, n. 26), non ha mancato di osservare come la sperequazione tra posizioni processuali delineata dalla l. n. 46/2006 sia «unilaterale, perché non trova alcuna specifica contropartita in particolari modalità di svolgimento del processo [...] essendo sancita in rapporto al giudizio ordinario, nel quale l'accertamento è compiuto nel contraddittorio delle parti, secondo le generali cadenze prefigurate dal codice di rito» (C. Cost., 6.2.2007, n. 26).

In sostanza, perché delle alterazioni alla simmetria tra accusa e difesa possano dirsi “costituzionalmente accettabili”, è necessario che si verifichi una duplice condizione: ci sia, innanzi tutto, un’adeguata *ratio* giustificatrice nel ruolo istituzionale del pubblico ministero e, ancora, che lo squilibrio non ecceda mai i criteri di ragionevolezza.

L’inappellabilità delle sentenze di condanna da parte del pubblico ministero *ex art.* 593 c.p.p., ad avviso della Consulta, non rispetta alcuna delle condizioni richieste, respingendo così, le ragioni che hanno dato adito alla riforma (MARANDOLA, *Nuovo regime dei casi d’appello, in Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio, legge 20 febbraio 2006, n. 46, “legge Pecorella”, a cura di Scalfati, Milano, 2006, 135*). Il cedimento dei poteri d’accusa, invero, è stata ritenuta dagli ideatori della legge come “addirittura auspicabile”, atteso che il pubblico ministero ha apparati investigativi di tale portata, da consentirgli di affrontare il giudizio di primo grado da vero protagonista. Il dato messo in rilievo è, senza dubbio, indiscutibile.

Il pubblico ministero dispone di poteri di ricerca della prova di gran lunga superiori a quelli delle parti private e ciò è riconducibile alla natura funzionale dell’attività del pubblico ministero, che è parte pubblica (SPANGHER, *Relazione di sintesi, in Atti del convegno di Trani 2-3 febbraio 2007: La sentenza della Corte costituzionale 6 febbraio 2007, n. 26: un energico richiamo al metodo della giurisdizione, in Unità del sapere giuridico, Quaderni del Dipartimento di diritto penale, di diritto processuale penale di filosofia del diritto dell’Università di Bari, 147*). Tuttavia, giustificare l’asimmetria nelle potestà impugnatorie delle parti a fronte di un naturale (e necessario) squilibrio delle stesse nel corso della fase preliminare al dibattimento appare, in qualche modo, azzardato.

Si omette, colpevolmente, di considerare la fase che, nelle intenzioni del legislatore costituzionale del 1999, avrebbe dovuto rappresentare la sede naturale in cui attuare, *tout court*, il principio di parità delle parti: il dibattimento. È questo il luogo in cui il

pubblico ministero si “spoglia” delle prerogative di cui dispone nel corso delle indagini preliminari e direttamente collegate con la funzione di “titolare dell’azione penale”, per porsi in posizione di parità con la difesa, in contrapposizione dialettica, nella formazione della prova (in senso critico, vedi, FRIGO, *Una parità che consolida disuguaglianze, in GDir, 2007, 8, 90*).

Dovremmo ritenere, al più, che il sistema di parità delle parti delineato dalla norma costituzionale e attuato dal codice di rito penale proprio per la *sedes* in cui la prova si forma in contraddittorio sia – per definizione – “imperfetto”. Di qui la necessità di porre rimedio, operando una sperequazione nella facoltà di appellare nella successiva fase delle impugnazioni. Ma questo si risolverebbe in una petizione di principio dalla quale sarebbe difficile uscirne.

Se, dunque, l’asimmetria di poteri e facoltà nel corso delle indagini preliminari da parte del pubblico ministero si fonda su una logica che è l’essenza stessa della natura di “parte pubblica” di quest’ultimo, non altrettanto può dirsi per lo squilibrio nel sistema delle impugnazioni delineato dalla l. n. 46/2006, ove non vi è un’asimmetria funzionale “ereditata” dalla fase precedente (il dibattimento) cui porre rimedio (OPERAMOLLA, *Doppio grado di giurisdizione e diritti fondamentali, in Atti del convegno di Trani 2-3 febbraio 2007: La sentenza della Corte costituzionale 6 febbraio 2007, n. 26: un energico richiamo al metodo della giurisdizione, in Unità del sapere giuridico, Quaderni del Dipartimento di diritto penale, di diritto processuale penale di filosofia del diritto dell’Università di Bari, 9*).

Se ciò è vero, le medesime argomentazioni, con ancora più vigore, attese le caratteristiche intrinseche dell’udienza preliminare, valgono per la preclusione alla facoltà di proporre appello per il pubblico ministero avverso la sentenza di non luogo a procedere. Certo, la Consulta, nell’ordinanza in commento, non si è pronunciata nel merito della compatibilità del nuovo assetto dell’art. 428 c.p.p., come disegnato, *ex novo*, dall’art. 4

della l. n. 46/2006; tuttavia – attesa la particolare natura del provvedimento preso in considerazione (la sentenza di non luogo a procedere) – il discorso si arricchisce inevitabilmente di alcuni elementi di cui, non può prescindere in un giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 428 c.p.p.

Purtroppo, la decisione della Corte costituzionale si è “arrestata” all’inapplicabilità della disciplina transitoria della riforma; pertanto, non si dispongono di dati argomentativi sufficienti su cui confrontare la nuova disciplina delle impugnazioni della sentenza di non luogo a procedere con il dettato costituzionale. Tuttavia, non appare inutile delineare degli scenari ipotetici che potranno, presumibilmente, realizzarsi allorché il caso verrà riproposto dinanzi alla Consulta, scervo, questa volta, di questioni di diritto transitorio.

All'uopo, può apparire opportuno riprendere i passaggi argomentativi acquisiti nelle precedenti decisioni aventi ad oggetto le modifiche al sistema delle impugnazioni apportate dalla l. n. 46/2006, per chiedersi quanto di queste pronunce possa riflettersi anche sull'art. 4 della l. n. 46/2006 che ha modificato l'art. 428 c.p.p., inibendo al pubblico ministero di avvalersi del mezzo impugnatorio dell'appello avverso le sentenze di non luogo a procedere, sebbene questa norma non rientri nell'oggetto di tali decisioni.

A questo punto occorre chiedersi quanto del “criterio di ragionevolezza” alla base dell'equilibrio di poteri tra pubblico ministero e imputato, si sia “fatto uso” nel delineare il nuovo sistema delle impugnazioni avverso la sentenza di non luogo a procedere, da parte del legislatore del 2006.

Per fare ciò, è necessario, preliminarmente accertarsi se vi sia coerenza organica tra la modifica dell'art. 428 del codice di rito e l'intero apparato dell'intervento legislativo che, non avendo riformato interamente il sistema delle impugnazioni, necessita, a sua volta, di coordinarsi armonicamente con quello delineato originariamente dal codice di procedura penale.

Invero, nelle intenzioni degli ispiratori della

riforma, l'eliminazione dell'appello per le sentenze di proscioglimento mira a porre rimedio a quello che viene definito un “problema di fondo” (SPANGHER, 148) del nostro sistema processuale: quello di evitare che l'imputato, prosciolto in primo grado, ma condannato a seguito dell'appello promosso dal pubblico ministero, venga privato della possibilità di una rivalutazione completa di questa seconda decisione, cioè di denunciare tutti i vizi dai quali essa risulta affetta, come, invece, è consentito al condannato in prima istanza.

Una carenza ancora più vistosa ove si consideri che mentre l'assoluzione in primo grado avviene sulla base di prove formate in contraddittorio davanti al giudice, la condanna in appello può conseguire, in via di principio, ad un mero riesame delle carte. Situazione ben diversa da quella speculare di una condanna in primo grado trasformatosi in assoluzione “cartolare” in seconde cure (BARGI-GAITO, 33).

Da più parti si è fatto ricorso, al fine di giustificare la legittimità della l. n. 46/2006, all'art. 14, 5° co., del Patto internazionale sui diritti civili e politici, laddove si statuisce che «ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge» (sul punto, vedi ampiamente, GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 27; GIUNCHEDI, *I rimedi interni alla violazione dei diritti fondamentali accertati dalla Corte europea: prospettive de iure condendo*, in *Atti del convegno di Trani 2-3 febbraio 2007: La sentenza della Corte costituzionale 6 febbraio 2007, n. 26: un energico richiamo al metodo della giurisdizione*, in *Unità del sapere giuridico, Quaderni del Dipartimento di diritto penale, di diritto processuale penale di filosofia del diritto dell'Università di Bari*, 63; FURFARO, *Impugnazioni interne e sistemi sopranazionali: resistenze culturali e necessità di armonizzare*; *ivi*, 53; FIORIO, *Profili sopranazionali e costituzionali della facoltà di impugnare*, in GAITO, *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la “legge Pecorella”*, 105).

Si è osservato, in ultimo, che «non è eccesso di garantismo, ma condizione di giustizia» riconoscere a chiunque la possibilità di contestare, almeno una volta e sotto ogni profilo rilevante, la sentenza che lo abbia dichiarato colpevole.

Se questa è la *ratio* ispiratrice della riforma *ex lege* n. 46/2006, la novella che riguarda l'art. 428 c.p.p. desta non poche perplessità. Alla base dell'inappellabilità della sentenza di proscioglimento di cui all'art. 425 c.p.p., del resto, non vi può essere l'esigenza di salvaguardare il principio del "doppio conforme" sulla declaratoria di colpevolezza dell'imputato come, invece, avviene nel giudizio di primo grado.

Va da sé che se la corte di appello, a seguito di camera di consiglio su impugnazione proposta dal pubblico ministero – e ci si riferisce alla disciplina previgente alla l. n. 46/2006 – riformasse la sentenza di non luogo a procedere emessa dal giudice per l'udienza preliminare, l'effetto – tutt'altro che irreparabile – sarebbe, al più, il rinvio a giudizio dell'imputato, con conseguente necessità di celebrare il dibattimento.

Come si può osservare, la riforma della sentenza di non luogo a procedere – operata in appello – è ben lungi dal provocare una lesione alla paventata "condizione di giustizia" che occorrerebbe salvaguardare nell'ipotesi di sentenza di proscioglimento a seguito di giudizio di primo grado.

Tuttavia, se da un lato, la l. n. 46/2006 ha precluso per il pubblico ministero la strada dell'appello, dall'altro, in un labile bilanciamento, ha modificato il procedimento dinanzi alla cassazione – ora unico strumento impugnatorio esperibile avverso la sentenza di non luogo a procedere – la cui camera di consiglio si svolge nelle forme di cui all'art. 127 c.p.p., anziché, *ex art.* 611 c.p.p., in assenza di parti e difensori come era previsto in precedenza dall'art. 428, 9° co., c.p.p. (GUARDIANO, *I nuovi standards valutativi e gli epiloghi decisivi nell'udienza preliminare*, in GAITO, *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, 57).

Appare, in tutta evidenza, come il sistema

impugnatorio delineato dall'art. 428 c.p.p. per le sentenze di non luogo a procedere sia del tutto avulso dalla logica che ha ispirato il legislatore nel 2006. Con l'unico effetto, peraltro deleterio, di oberare ulteriormente il lavoro della suprema corte di cassazione (C. Cost., 6.2.2007, n. 26).

Si è osservato, tra l'altro, come la pronuncia di cui all'art. 425 c.p.p. non segua un contraddittorio per la formazione della prova, come per le sentenze di proscioglimento emesse all'esito del giudizio di primo grado. In sostanza, in casi del genere, non si realizza la premessa che legittima la contrazione delle ipotesi di appello: il pericolo di un sovvertimento della decisione di un giudice davanti al quale si sono formate le prove nel contraddittorio da parte di un altro giudice che ha un rapporto assai più indiretto e, quindi, assai meno rassicurante con il materiale probatorio.

Non è mancato chi ha osservato che «pur dinanzi alla manipolazione effettuata dalla Corte, non si presenta irragionevole l'attuale inappellabilità della sentenza di non luogo a procedere, costituendo l'epilogo di una fase processuale con caratteristiche e risultati completamente diversi da quelli del giudizio» (SCALFATI, *Restituito il potere d'impugnazione senza un riequilibrio complessivo*, in *GDir*, 2007, 8, 81).

È inevitabile che la modifica dell'art. 428 c.p.p. da parte della l. n. 46/2006 abbia, in qualche modo, riaperto il mai sopito dibattito circa la natura giuridica della decisione conclusiva dell'udienza preliminare.

Anche se, va detto, il superamento dell'orientamento che voleva il giudizio conclusivo dell'udienza preliminare come una pronuncia meramente processuale, verso la realizzazione di uno strumento più efficace per scongiurare il pericolo di dibattimenti inutili, vale a dire la concezione della decisione del giudice per l'udienza preliminare in termini di vera e propria pronuncia di merito, lo si è avuto con l'ampliamento della sfera di operatività della disciplina dell'incompatibilità del giudice.

Anzi, come si è detto, potremmo dire che

proprio il mutamento funzionale di questa fase ha reso necessario un intervento più incisivo dell'istituto dell'incompatibilità del giudice (vedi, ancora sul punto, GAROFOLI, 533).

Non avrebbe senso salvaguardare l'imparzialità e la terzietà del giudice, tramite l'estensione della disciplina dell'incompatibilità al caso *de quo*, se questi non debba prendere una decisione suscettibile di essere influenzata da una valutazione assunta precedentemente.

Tuttavia, ritenere che la novella del 2006 possa, in qualche modo, incidere su questa disquisizione è piuttosto fuorviante: perché qualunque sia la natura giuridica che si riconosca alla decisione del giudice per l'udienza preliminare, sia essa di merito o meramente processuale, si tratta, comunque, di un provvedimento ontologicamente diverso rispetto al provvedimento che conclude la fase del giudizio.

Non senza sforzi, si è cercato di ricercare altrove le ragioni della riforma, come, ad esempio, nella necessità di stabilire una certa simmetria tra i poteri del pubblico ministero e l'imputato: cosicché, si è voluto negare l'accesso del pubblico ministero a uno strumento processuale come l'appello, avendo questi, già a disposizione, la revoca della sentenza di

non luogo a procedere di cui all'art. 434 c.p.p.

Invero, trattasi di due meccanismi processuali che si basano su presupposti piuttosto differenti, perché la revoca implica, come già detto, che vi siano elementi di prova sopravvenuti o scoperti dopo la pronuncia e che da soli o unitamente a quelli già acquisiti «pos[s]ano determinare il rinvio a giudizio», mentre l'appello si basa su un riesame, in forma cartolare, degli stessi elementi probatori già valutati in prima istanza dal giudice per l'udienza preliminare.

Convince ancora meno la teoria secondo cui escludere l'accesso all'appello da parte del pubblico ministero servirebbe a riequilibrare la situazione rispetto ad un imputato che non dispone del potere di impugnare il decreto che dispone il giudizio, perché si commette l'errore di metodo di non tenere conto della natura funzionale dell'udienza preliminare che serve proprio da «filtro contro le impugnazioni azzardate».

È tangibile, alla luce delle riflessioni effettuate, che la pronuncia in commento rappresenti davvero un'occasione mancata per la Corte costituzionale, la quale, pronunciandosi anche sull'art. 428 c.p.p., avrebbe potuto restituire completa organicità al sistema delle impugnazioni penali.

Sull'impugnazione proposta dal difensore dell'imputato contumace

La questione relativa all'impugnazione del difensore nell'interesse dell'imputato contumace è sempre stata al centro di vivaci *querelles* interpretative. Di recente la Corte di Cassazione ha stabilito che «l'impugnazione proposta dal difensore, di fiducia o di ufficio, nell'interesse dell'imputato contumace (nella specie latitante), preclude a quest'ultimo, una volta che sia intervenuta la relativa decisione, la possibilità di ottenere la restituzione nel termine per proporre a sua volta impugnazione, anche perché l'astratta

configurabilità di una duplicazione di impugnazioni, promananti le une dal difensore, e le altre dall'imputato, rappresenterebbe una opzione palesemente incompatibile con l'esigenza di assegnare una "ragionevole durata" al processo, sulla base di quanto imposto dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 C.e.d.u. » (C., S.U., 31.1.2008, Huzuneanu).

Di seguito le Osservazioni alla decisione e la requisitoria dell'Avvocato generale Vitaliano Esposito.

Osservazioni di Francesco Calabrese

1. – Il tema affrontato dalle Sezioni Unite nella sentenza annotata è quello della possibilità o meno di esperire lo strumento della rimessione in termini di cui all'art. 175 c.p.p. ad opera di un soggetto condannato in condizione di contumacia laddove, nelle more, fosse stato in ogni caso esperito lo strumento della impugnazione da parte del proprio difensore (nel caso di specie di ufficio).

È certo agevole intuire come la questione abbracci temi giuridici e metagiuridici che hanno un assoluto rilievo di attualità, soprattutto con riferimento ai rapporti – sia di carattere gerarchico e formale che di carattere prettamente ermeneutico e sostanziale-assiologico – tra le fonti normative “interne” all'ordinamento processuale penale e quelle che invece sono espressione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Ma soprattutto, per come si avrà modo di illustrare, i temi oggetto di analisi abbracciano precipuamente questioni afferenti ai rapporti tra le fonti normative dei vari istituti del processo penale tanto da determinare la emarginazione di ulteriori questioni interpretative rimaste per la verità irrisolte.

2. – Il caso oggetto di analisi riguardava la ammissibilità della istanza di rimessione in termini da parte di un soggetto che era rimasto in condizione di assoluta contumacia in tutti e tre i gradi del giudizio in cui era stato sottoposto a processo e condannato in via definitiva. Si avrà modo di verificare come, in realtà, costituisse un errore ricostruttivo in punto di fatto quanto asserito dal Giudice adito *ex art. 175 c.p.p.* (e recepito poi anche dalla Prima Sezione della Corte di Cassazione che ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite) secondo cui non fosse stato praticato solo il grado del giudizio di legittimità; piuttosto, per come correttamente affermato dalla sentenza in commento, in realtà anche tale rimedio era stato esperito – chiaramente dal difensore d'ufficio – con esito negativo.

Dunque, l'imputato si era trovato ad essere condannato in via definitiva senza aver mai preso parte personalmente al giudizio celebrato nei suoi confronti in tutti e tre i gradi. Ed una volta tratto in arresto aveva chiesto – tra l'altro – di poter essere rimesso in termini al fine di poter ottenere un nuovo giudizio. Il giudice adito, in effetti, ha accolto l'istanza ma solo con riferimento alla possibilità di attivare lo strumento del ricorso in cassazione sul presupposto – erroneo, per come già riferito – secondo cui solo quel grado del giudizio non fosse stato attivato dal proprio difensore d'ufficio attraverso la proposizione di ricorso in cassazione e dunque solo questo potesse essere oggetto di rimessione in termini.

