

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
Vincenzo Comi – Nadia La Rocca

INDICE-SOMMARIO

EDITORIALE

Scopi della giustizia penale e politica processuale differenziata di <i>A. Gaito, G. Spangher, F. Giunchedi e C. Santoriello</i>	pag.	V
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------	---

TAVOLA ROTONDA

La prova per intercettazioni

tra adempimenti inessenziali e situazioni omissive imperdonabili

Intercettazioni telefoniche e tutela sostanziale della difesa di <i>A. Gaito</i>	pag.	1
Diritto della difesa alla copia della traccia fonica ovvero tanto rumor per nulla di <i>C. Santoriello</i>	pag.	6
I rimedi a tutela dell'effettività del diritto di difesa di <i>F. Giunchedi</i>	pag.	15
La prova per intercettazione tra resistenze della prassi e diritto assoluto della difesa alla conoscenza degli atti di <i>D. Cenci</i>	pag.	20
Problemi risolti e irrisolti in tema di contenuto dei decreti esecutivi di <i>S. Furfaro</i>	pag.	26

DECISIONI IN PRIMO PIANO

La pubblicità esterna nel procedimento di prevenzione, dalla « <i>procédure d'ar-rêt pilote</i> » Bocellari e Rizza alla implementazione della Corte costituzionale: verso un nuovo statuto pubblicitario dell'udienza camerale? di <i>M. Lo Giudice</i>	pag.	40
Sulla natura della confisca dell'autovettura prevista dal codice della strada di <i>R. Governa</i>	pag.	51
Problemi in tema di confisca: la "disponibilità" del bene in <i>leasing</i> e l'accerta- mento della "buona fede" nella tutela del "terzo estraneo" di <i>G. Napolitano</i>	pag.	54
La Suprema Corte si sostituisce al legislatore inerte di <i>A. Dello Russo</i>	pag.	61
I controlli del giudice sulla prova per intercettazioni tra divieto di integrazioni successive e sanatorie di <i>M. Antinucci</i>	pag.	63
Errore da parte della Cassazione nella determinazione del giudice dell'esecu- zione in tema di misure di prevenzione patrimoniali e rimedi possibili di <i>F. Insom</i>	pag.	67

Sui presupposti per l'accesso al giudizio immediato custodiale: questioni risolte e questioni da risolvere di <i>F. Insom</i>	pag.	75
Sulla costituzione di parte civile di una rappresentanza sindacale di lavoratori per il risarcimento dei danni <i>iure proprio</i> di <i>G.L. Malavasi</i>	pag.	86

LEGISLAZIONE

Ancora un piano “straordinario” contro la mafia, ma finalmente dotato di “ordinari” (ed efficienti) strumenti di contrasto al crimine organizzato di <i>F. Mollace</i>	pag.	91
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------	----

STUDI

Svolgimento delle funzioni pubbliche ed esercizio della giurisdizione: alla ricerca di nuovi equilibri di <i>A. Fasone</i>	pag.	103
Il ruolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nei procedimenti di estradizione con gli Stati Uniti d'America: il caso Abu Hamza di <i>E. Fonseca</i>	pag.	114

Scopi della giustizia penale e politica processuale differenziata

[Scritto destinato, corredato delle note, alla *Presentazione* de *La giustizia penale differenziata, I procedimenti speciali*, coord. da Giunchedi (tomo I) e Santoriello (tomo II), Torino, 2010]

1. *La filosofia dei percorsi processuali differenziati.* – A vent'anni dall'introduzione del Codice Vassalli, quando già sembrava che l'idea dei riti alternativi in funzione deflattiva ed acceleratoria di un processo penale sempre connotato da tempi troppo lunghi e peggio utilizzati, dopo la soppressione del patteggiamento sui motivi d'appello, occorre prendere atto che i correttivi recenti a giudizio abbreviato, giudizio direttissimo e giudizio immediato hanno offerto nuovi spazi alla teoria e alla prassi. Sarebbe anacronistico e controproducente, insomma, delegittimare sull'altare dell'esperienza pregressa la vasta incidenza che nell'ultimo biennio vanno assumendo percorsi differenziati nel contesto della giustizia penale italiana in linea con gli aneliti del legislatore di riservare al dibattimento solo i casi "veramente indispensabili" (Conso, *Come è nato il "codice Pisapia"*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, 133).

La necessità di una razionalizzazione del sistema dettato da esigenze di efficienza e dal parallelo bisogno di "modellare" il processo in funzione della tipologia procedimentale e dei soggetti di volta in volta sottoposti (si pensi ai militari, ai minori, agli enti collettivi) hanno spinto il nostro legislatore ad allestire un *corpus* legislativo talmente diversificato che la *reconductio ad unum* costituisce un'impresa tanto ardua quanto impossibile. Epperò, pur dando atto di ciò, è necessario, oltre che compito ambizioso, cercare di individuare dei tratti comuni che consentano quantomeno di segnare delle linee guida per i procedimenti non riconducibili ad uno schema unitario che, apparentemente, paiono essere accomunati solo dalla "deviazione dal modello tipico" (De Luca, *Il contraddittorio nei procedimenti speciali penali*, in *Procedimenti speciali e principio del contraddittorio. Atti del Convegno*, Sassari, 1-2 giugno 1975, Milano, 1977, 47).

L'approccio è sempre stato improntato ad una prospettiva utilitaristica, o più correttamente alla *aliqua utilitas*, intesa come esigenza di conseguire un *quid pluris* rispetto al più generale concetto di attuazione della legge, ove vengono a miscelarsi, con sfumature più o meno marcate, aspetti inquisitori od accusatori, esigenze di contrasto a determinate tipologie di criminalità ovvero la celerità nella definizione del procedimento.

Ed allora se lo scopo consente di adattare la forma che viene a porsi in chiave ancillare, occorre domandarsi se e in qual misura i modelli differenziati possano esautorare il procedimento ordinario che può, a buon diritto, considerarsi il procedimento qualitativo migliore, quello cioè in grado di compendiare le ga-

ranzie del singolo ed i valori fondamentali sottesi al processo che, ad oggi, devono rapportarsi non solo alle *Grundnormen* nazionali, ma anche, soprattutto dopo l'entrata a regime del Trattato di Lisbona, a quelle della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Con l'avvertenza che questa distinzione vale sicuramente in funzione dei procedimenti speciali, ma non certo per quelli *intuitu personae* o *ratione materiae*, ove la specialità è – o dovrebbe essere – sintomo di qualità.

Incominciano in tal modo a delinearci gli elementi sui quali fondare un approccio sistematico ortodosso al processo nelle sue multiformi varianti. È l'accertamento della verità o la tensione verso di questo che consente di superare le problematiche legate al grado di profondità dei metodi accertativi costituiti dai percorsi differenziati unitamente a quello che costituisce il canone generale ed ineludibile del processo costituzionalmente ortodosso: il contraddittorio per la formazione della prova che sottende un accertamento il più compiuto possibile onde evitare di trascurare percorsi gnoseologici idonei ad approfondire le tesi prospettate dalle parti ed in particolare – in ragione della regola di giudizio sottesa alla considerazione di non colpevolezza – da parte dell'imputato che gode del diritto (di rango costituzionale) all'"acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore" (art. 111, comma 3°, Cost.).

Sul piano della teoria generale si può affermare in maniera tranquillante che forma e sostanza vadano in parte a coincidere in quanto alla diversità delle forme (la variante procedimentale) consegue una diversa utilità nel senso di privilegiare (o far prevalere) un aspetto anziché un altro. È proprio il caso delle deviazioni rispetto al dibattimento che a discapito della celerità privilegiano la profondità di accertamento; diversamente il procedimento per decreto o la pena concordata tendono ad esaltare la deflazione del carico processuale, ponendo in secondo piano un compiuto accertamento. Si tratta della c.d. verità convenzionale che è regolata dal volere delle parti *ex art. 111, 5° comma 5°, Cost.*

Quest'aspetto attiene al fenomeno probatorio, nel senso che la indisponibilità del diritto coinvolto nel processo penale, la libertà personale dell'imputato, trasla sulla metodologia di accertamento i poteri dispositivi delle parti che possono optare per un processo acognitivo, ma non certo per un non-processo. Ed anche i poteri dispositivi delle parti trovano un limite, in taluni casi (come nel giudizio abbreviato) nei poteri del giudice che in tal modo pone un freno alla "deriva" del diritto delle prove.

D'altronde i meccanismi di recupero del giudice costituiscono la soluzione alle ipotesi di "carestia" probatoria nei "nuovi" giudizi abbreviati occhiutamente richiesti dall'imputato a fronte dell'inerzia del p.m. durante le indagini. Soluzione che nel modello originario andava incontro al diniego del magistrato inquirente che ben difficilmente prestava il consenso alla definizione del procedimento in

forme che l'avrebbero visto soccombente per l'impossibilità di poter recuperare le prove nell'istruzione dibattimentale.

Questi punti fermi ci portano ad alzare bandiera bianca rispetto al proposito di provare a ricercare una chiave di lettura unitaria nella vasta categoria dei procedimenti speciali, in quanto l'unico elemento di comunanza pare essere quello di una disorganica e affannosa ricerca di un *elisir* di speditezza, efficienza e garantismo che pare dover essere più concretamente relegato al ruolo di chimera, non potendo trovare tutti e tre contemporanea soddisfazione.

Un esempio ci viene offerto dall'istituto del patteggiamento. Soprattutto dopo il conio del modello c.d. allargato ad opera della l. n. 134 del 2003, l'incoerenza sistematica del legislatore si è appalesata concretamente, trovando ulteriore avallo nella politica emergenziale costituita dalla sicurezza con l'abrogazione dei commi 3° e 4° dell'art. 599 c.p.p., il c.d. concordato sui motivi di appello, che costituiva un risolutivo *escamotage* per lo smaltimento celere dei fascicoli di appello con effetti benefici anche sull'altrettanto allarmante carico della Cassazione.

Pare allora che i rimedi assomiglino più ad analgesici con l'effetto di rimandare la cura al momento in cui verrà realmente ripristinata una gerarchia di valori.

Tirando le somme, un processo che in considerazione dei molteplici percorsi a disposizione delle parti, si presenta a ridotta rigidità formale non può avere ricadute sul piano della credibilità ed efficienza. Ma questi risultati non possono dirsi raggiunti, per dirla con le parole della Corte europea (Corte eur. dir. uomo, 24 ottobre 1989, H. c. Francia), solo con una giustizia celere, ma piuttosto assicurando una giustizia che, al di là del modulo prescelto, riduca il più possibile lo scarto che esiste tra realtà e ideale e ciò ovviamente impone una rivisitazione dei limiti probatori legati alle diverse tipologie procedimentali. D'altronde, ricondurre l'efficienza alla celerità appare ben poco ortodosso, posto che la capacità di produrre un dato effetto, di raggiungere certi risultati, più che sui tempi di risposta della giustizia, si misura in funzione dell'adeguato sviluppo delle potenzialità delle garanzie processuali.

2. *Strategia ed etica comportamentale tra speditezza del processo e profilassi agli abusi.* – Si è opportunamente sottolineato che l'attuale codice di rito penale può a buon diritto definirsi il "codice delle scelte" (G. Della Monica, *Opzioni di strategia processuale e scelta del rito*, in *La giustizia penale differenziata, I procedimenti speciali*, I, coord. da F. Giunchedi, Torino, 2010, 155), strettamente legate alla tattica e alla strategia, che possono attuarsi solo se i soggetti processuali abbiano il potere di scegliere. Ed infatti le possibilità di determinarsi nel procedimento sono innumerevoli, tanto per le parti private quanto per il pubblico ministero. Si pensi alla persona sottoposta alle indagini chiamata a valutare se adottare una tattica attendista durante le indagini in attesa della *discovery* del p.m. ovvero se ricercare elementi di prova a proprio favore prima della formale apertura del procedimento grazie alla possibilità offerta dall'art. 391-*nonies* c.p.p. Lo stesso è

a dirsi per la persona offesa, chiamata a decidere se costituirsi parte civile nel processo penale o se optare per il giudizio civile. Il p.m., a sua volta, può produrre riflessi importanti, se non addirittura decisivi, sul processo in relazione al momento in cui richiede al giudice l'applicazione di una misura cautelare. E gli esempi potrebbero continuare.

Vi è poi un ulteriore profilo da considerare: quello delle alternative procedurali in facoltà dell'imputato e del p.m. Aspetti di non poco momento perché richiedendo una robusta preparazione del difensore e del p.m., implicano una concentrazione sul procedimento sin dalle battute iniziali poiché è nella fase primigenia che si pongono le basi per le opzioni procedurali.

Proprio questi aspetti implicano una serie di problematiche che cercheremo per sommi capi di indicare, rinviando per gli opportuni approfondimenti alle specifiche trattazioni contenute all'interno de *La giustizia penale differenziata*.

La fisionomia del processo come giuoco potrebbe trarre all'erroneo convincimento che tutti gli atti ed i comportamenti che il legislatore consente *per tabulas* possono essere adottati al fine del raggiungimento dello scopo. Ciò vale, a maggior ragione, laddove si inquadri il tema nell'ottica della difesa e nel supremo valore ad essa assegnato dalla Carta costituzionale che la eleva a diritto del cittadino, garantendone l'invulnerabilità in ogni stato e grado del giudizio. Da queste premesse diviene automatica l'equazione "abuso del processo" = "abuso del diritto" in quanto il processo è innanzi tutto un diritto, un diritto di fonte primaria consacrato nella Costituzione.

Nel difficile bilanciamento tra interessi del processo ed interessi delle parti, sicuramente devono prevalere i primi. La petizione di principio per quanto scontata possa apparire, trova il suo limite pratico nel *fil rouge* che spesso divide, degradandolo, il diritto di difesa in comportamenti vietati, illeciti e finanche sanzionabili sul piano deontologico.

Si potrebbe obiettare che il processo penale è costituito da un insieme di regole che servono ai contendenti per pervenire ad una decisione non solo esteriormente giusta, ma anche sostanzialmente equa, ove le esigenze formalistiche degradano alla ricerca di una giustizia "a misura d'uomo", volta innanzi tutto a rimuovere tutte quelle situazioni di ingiustizia che si trincerano dietro lo schermo di un corretto esercizio della giurisdizione mediante buon governo delle norme che la disciplinano. Diversamente, infatti, non godrebbero di cittadinanza nell'ordinamento quella *Grundnorm* che si propone di rimuovere l'errore giudiziario (art. 24, comma 4°, Cost.) che solo una concezione retriva può circoscrivere alla revisione, in quanto oggigiorno non possono più trascurarsi gli interventi correttivi *in executivis*, finanche finalizzati a superare il dogma del giudicato a fronte di un'acclarata ingiustizia in sede sovranazionale, posto che è contrario a ragionevolezza che possa permanere un effetto quanto venga giuridicamente a cadere la premessa.

L'inserimento nella Carta costituzionale del principio della ragionevole durata del processo ha destato una rinnovata attenzione verso la necessità di assicurare la definizione del procedimento in tempi brevi, in sintonia con quanto già da tempo le convenzioni internazionali garantiscono. Le ragioni sono da ritrovare nella circostanza che il processo penale "rievoca" fatti pregressi ai quali conseguono, in forza della sentenza, effetti processuali in particolare quelli legati alla sanzione e alla sua applicazione, la quale adempie alla funzione di emenda maggiore è la prossimità con il fatto illecito.

Allo stesso modo, il fattore tempo incide anche nelle ipotesi in cui non venga applicata una sanzione in quanto il reo viene ritenuto non responsabile. Ed allora in tutti questi casi è necessario che il "peso" del processo, con tutti gli effetti pregiudizievoli che ne conseguono, sia limitato ad un lasso di tempo breve (*recte*: ragionevole). Non è questa la sede per affrontare la questione dei tempi del processo, ma questo aspetto va considerato nella ricerca di una convincente metodologia di approccio ove si integrino vicendevolmente *speedy trial* e *fair trial* posto che, frequentemente, trova un ostacolo nell'uso indiscriminato e distorto degli strumenti processuali. Si pensi, a titolo di esempio, all'art. 185 c.p.p. che prevede quale effetto della declaratoria di nullità, la fisiologica propagazione a tutti gli atti conseguenti con regressione del procedimento "allo stato o al grado in cui è stato compiuto l'atto nullo" con inevitabili ripercussioni in termini di dilatazione dei tempi processuali, considerato che, a seconda della tipologia di nullità, variano i tempi in cui questa può essere dedotta (art. 182 c.p.p.). Sottolineatura non trascurabile in quanto tesa a stigmatizzare tattiche difensive speculari all'espansione dei tempi processuali.

Pertanto, una lettura dell'istituto non solo critica, ma soprattutto propositiva – nel senso di ridurre i "rischi" di interferenza tra strategia e mancanza di etica comportamentale delle parti –, impone, oltre che di stagliare delle sagome processuali che costituiscano strumenti agili per raggiungere l'obiettivo di un processo spedito e garantista, di delineare, da un lato, procedure definibili in termini perentori, come ad esempio avviene negli Stati Uniti d'America con lo *Speedy Trial Act*; dall'altro, avviando una paziente opera di revisione normativa del sistema processuale "da condurre nel segno della ragionevole durata, intesa quest'ultima come equilibratore fra garanzie individuali ed efficienza degli istituti processuali" (R. Orlandi, *Presentazione della ricerca*, in *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, a cura di R.E. Kostoris, Torino, 2005, XIII).

Il legislatore ha ritenuto che percorrere la via dei procedimenti semplificati consentisse di arginare la lunghezza dei processi. Il codice di rito penale del 1988, in effetti, si era riproposto di predisporre binari paralleli per la risoluzione delle controversie penali mediante multiformi modelli di giustizia consentanea, ove nell'ottica del legislatore alla celerità si sarebbero dovute plasmare efficienza

e garanzie. Invero, le problematiche che insorsero decretarono in parte l'insuccesso dei riti differenziati per due ordini di ragioni: mancanza di cultura verso forme alternative di approdo del processo all'esito delle indagini e la necessità di impostare queste ultime in una prospettiva aperta a variegate soluzioni. Il tempo non ha offerto i risultati sperati, tanto che il legislatore, conscio dei limiti degli istituti "contratti" e delle ragioni del fallimento della scommessa dei procedimenti semplificati, ma consapevole che il cancro dell'eccessiva durata del processo penale si può vincere con forme di giustizia "alternativa", ha rimodellato, facendo tesoro della fallimentare esperienza, alcuni istituti favorendo la fruizione di taluni procedimenti semplificati in misura tale da alleggerire il carico giudiziario.

Ecco allora che con il vigoroso *maquillage* operato dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479 è nato il nuovo giudizio abbreviato, procedimento che ora è nella disponibilità del solo imputato (quantomeno nell'ipotesi semplice), il quale ogni qualvolta proponga la domanda nelle paratie di forma e di tempo previste dalla legge accede ad un giudizio "allo stato degli atti".

Lo stesso è a dirsi per il decreto penale di condanna al quale, prima dell'intervento ortopedico del legislatore del 1999, raramente si prestava acquiescenza in ragione delle multiformi alternative garantite dall'opposizione. Oggi, l'omologazione degli effetti con quelli del "patteggiamento della pena" sconsigliano, salvo ipotesi particolari, l'opposizione.

Lo stesso è a dirsi dell'istituto dell'applicazione della pena concordata tra pubblico ministero e imputato che, rivisitato con la l. 12 giugno 2003, n. 134, permette l'accesso alla negoziazione della pena nel limite di cinque anni di reclusione.

A tacer d'altro, pare che la nuova strada tracciata da un legislatore che, statistiche alla mano, ha fatto tesoro del mancato successo della politica processuale inaugurata con il codice del 1988, sia destinata a raccogliere il consenso di coloro che di queste significative innovazioni devono fruire. La questione, però, non è così facilmente risolvibile, in quanto un dato che pesa – e ha sempre pesato – nell'opera di mutazione di determinati *standards* processuali è innanzi tutto la cultura processuale. Sotto questo profilo l'abbondanza di soluzioni di definizione del procedimento, può non risultare sufficiente quando a queste non si accompagni la volontà di rompere senza indugi con le pastoie culturali del passato. Si pensi a titolo di esempio alle innovazioni nel sistema delle dinamiche processuali di questi ultimi anni, tutte finalizzate a velocizzare i processi: il rito abbreviato e l'appena citato "patteggiamento allargato". Istituti che prima di essere accolti senza riserve e con febbrile entusiasmo nel nostro sistema processuale hanno dovuto affrontare il vaglio di costituzionalità perché ritenuti contrari alla Costituzione proprio da parte di coloro che ciclicamente denunciano il grave stato di malattia in cui versa la giustizia, individuando la patologia nel carico gravoso e nella difficoltà di smaltirlo celermente. Con le sentenze n. 115 del 2001 e n. 219

del 2004, la Corte costituzionale ha legittimato il legislatore ad adottare modelli di definizione alternativa del processo, invocando a vessillo proprio la ragionevole durata del processo per ritenere la conformità ai parametri costituzionali di determinati istituti processuali.

Come è stato osservato, i procedimenti semplificati, non possono da soli giocare questo ruolo taumaturgico per l'apparato giustizia. Le definizioni alternative del procedimento devono innanzi tutto apparire appetibili, vale a dire rispondere a logiche premiali e perché ciò avvenga "è necessario che l'imputato valuti più rispondente ai suoi interessi difensivi una conclusione anticipata della vicenda processuale che lo riguarda rispetto ad un giudizio posticipato" (R. Gambini, *La scommessa dei riti alternativi*, in *La ragionevole durata del processo. Garanzia ed efficienza della giustizia penale*, cit., 39). Ma come potrà essere appetibile un rito quando la via ordinaria, incapace di rispettare, non solo tempi ragionevoli, ma addirittura il tempo massimo, presenta prospettive tali da assicurare l'impunità mediante la prescrizione? L'imputato più avveduto o meglio difeso opererà per il giudizio.

Si comprende, pertanto, come una riforma efficiente debba passare da una rivisitazione organica e coerente di tutto l'apparato processuale e, prima ancora, incidere sull'approccio culturale di coloro che sono i destinatari di queste riforme. Diversamente tutti i rimedi studiati ed applicati diverrebbero dei feticci di apparente funzionalità, di cui ben presto se ne dovrebbe decretare il fallimento. È fondamentale, quindi, che ogni potenziale rimedio interagisca in un *humus* rappresentato, di volta in volta, da risorse umane e materiali e da un'adeguata preparazione; il rischio altrimenti è quello che riforme efficienti sulla carta, non lo siano dal punto di vista pratico in quanto incapaci di erodere la precedente cultura processuale, e pertanto diventino ben presto riforme da... riformare.

3. *Contraddittorio e giustizia penale negoziata: quali compatibilità?* – Il continuo ricorso del legislatore ai cosiddetti riti speciali ed i benefici che vengono accordati a quanti fra gli imputati scelgono di rimettere la definizione della regiudicanda mercé il ricorso a strategie processuali diverse dal giudizio dibattimentale sollecita una ulteriore riflessione attinente la legittimità di tale scelta del legislatore potendosi fondatamente dubitare della compatibilità fra i cosiddetti riti negoziali ed il modello di giudizio penale fatto proprio dal codice di rito del 1988.

Come è noto, il processo penale – delineato in origine dai compilatori del codice di procedura penale e successivamente disegnato anche in sede costituzionale con la riforma dell'art. 111 Cost. – si contraddistingue in primo luogo per la sua natura cognitiva nel senso che la legittimazione della decisione giurisdizionale viene ad essere fondata esclusivamente sulla conoscenza di quanto accaduto ed esposto nella imputazione: la definizione del giudizio penale ed in particolare la decisione sulla fondatezza dell'accusa deve fondarsi su un accertamento dei fatti narrati negli atti di accusa e deve rivestire la natura di una affermazione con

portata epistemologica su vicende accadute in precedenza. In secondo luogo, il modello normativo del nostro processo penale vuole che tale attività di ricostruzione dell'accaduto si fondi sull'utilizzo di un metodo di conoscenza determinato dal contraddittorio, inteso quest'ultimo – secondo anche quanto imposto dall'art. 111 Cost. – da un lato come diritto delle parti ad interloquire, in condizioni di parità, sui temi della decisione e dall'altro come dovere per il giudice di emanare la relativa sentenza considerando e richiamando nel provvedimento conclusivo le prospettive esaminate e discusse dai protagonisti della vicenda processuale.

È evidente che rispetto ad entrambi i sunnominati profili il ricorso ai riti negoziali del giudizio abbreviato e più ancora del patteggiamento – non rilevando invece, ai fini di tale discussione, per ragioni che diventeranno evidenti in seguito, i riti speciali la cui adozione non è rimessa ad una scelta dell'imputato, dipendendo da una opzione del pubblico ministero (esempio, il procedimento per decreto) o dalla previsione normativa (esempio, il procedimento immediato a seguito di adozione di misura cautelare o i diversi procedimenti *intuitu personae* di cui al secondo volume di quest'*Opera*) – si presenta fortemente distonico.

Quanto al profilo attinente l'accertamento dei fatti risulta in effetti difficile negare che nell'ambito del rito del patteggiamento sia decisamente insussistente la funzione cognitiva della procedura, essendo in tale modello processuale completamente assente ogni profilo epistemico, fondandosi la pronuncia solo su un accordo delle parti e dovendo il giudice verificare semplicemente la corretta qualificazione giuridica del fatto, l'applicazione e la comparazione delle circostanze e la congruità della pena proposta. Con riferimento al principio del contraddittorio, invece, esso è completamente assente nel rito abbreviato, dove l'attività epistemologica del giudice – necessaria ai fini della condanna secondo quanto dispongono gli artt. 442 e 529 c.p.p. – si esplica prevalentemente su dati conoscitivi formati in maniera unilaterale ed in segreto da una sola delle parti, la cui scarsa affidabilità derivante dall'assenza di ogni controllo al momento della loro acquisizione è superata dal consenso dell'imputato.

Sulla scorta di tali considerazioni, diversi autori hanno fortemente contestato la legittimità di queste procedure speciali, enumerandone i molteplici vizi individuati nel deterioramento della cultura della prova, nel rischio di ingiuste condanne specie a carico dei non abbienti, nella concentrazione nelle mani del pubblico ministero di un potere discrezionale, nello svilimento della funzione giurisdizionale.

Per valutare la correttezza di tali severe conclusioni occorre fare una premessa a mo' di chiarezza. Sulla valutazione di legittimità della disciplina negoziale in sede penale non può influire l'eventuale frequenza e facilità con cui il legislatore consente all'imputato di accedere al rito abbreviato o a quello dell'applicazione di pena. Infatti, una volta ammessa la compatibilità fra tali riti ed il modello di processo penale garantista, nulla impone che la negoziazione fra le parti debba

rimanere confinata ad alcune tipologie di reato, più o meno gravi: detto altrimenti, se, pur riconoscendo nel contraddittorio il metodo essenziale per la ricostruzione dei fatti ed il pilastro della funzione cognitiva del processo, si ammettono alcune eccezioni a tale principio, non si può sostenere che la frequenza statistica con cui poi si finisce per far ricorso al rito del patteggiamento o all'abbreviato renda la disciplina di tali procedure non più conforme ai principi generali in tema di giusto processo.

Fatta questa osservazione si può cercare di valutare se gli istituti dell'applicazione della pena su istanza delle parti e del giudizio abbreviato – pur riconoscendosene tutte le peculiarità in tema di carenza di accertamento e di modalità per la verifica dell'accusa – siano o meno compatibili con il modello di processo penale ormai consacrato anche a livello di Carta fondamentale al citato art. 111. Formulata in termini diversi la domanda cui si deve rispondere è la seguente: il consenso dell'imputato, presupposto fondamentale tanto dell'abbreviato che del patteggiamento, è condizione sufficiente a legittimare l'accesso ad un rito in cui si abdica all'accertamento dei fatti o quanto meno si rinuncia al metodo del contraddittorio nella formazione della prova?

Riteniamo che la risposta al quesito debba essere positiva. Il problema va risolto individuando quale sia la valenza che, all'interno del giudizio penale, va attribuito al pieno accertamento dell'accaduto. In uno stato totalitario e non democratico, è ben pensabile che la ricostruzione dei fatti rappresenti una finalità assoluta cui il funzionamento della giustizia deve essere pienamente subordinato (E. Amodio, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, 1419): il popolo, e per esso la macchina pubblica che lo rappresenta, deve conoscere l'accaduto per poter reagire e restaurare l'ordine violato, onde impedire che il perseguimento degli obiettivi della collettività venga ostacolato da soggetti criminali e dalle loro condotte illecite. In tale prospettiva, dunque, sarebbe improprio attribuire all'imputato la possibilità di rinunciare a qualsiasi ricostruzione dei fatti proprio perché trattasi di un valore che non rientra nella sua disponibilità: è la posizione del singolo ad essere subordinata al processo ed al giudizio cognitivo che ivi deve compiersi e non la procedura ad essere posta a garanzia del cittadino.

Diversamente, occorre invece riconoscere che nel sistema processuale proprio di un ordinamento democratico l'accertamento dei fatti non può rappresentare un valore in sé, ma esso deve essere funzionale all'obiettivo di non applicare ad un soggetto una sanzione che esso non merita non essendo responsabile del fatto contestatogli: come limpidamente indica l'art. 27 Cost., il processo è diretto primariamente ad accertare la responsabilità dell'imputato e ad individuare la sanzione applicanda che possa esercitare rispetto al colpevole la funzione rieducativa propria della pena. In questo diverso quadro concettuale ed all'interno di questa gerarchia di valori, che nel giudizio penale si faccia luogo ad accertamento

è una scelta posta a tutela dell'imputato, onde evitare che egli sia condannato ingiustamente e che sopporti una sanzione che – essendo iniqua – non assumerà quel valore rieducativo cui fa riferimento il citato art. 27 Cost.