Dunque, emergeva la questione interpretativa riconnessa alla possibilità di richiedere ed ottenere la rimessione in termini al fine di attivare i normali strumenti di impugnazione laddove i medesimi strumenti fossero stati già oggetto di attivazione ad opera del difensore – nel caso di specie di ufficio – dell'imputato e dunque si era realizzato un effetto di consunzione. E ciò proprio a fronte della acquisizione giurisprudenziale – che per la verità fa eco ad una consolidata posizione dottrinale – secondo cui il diritto di impugnazione dell'imputato deve ritenersi omologo a quello del difensore e dunque la attivazione di uno strumento di impugnazione ad opera di una delle due parti determina *ope legis* la consunzione del medesimo diritto nei confronti dell'altra (C., Sez. V, 5.6.2003, Gori, in *DeG*, 2003, 46, 107; C., Sez. V, 12.10.1992, Caporaso, in *CP*, 1993, 57).

La questione, peraltro, era stata rimessa alla decisione delle Sezioni Unite soprattutto in considerazione della particolare delicatezza del tema oggetto di analisi che avrebbe di certo necessitato di una pronuncia la cui autorevolezza potesse definitivamente risolvere le questioni interpretative sottese alla materia.

Ma l'ordinanza di rimessione non aveva potuto evitare di rappresentare come in materia si fosse registrata già una qualche pronuncia del Supremo Collegio che, anche in virtù della recente novella legislativa che aveva rimodulato il disposto di cui all'art. 175 c.p.p. oltre che della incidenza – seppure sotto il profilo interpretativo – delle reiterate pronunce della Corte europea dei Diritti dell'Uomo in materia, avevano sovvertito il principio interpretativo tradizionalmente acquisito secondo cui l'esercizio del potere di impugnazione da parte del difensore avrebbe «consumato» la possibilità di attivare il medesimo strumento direttamente da parte dell'imputato (C., Sez. I, 21.6.2006, De Los Reyes, in *Mass. uff.*, 234834; C., Sez. I, 7.12.2006, Virzi, *ivi*, 235293).

La sentenza in commento ha risolto la questione attraverso un percorso interpretativo le cui tappe verranno di seguito commentate affermando che in realtà dovesse confermarsi il principio – per la verità consolidato in seno alla posizione dottrinale e giurisprudenziale – secondo cui l'esercizio della impugnazione ad opera del difensore dell'imputato «consumi» la possibilità di attivare analogo strumento ad opera dell'imputato che trovasi quindi tale prospettiva definitivamente preclusa.

3. – La pronuncia in esame ha quindi risolto la *vexata quaestio* attraverso un rigoroso percorso interpretativo perveramente ancorato ai canoni del codice di rito. E ciò ha fatto, soprattutto, attraverso una azione tesa a salvaguardare ad ogni costo la natura e la funzionalità originaria dei vari istituti di volta in volta richiamati, rifiutandosi così di poter adattare gli stessi – seppur mantenendone la relativa conformazione strutturale – rispetto alle nuove emergenze normative.

Questo è, in effetti, il dato saliente che permea la sentenza impugnata ben potendosi cogliere in maniera nitida proprio dall'analisi dei passaggi della stessa un atteggiamento «difensivistico» finalizzato cioè a minimizzare gli elementi di rilievo già additati dalla ordinanza di rimessione e, al tempo stesso, a ribadire la impossibilità che tanto l'istituto

della rimessione in termini quanto il tema relativo ai rapporti tra impugnazione dell'imputato ed impugnazione del difensore possano essere in alcun modo adattati rispetto alle emergenze normative derivanti dalla necessità di omologazione dell'ordinamento giuridico nazionale rispetto ai dettami della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Tale atteggiamento è possibile cogliere anche con riferimento ai passaggi conclusivi della pronuncia suddetta nella parte in cui, addirittura, si pone un espresso richiamo ai rapporti di gerarchia tra le varie fonti (costituzionali, comunitarie, convenzionali e normative ordinarie affermandosi) in ogni caso la impossibilità di dare attuazione ai dettami della Convenzione europea dei diritti dell'uomo a fronte del sistema normativo posto a disciplina del processo penale.

Ma analizziamo partitamente i singoli passaggi argomentativi della pronuncia in commento.

4. – Per ciò che attiene proprio allo specifico tema oggetto di analisi, rilievo assolutamente cardinale era stato ricondotto ad opera della ordinanza di rimessione all'*iter* di approvazione della l. n. 60/2005 che aveva convertito il d.l. n. 17/2005 proprio in materia di rimessione in termini. In effetti, non era certo passata inosservata la circostanza secondo cui, secondo una prima versione dello schema di disegno di legge fosse stato affermato che risultasse preclusa la possibilità di attivare lo strumento di cui all'art. 175 c.p.p. laddove avverso la pronuncia di condanna fosse stato proposto appello ad opera del difensore dell'imputato contumace ed ignaro; salvo poi eliminare tale inciso interpretato come un segno evidente del fatto che si fosse inteso evitare la ricorrenza di tale preclusione. Addirittura, in sede di seconda lettura il Senato aveva confermato tale inciso introducendo anche la disposizione ormai abrogata secondo cui il difensore dell'imputato contumace potesse esperire l'impugnazione solo se munito di specifico mandato *ad hoc*, così come originariamente previsto dal disposto di cui all'art. 571 c.p.p. prima che venisse riformato ad opera delle l. n. 479/1999.

Tale inciso, tuttavia, era stato successivamente eliminato dal testo definitivo della legge approvata, segno evidente, per come si diceva, del fatto che si fosse inteso non ricondurre alcun effetto vincolante in ordine alla facoltà di proporre o meno l'istanza di rimessione in termini alla eventuale proposizione di gravame da parte del difensore.

Tale richiamo alla volontà del legislatore è stato tuttavia sovvertito dalla pronuncia in commento che ha contrapposto allo stesso una censura di non incisività oltre che di carenza di univocità interpretativa. In buona sostanza, la sentenza in commento ha ritenuto che il percorso di approvazione della l. n. 60/2005 non potesse costituire un indice rivelatore univoco della volontà del legislatore e ciò perché, laddove l'intento ricondotto a tale travagliato *iter* fosse stato effettivamente quello di consentire due rimedi alternativi (l'impugnazione del difensore e la rimessione in termini dell'imputato contumace), di certo tale volontà avrebbe dovuto essere corredata di ulteriori strumenti che avrebbero potuto e dovuto regolamentare la materia in maniera tale da dissipare le discrasie relative alla operatività dei vari istituti.

Invece, secondo le Sezioni Unite, la circostanza secondo cui tale novella legislativa non fosse stata corredata dalle necessarie modifiche idonee a supportare tale volontà appariva certamente elemento denotatore nel fatto che non vi fosse alcun indirizzo specifico del legislatore in tal senso ma piuttosto le scelte operate fossero frutto di una normale dialettica di natura parlamentare.

5. – Sempre secondo la pronuncia in commento, elemento significativo di tale assenza di una *volutas legis* tal senso sarebbe da ricondurre al fatto che non fosse stato in alcun modo disciplinato il rapporto che sarebbe potuto determinarsi tra la pronuncia definitiva di condanna relativa al giudizio celebrato in contumacia e la eventuale pronuncia successiva emessa a seguito della formulazione di istanza di rimessione in termini.

Si è ritenuto in tale prospettiva – per la verità in maniera assolutamente unilaterale – che in realtà la mancata disciplina di tale rapporto

dovesse costituire un indice rivelatore della insussistenza di alcuna prospettiva verso la opzione pure adottata dall'ordinanza di rimessione.

Ma soprattutto, si è ritenuto inconferente il richiamo operato dalla medesima ordinanza alla norma di cui all'art. 669 c.p.p. quale istituto idoneo a disciplinare i rapporti tra le due pronunce definitive.

Secondo la pronuncia in commento, infatti, la norma di cui all'art. 669 c.p.p. disciplina i rapporti tra due pronunce definitive che riguardino diversi procedimenti, vale a dire diverse tipologie di procedure adottate e di atti di impugnazione analogamente formulati. Nel caso di specie, invece, non ci si troverebbe al cospetto di due diverse procedure ma piuttosto di un medesimo procedimento in cui oggetto di seconda istanza era null'altro che la «revocatoria» della pronuncia già definitiva. Dunque, anche a volersi ammettere una funzione peculiare e speciale riconnessa all'istituto della rimessione in termini, proprio perché ciò non avrebbe potuto comportare la attivazione di un procedimento di impugnazione autonomo non ne sarebbe potuta derivare la possibilità di riconnettere la disciplina dei rapporti tra le due pronunce definitive al disposto di cui all'art. 669 c.p.p. 6. – Analogamente non determinante è stato ritenuto il rilievo di incoerenza ricondotto (in particolar modo dalla pronuncia della Corte di Cassazione ric. De Los Reyes, richiamata ad opera della ordinanza di rimessione) al fatto che apparirebbe assolutamente non plausibile ritenere che il Legislatore, da una parte, abbia introdotto – *rectius*, reso maggiormente accessibile – il meccanismo della rimessione in termini a favore dell'imputato e, dall'altra, abbia ritenuto precluso l'accesso a tale istituto laddove sia stata formulata impugnazione ad opera del proprio difensore.

Secondo la pronuncia in commento, infatti, tale asserzione potrebbe essere a sua volta ribaltata e ciò perché, inquadrata la norma in oggetto nel sistema della rimodulazione dell'istituto delle impugnazioni per come effettuata con la novella di cui alla l. n. 479/

1999, potrebbe pervenirsi ad ulteriori ed altrettanti rilievi di coerenza laddove si ritenesse non incidente l'esercizio del potere di impugnazione ad opera del difensore di ufficio. Secondo l'assunto della sentenza in commento, infatti, proprio la scelta del Legislatore (di cui alla l. n. 479/1999) di modificare il disposto di cui all'art. 571 c.p.p. escludendo la necessità che il difensore si munisca di una procura speciale ai fini della proposizione di appello avverso una sentenza contumaciale di condanna dovrebbe rappresentare un indice rivelatore del fatto che l'impugnazione del difensore assurga al rango di atto di grave vero e proprio al pari di quella dell'imputato; e dunque, laddove sia esercitata la prima ciò consuma la possibilità di richiedere ed ottenere la remissione in termini proprio in ragione della assoluta omologazione dei due strumenti processuali.

7. – Anche il rilievo del possibile contrasto che potrebbe determinarsi tra l'assetto normativo nazionale e l'art. 6 C.e.d.u. viene minimizzato dalla pronuncia in commento affermandosi in buona sostanza come le ormai reiterate pronunce della Corte europea abbiano, da una parte, decretato la iniquità di un processo celebrato *in absentia* e, dall'altra, indicato la necessità che l'imputato condannato in contumacia sia rimesso nella facoltà di poter ottenere un nuovo giudizio dopo essere stato egli stesso sentito.

Secondo l'assunto della pronuncia in commento, dunque, le reiterate pronunce della Corte europea non avrebbero mai in alcun modo previsto alcuna facoltà di formulare una «doppia impugnazione» ma avrebbero semplicemente determinato la necessità che venisse introdotto un meccanismo che consenta di esprimere un nuovo giudizio dopo aver sentito l'imputato rimasto incolpevolmente contumace. Tale assunto, invero, consentirebbe di superare i rilievi introdotti dal Giudice rimettente in ordine ad un possibile contrasto che si verrebbe a determinare tra la normativa nazionale e quella convenzionale nel caso in cui si dovesse formulare risposta negativa al quesito posto all'attenzione delle Sezioni Unite.

Non mancano, per la verità, i richiami alla assoluta inadeguatezza dell'istituto della remissione in termini allo scopo di realizzare le istanze sottese all'art. 6, § 1°, C.e.d.u. ed alla consequenziale possibilità che vengano ad attivarsi meccanismi diversi ed ulteriori – per la verità non ancora introdotti dal legislatore nazionale – che possano consentire di realizzare i principi suddetti: viene infatti operato un richiamo esplicito alla possibilità di escludere radicalmente la celebrazione del giudizio in contumacia, introducendo al tempo stesso dei meccanismi di acquisizione delle prove allo scopo di impedirne la dispersione; ovvero, addirittura, viene operato un richiamo alla possibilità di reintrodurre il meccanismo della cosiddetta “purgazione della contumacia” consistente nella celebrazione di un nuovo giudizio in presenza dell'imputato laddove si fosse registrata una pronuncia di condanna nella condizione di contumacia dello stesso.

8. – In ultimo, di assoluto rilievo appare il richiamo operato ai rapporti tra le fonti e ciò soprattutto al cospetto della novella costituzionale di cui all'art. 117 Cost. e delle pronunce nn. 348 e 349 del 2007 a mezzo delle quali la Corte costituzionale ha canonizzato i rapporti tra le varie fonti normative in seno all'ordinamento giuridico nazionale.

Secondo la pronuncia in commento, infatti, le due sentenze del Giudice delle leggi avrebbero conferito una portata non immediatamente precettiva alle norme convenzionali, ma semplicemente un rilievo riflesso determinato dalla gerarchia delle fonti introdotta proprio dal disposto di cui all'art. 117 Cost. In buona sostanza, poiché tale norma avrebbe individuato nelle fonti convenzionali elementi normativi di riferimento per il legislatore ordinario, incombe in capo a quest'ultimo il dovere di conformarsi alle suddette fonti convenzionali; conseguendone da ciò che, nel caso in cui tale conformazione non vi sia, si realizzi, seppure indirettamente, la violazione del riparto delle gerarchie tra le fonti per come sancito dal disposto di cui all'art. 117 Cost. e dunque una illegittimità costituzionale (seppure derivata) di tale norma.

Secondo quanto stabilito dal Giudice delle leggi deriverebbe da ciò la desunzione interpretativa secondo cui le fonti convenzionali debbono essere ritenute «fonti interposte» vale a dire fonti che, pur non avendo una connotazione di fonti costituzionali, devono essere in ogni caso considerate sovraordinate rispetto alle fonti ordinarie perché la eventuale emarginazione di un conflitto con queste verrebbe a determinare, in termini di automaticità, un conflitto anche con la fonte costituzionale di riferimento e dunque una illegittimità costituzionale, seppure indiretta. Secondo l'assunto della pronuncia in commento, in ogni caso, tali norme, pur risultando essere fonti interposte, sarebbero comunque da ritenersi subordinate alle fonti costituzionali e dunque sottoposte necessariamente ad un preventivo giudizio di congruità rispetto a queste ultime al fine di consentirne la immediata precettività nell'ordinamento giuridico interno. E nel caso di specie, secondo l'assunto della sentenza impugnata, alla immediata precettività di tali norme nell'ordinamento giuridico sarebbe da ostacolo il principio costituzionale della ragionevole durata del processo e ciò perché, laddove si ammettesse la possibilità di esperire l'impugnazione ad opera del difensore e successivamente l'istanza di remissione in termini ad opera dell'imputato, ne verrebbe inesorabilmente pregiudicato proprio il principio della continenza della durata del procedimento penale in oggetto.

Ciò, di fatto, impedirebbe di poter riconnettere al disposto di cui all'art. 6, § 1°, C.e.d.u. una efficacia diretta ed immediata in seno all'ordinamento giuridico nazionale laddove la stessa volesse essere interpretata nel senso di ritenere possibile dapprima la attivazione dello strumento di gravame da parte del difensore e, successivamente, la istanza di remissione in termini da parte dell'imputato.

9. – Occorre premettere come si sia inteso richiamare analiticamente i passaggi argomentativi della sentenza impugnata soprattutto al fine di illustrare il dato, palesemente apprezzabile dalla sola lettura della stessa, secondo cui si sia inteso operare un esclusivo richiamo a criteri rigorosamente ermeneutici

riconnessi ad una interpretazione solo letterale delle norme di riferimento al fine di ritenere preclusa la possibilità della attivazione dello strumento della remissione in termini. E laddove si è inteso fare ricorso a profili di carattere sistematico ovvero addirittura volontaristico, si è ritenuto che i rilievi interpretativi additati dalla ordinanza di remissione fossero equivoci e dunque non significativi della effettiva possibilità della interpretazione delle norme per come invocata.

La sentenza impugnata, infatti, ha ritenuto di operare un apprezzamento letterale pressoché esclusivo del solo elemento normativo, omettendo tuttavia di operare quella necessaria contestualizzazione della norma nel sistema delle fonti normative.

Dunque, a prescindere dalla correttezza o meno del percorso interpretativo adottato, l'opzione che ne deriva è quella di un radicamento pervicace in difesa di un costrutto originario ontologicamente determinato dell'istituto della remissione in termini, senza alcuno sforzo di sorta che possa consentire di rimodulare lo stesso – seppure nei limiti consentiti – rispetto alle sollecitazioni derivanti dalle altre fonti.

E non appare incidente nel giudizio espresso la assoluta radicalità della soluzione adottata dalla sentenza impugnata e consistita in una sostanziale ammissione della assoluta inadeguatezza dell'istituto della remissione in termini allo scopo di realizzare le istanze di tutela dei soggetti sottoposti a procedimento in condizione di contumacia. Ciò che si ritiene, infatti, di additare è la circostanza secondo cui proprio per ciò che attiene all'aspetto prettamente interpretativo si sia disatteso il necessario rilievo alla incidenza derivante dalla conformazione delle altre fonti normative rispetto alle quali l'istituto della remissione in termini si sarebbe dovuto necessariamente interrelazionare.

In tal senso, non può non rilevarsi il dato secondo cui la sentenza impugnata non appaia perfettamente aderente ai criteri interpretativi per come sanciti dalle due pronunce recentemente emesse dalla Corte costituzionale (sentenze nn. 348 e 349 del 2007).

È pur vero, infatti, che nelle suddette pronunce il Giudice delle leggi ha avuto modo di affermare che in realtà le fonti convenzionali non assurgano al rango di fonti gerarchicamente superiori rispetto a quelle ordinarie, risultando le stesse, piuttosto, solo ed esclusivamente fonti interposte e dunque dotate di una «luce riflessa» derivante dalla tutela costituzionale garantita dal disposto di cui all'art. 117 Cost. in forza della quale avrebbero prevalenza rispetto alle fonti ordinarie. Ed appare altrettanto condivisibile il dato secondo cui, proprio perché le suddette fonti non possono essere annoverate tra quelle costituzionali, le stesse siano necessariamente suscettibili di una delibazione preliminare di conformità alle norme costituzionali allo scopo di consentirne poi la immediata e diretta precettività nell'ordinamento giuridico nazionale.

Ma appare certamente opinabile l'assunto conclusivo della sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto che la riconduzione dell'istituto della rimessione in termini quale criterio di attuazione del principio di cui all'art. 6, § 1°, C.e.d.u. confliggerebbe con il principio di ragionevole durata del procedimento di cui all'art. 111 Cost.