Se quanto si è sopra menzionato è vero, diventa però conseguente ammettere che, proprio perché l'attività di accertamento è funzionale ad una tutela del soggetto imputato, essa rientra anche nella sua disponibilità. Diventa quindi assolutamente ammissibile, e pienamente conforme a Costituzione, che il legislatore riconosca al soggetto interessato la possibilità di rinuncia a tale attività epistemologica ottenendo una riduzione di pena quale corrispettivo per il mancato accertamento della responsabilità.

*Alfredo Gaito, Giorgio Spangher
Filippo Giunchedi e Ciro Santoriello*

TAVOLA ROTONDA

La prova per intercettazioni tra adempimenti inessenziali e situazioni omissive imperdonabili

di *Alfredo Gaito, Ciro Santoriello, Filippo Giunchedi, Daniele Cenci e Sandro Furfaro*

Intercettazioni telefoniche e tutela sostanziale della difesa

di *Alfredo Gaito*

Se pure il legislatore e la stessa letteratura paiono disinteressati al tema delle strutture organizzative e dei profili operativi concreti in tema di intercettazioni, esistono alcuni punti fermi che consentono di riavviare un discorso interpretativo tutt'altro che equivoco, sulla base di una recentissima sentenza delle Sezioni Unite.

Giova riepilogare le premesse conoscitive, per agilità ricostruttiva.

1. – Costituisce dato incontrovertito che la conoscenza degli atti di investigazione si pone come presupposto essenziale e indefettibile dell'esercizio del diritto di difesa. Da tanto consegue non solo il diritto di ottenere fisicamente copia del materiale probatorio posto a base della richiesta della misura cautelare, ma anche, e forse soprattutto, la necessità che tale materiale sia in concreto completo, ordinato e, pertanto, agevolmente consultabile in considerazione dei ritmi accelerati e dei tempi ristretti entro i quali i difensori e la persona *in vinculis* sono chiamati ad elaborare le linee difensive e ad instaurare eventualmente i meccanismi di controllo più adeguati.

È solo attraverso l'estrinsecazione degli atti di indagine che hanno condotto il P.M. a richiedere l'emissione della misura cautelare che la difesa viene messa in condizione materialmente di controdedurre in sede di esercizio dei poteri di gravame ed i giudici (G.i.p. e Tribunale della Libertà, prima, e Corte di Cassazione, poi) sono posti in con-

dizione di valutare con cognizione di causa la correttezza e la fondatezza probatoria degli atti di investigazione raccolti alla luce dei criteri di esaustività e logicità.

Negli ambulatori dei c.d. «Palazzi di Giustizia» ci si trova, tuttavia, ad affrontare quotidianamente un complesso e ingente materiale probatorio caotico e confuso, per lo più sprovvisto di indici adeguati ed organizzato secondo criteri non facilmente intelleggibili ed inusuali, e non infrequentemente formulato attraverso una serie indeterminata di rimandi, spesso effettuati con nota in calce, a non bene individuate Note informative disseminate negli innumerevoli faldoni (il riferimento più diretto è ai procedimenti c.d. Fastweb, Grandi eventi, G8, Scuola dei marescialli, Operazione rilancio, Sanità romana, ecc.).

Si tratta di una sequela di strutture documentali raccogliatrici, disorganiche e affastellate, recanti nel testo richiami ad atti dei quali non è indicata la collocazione: tutto ciò impedirebbe a chiunque di risalire senza notevoli difficoltà alla fonte originaria e quindi, in definitiva, di esercitare compiutamente il diritto di difesa, almeno nelle prime battute, in maniera utile e proficua per il riesame.

Certo, pur non potendosi pretendere che, nella composizione del materiale investigativo, ogni riferimento ad atti processuali sia puntualmente corredo dalla esposizione analitica del contenuto di esso, non si dovrebbe tuttavia trascurare, per consentire

un'effettiva analisi dello stesso, di perseguire il risultato di un documento "consultabile" in tutto e dunque in grado di consentire il completo esercizio del diritto di difesa (esemplarmente Cass., Sez. V, 17 dicembre 1996, Mannolo, in *Mass. Uff.*, n. 206337).

In siffatto contesto, a parte gli operanti di polizia giudiziaria – i soli ed unici padroni delle fonti di conoscenza – ed i pubblici ministeri, non solo gli indagati ed i loro difensori, ma nemmeno il G.i.p. ed i giudici dei controlli successivi vengono messi nelle condizioni di verificare concretamente la fondatezza della richiesta della misura cautelare.

2. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 336 del 2008 (declaratoria di incostituzionalità dell'art. 268 c.p.p.) ha fatto riferimento all'insufficienza della trasmissione dei soli "brogliacci" (verbali delle operazioni di intercettazione) ed ha riconosciuto il diritto dell'indagato, sottoposto a misura cautelare, ad ottenere la copia dei nastri contenenti le captazioni.

Questo intervento additivo della Consulta sull'art. 268 c.p.p., inspiegabilmente trascurato e/o aggirato per quasi due anni, era stato determinato dalla esigenza di assicurare la pienezza della difesa fin dalle battute iniziali del procedimento cautelare, sul filo del *leitmotiv* secondo cui in tempi di giusto processo le esigenze di segretezza delle indagini preliminari devono contemperarsi con la irrinunciabile necessità di una completa disamina dei risultati captativi al di là della partigiana valutazione degli organi investigativi. Ciò posto, è necessario che i "brogliacci" relativi alle intercettazioni sottese alla misura cautelare, a maggior ragione, vengano trasmessi al G.i.p., *in primis*, assieme alla richiesta di applicazione della misura cautelare e necessariamente al Tribunale della Libertà deputato a verificare la tenuta del provvedimento restrittivo, poi. Ciò perché le previsioni dell'art. 111 Cost. in ordine alla completa attuazione del giusto processo altro non sono che gli strumenti basilari per la completa attuazione del processo accusatorio quale unico mezzo e necessario strumento di cognizione giudiziaria. Il pieno espletamento del di-

ritto di difesa è finalizzato alla completa conoscenza anche da parte del giudice degli elementi sottoposti alla propria decisione.

Sotto tale punto di vista, appare imprescindibile per l'organo terzo una conoscenza completa ed il più possibile neutra degli elementi di indagine.

Sappiamo: costituisce oramai dato di ordinaria e quotidiana *routine* che il P.M. chieda ed ottenga l'autorizzazione al ritardato deposito dei verbali. Ma, come ha rimarcato la Corte costituzionale nella sentenza n. 336 del 2008, le esigenze di segretezza in funzione della prosecuzione delle indagini non rappresentano più l'unico valore da salvaguardare, in quanto hanno da essere rapportate al diritto sacrosanto alla disamina, completa ed immediata, dei risultati delle intercettazioni (se e quando concretamente utilizzate per la restrizione della libertà personale), al di là della partigiana valutazione degli organi investigativi.

Per l'effetto: in prospettiva di fondo, il P.M. è obbligato alla trasmissione dei "brogliacci" sia al G.i.p. in sede di richiesta della misura cautelare e tanto più al Tribunale della Libertà a seguito della richiesta di riesame proposta dall'interessato; in concreto, potrebbe porsi il dubbio circa l'individuazione del *quantum* dei "brogliacci" da depositare, nell'alternativa tra *discovery* totale o parziale (con limitazione alle sole conversazioni antecedenti e/o comunque collegate a quelle utilizzate nell'ordinanza applicativa di misura cautelare).

Sempre più spesso accade che l'esame degli atti di p.g. disponibili, l'analisi dei brani d'intercettazione valorizzati *in malam partem* dal G.i.p. nell'ordinanza custodiale e l'ascolto dei *files* audio corrispondenti portino ad evidenziare una serie di discrepanze tali da palesare la necessità di effettuare una serie di controlli immediati sui "brogliacci" recanti le annotazioni compilate "in diretta" durante le operazioni di ascolto dalla p.g. al fine di verificare la corrispondenza del contenuto effettivo delle conversazioni con le "annotazioni" originarie degli operanti di p.g. e con quanto successivamente trasfuso – magari

per errore – nelle Relazioni di p.g. come “trascrizione integrale” e poi dal G.i.p. nel corpo dell’ordinanza custodiale, facendo affidamento sui soli e soliti sunti riprodotti nelle informative di reato.

La mancata *discovery* dei “brogliacci” si riflette, in questa sede e fino alla *discovery* totale in chiusura della fase delle indagini preliminari, non solo come amputazione irrituale del materiale decisivo per il G.i.p. e per il Tribunale del riesame ma anche in termini di indebita frapposizione di un inaccettabile ostacolo alla corretta e tempestiva estrinsecazione del diritto sostanziale alla difesa (*sub specie* di nullità, posto che il *vulnus* è alla effettività del contraddittorio, la cui copertura è a livello costituzionale, con ovvie conseguenze a transene in quanto sicuramente non cedevole di fronte ad alcuna altra esigenza).

3. Assai spesso, fino alla primavera scorsa, non venivano messi a disposizione dei Giudici del riesame i *files* audio delle intercettazioni, nonostante la circostanza che le correlate conversazioni fossero state utilizzate nell’ordinanza cautelare. Evidente, in ipotesi del genere, la difficoltà (quasi l’impossibilità) di poter confutare nel controllo di riesame il significato attribuito dal G.i.p. a quelle conversazioni, pur fondanti la misura custodiale, con conseguente compromissione del diritto di difesa in capo alla persona *in vinculis*.

A mio parere i *files* audio, dal preciso momento che l’interessato formalmente esercita il diritto alla verifica integrale (anche audio) lamentando una distorsione tra quanto ascoltato e quanto verbalizzato, vanno trattati alla stregua di atti favorevoli sopravvenuti; ciò che comporta obbligo complementare del P.M. (sia chiaro: soltanto a fronte, e per conseguenza, della specifica istanza di cognizione difensiva seguita dalla richiesta di riesame) di trasmettere ai giudici del controllo cautelare i medesimi *files* audio.

Se e quando così non è, ricorrendo l’incidenza determinante delle intercettazioni telefoniche sulla misura cautelare, si determina una situazione oggettiva patologica, insanabile da parte del Tribunale del riesame, che impone una pronuncia *rebus sic stantibus* demolitoria degli

esiti delle intercettazioni telefoniche, stante la nullità scaturente dalla mancanza comunque imputabile all’Ufficio del P.M. procedente che si protrae oltre i termini indicati dall’art. 309, comma 5°, c.p.p.

Nella fisiologia, sulla difesa grava l’onere di sollecitare il Collegio *de libertate* affinché proceda all’ascolto diretto dei *files* audio selezionati a dimostrazione della non coincidenza delle annotazioni di p.g. e della sintesi effettuata dal G.i.p. con le espressioni effettivamente impiegate nei discorsi captati.

Ove vengano segnalati casi di imprecisione delle annotazioni, di non rispondenza al vero della affermazione circa la «trascrizione integrale» e di distonia contenutistica tra gli atti scritti e i discorsi parlati, cioè di discrasie rilevabili a livello empirico, il Tribunale non può sottrarsi al compito di procedere all’ascolto in aula, in pienezza di contraddittorio, delle registrazioni.

Un dato è certo: quando sono in ballo i diritti costituzionali e sovranazionali della persona, il formalismo e la fretta non possono mai fare aggio sulla sostanza: il diritto dell’indagato alla conoscenza, e quindi alla “disponibilità”, degli atti del procedimento penale a suo carico – di tutti gli atti del procedimento penale a suo carico collegati alla (e/o presupposti dalla) concreta scelta operativa del P.M. – si pone come antecedente logico necessario a garantirne la consapevole partecipazione, funzionale all’effettivo esercizio del diritto di difesa da assicurarsi in ogni stato e grado del procedimento.

È addirittura ovvio che la deliberata omissione del deposito dei “brogliacci” (atti necessariamente esistenti e nella disponibilità del P.M., in quanto d’obbligo a formazione contestuale durante l’ascolto delle telefonate intercettate, da trasmettere immediatamente al P.M.: art. 268, comma 4°, c.p.p.) determini una mortificazione del diritto di difesa in termini di effettività, perché solo chi conosce la cronologia e la effettiva successione dei colloqui (non tutti riportati nelle successive selezioni operate nelle relazioni di p.g.) può cogliere appieno il significato reale delle conversazioni captate. Problematiche affini

si ripropongono per il giudizio immediato custodiale, a fronte della assurda pretesa di taluni uffici di procura di non depositare i *files* audio ed i “brogliacci” delle intercettazioni telefoniche, accampando malintese esigenze di *privacy* nonché l’autorizzazione al ritardato deposito. Ancora una volta: il compimento di certe scelte procedurali (richiesta cautelare, esercizio dell’azione penale) impone di eliminare qualsiasi possibile causa di compressione o ritardo nell’esercizio pieno della difesa. Credo di poter affermare con tranquillante sicurezza che l’incompletezza della *discovery* determina necessariamente il contemporaneo avverarsi di un vizio invalidante *sub specie* di nullità a regime intermedio, sotto il profilo della elusione delle garanzie difensive, e di inammissibilità della domanda proposta dal P.M. (come tale rilevabile in ogni stato e grado del procedimento).

Vuol dirsi che integra indebita vulnerazione dei diritti sacrosanti della difesa qualsiasi impedimento (consapevole e preordinato o casuale: non rileva la situazione psicologica del P.M. ma unicamente il dato di fatto oggettivo dell’effetto dannoso provocato) frapposto alla agevole ricostruzione della sequenza cronologica ed ordinata di atti dei quali l’uno costituisce l’antecedente logico e necessario del successivo.

Del resto, e non a caso, le Sezioni Unite già da tempo hanno avuto modo di puntualizzare come nella fase delle indagini, quando il P.M. a sua discrezione apre una «finestra» cautelare, devono oramai trovare applicazione tutti i criteri legali di formazione e di valutazione della prova in dibattimento, anche in rapporto alla prova dichiarativa assistita da una presunzione relativa di inaffidabilità della fonte di provenienza, già cristallizzati nella giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. Un., 30 maggio 2006, P.M. in c. Spennato, in *Riv. Pen.*, 2007, 572).

4. Si discute se la ripulsa dei *files* audio da parte del Tribunale della Libertà sia o meno causa di nullità della decisione per arbitrario rifiuto di verificare la gravità indiziaria. E rimane ancora sullo sfondo l’interrogativo

circa le conseguenze del comportamento attendista-omissivo del Tribunale sullo *status custodiae*: l’opzione nel senso che il rifiuto dell’ascolto «non può determinare una inefficacia della misura» non è sorretto da alcuna giustificazione apprezzabile e deve essere sottoposto ad attenta revisione critica. Il diritto di difesa e i «fondamentali» del giusto processo non possono essere sacrificati sull’altare del falso mito della celerità, magari disquisendo nel senso che «*un riascolto diretto da parte dello stesso tribunale del riesame di tutte le conversazioni appare inconciliabile con i tempi ristrettissimi del giudizio di riesame stesso*» (Trib. Firenze, De Santis).

Sul tema sono intervenute, a fare necessitata chiarezza, le Sezioni Unite, con articolata sentenza (Cass., Sez. Un., 22 aprile 2010, Lasala, in *Guida Dritto*, 2010, n. 28, 61) alla stregua della quale è a porsi una distinzione, a seconda che il P.M. abbia ommesso o ritardato la consegna dei *files* audio alla difesa; ovvero abbia ottemperato all’obbligo di fornire copia dei *files* audio al difensore il quale abbia tempestivamente eccepito dinanzi al Tribunale la difformità tra conversazioni parlate e annotazioni di p.g.

Nel primo caso, stando alle Sezioni Unite, nel rilevare il vizio il giudice di legittimità deve annullare con rinvio affinché nel giudizio di riesame si tenga conto imprescindibilmente dei *files* audio, senza conseguenze immediate sullo *status custodiae*. Questo era appunto il caso concreto sul quale erano state chiamate a decidere: «*Ove la predetta nullità venga riscontrata e dichiarata solo in sede di legittimità, il provvedimento impugnato, affetto da tale vizio, va annullato con rinvio, comportando la dichiarazione di nullità la regressione del procedimento allo stato in cui è stato compiuto l’atto nullo e la necessità della rinnovazione di quest’ultimo, con emenda dei vizi riscontrati (art. 185 c.p.p.)*».

Nel secondo caso, le cose cambiano in quanto la decisione del Tribunale della Libertà che abbia comunque praticato una presunzione di regolarità non più consentita a fronte delle allegazioni difensive assertive del contrario è da ritenere insanabilmente inva-

lida, ponendo direttamente in crisi il giudizio di sussistenza della gravità indiziaria. Non può essere trascurata, infatti, la perentoria impostazione delle medesime Sezioni Unite nella parte in cui hanno così puntualizzato: «Poiché il difensore ha la facoltà di prospettare, in sede di riesame, anche elementi nuovi, incidenti sul tema della legittimità del provvedimento che ha imposto la misura cautelare, gli deve essere assicurato, in quella sede, anche il diritto di aver piena cognizione degli atti sui quali la misura si fonda, per consentirgli ogni attività difensiva al riguardo, compresa la eventuale prospettazione del novum rispetto agli elementi posti a base della originaria misura impositiva, dato dalla non corrispondenza o non esatta interpretazione tra quanto riportato nei “brogliacci” e quanto, invece, realmente risulta dalle intercettazioni.

In definitiva, l'accesso alle registrazioni delle conversazioni captate serve a rendere effettivo e completo l'esercizio del diritto di difesa della parte, come chiarito nella suindicata sentenza del Giudice delle leggi, giacché “l'interesse costituzionalmente protetto della difesa è quello di conoscere le registrazioni poste alla base del provvedimento eseguito, allo scopo di esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali”; e “l'interesse in questione può essere assicurato con la previsione... del diritto dei difensori ad accedere alle registrazioni in possesso del pubblico ministero”. L'acquisizione di quei dati, dunque, è finalizzato proprio al controllo della legittimità della misura genetica emessa nei confronti dell'indagato: e proprio tale scrutinio è demandato al giudice del riesame.

Ove tale vizio sia stato ritualmente dedotto in sede di riesame ed il giudice definitivamente lo ritenga, egli non potrà fondare la sua decisione sul dato di giudizio scaturente dal contenuto delle intercettazioni riportato in forma cartacea, in mancanza della denegata possibilità di riscontrarne la sua effettiva conformità alla traccia fonica. Esso, difatti, è stato, bensì, legittimamente considerato, nella sua forma cartacea, al momento della emissione del provvedimento cautelare; ma, dovendo, poi, il tribunale distrettuale (ri)esaminare la sussisten-

za delle condizioni legittimanti quel provvedimento, la difensiva richiesta di accesso priva quel dato di definitiva valenza probatoria, nella sua presunzione assoluta di conformità, che rimane non verificata prima che si dia ingresso e concreta attuazione alla espressa richiesta della parte in tal senso formulata. In sede di riesame il dato assume tale connotazione di definitività probatoria solo quando la parte sia stata posta in condizione di verificare quella conformità, esercitando il richiesto diritto di accesso...

Il giudice del riesame, quindi, in presenza di tale accertata patologia, non potrà utilizzare quel dato nel procedere alla valutazione della prova: in tal senso ed a tali fini quel dato, perciò, rimane in quella sede inutilizzabile.

Del resto, ed in diverso ambito, tale regola è rinvenibile nel sistema: difatti, ai sensi dell'art. 195, terzo comma, c.p.p., in tema di testimonianza indiretta, nel caso di mancato esame della fonte di riferimento nonostante la richiesta di parte, le dichiarazioni de relato sono espressamente dichiarate inutilizzabili.

Egli dovrà, semmai, procedere alla c.d. prova di resistenza e valutare, cioè, se quel dato non assuma rilevanza decisiva nel contesto della intera evidenza procedimentale rinvenibile, che gli consenta di egualmente esprimere il suo conclusivo divisamento riguardo alla sussistenza del richiesto grave quadro indiziario. Se, invece, il provvedimento cautelare si fondi decisamente sul quel dato, quella nullità tempestivamente e ritualmente dedotta comporta l'annullamento della ordinanza cautelare, proprio perché la verifica effettuata nel giudizio di riesame induce ad una valutazione di insussistenza del richiesto grave quadro indiziario. E lo stesso è da dirsi, mutatis mutandis, nel caso di appello cautelare, ex art. 310 c.p.p.».

Per l'effetto, sembra potersi ritenere che, nei casi di traslazione del processo per incompetenza e conseguente emissione di nuova misura custodiale da parte del giudice competente, ogni qualvolta la difesa abbia chiesto di ascoltare i files audio nel procedimento di origine, il G.i.p. ad quem non può esimersi, come invece fa di prassi, dall'ascolto e da una critica valutazione degli stessi, pena un

insuperabile vizio originario della ordinanza applicativa della misura cautelare.

Ma questa è soltanto la punta dell'*iceberg*: occorre adesso procedere al picchettaggio dei problemi più vistosi a livello sia organizzativo che funzionale; e poi bisognerà indicare soluzioni operative appaganti e persuasive.

Si tratta di affrontare e risolvere le questioni connesse all'individuazione del contenuto del diritto alla consultazione delle intercettazioni: non v'è dubbio che ogni imputato dalla chiusura delle indagini (e la persona *in*

vinculis dal momento dell'emissione della misura coercitiva) ha diritto all'ascolto e alla verifica di tutto quanto lo concerne direttamente, ma permane il quesito circa i modi e i tempi del controllo sulle intercettazioni che non coinvolgano il singolo accusato. Rimane aperto il problema organizzativo delle modalità di ascolto delle intercettazioni e delle modalità di assolvimento del diritto della difesa alla copia dei verbali e delle conversazioni, anteriormente all'udienza di selezione e stralcio *ex art.* 268, comma 6°, c.p.p.).

Diritto della difesa alla copia della traccia fonica ovvero tanto rumor per nulla di *Ciro Santoriello*

1. Una premessa: non è che si vuole essere originali o si vuole stupire l'uditorio a tutti i costi, ma a nostro parere sulle problematiche che si sono aperte dopo la "famigerata" decisione delle Sezioni Unite, 22 aprile 2010, Lasala (in *Guida Diritto*, 2010, 28, 61) si sta facendo una grande ed ingiustificata confusione, prospettando difficoltà di funzionamento degli uffici di Procura che in realtà non hanno ragione di esistere (o che comunque possono essere agevolmente superate) e tacendo invece su quelle che possono essere i più importanti e significativi sviluppi in ordine alle corrette modalità di esercizio dei diritti della difesa quando si discuta di elementi probatori derivanti dall'ascolto di conversazioni fra una pluralità di soggetti.

2. Per comprendere il perché di queste affermazioni – apparentemente così dissonanti dalla generalità dei commenti che hanno accompagnato la citata decisione delle Sezioni Unite (si veda in proposito GAETA, *Le Sezioni Unite dopo l'intervento della Consulta dettano il decalogo della garanzia difensiva*, in *Guida Diritto*, 2010, 28, 65) – è opportuno ripercorrere brevemente i contenuti di questa decisione del Supremo Consesso e prima ancora ricordare quale fosse stata la posizione

assunta dalla Corte costituzionale in una sentenza del 2008, la quale di fatto costituisce l'antecedente logico della pronuncia delle Sezioni Unite.

La sentenza della Corte costituzionale cui si intende far riferimento è la pronuncia n. 336 del 2008 (in *Guida Diritto*, 2008, 43, 59), con cui è stata dichiarata, per contrasto con gli artt. 24, comma 2°, e 111, comma 2°, Cost., l'illegittimità costituzionale dell'art. 268 c.p.p. nella parte in cui consentiva al pubblico ministero di non depositare o comunque di non mettere a disposizione dell'indagato e del difensore che ne avessero fatto richiesta le registrazioni delle conversazioni poste a fondamento dell'ordinanza cautelare già eseguita o notificata. In particolare, il giudice delle leggi muoveva dalla considerazione che, in caso di incidente cautelare, il pubblico ministero poteva depositare, a supporto della richiesta di misura restrittiva della libertà personale, non le registrazioni ma solo i «brogliacci», ossia i verbali nei quali la polizia giudiziaria ha trascritto, anche sommariamente, il contenuto delle comunicazioni intercettate; tuttavia, secondo la Consulta, l'ascolto diretto delle conversazioni non può mai essere surrogato dalle trascrizioni esegui-

te, senza contraddittorio, dalla polizia giudiziaria, posto che l'accesso diretto alle registrazioni può essere necessario per valutare l'effettivo significato probatorio ed in assenza della trascrizione di un perito, è interesse della difesa poter verificare la genuinità delle trascrizioni utilizzate dal pubblico ministero. La conclusione è stata, come detto, nel senso che la lesione del diritto di difesa scaturita dalla limitazione all'accesso alle registrazioni delle conversazioni intercettate non avrebbe avuto alcuna giustificazione non essendo diretta alla protezione di alcun altro interesse processuale contrastante a fronte invece della necessità di assicurare fin dalle battute iniziali del procedimento cautelare la pienezza delle facoltà difensionali nonché il conseguente principio di parità delle parti.

La decisione del giudice costituzionale, pur accolta favorevolmente dalla dottrina [cfr., KALB, *Solo l'ascolto del "captato" assicura un pieno diritto di difesa*, in *Guida Diritto*, 2008, 43, 59; LA ROCCA E.N., *Misure cautelari e diritto all'ascolto delle intercettazioni*, in *Giust. Pen.*, 2008, 323; CORBO, *Il diritto del difensore di accedere alle registrazioni delle intercettazioni utilizzate per una misura cautelare personale*, in *Cass. Pen.*, 2009, 861; FILIPPI, *La Consulta deve intervenire per affermare il diritto di difesa sconosciuto dalla Cassazione*, in *Giust. Pen.*, 2009, I, 44; MILANI, *Sul diritto del difensore all'ascolto e alla copia delle conversazioni intercettate poste a fondamento di una misura cautelare (tra salvaguardia delle garanzie difensive e tutela della riservatezza)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, 909], ha avuto scarso seguito in giurisprudenza e pressoché nessun esito sotto il profilo della prassi. D'altronde, da un lato, la Corte costituzionale aveva correttamente adottato una pronuncia additiva, limitandosi ad affermare il diritto dei difensori di accedere alle registrazioni e di estrarne copia spettando poi al legislatore la pratica attuazione di tale diritto all'interno dei meccanismi del processo; dall'altro, la giurisprudenza si è fin da subito ben guardata dall'individuare ed instaurare nella prassi le conseguenze pratiche logicamente derivanti dall'astratto riconoscimento della sussistenza del diritto della difesa di

ottenere la copia della traccia fonica delle intercettazioni del procedimento incidentale *de libertate* (cfr., ad esempio, Cass., Sez. VI, 7 maggio 2009, S.N., in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 575, secondo cui "l'interesse della difesa a conoscere le registrazioni poste alla base del provvedimento eseguito ... non integra una regola che possa invalidare l'epilogo della richiesta cautelare").

Sono state le Sezioni Unite, con la citata decisione del 2010, a definire con sufficiente nettezza quale fosse la portata operativa e le modalità di applicazione del *dictum* dei giudici costituzionali. Con la sentenza Lasala, infatti, la Cassazione, una volta dato per acquisito – secondo l'insegnamento della Consulta – il diritto del difensore di accedere alle registrazioni delle conversazioni intercettate ed il cui contenuto è stato posto a fondamento della misura cautelare, ha ritenuto che tale diritto potesse dirsi effettivo solo se a fronte dello stesso stesse l'obbligo incondizionato del pubblico ministero di assicurarne il soddisfacimento, essendo peraltro venute meno – con l'esecuzione del provvedimento di cattura – le esigenze di segretezza in riferimento alle comunicazioni poste alla base dell'ordinanza cautelare. Tale assetto di rapporti fra diritto della difesa di accedere alle registrazioni delle intercettazioni ed obbligo dell'organo inquirente di attivarsi in tal senso impone, da un lato, al pubblico ministero di rilasciare in tempi utili le copie richieste dall'accusato perché questi ed il suo difensore possa utilizzare gli elementi probatori ricavabili da tale materiale in sede di impugnazione *de libertate* davanti al tribunale del riesame e, dall'altro, che "ove al difensore venga impedito ingiustificatamente il diritto di accesso, si determina una nullità a regime intermedio ex art. 178, comma 1°, lett. C), c.p.p., soggetta a sanatoria ed ove tale vizio sia dedotto in sede di riesame ed il giudice lo ritenga, egli non potrà fondare la sua decisione sul dato di giudizio scaturente dalle intercettazioni e riportato in forma cartacea, in mancanza della possibilità di riscontrarne la sua effettiva conformità alla traccia fonica".

Tali inequivoche e nette conclusioni trovano,

secondo le Sezioni Unite, un parziale contemperamento in relazione a due diversi profili. Da un lato, si è articolato il rapporto fra il pubblico ministero – ovvero l'autorità giudiziaria cui va rivolta la richiesta di copia delle conversazioni – ed il difensore ipotizzando una “distribuzione dell'onere di diligenza”, nel senso che all'obbligo dell'ufficio di Procura di assicurare il soddisfacimento della istanza difensiva in tempo utile per lo svolgimento del giudizio incidentale *de libertate* viene fatto corrispondere una sorte di onere per la difesa di avanzare la relativa richiesta “in tempo utile rispetto alle scadenze temporali indicate dalle norme processuali tenuto conto della complessità o meno delle operazioni di duplicazione delle intercettazioni”; dall'altro, ed in evidente connessione rispetto alle osservazioni ora riportate, le stesse Sezioni Unite hanno riconosciuto che “laddove il pubblico ministero non sia in grado, per la tardività della richiesta difensiva o per la complessità delle operazioni di duplicazione ovvero per altri similari motivi di adempiere l'obbligo, ha l'onere di dare congrua motivazione di tale impossibilità, al fine di rendere effettivo il controllo, su di essa, del giudice della cautela”.

3. Se la decisione della Corte costituzionale venne accolta da un sostanziale disinteresse, strepiti e lai si sono sollevati dopo la pronuncia delle Sezioni Unite.