L'argomentazione, invero, non è stata in alcun modo sviluppata dalla sentenza impugnata in termini tali da poter comprendere in forza di quali ragioni si possa essere pervenuti a tale conclusione. Ciò che tuttavia è ineludibile evidenziare è il dato assolutamente tangibile secondo cui, laddove il disposto di cui all'art. 111 Cost. dovesse essere interpretato in tal senso, risulterebbe certamente ostativa anche la possibilità di introdurre l'istituto della «purgazione» della contumacia che pure è stato additato dalla stessa pronuncia quale rimedio da adottare in ipotesi di riforma legislativa.

Tra l'altro, tale opzione appare chiaramente collidente con lo stesso assetto interpretativo del disposto di cui al 3° co. dell'art. 111 Cost. nella parte in cui introduce quale principio fondamentale quello della partecipazione diretta ed immediata dell'imputato al giudizio. Dunque, la realizzazione del principio del contraddittorio – inteso quale partecipazione diretta ed immediata dell'imputato al

processo celebrato a suo carico – deve ritenersi suscettibile di analoga tutela costituzionale al pari del principio della ragionevole durata del processo. Né appare in alcun modo ostativa a tale opzione interpretativa la possibile obiezione secondo cui la tutela del diritto soggettivo di parte (quale potrebbe essere inteso il principio del contraddittorio nella formazione della prova) potrebbe essere suscettibile di essere pregiudicata al cospetto del valore, ritenuto di rango privilegiato, della corretta amministrazione della giustizia riconnesso alla garanzia della ragionevole durata del processo.

A prescindere, infatti, dalla opinabilità del raffronto tra i due valori, in ogni caso appare indubitabile ritenere come la realizzazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova non realizzi solo ed esclusivamente un canone di natura soggettiva siccome riconnesso alla tutela dell'imputato; piuttosto, tale principio, secondo la più attenta dottrina (UBERTIS, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in CP, 2004, 1091), appare certamente riconnesso alla tutela di un valore (anche) oggettivo quale quello di natura epistemologica riconnesso alla necessità di realizzare un accertamento della verità che sia effettuato attraverso il miglior metodo rinvenibile. In buona sostanza, dunque, la realizzazione del principio del contraddittorio realizza anche una fondamentale esigenza di accertamento della verità riconnessa allo svolgimento del processo penale che può ritenersi addirittura prescindente dalla tutela di diritti soggettivi dell'imputato e che, come tale, inteso in senso oggettivo deve trovare necessariamente salvaguardia quantomeno paritaria – se non addirittura privilegiata – rispetto al canone della ragionevole durata del processo.

In tal senso, pertanto, è di certo evidente come l'opzione interpretativa offerta dalla sentenza in commento rappresenti certamente la risultante di una visuale prospettica parziale.

Appare derivabile da ciò, pertanto, come il voler riconnettere una portata preclusiva alla immediata operatività del disposto di cui al-

l'art. 6, § 1°, C.e.d.u. in ragione del ritenuto contrasto con il principio della ragionevole durata del processo appaia certamente un'opzione interpretativa unilaterale e parziale che non lascia in alcun modo margini di sorta al fine di ricomporre il quadro dei principi costituzionali in un costruito assolutamente organico ed omogeneo.

In buona sostanza, il quadro che ne deriva è quello di una pronuncia che si rende portatrice di un rilievo di confliggenza al cospetto della assoluta ed alternativa possibilità di operare un corretto bilanciamento dei principi costituzionali tale da poter consentire di non pregiudicare alcun principio di sorta.

Non si vuole, in questa sede, richiamare quale opzione alternativa la posizione interpretativa di coloro che hanno ritenuto che in realtà in materia di composizione dei rapporti tra le varie fonti non possa introdursi un mero criterio gerarchico ma occorra piuttosto muoversi, solo ed esclusivamente nella fase interpretativa, in maniera tale da modulare gli assetti normativi rendendoli assiologicamente compatibili l'uno con l'altro determinando così un costruito uniforme e coeso (RUGGIERI, *Carte Internazionali dei diritti, Costituzione Europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema. Relazione all'incontro di studio su «La tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia civile e penale» organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura*, Roma 28.2/2.3.2007). Ciò che tuttavia si vuole evidenziare è il dato secondo cui non sussista alcuna confliggenza con il principio di ragionevole durata del processo e ciò perché il suddetto principio deve essere a sua volta contestualizzato nel quadro dei valori riconnessi alla tutela dell'imputato facenti parte del cosiddetto «giusto processo». E tra questi principi assume una posizione assolutamente di privilegio proprio quello della tutela della partecipazione diretta dell'imputato al giudizio celebrato a suo carico.

Privilegiare, pertanto, il criterio della ragionevole durata del processo pregiudicando, invece, quello della tutela della partecipazione diretta dell'imputato significherebbe con-

ferire alla norma costituzionale un significato certamente parziale ed unilaterale e dunque rendere la stessa non confacente rispetto alla *intentio legis* (MOSCARINI, *Il giudizio in absentia nell'ottica delle giurisdizioni internazionali ed in una recente legge italiana*, in RIDPP, 2005, 573). È di certo evidente, pertanto, come in ordine a tale profilo l'assunto della sentenza *de qua* emargini serie perplessità.

Ma laddove l'assunto della sentenza in commento appare certamente significativo è nella parte in cui si è ritenuto di affermare, in maniera per la verità assai radicale e netta, che l'istituto della rimessione in termini non sia in alcun modo suscettibile di realizzare le istanze di tutela del contumace per come sancite dalle ormai innumerevoli pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo. In tal senso, infatti, la sentenza in commento afferma in maniera assai significativa di come, in realtà, a partire dalla sentenza Colozza c. Italia del 1985 per finire con una la sentenza Sejdovic del 2004 e, poi, con la pronuncia della Grande Camera sempre sul caso Sejdovic del 2006, a fronte della censura in ordine alla iniquità del procedimento celebrato *in absentia* si sia previsto quale strumento idoneo a sanare tale iniquità la possibilità di esperire una impugnazione in relazione alla quale il relativo termine sia decorso ovvero, piuttosto, la possibilità di ottenere una «purgazione» della pronuncia di condanna.

Secondo tale assunto, dunque, nessuno dei due rimedi ripristinatori troverebbe una diretta realizzazione nell'istituto della rimessione in termini e ciò perché in tal caso il relativo diritto ad impugnare sarebbe stato «consumato» a seguito della proposizione di impugnazione ad opera del difensore.

Anche in tal caso, tuttavia, l'opzione interpretativa appare eccessivamente formalistica perché evidentemente ricondotta al tenore letterale della pronuncia senza riconnettere alla stessa un significato che tenga conto dell'assetto complessivo delle fonti e delle finalità perseguite dalla sentenza medesima. Secondo l'assunto conclusivo delle Sezioni Unite, infatti, poiché nelle pronunce in oggetto la C.e.d.u. non avrebbe mai affermato che

potesse costituire un valido rimedio la possibilità di introdurre un doppio giudizio di gravame (formulato dal difensore dell'imputato contumace e successivamente dallo stesso imputato rimesso in termini) dovrebbe ritenersi preclusiva della possibilità di ritenere che si fosse inteso fare riferimento al meccanismo della rimessione in termini laddove l'impugnazione fosse stata già attivata ad opera del difensore.

Ma tale interpretazione, invero, appare eccessivamente restrittiva proprio perché riconnessa ad un assetto interpretativo riposto solo ed esclusivamente sul dato letterale; piuttosto, la stessa ha completamente sottoaciuto la circostanza secondo cui proprio nelle pronunce in commento la C.e.d.u. avesse ritenuto il giudizio concluso *in absentia* certamente iniquo e dunque non suscettibile di fondare una pronuncia definitiva come tale giuridicamente apprezzabile.

Dunque, in tal senso non può riconnettersi al silenzio derivante dalle pronunce richiamate in ordine a tale aspetto addirittura la desunzione di una qualche volontà di escluderne la operatività e ciò perché mai in alcun modo in termini espliciti alcuna delle pronunce richiamate ebbe ad affermare che, in effetti, allorché si fosse inteso fare riferimento alla necessità di rimessione in termini, si fosse altrettanto inequivocamente inteso escludere la possibilità che si potesse accedere a tale strumento in ipotesi di attivazione dello stesso da parte del difensore.

Ma è dal senso complessivo delle pronunce citate che appare chiaramente possibile desumere la assoluta inoperatività della opzione interpretativa pure prescelta dalle Sezioni Unite.

In effetti, il tenore delle pronunce in oggetto era essenzialmente quello di ritenere assolutamente non confacente un giudizio celebrato in assenza dell'imputato; e dunque necessario che il suddetto giudizio venisse ad essere nuovamente celebrato – nelle forme e termini per come già indicate – consentendo allo stesso di poter prendere parte pienamente a tale deliberazione. È di certo evidente, pertanto, come nessuna conferenza di sorta

abbia assunto nell'ottica decisoria della C.e.d.u. l'esito di un eventuale giudizio celebrato a seguito dell'attivazione degli strumenti di impugnazione da parte del difensore e ciò perché, con tutta evidenza, così come il giudizio di primo grado anche quello della impugnazione era da ritenersi affetto da tale vizio di iniquità essendo stato celebrato *in absentia* dell'imputato medesimo.

In tale prospettiva, pertanto, il silenzio derivante dalle pronunce citate non può essere riconnesso ad una volontà di non avvalorare la ipotesi in esame. Piuttosto, lo stesso appare una consequenziale derivazione dalle premesse interpretative tratte dalla Corte Europea nella parte in cui si è ritenuto che le pronunce emesse *in absentia* dovessero ritenersi certamente inique e dunque *tamquam non essent*.

D'altronde, sarebbe bastato fare riferimento alle questioni insorte circa la capacità delle sentenze definitive di condanna emesse *in absentia* a costituire un titolo esecutivo idoneo a trarre in arresto il condannato per comprendere come in realtà sia in atto un processo evolutivo, sia dottrinale che giurisprudenziale, che afferma a chiare lettere come le suddette pronunce siano da ritenere «ineseguibile» cioè inidonee a costituire un elemento su cui riporre la emissione del provvedimento coercitivo (UBERTIS, *Conformarsi alle condanne europee per violazione dell'equità processuale: doveroso e già possibile*, in *Il corriere del merito*, 2007, 598 ss.). E ciò in diretta derivazione rispetto a quanto affermato dalle pronunce della C.e.d.u. per come citate.

Ulteriore rilievo idoneo a suscitare enormi perplessità è certamente riposto, poi, nella volontà chiaramente emergente dai passaggi argomentativi della sentenza in commento di non adattare i meccanismi dell'istituto della rimessione in termini rispetto ai dettami della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Si rileva in tal senso come le stesse pronunce della Corte costituzionale citate (nn. 348 e 349 del 2007) avessero affermato a chiare lettere come – superato il vaglio di conformità a Costituzione delle norme convenzionali – dovesse costituire onere dell'interprete di adattare le

fonti ordinarie rispetto ai principi della Convenzione; residuando, nella ipotesi in cui tale adattamento non potesse ritenersi consentito, la necessità di sollevare questione di legittimità costituzionale per la violazione del disposto di cui all'art. 117 Cost.

Ebbene, nel caso di specie è di certo evidente come avrebbe dovuto rappresentare un preciso onere del giudice quello di adattare lo schema operativo dell'istituto della remissione in termini agli specifici dettami dell'art. 6, § 1°, C.e.d.u. E ciò sarebbe stato possibile fare ritenendo che dovesse costituire elemento catalizzatore della equità del giudizio solo la partecipazione diretta dell'imputato allo (quanto meno ad un grado dello) stesso. E dunque, in tale prospettiva avrebbe dovuto ritenersi certamente irrilevante la possibilità o meno che il suddetto gravame fosse stato attivato dal difensore risultando tale procedura assolutamente insoddisfacente dei diritti dell'imputato.

È di certo evidente come sarebbe stato ben possibile adattare sotto il profilo interpretativo l'istituto in oggetto ai canoni della Convenzione Europea e ciò per come peraltro auspicato in sede di requisitoria ad opera del Procuratore Generale che aveva additato una prospettiva di conflitto tra le norme nazionali e quelle convenzionali laddove ciò non fosse avvenuto (cfr. *infra* la requisitoria del P.G.).

In ultimo, appare certamente non condivisibile il richiamo alla paventata possibilità che si potesse determinare una distonia dell'assetto normativo laddove la interpretazione auspicata fosse stata accolta. Tale prospettiva è stata indicata quale plausibile pericolo senza che tuttavia ne fosse stata in alcun modo specificata la connotazione e consistenza.

Unica ipotesi di incoerenza è stata additata nella impossibilità di ricorrere all'istituto di cui all'art. 669 c.p.p. allo scopo di dirimere l'eventuale contrasto che sarebbe determinato tra la pronuncia definitiva adottata a seguito della impugnazione del difensore e la pronuncia definitiva adottata a seguito della istanza di remissione in termini dell'imputato.

Ma non si comprende in forza di quale interpretazione si sia ritenuto che nel caso di specie non fosse possibile ricorrere all'istituto in

oggetto. Ed anzi, la sentenza dapprima riconnette alla istanza di remissione in termini una funzione assolutamente peculiare rispetto agli ordinari mezzi di impugnazione salvo poi pervenire alla incoerente conclusione di ritenere che il meccanismo di cui all'art. 669 c.p.p. non sia attivabile nel caso in cui i mezzi di impugnazione esperiti siano da ritenere omologhi.

È di certo evidente come una interpretazione che non fosse risultata radicata solo ed esclusivamente sul rilievo meramente formale ma che avesse tenuto in debita considerazione tanto la natura quanto la funzione del meccanismo della remissione in termini – anche alla luce delle reiterate pronunce della C.e.d.u. – avrebbe dovuto condurre alla inesorabile conclusione di ritenere che lo strumento attivato direttamente dall'imputato avesse una ontologica connotazione del tutto peculiare e dunque dissimile rispetto a quello attivato dal difensore. Determinando ciò la assoluta differenziazione tra le pronunce definitive eventualmente scaturenti dai due procedimenti attivati: una frutto di un giudizio celebrato *in absentia* a seguito degli stimoli di impugnazione operati dal difensore; l'altra, invece, frutto di una fattiva partecipazione dell'imputato quanto meno ad un grado del giudizio e ad una concreta possibilità dello stesso di esplicitare direttamente le proprie difese.

È di certo evidente, pertanto, come non potesse in alcun modo affermarsi che ci si trovi al cospetto di strumenti omologhi e dunque il ricorso al meccanismo di cui all'art. 669 c.p.p. fosse da ritenere assolutamente ammissibile ed anzi auspicabile.

10. – Non resta che rappresentare, conclusivamente, come la pronuncia in oggetto abbia di fatto operato una analisi esclusivamente formale – di stretta interpretazione letterale – del dato normativo omettendo di porre in relazione lo stesso rispetto al sistema complessivo del processo penale; ma soprattutto, omettendo di porlo in relazione rispetto agli stimoli costantemente derivanti dalle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed all'assetto delle fonti normative per come recentemente conformato dall'art. 117 Cost.

Dunque, al di là della condivisibilità o meno dei passaggi interpretativi espressi, ne deriva la emarginazione di un atteggiamento di ingiustificata cautela che di certo non appare ossequioso del più volte sancito principio di necessaria partecipazione diretta dell'imputato al giudizio celebrato a suo carico.

Certo, residua la enucleazione di alcuni rilievi che certamente rendono l'istituto della remissione in termini non soddisfacente rispetto alle istanze di ripristino rispetto ad un giudizio celebrato *in absentia*. Solo per inciso basti segnalare la circostanza secondo cui sia stato già più volte denunciato in dottrina (MOSCARINI, 573) il fatto che, anche laddove venisse consentito di celebrare nuovamente il giudizio di appello, di fatto le istanze di garanzia del contraddittorio verrebbero sostanzialmente frustrate in ragione del fatto che la novella legislativa non ha in alcun modo inciso sul disposto di cui all'art. 603 c.p.p. Residua, pertanto, un meccanismo di riapertura dell'istruttoria dibattimentale che appare ancora riconnesso alla dimostrazione della incolpevole impossibilità di partecipare al giudizio di primo grado – correlato alla conformazione dell'istituto della remissione in termini in epoca antecedente alla novella legislativa del 2005 – che di certo impedisce a soggetti rimessi in termini di poter in alcun modo ottenere una nuova celebrazione del giudizio a seguito del contributo conoscitivo direttamente fornito.

Del pari pertinenti appaiono i rilievi operati, seppure tralasciamente, dalla sentenza impugnata al fatto che sarebbe molto più au-

spicabile la possibilità di accedere ad una svolta radicale consistente nella drastica abolizione del giudizio in contumacia ovvero nella possibilità di ottenere la purgazione della sentenza emessa in tale ambito. Trattasi, tuttavia, di opzioni interpretative che sottendono eventuali interventi legislativi che allo stato sono lontani.

Ciò che residua è un istituto (quello della remissione in termini) che certamente è stato introdotto a seguito delle reiterate segnalazioni della Corte Europea ma che certamente, sia strutturalmente che funzionalmente, appare inidoneo allo scopo di realizzare pienamente le istanze più volte rappresentate da tali giudici. Ciò non toglie, tuttavia, che l'adattamento interpretativo dello stesso, per come ammissibile e doveroso anche in ragione delle recenti pronunce della Corte costituzionale in materia di omologazione della normativa interna a quella convenzionale, avrebbe potuto consentire certamente di ammettere il meccanismo della remissione in termini anche in ipotesi in cui fosse stata formulata impugnazione ad opera delle difensore.

Ciò avrebbe certamente consentito di realizzare una prima conformazione in attesa di un ulteriore auspicato intervento legislativo in materia. Invece, l'atteggiamento assolutamente retrivo per come emarginato dalla sentenza impugnata disvela un vero e proprio contrasto normativo che certamente sarà oggetto di successive pronunce, sicuramente ad opera della C.e.d.u. ma, auspicabilmente, anche ad opera della Corte costituzionale.

La requisitoria dell'Avvocato generale

di *Vitaliano Esposito*

La questione che siete oggi chiamati a risolvere – signor Presidente, signori Consiglieri – si sostanzia nell'accertare se, nel caso in esame, l'esercizio della facoltà di impugnazione da parte del difensore di ufficio abbia

consumato o no il diritto di impugnazione dell'imputato rimasto contumace.

Si tratta, in sostanza, di accertare se l'avvenuto esercizio della difesa tecnica possa prevalere, sino ad annientarlo, il diritto di autotutela.

La risposta dell'ufficio, che ho l'onore di rappresentare, è negativa. E deve dire – senza violare alcun obbligo di riservatezza – che si tratta di una risposta corale, perché condivisa da tutti i numerosi magistrati (meno uno), che hanno partecipato ieri ad una riunione all'uopo convocata.

E la risposta è negativa perché, posto che effettivamente sussista un contrasto di giurisprudenza, la soluzione deve necessariamente essere quella che – pienamente aderente al testo normativo – consenta di perseguire la finalità voluta dal legislatore con la riforma del 2005 dell'art. 175 del codice di rito.