Le critiche non hanno riguardato il contenuto dei principi affermati nella citata sentenza Lasala quanto le inevitabili difficoltà operative che ne sarebbero conseguite una volta che si fosse concretamente provato a dare concretezza alle troppo astratte affermazioni della Cassazione nell'ambito delle disastrose aule di giustizia del nostro paese. Nulla di nuovo sotto il sole verrebbe da dire: non è la prima volta che si cerca di ribaltare il *sollen* di un principio normativo alla luce delle difficoltà operative che conseguirebbero ad una sua completa e coerente adozione (basti pensare alle critiche che vennero mosse alla decisione costituzionale n. 232 del 1998 relativa alla corretta interpretazione dell'art. 309, comma 5°, c.p.p., che ritenne che il

termine perentorio per la trasmissione degli atti al tribunale del riesame, assistito dalla sanzione processuale della decadenza della misura, non decorrente dalla ricezione dell'avviso da parte della autorità procedente, che non ha giuridica autonomia, ma decorrente dal giorno stesso della presentazione della richiesta, inteso come spazio temporale definito e giuridicamente rilevante entro il quale si collocano sia la presentazione stessa, sia l'avviso relativo alla autorità procedente), così che non sono più i diritti del singolo a determinare le regole di svolgimento del processo penale ma le risorse di cui l'amministrazione della giustizia dispone ad individuare quali sono le facoltà difensive dell'accusato (per una sottolineatura dei passaggi che conducono a tale ribaltamento di gerarchia, dalla supremazia dei diritti dell'uomo sulla costruzione normativa al riconoscimento del diritto dell'accusato quale risultato del contingente prodotto legislativo, ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, 2001; VOGLIOTTI, *Fra fatto e diritto*, Torino, 2010, 50 ss.; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992). Sono iniziati così, a fronte della portata univoca della conclusione assunta dalle Sezioni Unite, una serie di distinguo diretti a porre nel nulla le affermazioni di principio rese dalla Cassazione: al pubblico ministero sarebbe comunque concesso porre nel nulla l'istanza difensiva purché spieghi le ragioni della sua inerzia (Cass., Sez. II, 7 luglio 2010, Russo); la richiesta del difensore, perché l'eventuale successiva inerzia del pubblico ministero possa essere sanzionata, deve essere presentata in maniera tempestiva valorizzando il dovere di lealtà che incombe alle parti del processo (Cass., Sez. VI, 24 giugno 2010, X); la richiesta di copie foniche deve essere specifica specie in caso di pluralità di indagati e di complessità di imputazioni provvisorie (Cass., Sez. VI, 24 giugno 2010, X).

Tuttavia, rispetto ad altre vicende di analoghe tenore a quella ora in esame stavolta la preoccupazione che la giurisprudenza ha mostrato in relazione agli effetti operativi delle conclusioni assunte dalla sentenza delle

Sezioni Unite ci sembra eccessiva e soprattutto immotivata e per convincersene basta considerare quale sia il diritto che le Sezioni Unite hanno riconosciuto al difensore quando un provvedimento cautelare si fondi sulla prova per intercettazione e quali siano gli adempimenti cui il pubblico ministero è effettivamente tenuto in tali ipotesi.

Muovendo dalla decisione della Corte costituzionale, la Cassazione ha affermato che il diritto di accesso alla traccia fonica – che può essere esercitato solo dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza cautelare, ma non deve essere esercitato necessariamente prima della richiesta di riesame ex art. 309 c.p.p. – è riconosciuto al difensore dell'imputato e che il rilascio della copia compete esclusivamente al pubblico ministero – e non, come pure affermato da alcune pronunce della stessa cassazione, al giudice che ha applicato la misura –, il quale “deve provvedere, secondo scadenze temporali (in mancanza di un termine entro cui la richiesta debba essere evasa) finalizzate all'esercizio effettivo del diritto di difesa esercitato, cioè in tempo utile affinché esso possa essere esercitato nel procedimento incidentale *de libertate*”; solo ove il Pubblico ministero ritenga – per la complessità delle operazioni di duplicazione delle intercettazioni – di non poter effettuare il rilascio tempestivo della copia richiesta dal difensore, si prospetta un «suo onere di congrua motivazione che dia conto di tale impossibilità» e tale provvedimento reiettivo risulterà sindacabile dal giudice, che tuttavia deve decidere alla stregua degli atti trasmessi nei termini di legge. Se questi sono gli incombenti che gravano sull'ufficio di Procura davvero non si comprende quali siano le difficoltà che si frappongono ad una loro osservanza. Ovvio, se si ipotizza che il pubblico ministero chieda e poi esegua la misura cautelare attendendo inerte la richiesta della difesa di ottenere copia della traccia fonica delle conversazioni poste a base del provvedimento coercitivo, il soddisfacimento di tale istanza potrà essere effettivamente difficoltoso: basta che dopo l'esecuzione del provvedimento di cattura

la richiesta formuli istanza di riesame e dopo pochi giorni inoltri richiesta della documentazione in parola, perché l'organo inquirente si trovi in deciso affanno nell'adempire all'istanza entro i brevi termini richiamati dall'art. 309 c.p.p. Nulla obbliga però il pubblico ministero ad attivarsi nelle indispensabili operazioni di copia solo quando riceve in tal senso una sollecitazione della difesa, posto che l'organo inquirente potrà procedere ad effettuare quanto necessario addirittura ben prima che l'accusato sappia minimamente dell'esistenza di indagini nei suoi confronti: detto altrimenti, l'ufficio di Procura può procedere alla preparazione del materiale fonico che la difesa potrebbe in futuro richiedere prima di procedere all'esecuzione del provvedimento cautelare o addirittura nel corso delle indagini preliminari, man mano che le intercettazioni vanno avanti ed in previsione della presentazione della richiesta cautelare con conseguente necessità di consegnare copia della documentazione fonica alla difesa.

Anzi, a dire il vero, a prescindere da ogni considerazione circa il soddisfacimento di eventuali istanze difensive presentate più avanti, ci sembra che questa sia la metodologia investigativa – o meglio di organizzazione delle acquisizioni probatorie che l'accusa viene man mano accumulando nel corso delle indagini preliminari – più corretta, sola idonea ad evitare che al momento di esercitare le sue prerogative (siano esse l'esercizio dell'azione penale o la formulazione di una istanza cautelare) il pubblico ministero si trovi innanzi ad una massa informe di dati cognitivi, privi di ogni ordine ed indice.

In conclusione, per quanto riguarda le difficoltà che dalla decisione Lasala maturerebbero in capo agli uffici di Procura, ci pare proprio di poter dire “tanto rumor per nulla”: basta che il pubblico ministero si attivi e predisponga le copie prima ed a prescindere della relativa istanza della difesa perché ogni inconveniente venga superato senza che possano essere di ostacolo in tal senso il numero degli indagati e la quantità delle conversazioni ascoltate. In particolare, in tali casi – quando cioè il procedimento si presenta particolarmente comples-

so per la pluralità di accusati e la vastità delle indagini – non sarebbe neppure necessario che l'ufficio inquirente operi autonomamente una selezione delle conversazioni rilevanti, consegnando a ciascun indagato solo quelle che lo riguardano; il pubblico ministero, in sostanza, potrebbe predisporre tante copie di tutte le conversazioni intercettate nel corso del procedimento – per la cui raccolta dovrebbe bastare un paio di DVD (salvo il caso di intercettazioni a tappeto, di durata indiscriminata, ma allora qui si apre tutt'altro fronte problematico!) – quanti sono i soggetti attinti da misura cautelare e sarebbe così pronto ad effettuare la consegna a richiesta della difesa: sarebbe poi quest'ultima a dover individuare le conversazioni rilevanti per la sua posizione e da sottoporre eventualmente ad autonomo ascolto per contestare la fondatezza delle conclusioni accolte dal giudice della cautela.

4. Queste ultime osservazioni offrono il destro per una ulteriore riflessione – che ci pare, questa sì, assai necessaria – relativa all'effettivo contenuto del diritto del difensore all'ascolto diretto delle conversazioni intercettate e poste a base del provvedimento cautelare contro cui si agisce in sede di riesame.

Tanto le Sezioni Unite – sia pur *incidenter tantum* – che, in maniera assai più netta, altre successive decisioni (è il caso di Cass., Sez. VI, 24 giugno 2010, X, citata), hanno sostenuto che il diritto della difesa di acquisizione della copia delle intercettazioni riguarderebbe soltanto le conversazioni i cui esiti siano stati posti a fondamento della misura cautelare del singolo accusato e non quelle che ineriscano le posizioni di altri coimputati. In particolare, secondo questa impostazione, sulla parte privata grava “un onere di specificità, specialmente nel caso di pluralità di sottoposti alle indagini e di pluralità e complessità di imputazioni provvisorie, [posto che] il diritto di copia si esercita solo nei confronti delle conversazioni che riguardano la propria posizione procedimentale (ancorché possano rilevare tutte quelle fra altri soggetti che tuttavia hanno un'implicazione diretta o indiretta sul singolo)”.

Il punto è delicato e non consente soluzioni

così radicali ed ultimative. Che la difesa abbia diritto a consultare solo atti probatori – ed in specie conversazioni captate – che riguardano la posizione del singolo assistito pare scontato, ma il problema è proprio quello di definire quando il contenuto di una intercettazione sia irrilevante rispetto alla posizione di un determinato accusato. È chiaro, infatti, che non è sufficiente a risolvere tale dubbio la circostanza che alla conversazione ascoltata dagli investigatori partecipi o meno il singolo accusato colpito da misura cautelare e della cui colpevolezza si discute: se può ritenersi che ogni qualvolta l'inquisito sia protagonista di un colloquio tale conversazione sia rilevante nello sviluppo delle indagini e di conseguenza la difesa abbia diritto a procedere ad un ascolto diretto della stessa, non è certo corretta la reciproca – ovvero che quando la conversazione non veda fra i partecipanti il singolo accusato, quest'ultimo non vanta alcun interesse sulla relativa intercettazione. Si immagini che Caio sia accusato quale mandante dell'omicidio di Tizio commesso da Sempronio e la prova sia rappresentata da una conversazione fra Caio e Sempronio in cui si accordavano sulle modalità e sul compenso da riconoscere a Sempronio quale corrispettivo del delitto: chi potrebbe sostenere l'irrelevanza, per la posizione di Caio, di una conversazione fra altri due soggetti, X ed Y, i quali commentino la circostanza che Sempronio avesse dichiarato a più riprese di non aver il coraggio di commettere l'omicidio e di voler lasciare in vita la vittima?

Il problema – non pienamente considerato dalla giurisprudenza – è che la prova a mezzo delle intercettazioni è quella a più alto tasso di plurisignificanza semantica già in sede di prima interpretazione, perché per la sua valutazione non è sufficiente – ed anzi a volte è fuorviante – il riferimento al significato delle singole parole utilizzate, dovendosi valutare il contesto in cui le singole espressioni lessicali sono utilizzate. Se un sequestro di una sostanza stupefacente, pur lasciando aperto il problema relativo a quale possibile soggetto riferire il possesso della

droga, è indice inequivocabile del rinvenimento della sostanza in chimica in un determinato luogo, in una certa ora ed in determinate condizioni, molto più equivoca è l'individuazione del significato dell'espressione "ho trovato la roba dove mi avevi detto" pronunciata da un soggetto nel corso di una conversazione ascoltata dagli investigatori: come concludere che si sta trattando di una cessione di stupefacente se non si inserisce la conversazione in un più ampio quadro indiziario?

Per comprendere quando si va dicendo può essere utile richiamare la teoria semantica del significato di Gottlob Frege, nel cui ambito viene riconosciuto – rispetto alle singole espressioni lessicali – il primato dell'enunciato nella ricostruzione del senso di una determinata formulazione linguistica. Secondo il filosofo tedesco, posto che il significato di una parola è ciò che occorre sapere per comprendere gli usi appropriati di quella parola all'interno di un linguaggio, considerare autonomamente una singola parola – o anche più parole – non consente in alcun modo di comprenderne il significato: "in italiano, dire semplicemente 'cane' non costituisce un uso appropriato della parola; solo se uso la parola 'cane' insieme ad altre per formare un enunciato posso dire qualcosa che voi potete comprendere; non è che la parola 'cane' non significhi nulla, è semplicemente che ciò che essa significa dipende dal modo in cui è usata nel fare enunciati" (HAPPY, *Quell'x tale che. Introduzione alla filosofia contemporanea*, Roma-Bari, 2009, 84). Ciò significa dunque che per dire cosa significa una parola o un'espressione bisogna individuare quale contributo la stessa apporti al significato di enunciati completi: "il significato di una parola o espressione è ciò che sappiamo se e solo se sappiamo come tale parola o espressione sia usata nel linguaggio [e] dato il primato dell'enunciato, ciò significa che il significato di una parola o espressione P è ciò che sappiamo se e solo se comprendiamo in che modo P contribuisce al significato dell'enunciato che la contiene" [FREGE, *Senso e significato*, in ID., *Senso, funzione e concetto. Scrit-*

ti filosofici, a cura di Penco-Picardi, trad. it. di Picardi, Roma-Bari, 2007, 35. Per approfondimenti DUMMETT, *Filosofia del linguaggio. Saggio su Frege*, trad. it. di Penco, Casale Monferrato, 1983; VASSALLO (a cura di), *La filosofia di Gottlob Frege*, Milano, 2003; PENCO, *Frege*, Bari, 2010].

Trasportando queste riflessioni sul tema che ci interessa, ne discende evidentemente che in maniera assolutamente frequente la ricostruzione della responsabilità o dell'estraneità dell'accusato rispetto al fatto delittuoso attribuitogli dipenderà, con riferimento alla prova per intercettazione, dalla lettura (e dall'ascolto) di una pluralità di conversazioni, alcune delle quali apparentemente non riferibili al singolo imputato della cui posizione si discute. Ritornando agli esempi precedenti, la valenza della conversazione fra Caio, il mandante dell'omicidio, e Sempronio, il presunto esecutore, è assai minore se altre intercettazioni che coinvolgono soggetti terzi dimostrassero l'assoluta inaffidabilità di Sempronio, considerato nell'ambiente criminale di riferimento un inoffensivo megalomane; del pari, ben diversa viene ad essere l'individuazione del referente semantico dell'espressione "roba" quando questa parola sia utilizzata da soggetti analfabeti, privi di un articolato vocabolario e che quindi finiscono inevitabilmente per utilizzare con continuità nei loro dialoghi la parola "roba" per indicare qualsivoglia oggetto non conoscendo vocaboli più appropriati.

5. Concludendo sul punto, dunque, quando vi sia stata impugnazione *de libertate* di un provvedimento coercitivo fondato in tutto o in parte su intercettazioni, nessun dubbio sussiste circa il diritto della difesa di ricevere copia della traccia fonica delle conversazioni interessanti la posizione del singolo assistito e (praticamente) nessuna giustificazione può addurre il pubblico ministero in caso di mancata ottemperanza alla richiesta difensiva – considerato che, come si è visto, il soddisfacimento del relativo diritto si presenta assolutamente agevole. Peraltro, va ribadito che non può essere opposta al difensore che richiede copia della traccia fonica la irrile-

vanza della conversazione in relazione alla posizione del proprio assistito e ciò in quanto la difesa ha il diritto di “rileggere” e valutare il significato delle intercettazioni che l'accusa ha posto a fondamento del provvedimento cautelare alla luce del contenuto di tutte le conversazioni captate in sede di indagine allo scopo di proporre una ricostruzione dei fatti diversa da quella accolta nell'ordinanza coercitiva: ogni singola difesa, lo si ribadisce, ha diritto non solo al controllo del contenuto delle intercettazioni che riguardano direttamente il proprio assistito, ma anche al controllo circa l'effettivo significato delle conversazioni captate e per questa ulteriore valutazione può essere necessario il confronto con il contenuto di tutti gli altri intercettati in sede di indagine.