Orbene, nella relazione illustrativa all'originario decreto l. n. 17/2005 tale finalità viene espressamente indicata – leggo – nell'«esigenza di garantire il diritto incondizionato all'impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna da parte delle persone condannate nei casi in cui essere non sono state informate in modo effettivo dell'esistenza di un procedimento a loro carico, così come espressamente richiesto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in data 10.11.2004».

Per la verità l'obiettivo della Corte europea era ben più modesto essendo richiesto solo un riesame della decisione di condanna o se si preferisce, secondo la terminologia europea, una riapertura del procedimento, secondo il modello della *purgazione* della contumacia, già conosciuto dal nostro ordinamento con il codice Finocchiaro Aprile del 1913 (artt. 475 e 497) ed adottato da quei pochi Paesi che ancor oggi conoscono l'istituto del giudizio in *absentia*. E per raggiungere questo obiettivo sarebbe forse stato tecnicamente più agevole agire sulle competenze del giudice dell'esecuzione, cui già sono demandate, ai sensi del 2° co. dell'art. 670, la soluzione delle questioni sul titolo esecutivo ed eventualmente l'esame sulla sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la restituzione nel termine per impugnare.

Comunque, il legislatore ha preferito giocare – per così dire di anticipo – al fine di prevenire la proliferazione dei ricorsi a Strasburgo, ed ha modificato, finalizzandolo, l'art. 175

che era stato inutilmente invocato dall'Agente di governo per eccepire dinanzi alla Corte europea l'irricevibilità dei ricorsi per omesso previo esperimento delle vie di ricorso interne.

In ogni caso, quale che siano state le ragioni della scelta normativa – che non appare sindacabile in questa sede – la finalità di garantire personalmente al condannato un diritto incondizionato all'impugnazione, risulta oltre che dall'inequivoco testo normativo (e ciò sarebbe già di per sé decisivo) e dalla dichiarata *ratio* della riforma, da due decisive circostanze che sono state giustamente valorizzate dalla innovativa e ineccepibile decisione, resa dalla prima sezione penale il 21 giugno 2006, nel caso De Los Reyes, la cui motivazione è stata poi sostanzialmente ripresa nella successiva sentenza della stessa sezione del 7 dicembre dello stesso anno in causa Virzi.

Queste circostanze – che tra loro si integrano – sono desunte dai lavori parlamentari che hanno portato alla conversione del d.l. n. 17/2005, nella l. n. 60 dello stesso anno, e concernono; da un lato: il balletto tra Camera e Senato dell'inciso che figurava nel decreto legge «*sempre che l'impugnazione non sia stata già proposta dal difensore*» e, dall'altro: il contestuale venir meno, in sede della seconda lettura al senato, anche della proposta di ripristino dell'originario testo dell'art. 571 del codice (effettuato con la l. n. 479/1999) secondo cui contro una sentenza contumaciale ed il difensore poteva proporre impugnazione solo se munito di mandato specifico rilasciato per la nomina o anche successivamente nelle forme previste.

E da tali circostanze la sentenza della prima sezione penale ha correttamente inferito che il delicato problema dell'eventuale valore preclusivo dell'impugnazione era stato ben tenuto presente dal legislatore.

Ma, d'altra parte, nella stessa ordinanza di rimessione si riconosce che il potere di impugnazione del difensore è autonomo da quello dell'imputato.

E se così è, altrettanto autonomo è il diritto di impugnazione dell'imputato, che non può

subire preclusioni in virtù di un dogma quale quello della definitività, irrevocabilità ed esecutività del giudicato, ora infranto – come tanti altri dogmi – proprio dal legislatore.

Devo dire che il problema non è solo italiano. Il mio omologo della più alta giurisdizione francese – l'avvocato generale Régis De Gouttes – ha ritenuto come il ruolo della Corte di cassazione nell'ordine interno sia stato messo in discussione, avendo la Corte di appello di Parigi, con sentenza del 22.1.2003, ritenuto che una decisione penale francese non acquista carattere di definitività, fintantoché il prevenuto disponga della facoltà di far riesaminare il suo caso.

E va aggiunto – per l'autorevolezza della fonte da cui proviene – il parere reso il 5.12.2006 dall'avvocato Generale Sharpston dinanzi alla Corte di giustizia di Lussemburgo nel procedimento C288 del 2005: «Il processo in contumacia sfociato nella sentenza, deve essere stato conforme alle condizioni previste nell'art. 6 della C.e.d.u. In base ai principi generali del diritto comunitario e all'art. 7 del Trattato dell'Unione europea – aggiunge l'Avvocato generale – tali condizioni sono applicabili estensivamente nel contesto dell'Unione europea». E così conclude: «una sentenza contumaciale pronunciata in violazione della C.e.d.u. quantunque dovesse essere considerata valida e definitiva in base alla legge nazionale, contravverrebbe ipso facto ai suddetti principi».

Tutti noi comprendiamo e restiamo pensosi sulle altre circostanze addotte *ex adverso* dall'ordinanza di rimessione, quali i profili della prescrizione del reato, della utilizzabilità delle prove assunte nel primo processo *in absentia*, della sovrapponibilità dei vecchi e nuovi motivi di impugnazione e dell'efficacia delle relative statuizioni decisorie, ed infine dell'estensione della nuova impugnazione nei confronti di coimputati, in caso di concorso di più persone nello stesso reato.

Queste circostanze costituiscono giuste preoccupazioni sul prezzo – certamente assai gravoso e forse non sufficientemente valutato – da pagare per una riforma che ci era

imposta per soddisfare gli obblighi internazionali assunti.

Esse integrano valutazioni di politica giudiziaria che non concernono, però, a mio avviso, il *thema decidendum* e che potranno trovare la loro soluzione, attraverso gli istituti dell'interpretazione estensiva o dell'applicazione analogica, nel successivo sviluppo della giurisprudenza o se del caso, in opportune modifiche legislative.

In sostanza, la corretta interpretazione della riforma da parte della prima sezione penale segna un ritorno alla giurisprudenza formata sotto il vecchio codice e che – sia pure con riferimento al momento della *vocatio in iudicium* – aveva avuto modo di chiarire che, «pur articolandosi la difesa piena dell'imputato attraverso i due poli dell'autodifesa e dell'assistenza tecnica le rispettive posizioni conservano, di regola, carattere di piena autonomia e la prima assume certamente, nel momento genetico della difesa, un carattere indefettibile e prioritario e non può essere sostituita dalla seconda, che pur integrando, nei casi previsti dalla legge, necessariamente l'altra, è pur sempre condizionata da un atto di libera scelta da parte dell'interessato» (Cass., Sez. I, 21.11.1984, Mesite, nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale della questione, poi accolta, di legittimità costituzionale dell'art. 666 del vecchio codice).

E l'interpretazione che in questa sede si propugna, in tema di prevalenza dell'autotutela rispetto alla difesa tecnica, è la sola conforme all'art. 6 della Convenzione europea, quale esso vive nell'interpretazione che ne ha dato la Corte europea.

Io avrei concluso il mio dire sulla questione rimessa alle Sezioni Unite. Mi corre, però, l'obbligo di formulare un auspicio e di indicarne le ragioni.

L'auspicio è che la risposta della Procura generale sia anche la vostra risposta: la risposta della più alta assise della giurisdizione italiana.

L'auspicio è legato alla circostanza che una eventuale vostra decisione di carattere negativo – Signor Presidente, signori Consiglieri

– potrebbe essere sottoposta al rischio, che a me pare effettivo e concreto, di un ricorso alla Corte di Strasburgo.

La fattispecie in esame è, infatti, sostanzialmente analoga a quelle che hanno formato oggetto di tutte le più recenti decisioni con cui la Corte di Strasburgo ha ravvisato violazione dell'art. 6 in quei procedimenti in contumacia conclusi con la mancata applicazione dell'art. 175 c.p.p. nel testo vigente prima dell'entrata in vigore della l. n. 60/2005.

Mi riferisco, in particolare, alle sentenze della Grande camera nel caso Sejdovic e alle successive sentenze del 21.12.2006 nel caso Zunic e del 12.11.2007 nel caso Pititto.

La questione è grave perché in queste due ultime decisioni, la Corte, nel confutare l'eccezione della difesa del Governo in ordine al mancato rispetto da parte del ricorrente del previo esaurimento delle vie di ricorso interne (per essere stata l'istanza *ex art. 175* tardivamente presentata), ha osservato – quasi a prudentemente preconizzare ulteriori decisioni – come neanche il Governo avesse sostenuto che dopo il rigetto della predetta istanza, il ricorrente avrebbe potuto presentarne una nuova basata sulle più favorevoli disposizioni della l. n. 60/2005.

La disciplina derivante dal nuovo testo sarà, quindi, certamente sottoposta al vaglio degli Organi di tutela di Strasburgo. L'auspicio è che la Corte europea non debba nuovamente constatare l'avvenuta violazione della Convenzione.

Ed è, questa, presumibilmente, una occasione irripetibile per allineare la giurisprudenza agli *standard* che gli obblighi internazionali assunti ci impongono. E questa occasione è affidata alle Sezioni Unite – e con essa alla giurisdizione che essa regola nella sua funzione di nomofilachia – quale tutrice nazionale dei diritti umani in attuazione del luminoso principio – elaborato dalla Corte nel caso Airey – dell'obbligo positivo di attuazione e salvaguardia di tali diritti.

Passando ora al merito del ricorso, occorre premettere che con la sua ordinanza la Corte di assise di appello di Roma ha fatto corretta

applicazione, sulla sussistenza dei presupposti e condizioni per la restituzione nei termini, del nuovo testo dell'art. 175, alla luce della art. 6 C.e.d.u., quale esso vive nell'interpretazione che ne è stata data dalla Corte europea.

La decisione, rispetta, quindi, i canoni delle due recenti sentenze della Corte costituzionale (n. 347 e n. 348 del 2007).

Essa, però, si caratterizza, in negativo, per due circostanze.

La prima perché ha ritenuto, contrariamente al vero, che il grado del giudizio per cassazione non fosse stato sperimentato dal difensore di ufficio dell'imputato.

La seconda perché la restituzione andava disposta in relazione al termine per impugnare in appello la sentenza di primo grado, come giustamente ritenuto dalla sentenza ora citata.

La prima circostanza è del tutto irrilevante perché, per quanto in precedenza detto, la soluzione non sarebbe cambiata per la constatazione dell'avvenuto ricorso da parte del difensore di ufficio.

Del pari irrilevante appare la seconda questione perché questa Corte si trova oggi investita del ricorso in conseguenza di un provvedimento – *ex art. 670 c.p.p.* – non impugnato. Comunque in questa sede potranno essere fatte valere – come giustamente osservato nell'ordinanza di restituzione – anche ogni nullità insanabile incorsa in precedenti fasi e gradi di giudizio.

Prima di concludere mi corre l'obbligo di chiarire le ragioni per cui la mia richiesta sarà diversa da quella dell'udienza di rimessione. A quel momento l'Agente di Governo aveva chiesto la rimessione del caso Pititto alla Grande camera della Corte di Strasburgo.

In effetti – come è a voi tutto ben noto – a partire dalla sentenza Colozza la Corte, in tema di giudizio *in absentia*, ha sempre tenuto solamente conto di due possibilità alternative, meglio esplicitate, con riferimento a casi concreti, nella pronuncia della Grande camera del 13.2006 nel caso Sejdovic.

Queste possibilità alternative sono le seguenti:

– la prima: la conoscenza, da parte dell'imputato, dell'esercizio dell'azione penale o del processo nei suoi confronti. Conoscenza ufficiale per notifica personale o anche per circostanze di fatto, effettive e concrete, significative di tale conoscenza;

– la seconda: la carenza di questa conoscenza. La conseguenza, in quest'ultimo caso, è che l'accusato deve essere nuovamente giudicato, mentre nel primo caso questo diritto non gli è riconosciuto, purché ovviamente, le predette circostanze di fatto siano tali da dimostrare, senza possibilità di equivoco, che la omessa presenza all'udienza costituisca rinuncia al suo diritto di comparire e di difendersi.

Nella sua richiesta alla Grande camera la difesa del Governo italiano aveva sostenuto come la Corte europea non si fosse mai pronunciata su di una terza ipotesi.

Quella della sottrazione alla giustizia sotto forma di rifiuto volontario di conoscere gli atti del procedimento per il tramite di un comportamento volontario e cosciente di mettersi nelle condizioni di non essere raggiunto da alcuna notifica concernente l'esercizio dell'azione penale o il processo a suo carico. È questa invero la situazione che si verifica nello stato di latitanza, quando la stessa sia arricchita da idonee circostanze significative della volontà di sottrarsi alla giustizia.

Questa era l'ipotesi che a mio avviso poteva essere ritenuta nel caso di specie, tenuto conto del reticolo di telefonate, anche con la vittima e cogli altri coimputati da parte del ricorrente, dalla sua scomparsa dal luogo di abituale domicilio, dall'inutile esperimento di ogni tentativo di ricerca da parte delle forze dell'ordine. La volontaria sottrazione alla giustizia poteva essere desunta dal fatto – in uno con altre circostanze di fatto – che la situazione della latitanza è diversa da quella irreperibilità, essendo caratterizzata dalla permanenza delle ricerche e dalla diramazione, anche all'estero, della misura coercitiva emessa.

In sostanza la difesa del Governo italiano mirava a recuperare l'eccezione, che nella sua risoluzione n. 11 del 1075 lo stesso Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, aveva accolto nello stabilire le regole minime di garanzia da

osservare nei giudizi *in absentia* (*Résolution sur les critères à suivre dans la procédure del jugement en l'absence du prévenu*).

La prima, infatti, delle *règles minimales* sancite – nel prevedere che «nessuno può essere sottoposto a giudizio se non è stato in precedenza effettivamente raggiunto da una citazione consegnatagli in tempo utile per permettergli di comparire e di preparare la sua difesa» – poneva una eccezione per l'ipotesi in cui sia stabilito che l'imputato si è volontariamente sottratto alla giustizia (*sauf s'il est établi qu'il s'est soustrait volontairement à la justice*).

L'eccezione riprende testualmente la nostra nozione di latitanza e essa fu sostenuta proprio dalla delegazione italiana, per salvaguardare le esigenze del nostro giudizio in contumacia (riguardato con sospetto dai Paesi di *common law*, ma non escluso dalla Corte europea), nel rispetto dei canoni di un giusto processo.

Ed in effetti, a differenza della situazione di irreperibilità – caratterizzata solo da verbali di vane ricerche dell'imputato ai fini delle notifiche – quella di latitanza presuppone l'emissione, da parte dell'autorità giudiziaria, di un formale e motivato provvedimento restrittivo della libertà personale.

L'accertamento (*s'il est établi*) sulla volontarietà della sottrazione, richiesto dalla Risoluzione, poteva apparire pienamente soddisfatto, tenuto anche conto della circostanza che nel nostro ordinamento la misura cautelare è adottata dal giudice con precisa indicazione dei gravi indizi di colpevolezza allo stato degli atti sussistenti a carico dell'imputato e nell'ambito di una procedura di garanzia rispettosa dei canoni dell'art. 5 della Convenzione.

La richiesta della difesa del Governo non è stata, però, accolta e la sentenza Pititto è oramai definitiva, con cristallizzazione dei criteri indicati nella sentenza della Grande camera nel caso *Sejdovic*.

In tale situazione processuale – non risultando provato che la mancata presenza dell'imputato al giudizio sia dovuto a sua rinuncia – si impone, a mio avviso, l'annullamento sen-

za rinvio della sentenza di appello e di quella di primo grado nei confronti del ricorrente. Tale annullamento non si estende, come sostiene il ricorrente, al decreto di latitanza o qualsiasi altro atto anteriore alla *vocatio in iudicium* di primo grado, per i limiti che devono ritenersi connaturati con il giudizio disposto in conseguenza dell'accoglimento dell'istanza di restituzione nei termini, tenuto conto degli effetti dell'istituto, sinteticamente enunciati all'art. 176 del codice di rito.

Il giudizio che siete chiamati ad esprimere concerne, invero, innanzitutto – e con eventuale valore assorbente – la sussistenza o meno della rinuncia o meno da parte del ricorrente al suo diritto a partecipare all'udienza. Una volta stabilito che non vi è stata rinuncia alle garanzie del dibattimento si impone esclusivamente la celebrazione di un nuovo giudizio, perché questo e non altro richiedo-no gli organi di tutela di Strasburgo: la Corte con le sue sentenze ed il Comitato dei ministri con la sua Risoluzione n. 2 del 2002.

La fase delle indagini preliminari esula, infatti, dalla tutela dell'art. 6 della Convenzione europea, e, quindi, dagli obblighi internazionali assunti dal nostro Paese. Così come esula dalla previsione dell'art. 111 della nostra Costituzione.

Ed esula aggiungerei, quale inascoltata Cassandra, perché solo un nuovo giudizio prevedeva il nostro istituto della purgazione del-

la contumacia e questo solo prevedono gli ordinamenti stranieri che ancor oggi conoscono l'istituto del giudizio *in absentia*.

È questa, a mio avviso, una corretta interpretazione dell'art. 175 e delle disposizioni del nostro ordinamento per realizzare la finalità perseguita dal legislatore per ottemperare agli obblighi che gli derivano dall'adesione alla Convenzione europea e nell'osservanza del margine di apprezzamento nazionale che la Corte europea riconosce ai singoli Paesi.

Si tratta di una interpretazione basata sul dato normativo interno; interpretazione convenzionalmente orientata e conforme ai principi della nostra Costituzionale, così come ha voluto la Corte Costituzionale nelle sue due sentenze in precedenza citate, indicate dalla dottrina come sentenze gemelle, ma non certamente omozigote.

Se questa strada fosse ritenuta impraticabile, non resterebbe che sollevare – ai sensi dell'art. 117 Cost. – questione di non manifesta infondatezza della disposizione dell'art. 175 c.p.p. e del correlativo contesto normativo, sotto il profilo che il complesso sistema vigente non consente di soddisfare gli obblighi internazionali assunti dal nostro Paese.

Chiedo, pertanto, l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata e di quella di primo grado, con trasmissione degli atti ad altra sezione della Corte di assise di Roma per il nuovo giudizio.

Confisca dei suoli abusivamente lottizzati in caso di prescrizione del reato: profili nuovi ed antichi (ancora irrisolti) di incostituzionalità

La Corte di Appello di Bari ha rimesso alla Corte costituzionale la questione relativa alla «legittimità costituzionale dell'art. 44, 2° co., D.P.R. 6.6.2001, n. 380 nella parte in cui impone al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusiva-

mente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti, per asserito contrasto con gli artt. 3, 25, 2° co., e 27, 1° co., Cost. (A. Bari, 9.4.2008, Volpe ed altri).

Le *Osservazioni* che seguono ricostruiscono la posizione della giurisprudenza.