6. Quanto ai vizi che possono derivare dall'inerzia del pubblico ministero, il quale ometta di provvedere alla soddisfazione della richiesta del difensore, la giurisprudenza costantemente sostiene che in tale ipotesi si verifica una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'articolo 178, lettera c) c.p.p., soggetta in quanto tale al regime, alla deducibilità e alle sanatorie di cui agli articoli 180, 182 e 183 c.p.p.

In realtà tale conclusione non pare corretta. Come evidenziato anche in sede di primo commento alla più volte citata decisione delle Sezioni Unite, “la nullità processuale – intesa come non conformità dell'atto alla fattispecie legale tipica – segnala la patologia di un elemento intraneo alla fattispecie genetica dell'atto stesso[, mentre] nel caso di specie l'effetto distorsivo non attiene al provvedimento impositivo della cautela e neppure afferisce, in sé, alle captazioni foniche effettuate” (GAETA, *Le Sezioni Unite*, cit., 65); di contro, il vizio riscontrabile nella vicenda in esame riguarda invece un elemento esterno alla sequenza procedimentale dell'incidente cautelare, avendo il comportamento omissivo dell'organo dell'accusa – benché successivo al perfezionamento dell'atto della cautela – limitato illegittimamente il diritto alla difesa dell'indagato. A nostro parere, dunque, nel caso di specie non è dato di riscontrarsi

alcuna ipotesi di nullità dell'atto impositivo della cautela – che non perde, per la sola condotta negligente del pubblico ministero, efficacia, giacché «la revoca e la perdita di efficacia della misura conseguono solo nelle ipotesi espressamente previste dalla legge», nel caso dagli articoli 299, 300, 301, 302, 303 e 309, comma 10°, c.p.p. –, quanto piuttosto deve riconoscersi che il dato epistemologico rappresentato dal contenuto delle conversazioni captate come riportato nel documento cartaceo prodotto dal pubblico ministero perda valenza probatoria: è la stessa decisione delle Sezioni Unite, contraddicendo quanto sostenuto in precedenza circa l'ipotesi di nullità riscontrabile nel caso di specie, a riconoscere che, se ritualmente dedotto dalla difesa e ritenuto dal giudice del riesame, il mancato adempimento da parte del pubblico ministero dell'obbligo di consegnare al difensore copia della traccia fonica impedisce al tribunale della libertà di «fondare la sua decisione» sul dato di giudizio scaturente dal contenuto delle intercettazioni che è veicolato in forma cartacea nell'ordinanza cautelare e di cui non sia riscontrata l'effettiva conformità alla traccia fonica.

In sostanza, il diniego di accesso, per il difensore, alla verifica della traccia fonica incide sul regime di utilizzabilità del singolo dato intercettativo per cui il giudice del riesame non potrà fondare in via esclusiva su tale dato la decisione, perché esso è privo di «definitività probatoria» fino alla verifica di conformità da parte della difesa: si è in presenza di null'altro che un divieto probatorio, alla cui violazione il sistema risponde tradizionalmente con la sanzione tipica delle prove, cioè l'inutilizzabilità. Vien da ribadire: anche sotto questo profilo nessuna sconvolgente innovazione.

7. Ben più radicale sarebbe stata la posizione delle Sezioni Unite ove esse – come ci pare sia pur sommamente suggerito da altri in questa sede (si veda il contributo di GAITO, *Intercettazioni telefoniche e tutela sostanziale della difesa*) – avessero concluso nel senso che la mancata trasmissione al tribunale del riesame delle tracce audio al cui ascolto i

difensori hanno chiesto di procedere fosse circostanza incidente sulla perdurante esecuzione della misura cautelare in atto ai sensi dell'art. 309, commi 5° e 10°, c.p.p. Si vuol dire cioè che in luogo della ricostruzione operata dalla sentenza Lasala – secondo la quale, lo si ribadisce, in caso di diniego di accesso per il difensore alla verifica della traccia fonica “il giudice del riesame non potrà utilizzare quel dato nel procedere alla valutazione della prova ... e dovrà semmai procedere alla cosiddetta prova di resistenza e valutare, cioè, se quel dato non assuma rilevanza decisiva nel contesto della intera evidenza procedimentale rinvenibile, che gli consenta di egualmente esprimere il suo conclusivo divisamento riguardo alla sussistenza del richiesto grave quadro indiziario” – si potrebbe sostenere (e si tratterebbe di conclusione decisamente più radicale) che “i *file* audio, dal preciso momento che l'interessato formalmente esercita il diritto alla verifica integrale (anche audio) lamentando una distorsione fra quanto ascoltato e quanto verbalizzato vanno trattati alla stregua di atti favorevoli sopravvenuti”, con la conseguenza che la loro mancata trasmissione al tribunale del riesame nei termini indicati dal comma 5° dell'art. 309 c.p.p. determinerebbe l'inefficacia sopravvenuta della misura cautelare da dichiararsi ai sensi del comma 10° della medesima disposizione.

L'apparente punto debole di tale ultima ricostruzione sembra risiedere nella qualificazione dei *files* audio – il cui contenuto dovrebbe anzi rappresentare elemento centrale nella ricostruzione del quadro accusatorio – quali atti favorevoli sopravvenuti ed in relazione ai quali sussiste l'obbligo di trasmissione sanzionato ai sensi del citato comma 10° con conseguente perdita di efficacia del provvedimento coercitivo in caso di inadempimento da parte del pubblico ministero: ci si potrebbe infatti chiedere perché l'istanza del difensore di procedere all'ascolto delle conversazioni il cui contenuto è conosciuto solo a mezzo delle trascrizioni sommarie operate dalla polizia giudiziaria sia idoneo a determinare una palingenesi di tale dato pro-

batorio, che da elemento cognitivo dell'accusa diventa un dato favorevole all'imputato. Chi formula questa obiezione tuttavia non considera, da un lato, quelli che sono gli approcci della giurisprudenza in tema di nozione di “atti favorevoli” di cui al comma 5° dell'art. 309 c.p.p., e dall'altro, gli specifici caratteri della prova per intercettazioni – cui si è fatto cenno in precedenza al punto 4.

Quanto al primo profilo, più volte la cassazione ha precisato che “gli elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini che vanno trasmessi al Tribunale del riesame comprendono anche gli elementi preesistenti ma non conosciuti, né autonomamente producibili dalle parti” (Cass., Sez. I, 13 maggio 2010, C., in *Mass. Uff.*, 247465), purché si tratti di “atti, documenti o risultanze che siano stati acquisiti per effetto dell'attività investigativa svolta dal pubblico ministero e di cui la difesa non abbia l'immediata disponibilità” (Cass., Sez. I, 25 febbraio 2010, Sabbadin, in *Mass. Uff.*, 246785): alla luce di tali conclusioni, dunque, nulla osta alla possibilità di configurare le intercettazioni – o meglio il loro contenuto – quale elemento favorevole alla posizione dell'accusato.

Rimane a questo punto da replicare alla seconda parte dell'obiezione, ovvero – ammesso che anche la prova per intercettazione possa rivestire un contenuto elemento favorevole alla difesa – per quale ragione il dato accusatorio rappresentato dalla trascrizione della conversazione operata dalle forze dell'ordine muterebbe la sua natura quando il difensore chiede che si proceda all'ascolto delle conversazioni intercettate direttamente in sede di giudizio di riesame.

Tale osservazione è però fondata solo con riferimento all'ipotesi in cui la difesa si limiti a contestare la difformità fra il contenuto delle conversazioni e le relative annotazioni della polizia giudiziaria: in questo caso, effettivamente, “la richiesta difensiva di accesso [ai *files* audio ha il solo effetto di] privare quel dato di definitiva valenza probatoria, nella sua presunzione assoluta di conformità, che rimane non verificata prima che si dia

ingresso e concreta attuazione alla espressa richiesta della parte in tale senso formulata; in sede di riesame il dato assume tale connotazione di definitività probatoria solo quando la parte sia stata posta in condizione di verificare quella conformità, esercitando il richiesto diritto di accesso” (Cass., Sez. Un., 22 aprile 2010, Lasala, cit.). Nel caso di specie, dunque, quando il difensore chiede di solo ascoltare le conversazioni il cui contenuto è stato trascritto dalla polizia giudiziaria ed è stato poi posto a fondamento del provvedimento coercitivo, eventuali inadempimenti del pubblico ministero incidono sulla mera utilizzabilità di tale elemento probatorio, con la conseguenza che il tribunale *de libertate* deve decidere sulla sussistenza del quadro indiziario prescindendo dagli elementi ricavabili dalla captazione delle conversazioni.

Absolutamente diversa invece deve essere la conclusione quando la difesa chieda si proceda al deposito di *files* audio relativi a conversazioni – pur intercettate in sede di indagini, ma – non fatte oggetto di trascrizione e quindi non considerate in sede di adozione del provvedimento cautelare. In tale ipotesi infatti ritornano di attualità le considerazioni svolte in precedenza – cfr. punto 4 – circa la problematica attribuzione di significato alla prova a mezzo di intercettazioni una volta considerato che il senso ed il riferimento delle singole parole utilizzate nel corso delle conversazioni non è mai univoco ma dipende dal contesto in cui le singole espressioni lessicali sono state utilizzate – laddove con la formula linguistica “contesto” si intende far riferimento non solo all’intera conversazione in cui la frase è pronunciata, ma anche, esemplificativamente, al contenuto di altre conversazioni cui l’imputato ha partecipato, al contenuto di conversazioni cui l’imputato non ha partecipato ma che comunque lo riguardavano, alla sequenza temporale delle conversazioni ecc. Quando dunque la difesa contesti l’attribuzione di significato che la pubblica accusa ha operato con riferimento ad una conversazione intercettata ed all’uopo, onde consentire una ricostruzione del

senso del dialogo fra le parti diversa da quella presentata nel provvedimento cautelare, chieda si proceda all’audizione di ulteriori conversazioni, la mancata soddisfazione di tale istanza – *sub specie* di mancato invio al tribunale del riesame dei *files* audio riproduttori le conversazioni cui la difesa intendeva riferirsi – si traduce in una omessa trasmissione di atti favorevoli all’imputato sanzionata con la perdita di efficacia della misura.

Non ci pare si tratti di una conclusione eccessiva nelle sue conseguenze pratiche ed operative. È evidente infatti che la sanzione dell’inefficacia del provvedimento coercitivo non potrà essere applicata ogni qualvolta la difesa genericamente richieda che l’accusa provveda alla trasmissione in sede di riesame di tutte le conversazioni intercettate in sede di indagini – siano esse state trascritte o meno dalla polizia giudiziaria –, senza però specificare la rilevanza difensiva di alcuno di tali colloqui ma limitandosi a prospettare la necessità di interpretare gli elementi probatori posti a base della misura cautelare alla luce delle plurime conversazioni ascoltate durante le investigazioni. Piuttosto, conformemente alle indicazioni che in proposito ha più volte fornito la giurisprudenza, deve ritenersi che “il comma 5° dell’art. 309 c.p.p. circoscrive l’obbligo di trasmissione ai soli elementi di segno favorevole per il ricorrente e grava su quest’ultimo l’onere di dimostrare in dettaglio, avanti al tribunale del riesame, il senso favorevole degli elementi contenuti negli atti non trasmessi” (Cass., Sez. VI, 28 marzo 2003, Randazzo, in *Mass. Uff.*, 225451; Cass., Sez. III, 9 ottobre 2002, Omozogie, in *Mass. Uff.*, 225402); sarà quindi onere del difensore dimostrare come la portata accusatoria del contenuto di una conversazione richiamata nel provvedimento cautelare impugnato possa essere scardinato o comunque fortemente ridimensionato alla luce di altri colloqui parimenti ascoltati nel corso delle fasi investigative e di cui si chiede l’audizione in sede di ricorso *de libertate*: quando però tale istanza sia avanzata e tale obbligo di indicazione analitica delle conversazioni rilevanti per la posizione difensiva sia stato

adempito, la condotta di inerzia del pubblico ministero non potrà essere colpita dalla sola sanzione dell'inutilizzabilità di alcuni

elementi probatori ma determinerà l'inefficacia del provvedimento impugnato ai sensi dei citati commi 5° e 10° dell'art. 309 c.p.p.

I rimedi a tutela dell'effettività del diritto di difesa

di *Filippo Giunchedi*

1. Questione (apparentemente) sommersa prima della pronuncia costituzionale n. 336 del 2008 quella della *discovery* degli originali dei *files* audio costituenti la fonte autentica della prova per intercettazioni.

Sulla scorta dell'*obiter dictum* della Consulta nella prassi le difese hanno incominciato, seppur timidamente, a richiedere la messa a disposizione dei supporti magnetici onde valutarne la rispondenza ai c.d. brogliacci utilizzati per legittimare il provvedimento cautelare. A onor del vero l'enunciazione del principio della Corte costituzionale secondo cui «è costituzionalmente illegittimo l'art. 268 c.p.p., nella parte in cui non prevede che dopo la notifica o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate», seppur apprezzabile a livello di garanzie, difetta, come spesso accade nelle pronunce di illegittimità costituzionale, di profili pratico-operativi, tale da renderlo *self-executing* (concorda sul punto GAETA, *Le Sezioni unite dopo l'intervento della Consulta dettano il decalogo della garanzia difensiva*, in *Guida Diritto*, 2010, 28, 79). Di talché, a fronte di una prassi refrattaria al *dictum* costituzionale, sono intervenute le Sezioni Unite che con un'articolata decisione hanno specificato che «l'illegittima compressione del diritto di difesa, derivante dal rifiuto o dall'ingiustificato ritardo del pubblico ministero nel consentire al difensore, prima del loro deposito ai sensi del comma 4 dell'art. 268 c.p.p., l'accesso alle registrazioni

di conversazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei cosiddetti brogliacci di ascolto, utilizzati ai fini dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare, dà luogo ad una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178, lett. c), c.p.p., in quanto determina un vizio nel procedimento di acquisizione della prova, che non inficia l'attività di ricerca della stessa ed il risultato probatorio, in sé considerati. Ne consegue che, qualora tale vizio sia stato ritualmente dedotto in sede di riesame ed il Tribunale non abbia potuto acquisire il relativo supporto fonico entro il termine perentorio di cui all'art. 309, comma 9, c.p.p., le suddette trascrizioni non possono essere utilizzate come prova nel giudizio de libertate» (Cass., Sez. Un., 22 aprile 2010, Lasala).