Osservazioni

di Alessandro Dello Russo

Su impulso della Corte di Appello di Bari, torna all'esame della Corte costituzionale la questione di legittimità della confisca dei suoli abusivamente lottizzati senza sentenza di condanna.

Con ordinanza n. 187 del 26.5.1998 la questione era stata infatti dichiarata inammissibile in quanto il giudice rimettente si era «limitato a ricostruire le diverse posizioni della giurisprudenza e della dottrina in ordine alle problematiche sollevate, prospettando la semplice eventualità che dalle incertezze interpretative cui darebbe luogo la formulazione delle norme impugnate possa derivare la illegittimità costituzionale delle stesse», laddove, per contro, «la Corte ha ripetutamente dichiarato la manifesta inammissibilità di questioni di legittimità costituzionale sollevate in maniera *perplexa*».

Ciò non ha comunque impedito alla Consulta di ribadire l'esistenza (già nel 1998) di univoco indirizzo interpretativo secondo cui «la confisca dei terreni, che ha natura di sanzione amministrativa, e non di misura di sicurezza, consegue ad una sentenza che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, prescindendo, pertanto, da una condanna al riguardo».

La Corte di Appello di Bari, da parte sua, nel rimettere gli atti alla Corte delle Leggi, dubita che tale, ormai univoco, indirizzo giurisprudenziale sia (ancora) condivisibile.

Più che soffermarsi sui profili di contrasto del vecchio art. 19, l. n. 467/1985 con i principi costituzionali, infatti, i Giudici baresi sostengono che il principio secondo cui la confisca dei suoli è una sanzione amministrativa irrogata dal giudice penale, dovrebbe «fare i conti» con due elementi di novità nel frattempo succedutesi nel quadro normativo: l'approvazione del Testo Unico dell'edilizia (D.P.R. n. 380/2001) e la decisione resa dalla Corte europea per i diritti dell'uomo in data 30.8.2007 che espressamente

qualificano la confisca come «*sanzione penale*».

Così come posta, la questione rischia dunque di subire la stessa sorte di quella del 1998 (c.d. questione «*perplexa*» e, come tale, inammissibile), laddove non si è investito il Giudice delle Leggi della contrarietà di un indirizzo giurisprudenziale univoco (il c.d. diritto vivente) ai principi costituzionali, bensì dei riflessi che un (per il momento del tutto insussistente) cambio di rotta interpretativo potrebbe determinare in materia. In vero a voler accedere alle considerazioni (tutt'altro che peregrine) svolte dalla Corte di Appello pugliese, si dovrebbe convenire che la confisca, per volontà del legislatore nazionale (D.P.R. n. 380/2001) e del giudice europeo (sentenza C.e.d.u. del 30.8.2007) non è (più) una sanzione amministrativa irrogata dal giudice penale, bensì una vera e propria sanzione penale.

Ma questo avrebbe dovuto dirlo direttamente il Giudice precedente che non può, per le ragioni ribadite nella ricordata decisione 187 del 1998, chiedere in proposito il preventivo «avallo» dei Giudici Costituzionali.

Qualificata (in base ad argomentazioni nuove, tali da ribaltare il precedente indirizzo) quindi la confisca come sanzione penale, non ci dovrebbe essere davvero bisogno di scomodare la Corte costituzionale per affermare (con un discreto margine di tranquillità) che la stessa non potrebbe giammai irrogarsi al di fuori di una sentenza di condanna.

Fatto sta che, fino ad oggi, sul primo elemento di novità evidenziato dalla Corte di Appello (inserimento, da parte dell'art. 44 del T.U.E., della confisca tra le sanzioni penali) la S.C. si è già (ripetutamente) espressa in termini negativi, ribadendo, anche a seguito della modifica normativa, che la confisca continua ad avere natura di sanzione amministrativa (cfr., fra le tante, C., Sez. III, 3.3.2005, n. 10916).

Sulla seconda questione si è invece in attesa che la giurisprudenza italiana prenda posizione e, in tal senso, un primo passo lo ha sicuramente mosso, in maniera del tutto meritevole, la Corte di Appello di Bari.

Solo se il diritto vivente italiano si discosterà dall'interpretazione fornita dal Giudice Europeo, della questione dovrà essere (per le ragioni evidenziate dalla Corte barese) investita la Consulta.

Fino a quando non si verificherà tale “ribaltone” (per adeguamento da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità, ovvero per imposizione da parte della Corte costituzionale) non si potrà tuttavia che continuare ad applicare il “vecchio” principio secondo cui la confisca, quale sanzione amministrativa, va irrogata anche in caso di sentenza di proscioglimento, con la sola eccezione di una sentenza che escluda la sussistenza del fatto. Ciò tuttavia non toglie che tanto debba essere fatto entro confini (anche di carattere costituzionale) in vero mai precisamente delineati dalla pur corposa giurisprudenza sviluppata in materia di lottizzazione abusiva. Si tenga infatti conto del fatto che, come ricordato dalla Consulta, «la categoria delle sentenze di proscioglimento non costituisce un *genus* unitario, ma abbraccia ipotesi marcatamente eterogenee, quanto all'attitudine lesiva degli interessi morali e giuridici del prosciolto» (C. Cost., 31.3.2008, n. 85).

All'interno di tale *genus*, è ricompresa poi la *species* delle sentenze di proscioglimento per intervenuta prescrizione (ambito affrontato dalla Corte di Appello di Bari), a sua volta composta da un ventaglio di possibilità che vanno dal caso di prescrizione del reato maturata dopo due gradi di giudizio di merito in cui vi è stata condanna, a quello (opposto) di prescrizione intervenuta nelle more tra esercizio dell'azione penale e celebrazione del processo (se non, caso tutt'altro che raro, prima ancora dell'esercizio dell'azione penale).

A fronte dunque di una casistica così varia, la giurisprudenza non ha mai precisamente detto se la confisca debba essere applicata indifferentemente dalla fase processuale in cui è maturata la prescrizione.

Posto infatti che l'art. 44 T.U.E. (al pari del vecchio art. 19, l. n. 47/1985) prevede che «la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite», è altrettanto pacifico le modalità con le quali il Giudice penale deve accertare i fatti posti al suo vaglio sono inderogabilmente stabilite dal codice di rito, che contempla (art. 129) l'obbligo di immediato proscioglimento in caso di intervenuta prescrizione.

Vien dunque da chiedersi se, a fronte di un reato prescrittosi prima dell'inizio del processo, quest'ultimo possa e debba essere celebrato solo per consentire al Giudice di pronunciarsi su questioni non aventi carattere penale (come per l'appunto l'irrogazione dell'ordine di confisca).

La Suprema Corte ha già detto di no (C., Sez. I, 30.7.2004, Bevilacqua, ha dichiarato «abnorme il provvedimento con il quale il giudice dell'udienza preliminare, pur avendo accertato l'intervenuta prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, ometta di dichiarare l'estinzione del reato e disponga il rinvio a giudizio degli imputati, con la motivazione che, considerata la limitata cognizione del predetto giudice, sarebbe stato comunque necessario l'accertamento, da parte del giudice del dibattimento, degli elementi costitutivi dell'illecito ai fini dell'eventuale confisca prevista dall'art. 19, l. n. 47/1985») e tanto sembra rispondere perfettamente ai principi sanciti in merito dalla migliore giurisprudenza.

È stata in primo luogo la Corte delle Leggi a ricordare che «il decreto di citazione che il pubblico ministero emette, integra al tempo stesso l'atto di esercizio dell'azione penale e la domanda che la parte pubblica rivolge al giudice», per cui, ove intervenga una “causa estintiva che rende superflua la celebrazione del dibattimento, è la stessa domanda di giudizio a non avere più una effettiva ragione d'essere» (C. Cost. 21.2.1992, n. 91).

Per contro non vi è alcuna norma che sembri consentire al Giudice penale di celebrare il processo al fine di effettuare verifiche di al-

tro genere, posto che «l'operatività della causa estintiva, determina il congelamento della situazione processuale esistente nel momento in cui è intervenuta», con la conseguenza che la pronuncia di proscioglimento non può «essere ritardata» (C., Sez. IV, 22.6.2005, Borda, in *GDir*, 2005, 47, 67) in quanto l'art. 129 c.p.p. «esplicita un ordine efficace e cogente per il giudice, il quale in ogni stato e grado del processo deve paralizzare l'iter procedimentale in presenza di situazioni che ne comportino l'applicazione», dependendo in tal senso «una evidente manifestazione del principio del *favor rei*» (Cass., Sez. V, 25.11.2003, in *CP*, 2004, 2278). Diversamente opinando si giungerebbe, prima ancora che ad uno stravolgimento delle regole processuali (art. 129, in testa), ad una inaccettabile compromissione del diritto di difesa dell'imputato.

Questi infatti dovrebbe celebrare il processo secondo le regole imposte dal 2° co. dell'art. 129 c.p.p., a mente del quale, «quando ricorre una causa di estinzione del reato» l'assoluzione con formula piena potrebbe ammettersi solo se «dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato».

Nei casi di sopravvenuta estinzione del reato, infatti, le esigenze di economia processuale prevalgono addirittura sul principio del *favor rei*, essendo pacifico che, laddove non «risulti evidente la prova dell'estraneità dell'imputato al fatto criminoso, non può essere applicata la regola di giudizio *ex art.* 530, 2° co., c.p.p. la quale equipara la prova incompleta, contraddittoria od insufficiente alla mancanza di prova» (C., Sez. VI, 18.11.2003, Tesserin e altri, in *RP*, 2005, 449).

Ciò, tuttavia, nella consapevolezza – da parte del legislatore – che alla pronuncia di proscioglimento *ex art.* 129 non potesse (e non dovesse) scaturire per l'imputato alcuna statuizione di tipo sfavorevole quale, ad esempio, l'irrogazione di una sanzione accessoria. Nel caso della confisca si verte in una ipotesi esattamente opposta.

Pur in presenza di una originaria causa di

estinzione del reato andrebbe irrogata una sanzione pesantissima (in quanto privativa del diritto, costituzionalmente garantito, della proprietà privata) applicando, in violazione dell'obbligo di immediato proscioglimento, regole processuali non ispirate al *favor rei*. L'imputato, infatti, per essere assolto per insussistenza del fatto (*conditio sine qua non*, secondo la giurisprudenza in esame, per escludere la confisca) dovrebbe dimostrare l'evidenza della mancanza di lottizzazione abusiva, diversamente da quanto stabilito, per casi identici non prescritti, in cui varrebbe la regola opposta (*in dubio pro reo*) stabilita dal 2° co. dell'art. 530 c.p.p.

Il tutto in evidente contrasto con i principi sanciti dagli artt. 3, 24, 42 e 111 Cost.

Solo una precisa delimitazione dei criteri con i quali debba svolgersi l'accertamento del giudice diretto alla verifica dell'eventuale abusivismo della lottizzazione in caso di sopravvenuta prescrizione del reato, è dunque in grado di evitare (nella vigenza dell'attuale qualificazione della confisca come sanzione amministrativa) un nuovo interessamento della Corte costituzionale.

In tal senso potrebbe fornire parametri di adeguata risposta il disposto dell'art. 578 c.p.p. a mente del quale «quando nei confronti dell'imputato è stata pronunciata condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato a favore della parte civile, il giudice di appello e la Corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per amnistia o per prescrizione, decidono sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili».

Il legislatore ha dunque ritenuto che una pronuncia in primo grado assunta secondo le regole processuali «ordinarie» costituisca valida garanzia affinché il giudice possa proseguire ad occuparsi del merito della questione (seppur a limitati fini civilistici) anche nei successivi gradi di giudizio.

Nel vigore dell'attuale giurisprudenza, quindi, una lettura costituzionalmente orientata dei principi innanzi esaminati sembrerebbe imporre che l'accertamento

dell'abusivismo della lottizzazione venga effettuato quanto meno nel corso del giudizio di primo grado.

Ma questo, fin'ora, non è mai stato (ancora) detto, mentre sono evidenti le ragioni che imporrebbero un chiarimento in merito onde evitare un ulteriore interessamento della Corte costituzionale.

In conclusione:

- se la giurisprudenza della Corte di Giustizia è immediatamente vincolante, dovrebbe essere lo stesso giudice procedente a qualificare la confisca *ex* art. 44, D.P.R. n. 380/2001 non più come sanzione amministrativa, bensì una sanzione penale;
- in tal caso la stessa non potrebbe accedere se non ad una sentenza di condanna;
- solo la negazione dei principi sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (caso fino ad oggi non registratosi) impor-

rebbe l'invio degli atti alla Corte costituzionale;

- fino a quando tale nodo non verrà sciolto la confisca dovrebbe continuare a qualificarsi come sanzione amministrativa irrogabile dal giudice penale anche in caso di proscioglimento con formula diversa dal fatto non sussiste;
- tale principio deve tuttavia essere correlato con quelli che ispirano il vigente sistema penale, primi fra tutto quello del *favor rei* e dell'obbligo di immediata declaratoria di improcedibilità in caso di estinzione del reato;
- la confisca può essere validamente irrogata solo in relazione ad un reato di lottizzazione abusiva prescrittosi quanto meno dopo la sentenza di primo grado;
- diversamente la norma si presterebbe a gravi profili di incostituzionalità per violazione degli artt. 3, 24, 42 e 111 della Suprema Carta.

L'individuazione della sanzione processuale in caso di omessa iscrizione oggettiva e nominalistica *ex art. 335, 1° co., c.p.p.*

di Vito Epifani

Nella totale assenza di una iscrizione, sia oggettiva che nominalistica, ai sensi dell'art. 335, 1° co., c.p.p., il Pubblico Ministero decade dalla sua funzione investigativa con conseguenziale perdita della legittimazione a compiere atti di indagine. Trattasi di ipotesi patologica di assenza di ogni iscrizione. È noto – riprendendo una espressione del Cordero – che l'iscrizione della *notitia criminis* nell'apposito registro custodito presso l'ufficio del P.M., segna l'*incipit* formale di ogni procedimento penale.

La questione giuridica riguarda in maniera specifica le conseguenze della omessa iscrizione della *notitia criminis*, fenomeno sicuramente diverso dalla tardiva soggettivazione della medesima.

Il principale problema giuridico è quello di verificare se esiste una espressa sanzione processuale per l'inosservanza dell'obbligo di cui all'art. 335, 1° co., c.p.p., inerente la «immediata» iscrizione oggettiva della notizia di reato e del nominativo dell'indagato.

È dato certo che gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine stabilito dalla legge o prorogato dal Giudice, sono colpiti da espressa sanzione di inutilizzabilità (artt. 407, 3° co., e 406, 8° co., c.p.p.) e ciò comporta che il P.M. non può investigare oltre il termine fissato dalle specifiche disposizioni normative. Ne consegue che, una volta scaduti i termini (da ritenersi perentori con *dies a quo* mobile in considerazione della elasticità semantica dell'avverbio «immediatamente») fissati dalla legge per la durata delle indagini preliminari, il P.M. decade dalla sua funzione investigativa e perde qualsivoglia legittimazione a compiere ulteriori atti di indagine. Non si può, peraltro, non rilevare che gli atti compiuti nel corso delle indagini preliminari han-

no piena rilevanza all'interno della fase in cui prendono vita e costituiscono, pertanto, il supporto di decisioni di estrema rilevanza e gravità, come quelle che investono la libertà della persona e il rinvio a giudizio.

È intuitivo come la disposizione di cui all'art. 335 rivesta una straordinaria importanza nella fase delle indagini preliminari, poiché le tre diverse possibilità di sfogo di tale fase (richiesta di archiviazione *ex art. 408, 1° co.*, richiesta di proroga delle indagini *ex art. 406* e richiesta di rinvio a giudizio *ex art. 405, 2° co.*) sono tutte soggette al rispetto di un identico termine temporale, che coincide con quello della iscrizione della notizia di reato sul registro previsto dall'art. 335 c.p.p. soltanto quando il nome della persona ed il reato cui alla stessa è attribuito risultino già dalla notizia soggetta ad iscrizione. Se il reato ed il nominativo non risultano non può decorrere alcun termine.

Ritornando alla specifica tematica in questione relativa alla totale assenza dell'iscrizione (oggettiva e soggettiva) della *notitia criminis*, si impone la seguente considerazione di ordine tecnico-giuridico: se gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine fissato dalla legge, il cui *dies a quo* decorre sempre dalla data della iscrizione *ex art. 335, 1° co., c.p.p.*, sono colpiti dalla sanzione della inutilizzabilità poiché l'inquirente è decaduto temporalmente dalla sua funzione investigativa, è di tutta evidenza che in caso di omessa iscrizione deve – a maggior ragione – individuarsi la identica sanzione processuale. Ed invero, se nel caso di avvenuta scadenza del termine di durata massima delle indagini preliminari il P.M. perde ogni legittimazione al compimento di atti di indagine, è di palmare evidenza che lo stesso, nella più to-

tale assenza di qualsivoglia iscrizione, non può avere mai acquisito alcuna giuridica legittimazione a svolgere attività di indagine nei confronti di un soggetto mai iscritto in relazione a specifiche fattispecie di reato ai sensi del 1° co. dell'art. 335 c.p.p.

Non si può ignorare quella che è la specifica *ratio* dell'art. 335 c.p.p.: trattasi di una norma posta a garanzia del diritto di difesa dell'indagato.

Occorre aprire una breve parentesi. La Suprema Corte, nel corso degli anni, è intervenuta alcune volte sulla importante tematica in questione però lo ha fatto affrontando sempre il diverso problema della tardiva iscrizione, che – secondo l'indirizzo prevalente – consentirebbe al Giudice, quale sanatoria, la rideterminazione del termine iniziale delle indagini con riferimento al momento in cui si sarebbe dovuta iscrivere la notizia di reato, con la conseguenza che «la tardiva iscrizione può incidere sulla utilizzabilità delle indagini finali, ma non sulla utilizzabilità di quelle svolte prima della iscrizione» (C., Sez. V, 8.10.2003, Casentini, in *Mass. uff.*, 229578).

Trattasi, all'evidenza, di tesi assolutamente insufficiente poiché attribuisce al Giudice un potere di ricostruzione del termine a seguito della positiva verifica del ritardo del P.M. della iscrizione della notizia di reato. Il sistema, infatti, non prevede la possibilità di un controllo *ope iudicis* sulla tempestività delle registrazioni delle notizie di reato. D'altronde, anche un controllo di tal genere alimenterebbe una notevole discrezionalità giudiziale, dovendosi necessariamente ispirare a criteri di valutazione alquanto soggettivi ed arbitrari, poiché la legge indica come unico parametro l'«immediatamente» di cui all'art. 335 c.p.p., per di più agganciandolo, in parte, ad una attività direttamente acquisitiva della notizia di reato di improbabile collocazione temporale in sede di verifica postuma, per quanto perspicace si possa ritenere il Magistrato giudicante.

La tematica in questione, nei termini in cui è stata affrontata, nelle diverse occasioni, dal Giudice di legittimità, con riferimento alla tardiva iscrizione, ha sempre avuto ad oggetto le implicazioni della omessa annotazione

«soggettiva» nel registro previsto dall'art. 335, poiché in tutti i casi oggetto di valutazione già risultava la relativa iscrizione «oggettiva» della notizia del titolo di reato.

Pertanto le questioni giuridiche affrontate dalla Suprema Corte – secondo cui l'assenza dell'iscrizione soggettiva non determinerebbe la inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti anteriormente a tale iscrizione – si riferiscono tutte a casi di tardiva iscrizione per la quale vi era stata, in precedenza, l'annotazione del relativo titolo di reato sul registro dell'ufficio del P.M.

Ne consegue che la Corte di Cassazione non si è mai interessata di un caso di omessa annotazione sia oggettiva che soggettiva della *notitia criminis*.

In ogni caso tutte le intervenute decisioni del Giudice di legittimità sono il risultato di scelte dettate dalla necessità di «salvare» atti di indagine compiuti prima della tardiva registrazione della notizia nominativa di reato.

È di tutta evidenza che la tematica inerente la totale assenza di qualsivoglia iscrizione (oggettiva e soggettiva) è completamente diversa e non può condurre a quelle conclusioni cui è pervenuta la Suprema Corte.

Peraltro, il presupposto della soggettivazione della *notitia criminis* (e cioè l'annotazione del nominativo nel registro *ex art.* 335 c.p.p.) è che vi sia già stata una precedente oggettivazione della stessa (e cioè che un determinato titolo di reato risulti già annotato).

Se il P.M. non ha mai proceduto ad alcuna iscrizione ai sensi dell'art. 335 c.p.p., né in termini di titolo di reato né in termini di soggettivazione della *notitia criminis*, deve ritenersi decaduto dalla sua funzione investigativa con conseguenziale perdita della legittimazione a compiere atti di indagine.

Ne consegue che la sanzione che colpisce ogni attività di indagine eventualmente compiuta non può che essere quella della inutilizzabilità, e cioè la stessa sanzione – specificamente prevista dalla legge – che inficia tutti gli atti di indagine compiuti dopo l'avvenuta scadenza del termine di durata massima delle indagini preliminari.

Trattasi di ipotesi patologica di totale assenza di ogni iscrizione.

GIUSTIZIA SOVRANAZIONALE E RAPPORTI CON AUTORITÀ STRANIERE

Controlli e garanzie postestradizionali: una necessità normativa improrogabile

di S. Furfaro

1. *I termini di un problema.* – Un'analisi del sistema dei controlli e delle garanzie in tema di estradizione non pare possa prescindere da una presa d'atto fondamentale: se, in linea di massima, almeno formalmente tutto pare discutibile prima dell'extradizione, ben poco, anzi nulla, è possibile ad estradizione concessa od ottenuta. In verità, la situazione è più complessa, e a fronte di una società internazionale sempre più aperta, si profilano chiusure significative anche verso espressioni compiute di garanzia *pre* estradizionali che si risolvono, ad estradizione avvenuta, nell'impossibilità di porre rimedi ad eventuali irritualità di essa. Solo raramente il momento successivo all'extradizione è considerato in alcuni strumenti di cooperazione internazionale ad ampio spettro, mentre di norma la posizione del soggetto estradato è affidata alla sensibilità degli Stati nei rapporti tra essi e di fatto relegata in una sorta di assoluto *non liquet*.

Il panorama offerto dalle varie Convenzioni propone ancora, essenzialmente, un programmatico disinteresse dell'ordinamento giuridico dello Stato estradante verso quella che sarà l'evoluzione delle sorti del soggetto estradato, non mettendo a disposizione di quest'ultimo strumenti di controllo di quanto effettivamente avvenga a seguito dell'extradizione, risolvendosi ogni questione in termini di rapporti tra gli Stati, con l'evidente spostamento dell'oggetto dell'attenzione dall'individuo che l'extradizione ha subito all'interpretazione dei trattati e al rispetto delle clausole di essi.

In mancanza di precise regole interne, l'interpretazione dei trattati soffre della variega-

ta congerie di approccio che le diverse convenzioni di estradizione propongono in tema di principio di specialità e delle verifiche successive delle eventuali irregolarità commesse "a monte". Se sono strutturali a qualsivoglia strumento pattizio i limiti propri di ogni rapporto bilaterale, è evidente che, a fronte delle diverse soluzioni offerte da ciascuno di essi, dovrebbe essere la normazione dello Stato a prevedere norme di chiusura (o, se più piace, di sbarramento) atte a rendere concrete le garanzie di tutela del soggetto a seguito della disposta estradizione. Proprio su tale fronte, però, non soltanto la lacuna è evidente, ma, approfittando sovente di essa, si tende a proporre soluzioni che, interpretando restrittivamente l'ambito delle norme di genere sui principi estradizionali, tradiscono addirittura il portato dello strumento pattizio, laddove in esso siano previsti verifiche e controlli successivo all'extradizione.

Il principio di specialità, insomma, impone verifiche preventive ma non controlli successivi e, in molti casi, anche le verifiche preventive non comportano l'abdicazione del sistema comunque più sensibile alle garanzie del cittadino in favore di regole che invece le comprimano. Per altro, è la stessa specialità, ricondotta da principio a termine positivo, ad essere variamente intesa.

In tema, infatti, si suole distinguere: *a)* la specialità c.d. "crassa", che preclude allo Stato richiedente non solo di processare e punire l'extradato per fatti diversi da quelli indicati nella domanda, ma anche di mutare, in corso di procedura, la qualificazione giuridica di tali fatti; *b)* la specialità "forte", che, mantenendo fermo il divieto di procedere e

punire per fatti diversi da quelli oggetto di estradizione, ammette il mutamento della qualificazione giuridica di questi ultimi, purché corrisponda ad un titolo di reato per il quale il trattato ammetta l'extradizione; c) la specialità "attenuata", che, in base a determinate condizioni previste dai singoli trattati, ammette che la persona estradata possa anche essere processata e punita anche per fatti anteriori e diversi da quelli per i quali l'extradizione è stata concessa, richiedendosi, in alcuni casi, che il fatto diverso rientri tra quelli estraibili secondo la convenzione, in altri casi, la connessione dei fatti anteriori e diversi con quello oggetto dell'extradizione. È evidente come tutto ciò – relativo soltanto al principio di stretta specialità – indica decisamente, dilatando o restringendo l'ambito della stessa possibilità di estradizione e creando, conseguentemente, un *humus* interpretativo che sembra risolvere i problemi dell'extradizione stessa ponendosi dall'ottica peggiore: quella che, argomentando sui temi della "armonizzazione" dei rapporti tra gli Stati, di fatto privilegia il "momento politico" rispetto alla "garanzia giudiziale", dimenticando, in tal modo, che convenzioni e accordi bilaterali creano (o dovrebbero creare) principalmente garanzie per l'individuo e quindi sistemi di diritti e doveri di riferimento che, nell'evoluzione delle esigenze di tutela del singolo, non consentano approcci riduttivi verso quelle garanzie.

La situazione è evidentemente esiziale nei casi di estradizione c.d. "passiva" (si pensi a quella concessa verso uno Stato che non ripudi la pena di morte e il tutto si giochi sulla qualificazione giuridica del fatto ovvero sul rilievo della connessione tra fatti). Va segnalato, però, come il problema si ponga negli stessi termini anche in relazione alle ipotesi di estradizione c.d. "attiva", posto che in diverse occasioni l'autorità giudiziaria italiana ha negato la sospensione del processo in corso a fronte di incidenti estradizionali proposti e dichiarati ammissibili nello Stato estradante, pervenendo così ad un verdetto (a volte definitivo) nonostante in quello Stato si ridiscutesse la legittimità della procedura di estradizione.

Su tali temi si assiste, insomma, a veri e propri arrocchi: concessa l'extradizione non solo è irricevibile alcun reclamo proposto contro l'irritualità di essa, ma per l'ordinamento italiano è irrilevante quanto effettivamente accada all'estradata nello Stato che lo ha richiesto, per cui eventuali irritualità verificatesi in Italia possono, al più, essere colà rilevate ove quell'ordinamento lo consenta; ottenuta l'extradizione, qualsivoglia incidente che nello Stato estero abbia a oggetto la legittimità di essa nulla rileva sulla procedura in corso in Italia, anche laddove oggetto dell'incidente sia addirittura la verifica della condizione della doppia incriminazione, considerata dalla normativa interna (art. 13 c.p.) e magari ampiamente sviluppata pure nello strumento di cooperazione bilaterale, ovvero il principio di specialità.

Tutto è discutibile – ovviamente – e non si vuol dire che una logica che assuma la decisione di estradizione come intangibile sia per ciò solo errata. L'interpretazione delle norme fondamentali del sistema italiano, però, non pare possa fermarsi all'epidermide e se al lume dello stesso sistema, alcune volte è risultato possibile far valere *in executivis* i vizi della decisione di estradizione (v. C., Sez. I, 4.10.1993, Lauro, in *CP*, 1995, 314; C., Sez. I, 27.12.1991, Cesari, in *ANPP*, 1992, 624; C., Sez. I, 26.5.2000, Lauro, in *Mass. uff.*, 216288; C., Sez. I, 5.3.1999, Di Toro Manarella, in *CP*, 2001, 202), coerenza sistematica dovrebbe imporre di orientare il confronto tra norme generali e disposizioni convenzionali secondo una prospettiva diversa e più aperta verso la considerazione della *ratio* sottesa agli istituti, al fine di evitare che chiusure formali si risolvano, poi, in veri e propri *deficit* di giustizia sostanziale.

Detto ciò, però, va considerato che l'interpretazione – fonte di molte chiusure – non può essere la via elettiva. Se in materia penale la cooperazione tra gli Stati, da «espedito diplomatico» è passata, attraverso la prassi, ad «assetto normativo» (così incisivamente CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1991, 1027) non pare proprio che, in tema di sorti dell'individuo, ci si possa fermare sulla soglia

(o, meglio, sulla frontiera) degli Stati. Le poste in gioco sono sempre e comunque la libertà personale, il processo, la pena. Questo il sostrato, le vicende giudiziarie che l'individuo subisce a seguito dell'extradizione non pare proprio possano essere estranee all'*ordo* dello Stato estradante, di fatto proclamatosi impermeabile alla richiesta di verifica e di rispetto delle garanzie provenienti dal soggetto estradato.

È lapalissiano che, nel caso in cui si discuta del rispetto del divieto della pena di morte, il problema assume connotazioni drammatiche. La rilevanza di esso, però, prescinde dalla natura della pena ed investe, come accennato, la completezza del sistema delle garanzie dell'individuo nell'ordinamento interno. La prospettazione di due casi giudiziari – uno dei quali ancora in corso e non si sa con quale esito – renderà ragione di quanto siano impellenti interventi normativi e consentirà, all'un tempo, di cogliere appieno il senso di quanto, sovente, non ci si renda conto di come è sulla prassi che molte figurazioni teoriche rischiano di franare.

2. Un "*caso clinico*" di estradizione a rischio di pena capitale: l'affaire Cipriani. – Cipriani Benedetto, dopo un periodo di detenzione a fini estradizionali in Italia, seguito ad altro periodo di libertà, è attualmente detenuto negli Stati Uniti d'America, nel Connecticut, sottoposto a processo per omicidio plurimo e cospirazione, fatti che, diversamente qualificati giuridicamente, possono comportare in quel paese la pena di morte, ma che, accortamente, gli sono stati finora contestati in modo tale da comportare al massimo una condanna alla pena di sessanta anni di reclusione.

La vicenda che lo vede coinvolto e che si dipana attraverso diverse fasi processuali trae origine dal suo arresto in Italia, avvenuto il 22 aprile 2004, a fini estradizionali in quanto colpito da mandato di cattura emesso dalla Corte Suprema di Hartford dello Stato del Connecticut (USA) perché accusato di omicidio plurimo ed associazione a delinquere (*cospiracy*, secondo l'accusa dello Stato estero) finalizzata a commettere omicidi, commessi nel luglio 2003 nel Connecticut.

All'arresto è seguita, davanti la Corte di Appello di Roma, la fase giurisdizionale della verifica della sussistenza delle condizioni per l'accoglimento dell'extradizione richiesta dagli USA, segnata dalla seguenti tappe:

a) il Ministro della Giustizia, in data 27.4.2004 ha richiesto il mantenimento in carcere del Cipriani, trasmettendo la richiesta di estradizione affinché fosse deliberata dalla Corte di Appello l'estradabilità del cittadino italiano e il Procuratore Generale della Repubblica ha chiesto che la Corte emettesse sentenza favorevole all'extradizione;

b) Cipriani Benedetto non ha consentito all'extradizione sostenendo, in estrema sintesi, di non potere essere estradato perché i reati per i quali era accusato comportavano in caso di condanna la pena di morte. A sostegno di tale assunto provvedeva a sollecitare la Corte di Appello alla verifica di tale eventualità che, ove accertata, determinava *de iure* l'impossibilità giuridica di accogliere la richiesta di estradizione posto che la Corte costituzionale, con sentenza n. 223/1996 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 698, 2° co., c.p.p. relativo alla pena di morte e della l. 26.3.1984, n. 225 nella parte in cui ha dato esecuzione all'art. IX del Trattato di estradizione tra Italia e USA del 13.10.1983, «perché la garanzia assoluta riconosciuta dall'art. 27, 4° co., Cost. non è assicurata dalla formula delle "sufficienti assicurazioni" che tale pena non sarà inflitta o, se già inflitta, non sarà eseguita. Infatti questa formula demanda a valutazioni discrezionali, caso per caso, il giudizio sul grado di affidabilità e di effettività delle garanzie accordate dal Paese richiedente»;

c) la Corte di Appello richiedeva all'Autorità statunitense una relazione in ordine alla possibilità concreta che nel caso fosse inflitta la pena di morte, ottenendo in risposta dall'Ambasciata statunitense in Italia un'indicazione, alquanto generica, secondo la quale «il reato di omicidio così come contestato al Cipriani e per il quale è stata chiesta l'extradizione non comporta la pena capitale» con l'assicurazione, altrettanto generica, che «lo Stato richiedente si sente vincolato al princi-

pio di specialità in relazione al reato come contestato e per il quale è stata chiesta l'extradizione»;

d) a ciò, Cipriani ha replicato, per un verso, riprendendo quanto sostenuto dalla Corte costituzionale in tema di insufficienza delle assicurazioni offerte dallo Stato richiedente; per altro verso, rappresentando che era altamente probabile che venisse modificata l'imputazione a suo carico ove giunto negli USA, dal momento che tutti i suoi presunti complici sono stati accusati del reato di *capital felony* che prevede la pena capitale e compendia l'omicidio plurimo a lui imputato e non si vede per quale ragione solo per lui (accusato di essere l'ideatore, l'organizzatore e il mandante dei fatti) dovesse essere riservato trattamento diverso;

e) considerando nel particolare la relazione dell'Autorità statunitense, Cipriani ha ulteriormente rilevato come, proprio dalla relazione dell'Ambasciata statunitense risultava provata l'alta probabilità che anche lui subisse la sorte dei presunti complici, dal momento che essa si prodigava ad illustrare gli strumenti giuridici che egli, negli Stati Uniti, avrebbe avuto nel caso in cui, diversamente dalle assicurazioni, fosse stato condannato a morte; circostanza, questa, che faceva fondatamente ritenere che la relazione non escludeva *in toto* la possibilità di modifica e, in sintesi, altro non riproponeva che quella «sufficiente assicurazione» ritenuta illegittima dalla Corte costituzionale italiana;

f) la Corte di Appello di Roma, nonostante appunto la relazione dell'Autorità statunitense non riproponesse altro che una mera assicurazione – smentita, oltre che dalla possibilità di modificazione dell'accusa prevista dallo ordinamento del Connecticut, anche (e soprattutto) dalla sorte riservata ai presunti complici del Cipriani – ha considerato la vicenda secondo una prospettiva del tutto formale, disancorata, per altro, dalla decisione della Corte costituzionale, che ha imposto come parametro di riferimento la certezza che il cittadino estradato non corra il rischio di essere condannato alla pena capitale, ritenendo che qualsivoglia assicurazione o ga-

ranza proveniente dall'Autorità politica dello Stato richiedente non possa essere rilevante in proposito sul presupposto – ovvio – che nessuna Autorità politica possa offrire garanzie sulla attuale o successiva decisione dell'Autorità giudiziaria;

g) secondo la Corte di Appello, dunque, sussistevano le condizioni per l'estradabilità di Cipriani, in quanto, ai sensi dell'art. VI della Costituzione degli USA «i trattati formano parte integrante del supremo diritto comune e sono vincolanti per tutti i tribunali degli Stati Uniti... indipendentemente da qualsiasi altra disposizione presente nelle leggi dello Stato», per cui siccome l'art. XVI lett. a) del Trattato Italia-USA del 1983 «una persona estradata... non può essere detenuta, giudicata o punita, nella Parte richiedente, salvo che per il reato per il quale l'extradizione è stata concessa», «si deve ritenere» che Cipriani, estradato, non sarà giudicato che per omicidio plurimo e associazione (*conspiracy*) e non già per gli stessi fatti considerati secondo la fattispecie «*capital felony*»;

h) forse consapevole dell'insidia che la sorte di Cipriani si giocava esclusivamente sulla sottigliezza tra «fatto» e «reato» e che, estradato, l'identità di fatto tra «omicidio plurimo in concorso» e «*capital felony*» avrebbe ben potuto determinare la diversa qualificazione giuridica di esso, la Corte di Appello ha espresso giudizio favorevole all'extradizione sottoponendola «alla condizione», davvero sibillina, «che per i delitti come contestati non sia prevista o comunque possibile la pena di morte»; formula che, in estrema sintesi, ancora riproponeva, senza definirlo, il tema della verifica della esclusione in termini di certezza del rischio di pena capitale, e che, nella sostanza, demandava al Ministro della giustizia tale verifica.

Avverso tale Sentenza, Benedetto Cipriani ha proposto ricorso per cassazione, in sostanza riformulando i rilievi proposti e solo all'apparenza affrontati e decisi dalla Corte di Appello che, come detto, ha considerato in termini di mera forma e non di sostanza il problema dell'esclusione del rischio di pena capitale che, sul filo della distinzione tra «fat-

to» e «reato», non poteva dirsi risolto nel senso della certezza per come voluto pure dalla normazione interna a seguito del detto intervento della Corte costituzionale. La Corte di cassazione, però, ha meramente rigettato il ricorso riproponendo, in sostanza, lo stesso approccio formale seguito dalla Corte di Appello, senza considerazione alcuna dell'assenza concreta di garanzie in ordine al punto nodale della vicenda: l'esclusione espressa del rischio di modifica della qualificazione giuridica dei fatti oggetto dell'accusa.