Le ricadute sul piano pratico si risolvono nella dimostrazione da parte dell'istante, nel giudizio successivamente instaurato ai sensi dell'art. 311 c.p.p., dell'efficienza causale della divergenza tra il contenuto dei brogliacci utilizzati per la richiesta da parte del P.M. e per la conseguente applicazione da parte del giudice della misura cautelare, tale da comportare una diversa interpretazione da fornire al contenuto delle captazioni. La Corte di Cassazione effettuata una valutazione in termini di resistenza dell'apparato motivazionale agli apporti gnoseologici dei contenuti dei *files* audio, dovrà annullare con rinvio per nuovo esame da parte del tribunale della libertà in ossequio alle nuove emergenze conoscitive.

Si tratta, come è evidente, di prospettive nuove che importano una diversa etica comportamentale dei soggetti processuali prota-

gonisti della parentesi cautelare a fronte di quella che è stata definita una «*inutilizzabilità pro-tempore a richiesta*» delle conversazioni [...], fino al momento in cui la difesa abbia acquisito la materiale disponibilità dei files audio richiesti» (Cass., Sez. VI, 24 giugno 2010, n. 32571, Vinci) che, in concreto, si «*atteggia come una vera inutilizzabilità probatoria*» (GAETA, *Le Sezioni unite dopo l'intervento della Consulta dettano il decalogo della garanzia difensiva*, cit., 82) nel giudizio *de libertate*. D'altronde ciò risponde a quel diritto all'effettività del diritto di difesa non nuova al nostro ordinamento e che, sempre in materia cautelare, ha portato le Sezioni Unite a ritenere affetto da nullità l'interrogatorio di garanzia della persona sottoposta a misura cautelare «*quando non sia stato preceduto dal deposito nella cancelleria del giudice, a norma dell'art. 293 c.p.p., dell'ordinanza applicativa, della richiesta del P.M. e degli atti con essa presentati [con conseguente effetto finale costituito dalla] perdita di efficacia della misura*» (Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, Vitale)

Il pubblico ministero dovrà, quindi, predisporre in tempo utile un apparato tale da poter assolvere nei ristretti tempi scanditi per il controllo *de libertate* tanto in sede di interrogatorio di garanzia quanto e soprattutto davanti al tribunale del riesame.

La difesa e l'indagato, a loro volta, non potranno più offrir credito ai sintetici riassunti contenuti nella richiesta cautelare e nella conseguente ordinanza di cattura, ma a maggior ragione sulla scorta degli effetti invalidanti dell'omessa o ritardata consegna dei supporti magnetici contenenti le conversazioni captate, non potranno più esimersi – ogni qualvolta le captazioni assumano incidenza rilevante nella definizione del quadro indiziario – dalla richiesta e dal conseguente ascolto degli stessi, tanto che le Sezioni Unite non escludono che, in caso di annullamento del provvedimento cautelare per la mancata o ritardata consegna di copia dei supporti magnetici contenenti le conversazioni captate, il P.M. possa reiterare la richiesta di cattura al g.i.p. e

questi di accoglierla (Cass., Sez. Un., 22 aprile 2010, Lasala).

I giudici – il g.i.p. dapprima ed il tribunale della libertà poi – a fronte di questo innovato meccanismo di verifica della fedeltà dei brogliacci all'effettivo contenuto delle conversazioni, oltre che alla reale interpretazione da offrire al dialogo nel suo complesso e ai toni utilizzati, non potranno più esimersi dall'ascolto in diretta delle conversazioni oggetto di contestazione e, per una visione d'assieme, anche di tutte le altre (in questa prospettiva ILLUMINATI, *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia*, in *Giur. cost.*, 2008, 3765).

Solo da uno sforzo sinergico in tal senso si potranno evitare evidenti scollature tra il piano indiziario emergente in sede cautelare rispetto a quello potenzialmente ripristinabile in sede cognitiva quando le scansioni meno repentine dovrebbero, in via di principio, consentire alla difesa di prendere cognizione dei contenuti effettivi delle conversazioni. D'altronde ciò risponderebbe agli insegnamenti di quella giurisprudenza estremamente garantista che tende a sovrapporre il quadro indiziario emergente in sede di merito con quello cautelare, ove l'unico limite è costituito dal fatto che quest'ultimo è potenzialmente mutevole per gli eventuali apporti derivanti dalla progressione delle indagini (Cass., Sez. I, 4 maggio 2005, Lo Cricchio).

2. Due pronunce della Cassazione, tendenzialmente antitetiche tra loro, offrono l'idea delle possibili perequazioni interpretative della convincente decisione a Sezioni Unite. Nella prima (Cass., Sez. VI, 24 giugno 2010, n. 32571, Vinci) i giudici di legittimità hanno effettuato un percorso motivazionale teso a delegittimare la richiesta della difesa al P.M. ogni qualvolta venga effettuata a ridosso dell'udienza di riesame (nel caso di specie due giorni). La Cassazione, in particolare, si pone il problema della «*distribuzione dell'onere di diligenza tra il pubblico ministero (autorità giudiziaria cui va rivolta la richiesta e cui compete l'adempimento) ed il difensore (unico soggetto legittimato alla richiesta)*» dando atto comunque che il diritto del difensore ad

ottenere la trasposizione su supporto sorge dal momento del deposito del provvedimento cautelare, ma che l'obbligo-dovere del P.M. di provvedervi – è questo un ulteriore aspetto chiarito dalle Sezioni Unite a fronte di qualche pronuncia che erroneamente poneva la competenza in capo al giudice che ha applicato la misura – vada temperato con la complessità delle operazioni di duplicazione delle intercettazioni. Quindi, il ristretto lasso temporale che divide il deposito dell'ordinanza cautelare e l'eventuale udienza di riesame – che non può essere rinviata pena la caducazione della misura per l'omesso rispetto dei termini decisionali di cui all'art. 309, comma 9°, c.p.p. – impone al difensore una tempestiva attivazione che costituisce un onere per vedersi riconosciuto, a fronte dell'omesso assolvimento della duplicazione o nel ritardo della consegna, il “diritto” all'annullamento dell'ordinanza di conferma dell'ordinanza impositiva della misura coercitiva da parte del tribunale della libertà per nuovo esame della regiudicanda cautelare in relazione alla prospettata decisività per incrinare il quadro indiziario da parte delle conversazioni captate ed utilizzate nell'ordinanza cautelare.

I temi introdotti dalla non condivisibile decisione aprono nuovi scenari nella prospettiva della difesa.

Suscita perplessità, innanzi tutto, che il diritto venga garantito al solo difensore e non anche a colui che viene attinto dal provvedimento cautelare, nonostante depongano in tal senso gli artt. 268, comma 6°, e 309, comma 8°, c.p.p. Non appare plausibile pensare all'esclusione dell'indagato – che è il soggetto maggiormente idoneo ad offrire un'interpretazione autentica dei colloqui captati – a causa dell'impossibilità oggettiva di recarsi fisicamente presso la segreteria della procura in quanto può profilarsi tanto la possibilità che egli deleghi persona di fiducia (come un familiare), soprattutto nell'ipotesi in cui si trovi in stato di detenzione, così come vi si rechi personalmente qualora la misura applicata non sia custodiale. Questo, peraltro, può a mag-

gior ragione verificarsi quando non sia stata effettuata una nomina difensiva fiduciaria. Allo stesso tempo non convince l'interpretazione della Cassazione secondo cui la difesa debba attivarsi immediatamente, non potendosi altrimenti – come nel caso esaminato – dolere dell'indisponibilità dei *files* posto che il breve lasso di tempo non consente nemmeno di comprendere se si tratti di diniego all'accesso o impossibilità del P.M. di adempiere nel breve lasso di tempo che divide la richiesta dall'udienza davanti al tribunale della libertà. L'argomentazione dei giudici di legittimità appare priva di pregio in quanto disancorata dalle variegate possibilità che si possono verificare, come l'avvicinarsi dei difensori e l'insorgere di una diversa impostazione difensiva o la necessità di consultare le registrazioni autentiche a seguito della lettura di tutti gli atti posti a supporto della richiesta cautelare – che molto spesso richiedono giorni e giorni per la voluminosità e quindi solo da uno studio globale può effettivamente ravvisarsi la necessità della richiesta –. Diversamente opinando si autorizzerebbe una istanza incondizionata che, però, dovrebbe scontare il limite degli oneri economici a carico dell'imputato per farsi riversare tutte le conversazioni a supporto della domanda di cattura.

Un ulteriore profilo che spesso viene trascurato è costituito dalla necessità di far elaborare da un consulente tecnico tutte le informazioni emergenti dall'ascolto della fonte originaria di prova per intercettazione. Questi, già in difficoltà a gestire l'incarico nelle ristrette cadenze del procedimento di riesame, deve redigere un elaborato nell'arco di pochi giorni.

E non si dimentichi l'importanza che spesso assume l'apporto dell'indagato nell'imbastire la linea difensiva. Se per l'imputato che non si trova *in vinculis* diviene facile questa attività di ausilio al proprio legale, non altrettanto è a dirsi quando questi si trovi ristretto in carcere essendo spesso necessario l'ascolto per ore e ore, se non addirittura giorni, ma soprattutto dovendo godere della disponibilità del direttore del carcere a consentire al

difensore di introdurre l'attrezzatura necessaria per consentire l'ascolto all'interessato. Ed è ovvio che questa possibilità viene frustrata in radice per i detenuti in regime carcerario differenziato *ex art. 41-bis ord. penit.* che possono fruire di soli tre colloqui alla settimana di un'ora ciascuno.

Analoghe problematiche si pongono nell'ipotesi in cui sia stato disposto il differimento del colloquio in quanto il maggior lasso di tempo di cui può godere il difensore per valutare e per redigere l'istanza di riesame, in concreto si rivela fallace non potendo il difensore poter interloquire con il proprio assistito, vanificandosi così il maggiore lasso di tempo a disposizione per ottenere la copia delle registrazioni delle conversazioni captate, non potendo di fatto fruire del (molto spesso) proficuo apporto ricostruttivo offerto dall'interessato.

Questi, secondo un'analisi "per pillole", i problemi che possono verificarsi in concreto per la difesa dalla mancata o ritardata consegna da parte della procura dei *files* audio non appena venga presentata richiesta (non si dimentichi che vige un diritto di copia urgente – con diritti di cancelleria triplicati – che in tal caso verrebbe vanificato). Allo stesso tempo, pur consapevoli delle difficoltà in capo alla segreteria della procura nel trasferire su supporto magnetico le registrazioni delle conversazioni captate, si ritiene che problemi organizzativi dell'autorità non possano menomare le *chances* di difesa che, stando all'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale, si concretizza «*nella possibilità di ottenere una copia della traccia fonica*» (C. cost., n. 336 del 2008). Nella decisione "Vinci" sembrano prevalere i problemi organizzativi della procura, trapelando un onere di immediata attivazione da parte della difesa, in mancanza della quale alcuna responsabilità grava sull'organo inquirente.

3. Differente è l'approccio di altra decisione della Cassazione (Cass., Sez. II, 7 luglio 2010, Russo ed altro) secondo cui ai fini dell'utilizzazione a scopi cautelari non è necessario che il P.M. produca al g.i.p. ed eventualmente al tribunale della libertà «*la relati-*

va documentazione (id est, i verbali contenenti le trascrizioni sommarie e le bobine registrate)». Questo materiale, però, costituendo elemento per esercitare il diritto di difesa deve essere ostensibile da parte del P.M. alla difesa che può richiedere copie dei verbali delle operazioni e la riproduzione delle registrazioni, tanto che il P.M. «*che non sia in grado, per la tardività della richiesta difensiva o per la complessità delle operazioni di duplicazione ovvero altri similari motivi di adempiere l'obbligo, ha l'onere di dare congrua motivazione di tale impossibilità, al fine di rendere effettivo il controllo, su di essa, del giudice della cautela*».

La pronuncia, seppur soddisfacente sul piano dell'effettività delle garanzie difensive, sorvola il problema del diniego della ritardata riproduzione dei *files* audio, in quanto a fronte di una congrua motivazione il comportamento del P.M. verrà avallato senza effetti in sede di controllo *de libertate*.

La soluzione lascia perplessi anche sulla scorta di precedenti sempre in tema di intercettazioni che sono approdati a convincenti soluzioni e che, soprattutto, tendono a vanificare le garanzie della difesa. È il caso della motivazione postuma dei decreti circa l'indisponibilità degli impianti di captazione installati nei locali della procura alla quale le Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 26 novembre 2003, Gatto) hanno offerto soluzione non soddisfacente quanto ai riflessi pratici consentendo comodi *escamotages* sul piano motivazionale, tali da eludere i principi sottesi alla decisione.

È necessario, quindi, che si trovi una soluzione volta a rendere disponibili fin dalla richiesta della difesa (e, aggiungiamo noi, della persona attinta dall'ordinanza cautelare) le copie dei verbali delle operazioni di intercettazione e delle copie foniche delle captazioni, senza che possibili problemi organizzativi dell'ufficio di procura ledano gli inderogabili diritti in capo alla difesa.

Sugeriamo, sulla scorta del *dictum* della Consulta, che il P.M. nel momento stesso in cui effettua la richiesta cautelare al giudice debba essere nelle condizioni di effettuare le

copie secondo i tempi previsti in tema di copia, predisponendo *ex ante* un apparato tale da garantire l'ostensibilità e la riproducibilità dei *files* audio. Siamo consapevoli che ciò potrebbe comportare dei costi inutili per le procure, ma sicuramente si tratta di interesse che viene in secondo piano rispetto a quello previsto dall'art. 24 Cost. Sono queste le ragioni per cui la soluzione offerta da parte della sentenza "Russo", seppur pregevole, non consente approdi sul piano pratico lasciando irrisolta la questione ed offrendo solo la soluzione ai pubblici ministeri per inibire l'ascolto o la copia dei *files* contenenti le registrazioni.

Altro profilo, apparentemente di natura pratica, è quello che attiene alla possibilità di operare l'ascolto nell'udienza *de libertate*, laddove, superato il problema della conciliabilità dei tempi legati alla praticabilità di tale soluzione con le cadenze repentine del procedimento di riesame, emerge quello tecnico attinente la predisposizione dell'attrezzatura, menomando così gli imputati meno abbienti. Ed allora non appare peregrina la soluzione offerta da chi suggerisce che «*i termini per la pronuncia da parte del tribunale del riesame possano essere dichiarati sospesi da parte dello stesso organo, in relazione alla documentata istanza del difensore non evasa dal P.M. e fino all'utile risultato del potere officioso di acquisizione da parte del tribunale*» (GAETA, *Le Sezioni unite dopo l'intervento della Consulta dettano il decalogo della garanzia difensiva*, cit., 83). Soluzione a nostro avviso praticabile previo consenso dell'indagato a protrarre oltre le cadenze di cui all'art. 309, comma 9°, c.p.p. la misura cautelare.

4. Sarebbe restrittivo considerare l'incidenza dell'omessa o ritardata ostensione dei supporti magnetici e dei brogliacci di ascolto al solo procedimento cautelare in quanto la questione affiora prepotentemente nel giudizio immediato c.d. custodiale ove è prassi in talune procure di non depositare i *files* audio ed i verbali delle operazioni in nome della segretezza, chiedendo l'autorizzazione al ritardato deposito.