Divenuta definitiva la Sentenza della Corte di Appello, il Ministro della Giustizia, con decreto notificato all'interessato, senza avere richiesto o comunque avuto alcuna certezza in ordine all'esclusione del rischio di pena capitale, ha concesso l'estradizione di Cipriani, il quale propose ricorso al Tribunale Amministrativo di Roma lamentando, tra l'altro, violazione degli artt. 2, 27, 97 e 111 Cost., eccesso di potere per difetto dei presupposti dell'atto, invocando, in via cautelare, la sospensione del provvedimento.

Giova riportare, sia pure soltanto nell'indicazione di esse, le ragioni per le quali Cipriani ha contestato la legittimità del decreto con il quale il Ministro della Giustizia ha concesso al Governo degli Stati Uniti d'America l'estradizione. Tali ragioni, infatti, costituiscono e compendiano, con la decisione emessa dal Tribunale Amministrativo, gli argomenti "forti" che ancora oggi rendono la vicenda problematica.

Sostenne Cipriani che:

a) rilevante nel caso era (ed è) la sentenza n. 223 del 25.6.1996 – relativa all'art. 698, 2° co., c.p.p. ed alla l. 26.5.1984, n. 225 (Ratifica ed esecuzione del trattato di estradizione tra il Governo della repubblica Italiana ed il Governo degli Stati Uniti d'America, firmato a Roma il 13.10.1983), nella parte in cui ha dato esecuzione all'art. IX del trattato di estradizione citato; sentenza che ha affermato la incostituzionalità del sistema delle «*sufficienti assicurazioni*» rese dal richiedente in quanto, «demandando a valutazioni discrezionali e caso per caso il giudizio sul grado di

affidabilità ed effettività delle garanzie, infirma l'assolutezza del divieto di pena di morte in tempo di pace, sancito dall'art. 27, 4° co., Cost. ed i valori riconducibili all'art. 2 Cost., ad esso sottostanti, primo fra tutti il bene della vita»;

b) tale principio, di rilievo anche nella fase amministrativa di competenza ministeriale, nel caso era stato disatteso, dal momento che il decreto riproduceva il c.d. meccanismo dell'estradizione «sotto garanzia» censurato dalla Corte costituzionale;

c) inidoneo appariva il richiamo al principio di specialità (art. XVI del Trattato) ed il decreto, dunque, era privo di motivazione proprio con riguardo al tipo di garanzia reso dallo stesso, da saggiare alla luce dall'orientamento espresso dalla Corte costituzionale. Sulla scorta di tali rilievi, il Tribunale Amministrativo ha accolto la richiesta cautelare sospendendo provvisoriamente l'esecuzione del decreto di estradizione, rilevando che se dalle richieste degli Stati Uniti si ricava che l'imputazione connessa alla richiesta di estradizione non si integra ipotesi di delitto capitale, dai chiarimenti resi alla Corte di Appello dall'Ambasciata statunitense con la relazione richiesta risultava, invece, che il mutamento della qualificazione giuridica del fatto e, quindi, la perseguibilità per delitto sanzionato con la pena capitale è sempre possibile attesa, tra l'altro, l'imprescrittibilità della relativa azione penale. Nel caso, quindi, «doveva escludersi la garanzia assoluta nei termini richiesti dalla decisione della Corte costituzionale n. 223/1996; garanzia non accordata o comunque supportata da quanto rappresentato nella nota del 10.2.2005 (lett. b – ultimo capoverso) dell'Ambasciata degli USA». Per altro, ha rilevato ancora il Tribunale amministrativo, «la previsione rinvenibile nell'impugnato D.M. – che subordina l'efficacia dell'estradizione "alla non irrogazione e comunque alla ineseguibilità della pena capitale" – è sintomaticamente rivelatrice di un percorso motivazionale quanto meno perplesso».

Con la decisione di merito, il Tribunale Amministrativo, ha riproposto ed ampliato i te-

mi indicati nella decisione cautelare, e, considerando particolarmente il portato della decisione della Corte costituzionale, ha accolto il ricorso di Benedetto Cipriani ed annullato il decreto di estradizione. Val la pena sottolineare come le argomentazioni offerte dalla Sentenza del Tribunale Amministrativo ripercorrono gli stessi percorsi sviluppati dalla decisione n. 223 della Corte costituzionale, aggiungendo notazioni di rilievo in relazione ai rapporti esistenti tra l'abrogato art. IX e l'art. XVI del Trattato Italia-USA del 1983, che sul c.d. principio di specialità e sulle garanzie connesse, risultava essere (ed è) palesemente insufficiente.

Giova riportare *in toto* l'affermazione del Tribunale, davvero eloquente e puntuale nella definizione del problema: «...deve essere premesso che, dalla lettura delle note del 3.6.2004 e del 10.2.2005 del Governo USA si desume che i coimputati, esecutori materiali, sono imputati di delitto capitale (punibile con la pena capitale) secondo le corrispondenti disposizioni della legge generale del Connecticut e che la perseguibilità del delitto in questione non è assoggettata a limiti di tempo. In particolare poi dalla nota del 3.6.2004 si ricava che, “un concorrente nel reato è penalmente responsabile del delitto come se fosse il reale esecutore”. Ciò posto, l'art. XVI del Trattato recita: “Una persona estradata in base al presente trattato non può essere detenuta, giudicata, o punita, nella parte richiedente salvo che per: il reato per il quale l'extradizione è stata concessa, o quando gli stessi fatti per i quali l'extradizione è stata concessa costituiscono un reato diversamente qualificato, che possa dar luogo ad estradizione”. Tale disposizione correla quindi il giudizio e l'irrogazione della pena al reato per il quale è stata concessa l'extradizione, ma allo stesso tempo esclude dalle limitazioni al principio di specialità le ipotesi per le quali “gli stessi fatti per i quali l'extradizione è stata concessa costituiscono un reato diversamente qualificato, che possa dar luogo ad estradizione”. In altri termini, la stessa non esclude che il titolo del reato connesso al fatto in estradizione possa mutare».

Avverso la decisione del Tribunale Amministrativo, il Ministro ha proposto ricorso al Consiglio di Stato, sostenendo, secondo il solito approccio formale, che sulle condizioni di legge per la concessione dell'extradizione si erano già pronunziate la Corte di Appello e la Corte di Cassazione, che avevano già valutato in senso diverso il portato delle note e delle relazioni dell'Autorità statunitense.

Il Consiglio di Stato, in via cautelare ha sospeso l'esecutività della Sentenza del Tribunale Amministrativo, quindi ha accolto il ricorso nel merito sul principio che «la questione della astratta irraggiungibilità della pena di morte, relativamente al procedimento che ne occupa, è stata già trattata dalla Corte d'Appello di Roma (sent. n. 31 del 24.3.2005) e dalla Corte di Cassazione (sent. n. 35069 del 29.9.2005) – cui compete, nell'ordinamento italiano, la decisione su tali profili alla stregua del sistema normativo vigente – e definita in senso negativo in ragione del principio di specialità, che vincola lo Stato richiedente a procedere per il solo reato contestato e per il quale è concessa l'extradizione; che tale valutazione costituisce altresì il merito del provvedimento amministrativo e non è sindacabile in sede di legittimità».

Benedetto Cipriani è attualmente sotto processo nel Connecticut e, mentre i *mass media* locali non mancano occasione di preannunciare per lui la pena capitale ove non decida di collaborare, l'Autorità giudiziaria americana incomprensibilmente rinvia la trattazione della procedura di merito, determinando un clima generale di sospetto e, per l'interessato, di angoscia che, secondo i criteri segnati dalla nota decisione emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Ocalan c. Turchia, corrisponde ad una evidente tortura psicologica.

3. *Un processo che non doveva essere celebrato: il caso Fabbrocino.* – Fabbrocino Mario è detenuto in espiazione della pena dell'ergastolo a seguito di sentenza di condanna per un omicidio, emessa a seguito di una procedura estradizionale suppletiva in estensione ad estradizione cumulativa già concessa rela-

tiva ad una serie di accuse per altri reati ascrittigli (tra i quali altri due omicidi), tutti asseritamente uniti dal vincolo della connessione e/o della continuazione con quello per il quale è intervenuta la condanna.

In estrema sintesi è accaduto che:

a) estradato dall'Argentina in Italia per rispondere degli altri reati, il Fabbrocino è stato perseguito e giudicato pure per l'omicidio per il quale è intervenuta condanna a seguito di estensione della estradizione già concessa sul presupposto che tale omicidio, avvenuto in tempo precedente agli altri reati, fosse avvinto a questi da unicità di disegno criminoso; circostanza, quest'ultima, che, unica, ha determinato che l'Autorità argentina estendesse l'extradizione già concessa, diversamente non estensibile, né autonomamente concedibile stante la rilevanza per la legge argentina dell'intervenuta prescrizione del reato per il quale è intervenuta condanna;

b) da tutti i reati concernenti l'originaria estradizione Fabbrocino è stato definitivamente assolto in altro processo, per cui, in pendenza del ricorso per cassazione avverso la sentenza di condanna oggi in esecuzione, presso l'Autorità giudiziaria argentina proposte incidenti estradizionali per la revoca della concessa estradizione suppletiva, sul presupposto che, venuto meno il vincolo della continuazione stante l'assoluzione dagli altri reati, l'omicidio in questione risultava essere prescritto ai sensi della legge di quel Paese e ciò comportava, appunto, la revoca della estradizione, posto che la Convenzione tra la Repubblica Italiana e la Repubblica Argentina (stipulata il 9.12.1987 e ratificata con l. 19.2.1992, n. 219) prevede esplicitamente, all'art. 7, lett. b), che l'extradizione non può essere concessa «se, secondo la legge della Parte richiedente o della Parte richiesta, l'azione penale o la pena siano prescritte»;

c) dichiarata ricevibile la richiesta di revoca, il Tribunale Federale in materia penale e corregionale di San Martín (Buenos Aires) dispose, tra l'altro, di inoltrare rogatoria diplomatica all'Autorità giudiziaria italiana ren-

dendola edotta dell'avvenuta presentazione dell'incidente estradizionale volto alla revoca dell'extradizione concessa con riguardo a quel fatto in quanto l'azione penale rispetto allo stesso sarebbe prescritta e, soprattutto, di «richiedere, per questo mezzo, la non prosecuzione del corso della menzionata causa fino a quando non venga risolta la figura della prescrizione impostata, per essere questa una questione interlocutoria»;

d) va sottolineato in proposito che già la sentenza della Corte Suprema di Giustizia della Repubblica Argentina che aveva confermato la decisione di concessione dell'extradizione aveva puntualmente specificato che «la prescrizione dell'azione penale procede e si verifica rispetto ad ogni reato anche nel caso di esistenza di un concorso tra di essi, da dove ne deriva che non si verifichi l'accumulazione delle pene agli effetti del calcolo del termine pertinente, che questo sia indipendente per ogni fatto criminale, e che tra gli stessi manchi il carattere interruttivo, eccetto che ci sia di mezzo una sentenza giudiziale definitiva dichiarando la sua realizzazione o imputandogli responsabilità all'imputato»; ragione, questa, che assumeva connotazione particolare nel giudizio di revoca, stante l'intervenuta assoluzione per i fatti dai quali era originata l'extradizione, ritenuti, appunto, connessi con quello per cui fu concessa in estensione;

e) fissata nel frattempo la discussione del ricorso in cassazione, la difesa di Fabbrocino ne ha sollecitato la cancellazione dal ruolo, in considerazione del fatto che «la decisione giudiziale straniera ha un'evidente finalità preventiva, volta a risolvere la pregiudiziale [interlocutoria] questione concernente la revoca della estradizione concessa ove venga ritenuta la prescrizione della residua ipotesi di reato per cui è pendente ricorso per cassazione. Nella denegata eventualità che il giudizio di legittimità dovesse risolversi nel senso della inammissibilità o rigetto del ricorso, sulla vicenda cadrebbe la pietra tombale del giudicato, allo stato quanto mai prematura vista la pendenza della vicenda estradizionale», segnalando la necessità che l'u-

dienza fosse stabilita «allorquando perverrà la definitiva decisione argentina»;

f) la cancellazione non venne disposta e il ricorso fu rigettato. In proposito la Corte di cassazione ha affermato che all'Autorità giudiziaria italiana non poteva essere "ingiunto" alcunché da parte dello Stato estradante e che, comunque, l'estradizione suppletiva nel caso era stata, allorquando fu concessa, formalmente corretta.

Evidente come in tal modo sia rimasto letteralmente privo di rilievo il fatto che l'Argentina *illo tempore* avesse concesso l'estensione dell'estradizione del Fabbrocino per il fatto oggetto della condanna, non già considerato come singola fattispecie, in quanto tale già caduto in prescrizione secondo le leggi di quello Stato, ma unicamente sul presupposto che esso risultava connesso in quanto commesso in continuazione ad altra variegata serie di reati per i quali l'estradizione era già stata accordata, per cui, solo così considerato, il termine prescrizionale veniva neutralizzato dalla decorrenza spostata in avanti all'ultimo dei fatti in quella sede addebitatigli. Ancora più evidente l'assurdo insito nel sostanziale disimpegno dei patti e della stessa regola interna di specialità. Se è la Convenzione ad escludere l'estradizione laddove il reato non è più punibile in uno dei due Stati (ovviamente in quello richiesto), l'unica tesi accettabile in uno Stato di diritto è quella che considera gli "accidenti" idonei a precludere al fatto per cui è domandata l'estradizione di integrare gli elementi essenziali per la punibilità di un reato. In caso contrario, difatti, la portata del principio cardine della specialità comporta per lo Stato un limite alla perseguibilità dell'estradato, nel senso che lo stesso non potrà essere processato (sottoposto ad esecuzione di una pena o misura di sicurezza detentiva, ovvero assoggettato ad una misura restrittiva della libertà personale, o estradato verso uno Stato terzo) per fatti anteriori all'estradizione e non compresi nel relativo provvedimento.

Allo stato, l'Autorità giudiziaria argentina si interroga su cosa debba fare, posto che, richiesta e non ottenuta la sospensione del

processo in Italia, si trova di fronte ad una sentenza definitiva emessa dai giudici italiani nei confronti di un cittadino italiano.

L'esperienza interpretativa di norme e trattati ha – purtroppo – offerto altro che questo e la giurisprudenza prevalente, con grande disinvoltura, ha sostenuto, per un verso, che la specialità, in quanto condizione di procedibilità, implica l'impossibilità dell'esercizio dell'azione e, per altro verso, contraddittoriamente tutto ciò ha negato, escludendo la possibilità di verifica *in itinere* della legittimità di siffatta condizione, posto che «ogni vizio della procedura estradizionale, pur se costituito da un conclamato *error in procedendo*, è rilevabile solo dinanzi alle autorità competenti dello stato concedente l'estradizione suppletiva» (C., Sez. V, 6.12.2004, Parla, in *GI*, 2005, 2369, sia pure in tema di revisione, ha comunque affermato in termini generali il principio). Insomma, concessa quest'ultima, ancora una volta si realizza una vera e propria "refrattarietà" di essa a tutte le vicende successive che possono accadere nello stato estradante, come se davvero l'eventuale violazione del principio di specialità sia accertabile sempre e soltanto prima del provvedimento estensivo dell'estradizione già concessa.

4. *Atteggiamenti equivoci e direttrici di tutela.*

– I due casi vanno letti in parallelo ed evidenziano chiaramente la vistosa lacuna normativa in tema di controlli postestradizionali alla quale si è fatto cenno. Questa – giova insistere – determina atteggiamenti ondivaghi dell'Autorità giudiziaria, quasi che decisioni di capitale importanza per le sorti dell'individuo possano sopportare il peso del pregiudizio verso taluni Stati o (peggio) il credito che lo Stato italiano concede ad altri. In proposito, le incertezze in tema estradizionale e pena di morte costituiscono davvero il terreno di verifica di quanto la considerazione di cui gode uno Stato piuttosto che un altro sia assorbente rispetto alla certezza delle situazioni che coinvolgono i diritti del singolo.

Coevamente alla decisione di estradizione Cipriani, per esempio, una estradizione dal-

l'Italia alla Bosnia-Erzegovina è stata concessa solo dopo che tale Stato ha approvato la nuova Costituzione che, all'art. 11, 2° co., ha riconosciuto e garantito il rispetto dei diritti della C.e.d.u., facendo venir meno, di fatto, la pena capitale. Soltanto allorquando la legge fondamentale bosniaca ha solennemente sancito che «saranno rispettati i diritti e le libertà fondamentali definiti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nei Protocolli aggiuntivi, con priorità su ogni altra legge», la Corte di cassazione italiana ha ritenuta fosse verificata «la condizione posta dalla sentenza della Corte cost. n. 223/1996, che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 698, 2° co., c.p., ha affermato che per la concedibilità della estradizione è necessaria la garanzia assoluta che lo Stato richiedente non applichi la pena di morte» (C., Sez. VI, 9.1.1998, *Mehanovic*, in *GI*, 1998, 939). In precedenza, nella medesima vicenda, la stessa Corte aveva ritenuto, invece, che all'extradizione ostasse la «mancanza di garanzia assoluta» che il soggetto fosse processato e condannato a morte, posto che l'Autorità bosniaca aveva offerto soltanto promesse e assicurazioni, ma la legge in vigore non escludeva la pena capitale. Gli stessi principi-guida hanno determinato altra decisione contraria all'extradizione: a richiesta della Cina popolare, un cittadino cinese non è stato estradato in quanto «il precetto dell'art. 27 Cost., impedisce all'autorità giudiziaria di pronunciare sentenza favorevole alla estradizione, pur sulla base di assicurazioni dello Stato richiedente che comunque non consentano di pervenire a conclusioni di certezza circa l'inesigibilità di detta pena» (C., Sez. VI, 3.3.2000, *Zihicai*, in *Mass. uff.*, 220533).

Ancora: stabilito che l'impegno a non infliggere la pena di morte deve provenire dell'autorità dello Stato richiedente abilitata ad intrattenere rapporti con altri Stati e ad esprimere validamente la volontà dello Stato di appartenenza, la provenienza della dichiarazione, non soltanto deve essere assolutamente certa e non suscettibile di contestazioni, ma «il contenuto di essa deve essere inequi-

voco, non condizionato e certo nell'escludere la pena capitale, posto che quest'ultima deve aversi come non più esistente o comunque inoperante con riferimento all'estradata» (C., Sez. VI 30.10.1995, n. 3597, in *RDI*, 1996, 189).

Si potrebbe continuare, ma basta così e il senso è chiaro, nel senso dell'inutilità di domandarsi perché in un caso l'assicurazione dello Stato estero (espressa, per altro, con una mera nota d'Ambasciata di tenore del tutto generico) sia stata ritenuta valido impegno, pur in presenza di una concreta possibilità di mutamento dell'imputazione, mentre diversamente si è deciso in altri casi...

Lo si è detto: in una società internazionale aperta, il principio di specialità (in una a quello di doppia incriminazione) non consente chiusure interpretative e la considerazione delle ragioni che presiedono alle disposizioni interne che li esprimono positivamente non può più arroccarsi su schematizzazioni che, incentrate sulle esigenze dell'ordinamento interno, si risolvono in un vero e proprio disinteresse nei confronti degli stessi principi di cooperazione degli ordinamenti che pure si proclamano. Se, poi, in siffatto panorama, il tema di rapporti con autorità giudiziarie straniere, è addirittura positivizzato (art. 696 c.p.p.) nel senso della prevalenza del sistema convenzionale, il rapporto tra sistemi ed ordinamenti, non soltanto non può prescindere da siffatta indicazione, ma da essa deve trarre ulteriori ragioni che valgano a superare il senso dell'esigenza particolare verso la realizzazione di quella più generalmente avvertita.

È evidente come una visione essenzialmente piramidale degli ordinamenti ancora sorregga pure il concetto di cooperazione tra gli stati – che si sviluppa, appunto, muovendo dalla convenzione quale complesso di norme regolatrici del rapporto tra i vari ordinamenti. In tale solco, però, pare si faccia strada una considerazione nuova e diversa della cooperazione che, seppure non prescinde da quella visione, considera ormai la dimensione nazionale sempre più facente parte di sistemi ordinamenti più ampi, rispetto ai

quali la somma delle singole esperienze, si stempera fino quasi a costituire (per restare nella metafora) una piramide più ampia, che, nell'attuale stato delle cose, propone tra i principi-guida quello che, nel rapporto (antagonistico più che dialettico) tra stato e cittadino, privilegia la posizione di quest'ultimo.

La convenzione tra singoli Stati, in tale panorama, può dirsi assumere una connotazione del tutto particolare. Inserita in un sistema già caratterizzato dall'esistenza di altre convenzioni di portata più ampia, essa non costituisce più soltanto lo strumento col quale vengono regolati i rapporti tra gli stati in relazione a specifiche materie o questioni, ma assume il carattere proprio di espressione di un più ampio genere di rapporti disciplinati in vista del perseguimento di superiori obiettivi, col quale naturalmente si relaziona. E in un sistema sovranazionale caratterizzato dall'esistenza di una Convenzione sul diritto dei Trattati (la c.d. Convenzione di Vienna del maggio 1969) e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, non pare proprio più sostenibile che la risoluzione delle questioni estradizionali concernenti il rispetto dei patti e/o i diritti fondamentali dell'individuo, possa essere affidata ad un'interpretazione delle norme generali interne depurate dai principi di siffatto portato convenzionale che – si rifletta – sostanzialmente definisce un sistema sovranazionale che muove dalla tutela del rispetto dei patti e, attraverso l'individuazione delle garanzie effettive riconosciute al soggetto in quanto individuo, determina il venir meno di quegli stessi concetti (di "disponibilità" dell'estradando, di "consegna estradizionale" e quant'altro del genere) che, fino al recente passato, hanno costituito il modello sul quale incentrare i rapporti tra autorità straniere aventi ad oggetto la posizione di un individuo per fini di processo, imponendo, quasi, una mentalità di approccio che ancora sconta gli effetti del privilegio della particolarità istituzionale.

È stato osservato che se «globalmente considerate, le garanzie dell'art. 6 C.e.d.u. possono riportarsi all'idea-forza della buona am-

ministrazione della giustizia capace di evocare ad un tempo aspetti istituzionali ed aspetti più squisitamente procedurali», dovrebbe essere consequenziale che «ogni giudice decida lambendo i concetti superiori dell'idea-forza di buona amministrazione della giustizia» (N. LA ROCCA, *In tema di verifica sulla ritualità dell'extradizione suppletiva*, in *GI*, 2005, 2373).

Si è visto, però, quale sia la prassi e fin quando norme interne e trattati non saranno relazionati ai sistemi sovranazionali di garanzia della posizione soggettiva del singolo, pare proprio che l'*impasse* di interpretare "a senso unico" la specialità non sarà superata e l'unico rimedio non potrà che essere il ricorso alla giurisdizione internazionale, variamente articolata a seconda della violazione dei patti ovvero, più incisivamente, della violazione dei diritti umani.

Lo strumento interno di controllo non può che passare attraverso la riforma della legge vigente, stabilendo, una volta per tutte, che l'extradizione (concessa od ottenuta) non determina per ciò solo l'intangibilità di essa.

In relazione alla pena capitale ciò è addirittura essenziale, posto che, diversamente, proponendosi come paladini della civiltà del diritto che esclude *in nuce* pena di morte e taglione, davvero si predica bene e si razzola male. Su tale china, è possibile, in verità, un'indicazione più ampia che, pur potendo apparire spinto (o comunque esagerato), pare avere il pregio di fugare tante ipocrisie nei rapporti tra gli Stati e intranee al nostro stesso ordinamento: i problemi relativi alle estradizioni verso Paesi che ancora prevedono la pena capitale ovvero trattamenti sanzionatori inumani e degradanti possono essere risolti *ab ovo*, rifiutando l'extradizione di cittadini e stranieri residenti in Italia colà accusati di qualsivoglia genere di reato. Programmaticamente un *non possumus*, a prescindere del rischio concreto.

Un intervento legislativo che, dando attuazione piena allo spirito che sorregge l'art. 27 Cost., ridisegnasse l'art. 698 c.p.p. nel senso del divieto assoluto di estradizione nel caso in cui l'ordinamento interno dello

Stato richiedente preveda ancora tra le sanzioni la pena di morte ovvero trattamenti comunque inumani sarebbe davvero, insieme, una novità e un segnale preciso di impegno. Esso, per altro, costituirebbe l'inizio di una riflessione quanto mai opportuna sulle sacche di inumanità che ancora connotano il momento sanzionatorio, e comunque affittivo, in Italia.

Spinta o esagerata che sia, tale indicazione è dettata, oltre che dal grado di sensibilità del panorama internazionale sul problema della pena capitale, dall'immagine dell'Italia che altrove si ha. In proposito, due dati inquietano:

a) nonostante il dilagare dell'esigenza di "non toccare Caino", i risultati della decisione con la quale l'Assemblea generale delle Nazioni Unite che il 18 dicembre scorso ha approvato la c.d. moratoria contro la pena di morte nel mondo sono sconcertanti: 104 Sta-

ti favorevoli, 54 contrari, 29 astenuti; quanto dire che per 83 Stati su 187 (per poco meno della metà, cioè) il problema è risolto nel senso della "civiltà" pena capitale;

b) a prescindere dall'immagine che il sistema Italia ha di sé, gli Stati Uniti d'America – incredibilmente, considerato l'atteggiamento generale di quel sistema verso la pena capitale e il trattamento penitenziario – recentemente hanno negato l'estradizione al presunto *boss* Gambino perché, tradotto in Italia, sarebbe stato destinato al "trattamento inumano" previsto dall'art. 41 *bis* dell'ordinamento penitenziario, da oltre un anno ormai a regime col plauso di tutti nel nostro Paese. Che dire? Se la normativa sui controlli postestradizionali è una necessità, una presa d'atto generale di quanto, parole a parte, ancora si sia distanti dal considerare il soggetto che ha violato la legge penale come parte della società è quanto mai opportuna.

LIBRI - IDEE

È urgente adeguare il giudizio di cassazione ai parametri del giusto processo (a proposito di **Ciro Santoriello, *Il vizio di motivazione*, tra esame di legittimità e giudizio di fatto, ed. UTET, Torino, 2008)**

di *Alfredo Gaito*

Dal Codice Rocco al Codice Vassalli, dal Progetto Dalia al Progetto Riccio, passando per la Legge Pecorella e per la controriforma imposta dalla Corte costituzionale, nell'arco di ottant'anni le cadenze e gli ambiti del controllo della cassazione in materia penale sono sostanzialmente rimasti gli stessi. Forse addirittura con qualche arretramento di garanzie complessive rispetto agli anni trenta, perché l'introduzione del ricorso straordinario per errore di fatto non ha certamente compensato la soppressione dell'udienza partecipata su domanda nelle ipotesi di requisitoria scritta di inammissibilità. Senza trascurare che quella situazione di asserita emergenza che nel 2001 era stata addotta a giustificare l'esperienza della Settima Sezione penale sembra essere divenuta crisi strutturale se, nonostante l'operatività a pieno ritmo di questa scorcioia procedurale *borderline* (perché in contrasto con i canoni del giusto processo), dopo sette anni i ritmi decisori della Corte di cassazione denotano una situazione di affanno crescente.

Parlando di interpretazione, di giudizio di fatto e di giudizio di diritto, si suole ripetere che vecchio e nuovo sono connotati tanto vicini tra loro da potersi quasi sovrapporre; e se, in astratto, la distinzione fra i vari aspetti del giudizio di diritto richiederebbe chiarimenti parafilosofici e metafisici, per quanto mi riguarda – specie tenendo conto del compito residuale di chi presenta un volume nuovo – preferisco autolimitarmi ad una funzione di complemento su profili d'indagine forse poco raffinati ma certamente attuali e concreti, pur senza rinunciare alla mia tendenziale di-

mensione provocatoria. Il tema del ruolo e della funzione della cassazione penale nel momento decisivo del giudizio di diritto, non può essere affrontato solo in rapporto a schemi teorici preconfezionati ed alle pretese aspettative della collettività bensì tenendo in adeguata considerazione anche le esigenze garantistiche dell'imputato. Il giudizio di diritto in cassazione è semplicemente una fase intermedia, tra le tante che contrassegnano la progressione del processo penale dalla *notitia criminis* al completamento dell'esecuzione della pena. In questa ortodossa prospettiva, che non può essere svincolata da un responsabile bilanciamento dei valori e degli interessi in perenne contrapposizione, mio compito sarebbe quello di offrire una piattaforma generalissima all'interno della quale circoscrivere il giudizio di congruità sull'adeguatezza o meno degli orientamenti giurisprudenziali attuali della Suprema Corte di cassazione a fare giustizia anche in futuro. Però, esistono oggettivi condizionamenti ambientali, non potendosi trasformare una presentazione in un saggio autonomo; di conseguenza, mi limito a riproporre in chiave per metà propositiva e per metà provocatoria le implicazioni del problema dell'operatività immediata in ogni stato e grado del procedimento (quindi anche nel giudizio di diritto in cassazione) dei diritti fondamentali. Si tratta di considerazioni che avevo accennato nelle more dell'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 111 Cost., sul giusto processo, in occasione di quel bellissimo Convegno perugino sull'interpretazione della legge ma-

gistralmente organizzato da Antonino Palazzo. Sono passati quasi dieci anni, e nessuno dei problemi accoratamente segnalati è stato risolto.

Oggi come allora l'assetto del giudizio di cassazione risente della colpevole sottovalutazione della necessità di adattare la tradizionale disciplina delle impugnazioni (rimasta in vasta misura tal quale, ispirata ai canoni di tassatività tipici del sistema inquisitorio) alle innovate cadenze di un processo tendenzialmente accusatorio.

Ancora da ultimo i giudici nostrani si stanno opponendo ottusamente alle novità giurisprudenziali provenienti dall'Europa. Il riferimento è alla sentenza della Corte europea 13.11.2007, Bocellari e Rizza c. Italia, con la quale il nostro Paese è stato condannato a rendere generalizzata la pratica della celebrazione di processi effettivamente pubblici. «L'adeguamento a norma» impone all'interprete di dare immediata applicazione alla sentenza in discorso: l'udienza 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 immodificabile, mentre si impone almeno il meccanismo dell'udienza a porte aperte su istanza dell'interessato (in applicazione estensiva di quanto stabilito dall'art. 441, 3° co., c.p.p. per la trasformazione pubblica del giudizio abbreviato). E poiché è chiaro che la pubblicità ha da essere effettiva, sono addirittura ovvie le ripercussioni sulla ulteriore praticabilità degli schemi procedurali invalsi per la Settima Sezione penale della Corte di cassazione e per le procedure *ratione materiae* strozzate nei contatti cartolari!

Oggi come ieri, ancora e sempre pesa la mancanza di coraggio.

Il sistema codicistico delle impugnazioni appresta tutela all'ipotesi in cui siano sollevate in sede di legittimità censure riguardanti errori di diritto, vizi procedurali o di ordine motivazionale, nel qual caso comunque è necessario che la doglianza riguardi la logicità o la sufficienza della motivazione e il vizio deve

risultare tendenzialmente dal testo del provvedimento.

Qualora la violazione riguardi il merito del giudizio (e, magari, si verifichi nel corso del secondo grado) è da interrogarsi se la successiva procedura costituisca o meno un rimedio effettivo, non essendo il giudice di ultima istanza competente a conoscere questioni di fatto. Ogni qualvolta e nella misura in cui nel giudizio di fronte alla Corte di cassazione risulti in concreto negato il riesame delle valutazioni di fatto fondanti la decisione di merito per il limite intrinseco del giudizio di diritto affidato alla Corte medesima, si concreta il rischio che non sia possibile porre rimedio alle iniquità precedentemente verificatesi.

Al contrario, trattandosi dell'atto conclusivo del processo, la procedura terminale di cassazione deve essere capace di offrire all'interessato (specialmente al condannato) un'equa opportunità di presentare gli argomenti necessari per difendersi, non potendosi il giudice di ultima istanza sottrarre alla conoscenza delle questioni di fatto nella prospettiva del giudizio di diritto, dei vizi procedurali e, entro determinati limiti, dei vizi di ordine motivazionale; perché una cosa è certa: ogni ingiustificata restrizione ovvero ripulsa conoscitiva da parte del Collegio decidente andrebbe a determinare la celebrazione di una fase inutile e non consona alla bisogna (o il giudice dell'impugnazione esplica un controllo pieno oppure viene meno la stessa effettività dell'impugnazione, che degrada all'infimo livello del rimedio ingannevole), e pertanto da considerare «complessivamente iniqua».

Del resto, l'equità del processo non deve essere valutata in base ad uno o più elementi isolati, ma occorre tener conto di tutte le circostanze particolari del caso di specie, avendo riguardo al ruolo di ogni autorità nazionale intervenuta su un determinato caso giudiziario. Insomma: l'equità deve essere apprezzata in base ad una valutazione globale della procedura («*with regard to the proceedings as a whole*»: cfr. C. eur, Delta c. Francia; C. eur., 24.11.1993, Imbrioscia c.

Svizzera; C. eur., Mialhe c. Francia); e quando il diritto alla controprova e/o il diritto al rispetto delle scadenze del procedimento probatorio e/o il diritto al rispetto delle regole rigorosamente scandite per individuare il materiale decisorio utilizzabile viene misconosciuto con reiterata disinvoltura nelle sentenze di cassazione – sempre più propense alla giustizia del caso concreto anzi che alla funzione maieutica della nomofilachia attraverso quella semplificazione generalizzante per cui tutto quanto attiene alla prova e al suo travisamento rientrerebbe tra le questioni di fatto sottratte al vaglio di legittimità (errore imperdonabile se è vero, e non se ne può dubitare, che la Corte di cassazione deve sempre e comunque conoscere il fatto, soltanto essendole inibito non più che l'accesso ad una decisione di merito, salvo la declaratoria di innocenza *ex art. 129 c.p.p.*) – il processo, complessivamente considerato, finisce con il violare i diritti garantiti dall'art. 6 C.e.d.u.

Certo: la Corte di cassazione non può addentrarsi nei dettagli che non attengono ai compiti del giudice di legittimità. E con riguardo al controllo sulla prova e sulla motivazione è noto come spetti alla stessa di verificare che la sentenza impugnata sia informata a criteri logici inoppugnabili, mentre si suole ripetere che «è normativamente preclusa la possibilità non solo di sovrapporre la propria valutazione delle risultanze processuali a quella compiuta nei precedenti gradi, ma anche di saggiare la tenuta logica della pronuncia portata alla sua cognizione mediante un raffronto tra l'apparato argomentativo che la sorregge ed eventuali altri modelli di ragionamento mutuati dall'esterno; ed invero, avendo il legislatore attribuito rilievo esclusivamente al testo del provvedimento impugnato,... il sindacato di legittimità è limitato alla verifica della coerenza strutturale della sentenza in sé e per sé considerata, necessariamente condotta alla stregua degli stessi parametri valutativi da cui essa è "geneticamente" informata, ancorché questi siano ipoteticamente sostituibili da altri», precisandosi che «non rientra nei poteri della Corte di cassazione la

rilettura degli elementi di fatto già vagliati e posti a fondamento della decisione impugnata, atteso che non integra vizio di legittimità soltanto una diversa ricostruzione delle risultanze processuali» (così tra tante C., Sez. II, 8.7.2004, Alcamo ed altri, inedita).

E così, sempre più di frequente il ricorrente non ha la possibilità di vedersi esaminati di fronte alla Corte di cassazione gli argomenti fattuali e giuridici rilevanti per contestare la decisione impugnata, in quanto sempre più spesso i giudici di legittimità trascurano che alla Corte Suprema è attribuita bensì una funzione di controllo a tutto campo, con la sola esclusione dell'apprezzamento di merito circa la ricostruzione di fatto espressa dalle giurisdizioni inferiori.

Bisogna prendere atto che, alla stregua della giurisprudenza in via di consolidamento, il ricorrente per cassazione non gode di uno strumento di impugnazione effettivo interno, in contrasto con l'art. 13 C.e.d.u., non essendo quasi mai possibile nel procedimento successivo alle fasi di merito procedere ad un riesame delle valutazioni di fatto, espresse dalla giurisdizione inferiore. Se le censure concernenti la mancata assunzione della prova decisiva, il mancato rispetto delle scadenze del procedimento probatorio, la disapplicazione dei canoni normativizzati sulla valutazione del materiale decisorio e la logicità o sufficienza della motivazione della sentenza *ex art. 606, 1° co., lett. c, d ed e, c.p.p.* non consentissero alla Corte di cassazione un riesame dell'efficacia probatoria degli elementi posti a carico dell'imputato, la conseguenza sarebbe drastica: il ricorso per cassazione per motivi di legittimità non potrebbe essere, di per sé, considerato un rimedio effettivo; con ovvie conseguenze in termini di illegittimità a livello europeo.

Ecco la ragione per cui è irrinunciabile che i giudici di ultima istanza procedano all'effettivo controllo della regolarità del giudizio di merito e delle valutazioni compiute dai giudici in quella sede, senza potersi aprioristicamente escludere un nuovo esame delle prove a carico del ricorrente.

È su questa problematica ancora in attesa di razionalizzazione e definizione soddisfacente che si inserisce molto opportunamente il libro di *Ciro Santoriello*, che porta da par suo un contributo determinante a dimostrazione di come sia perfettamente possibile, senza

alcuna forzatura esegetica, coniugare l'esigenza dell'effettività del controllo con l'aspirazione alla non contaminazione del giudizio di diritto. Farebbe bene il nuovo Legislatore a non essere disattento verso le prospettive suggerite.