La questione va inquadrata in una duplice prospettiva. La prima attiene al presupposto

per procedere al rito previsto dall'art. 453, comma 1 *bis*, c.p.p. che ai sensi del successivo comma 1 *ter*, legittima il P.M. a questa opzione solo se è stato definito il «*procedimento di cui all'art. 309, ovvero dopo il decorso dei termini per la proposizione del riesame*». Tralasciando gli aspetti relativi alla praticabilità di una soluzione che esautorata le conseguenze derivanti dall'eventuale controllo di legittimità, stando al *trend* seguito in giurisprudenza, la conferma dell'ordinanza di custodia cautelare assurge a vera e propria condizione del procedere che nell'ipotesi di vizio relativo alla possibilità di accedere alle registrazioni delle comunicazioni intercettate poste alla base del provvedimento coercitivo, pur attenendo alla procedura di controllo del titolo cautelare, mina *funditus* l'ortodosso esercizio dell'azione penale.

Ci si trova, inoltre, di fronte ad un paradosso costituito dal fatto che il presupposto legittimante la domanda di processo nelle forme di cui all'art. 453, comma 1 *bis*, c.p.p. si fonda sui gravi indizi di colpevolezza fondati su un *dossier* cautelare potenzialmente diverso rispetto a quello del fascicolo di indagine. E ciò vale a maggior ragione qualora la decisione cautelare su cui si fondano i gravi indizi di colpevolezza non consideri le conversazioni "originali" che, come visto, potrebbero offrire una diversa chiave di lettura (in termini più generali ANTONUCCI, *Tipologie atipiche di giudizio direttissimo e immediato*, in *La giustizia penale differenziata*, I, coord. da Giunchedi, Torino, 2010, 897; REYNAUD, *Le modifiche al codice di procedura penale*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di Amato-Santoriello, Torino, 2009, 29; VALENTINI E., *La poliedrica identità del nuovo giudizio immediato*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di Mazza-Viganò, Torino, 2008, 124).

Il secondo aspetto che merita di essere sottolineato è legato al diritto di difesa sia nell'ipotesi di giudizio che prosegue nelle forme ordinarie che nell'ipotesi di opzione per i riti alternativi, ove deve considerarsi il breve lasso di tempo che consente ad imputato e difensori di valutare il *dossier* di indagine nella sua interezza per la mancata o ritardata ri-

produzione dei *files* audio e dei verbali di ascolto che privano il difensore degli strumenti indefettibili per valutare l'effettiva consistenza della prova per intercettazioni.

Palese, quindi, anche da questa angolatura la lesione del diritto di difesa che solo l'immediata disponibilità dei supporti magnetici e dei brogliacci consente di superare.

La prova per intercettazione tra resistenze della prassi e diritto assoluto della difesa alla conoscenza degli atti

di *Daniele Cenci*

1. – Le sentenze n. 32751 del 24 giugno – 1° settembre 2010, est. Citterio, della sesta sezione della Corte di Cassazione e n. 32490 del 7 luglio – 30 agosto 2010, est. Fumu, della seconda sezione sono, a quanto risulta, le prime occasioni in cui il giudice di legittimità fa concreta applicazione di uno dei principi-cardine posti dalle Sezioni Unite nella nota sentenza n. 20300 del 22 aprile – 27 maggio 2010, est. Marzano (in *Guida Diritto*, 2010, n. 28, 61, con motivazione e nota, dal significativo titolo, di GAETA P., *Le Sezioni Unite dopo l'intervento della Consulta dettano il decalogo della garanzia difensiva*).

Proseguendo nell'*iter* logico tracciato dalle Sezioni Unite (cfr., in particolare, i punti dal n. 7.0 al n. 7.13 della motivazione della sentenza di Cass., Sez. Un., 22 aprile – 27 maggio 2010, n. 20300, est. Marzano, cit.), con particolare riferimento al ritenuto onere difensivo di chiedere tempestivamente copia delle registrazioni delle intercettazioni poste a fondamento di una richiesta cautelare, poi accolta, onere il cui assolvimento è ricostruito come sindacabile (così come è sindacabile, secondo le Sezioni Unite, il rifiuto, espresso o per *facta concludentia*, del P.M. di mettere a disposizione della Difesa le registrazioni delle conversazioni intercettate trasmesse insieme alla richiesta), in un caso –cioè nella decisione n. 32571/2010 – la Corte ha respinto il ricorso, nell'altro –cioè nella decisione n. 32490/2010 – la Corte l'ha accolto.

2. – Partendo da quest'ultima, la questione

decisa nella sentenza della seconda sezione penale, n. 32490 del 7 luglio – 30 agosto 2010, est. Fumu, si incentra su ricorso difensivo avverso decisione del tribunale per il riesame che, nel confermare ordinanza impositiva di misura cautelare, aveva disatteso specifica eccezione incentrata sulla mancata ostensione e riproduzione in favore della Difesa delle registrazioni di conversazioni intercettate. Dalla motivazione (cfr., in particolare, il punto n. 2 della motivazione della sentenza di Cass., Sez. II, 7 luglio – 30 agosto 2010, n. 32490, est. Fumu, cit.) di tale sentenza della Corte di legittimità si ricava agevolmente in punto di fatto: che la Difesa aveva chiesto copia fonica delle intercettazioni; che il P.M. non aveva rilasciato quanto richiesto, senza spiegare alcunché; che alcuna duplicazione era stata trasmessa al giudice del riesame; che il tribunale della libertà, nel confermare la ordinanza del g.i.p., aveva – tra l'altro – argomentato circa la ritenuta intemperività della richiesta dell'avvocato volta ad ottenere le duplicazioni dei supporti su cui sono incise le registrazioni.

La cassazione ha annullato con rinvio la decisione del collegio, espressamente richiamando in motivazione le Sezioni Unite n. 20300/2010, con specifico riferimento al profilo del ritenuto onere difensivo di chiedere tempestivamente copia delle registrazioni delle intercettazioni poste a fondamento della richiesta, accolta, di emissione di provvedimento cautelare: perno della motivazione è nel rilievo che «non risulta che nella specie il pubblico ministero inadempiente ab-

bia motivato alcunché in relazione al mancato rilascio della copia fonica domandata dalla difesa; né a motivare circa la tempestività o meno della richiesta era chiamato il tribunale, al quale spettava solo il controllo sulla congruità della giustificazione dell'omissione eventualmente fornita dal titolare delle indagini» (così il punto n. 2.II della motivazione della sentenza di Cass., Sez. II, 7 luglio – 30 agosto 2010, n. 32490, est. Fumu, cit.).

3. – Il sindacato sulla congruità, impossibile da effettuarsi, come si è visto, nel caso che precede, poiché il rifiuto del P.M. di rendere disponibili alla Difesa le registrazioni non era provvedimento ma coincideva con un comportamento omissivo, viene invece svolto sia dal giudice del riesame sia dalla cassazione nella ulteriore vicenda affrontata nella sentenza della sesta sezione penale n. 32751 del 24 giugno – 1° settembre 2010, est. Citterio, con specifico oggetto però la tempestività della istanza difensiva di copia.

Andando al cuore della decisione, la Corte di legittimità ha ritenuto intempestiva, in quanto tardiva, la richiesta avanzata dall'avvocato a due giorni dalla camera di consiglio del tribunale per il riesame (cfr. punto n. 3.1 della motivazione della sentenza di Cass., Sez. VI, 24 giugno – 1° settembre 2010, n. 32751, est. Citterio, cit.): ha stimato, cioè, in buona sostanza, incongruo il termine di circa quarantotto ore e, pertanto, ha rigettato il ricorso difensivo.

3.1. – Sia consentito – si anticipa qui il proprio sommo punto di vista – dissentire da tale ultima decisione, della cui fragilità è indice la ripetizione in motivazione, per due volte in nove righe, del concetto che la richiesta sarebbe “oggettivamente” tardiva, almeno così come in concreto avanzata, sia sotto il profilo di una organizzazione, anche ipoteticamente, ottimale dell'ufficio di Procura tenuto ad evadere la richiesta, sia sotto il profilo della effettività del diritto di difesa in breve termine nel caso concreto, in cui la complessità della situazione (che la Corte, pur consapevole che si tratta di aspetto devoluto al giudice di merito, deduce del contenuto articolato e corposo dei motivi ag-

giunti) avrebbe, ad avviso della cassazione, imposto un'istanza meno prossima all'udienza camerale del tribunale per il riesame.

Di “oggettivo”, contrariamente a quanto ritenuto dalla S.C., nella vicenda esaminata vi è davvero ben poco.

Poco, perché far dipendere, come ritiene la cassazione, la “tenuta” o meno di una misura cautelare dalla verifica, in concreto, dell'esatto adempimento dell'onere di diligenza, distribuito «tra il pubblico ministero (autorità giudiziaria cui va rivolta la richiesta e cui compete l'adempimento) ed il difensore (unico soggetto legittimato alla richiesta), in relazione al tema della tempestività della richiesta medesima in relazione all'udienza del tribunale per il riesame» (così al punto n. 3.1 della motivazione della sentenza di Cass., Sez. VI, 24 giugno – 1° settembre 2010, n. 32751, est. Citterio, cit.) è, in realtà, quanto di meno oggettivo si possa ipotizzare. Lo sforzo motivazionale della sesta sezione, a ben vedere, pur appellandosi alla lettera, tradisce il senso profondo della pregevole ricostruzione operata dalle sezioni unite, ad avviso delle quali, attraverso un percorso argomentativo particolarmente paziente, puntuale e profondo, il tema della “prova per intercettazioni” in fase cautelare è incentrato sui seguenti essenziali principi: sussiste un onere di tempestiva richiesta da parte del Difensore rispetto alle cadenze processuali, con particolare riferimento all'art. 309 c.p.p.; si sottolinea, «sotto il profilo organizzativo, l'opportunità che il pubblico ministero, al momento di formulare la richiesta del provvedimento cautelare, si attrezzi anche preventivamente e per tempo per essere in grado di ottemperare tempestivamente al nuovo obbligo imposto dalla sentenza della Corte costituzionale» n. 336 del 2008 (C. cost., sen. 10 ottobre 2008, n. 336, in Cass. pen., 2009, 861, con motivazione e nota di A. CORBO, *Il diritto di conoscere il contenuto integrale delle intercettazioni impiegate per un provvedimento cautelare personale*); inoltre, «tenuto conto della complessità o meno delle operazioni di duplicazione delle intercettazioni (poche o moltissime; facilmente estrapolabili o meno; ecc.) [...], ove il pubblico

ministero ritenga che le copie [delle registrazioni, telefoniche o ambientali] richieste non possano, per tali o similari motivi, essere rilasciate tempestivamente, si prospetta al riguardo un suo onere di congrua motivazione che dia conto di tale impossibilità, sulla stessa, poi, dovendosi esercitare il controllo del giudice della cautela, solo alla stregua di tali rappresentate prospettazioni, non avendo quest'ultimo la disponibilità dell'intero compendio delle attività captative» (così, ai punti contraddistinti dal n. 7, la motivazione di Cass., Sez. Un., 22 aprile – 27 maggio 2010, n. 20300, est. Marzano, cit.); ne consegue che la richiesta, semplicemente inevasa oppure disattesa, potrà essere oggetto di sindacato da parte del tribunale per il riesame; ove il tribunale in sede di impugnazione ex art. 309 c.p.p. ritenga incongruo il rifiuto opposto dal P.M., non potrà tenere conto delle intercettazioni il cui contenuto la Difesa non sia stata posta in grado di ascoltare; il tribunale della libertà dovrà, conseguentemente, procedere alla cosiddetta prova di resistenza delle residue fonti di prova, per verificare se la ordinanza debba essere confermata, previa esclusione, perché inutilizzabile (inutilizzabilità discendente da nullità verificatasi nel procedimento per l'acquisizione della prova, come spiegato al punto n. 7.11 della motivazione della sentenza di Cass., Sez. Un., 22 aprile – 27 maggio 2010, n. 20300, est. Marzano, cit.), del contenuto delle registrazioni non poste a disposizione della parte privata; tuttavia, in alternativa, il giudice del riesame potrebbe, con valutazione prudentemente discrezionale, acquisire d'ufficio le registrazioni, naturalmente nel rispetto dei termini –perentori– dell'art. 309 c.p.p.

4. – La ricostruzione delle sezioni unite è ampiamente argomentata nella struttura, pazientemente tessuta e nobile negli intenti. Essa ruota attorno a tre concetti: due oneri dai confini necessariamente indefiniti (onere di “tempestiva” richiesta da parte della Difesa interessata ad avere accesso diretto alle registrazioni; onere del P.M. di dare “adeguata” motivazione all'eventuale diniego),

perché in sostanza incentrati sulla correttezza delle Parti, e ad una facoltà ufficiosa estremamente discrezionale (potere del tribunale delle libertà di acquisire o meno ed esaminare direttamente le registrazioni). Presuppone, pertanto, la sussistenza in capo ai magistrati di una discrezionalità giudiziaria, non tipizzata e non tipizzabile *a priori*, di una speciale impalpabile prudenza, che nel codice civile sarebbe definita “del buon padre di famiglia” e che purtroppo nelle aule è sempre meno manifesta.

Le Sezioni Unite, insomma, “volano alto”, adottando una decisione la cui *ratio* risiede nella corretta applicazione di una terna di regole di latitudine tale da poter essere utilizzate con apprezzabili risultati di Giustizia solo da magistrati ed avvocati assistiti dalle qualità apprezzate da Calamandrei (CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, XXXVI, 1999, ed. Ponte alle Grazie) e che però, proprio per la latitudine di estensione, rischiano di essere vanificate nella pratica, in cui i voli eccessivamente alti della dottrina e della giurisprudenza illuminate vengono talvolta frenati dalla predilezione che troppo spesso gli operatori manifestano per regole certe, persino trancianti, e per interpretazioni di vaga risalenza burocratica. Sicché è prevedibile che la analitica ricostruzione “di sistema” delle Sezioni Unite verrà meno metabolizzata dal corpo giudiziario e curiale del semplice concetto espresso dalla richiamata sentenza della sesta sezione penale n. 32751 del 2010: la tardività della richiesta difensiva con sole quarantotto ore di anticipo, insomma, ha buone probabilità di divenire un *leitmotiv* giurisprudenziale; meno l'articolata trama tessuta dal Relatore Marzano. Non conforta, infatti, da un punto di vista generale, lo spasmodico ricorso, in motivazioni di sentenza di merito ed in memorie ed impugnazioni, a precedenti inseriti *ad colorandum* (quando non addirittura a sproposito) più che per effettivo bisogno argomentativo. A riprova ulteriore, ove occorra, che la rapidità della ricerca informatica delle massime, di per sé, non aiuta la Giustizia.

4.1. – L'alto insegnamento delle Sezioni Unite sulla "prova per intercettazioni" rischia, dunque, in primo luogo, di essere vanificato dai Pubblici Ministeri, l'invito ai quali ad attrezzarsi "in prevenzione", predisponendo copie, anche dei file-audio, prima della esecuzione della misura, in quanto mera sollecitazione ad una leale collaborazione sprovvista di alcun meccanismo ordinamentale attuativo, non è attualmente esigibile (così degradandosi un diritto ad una mera supplicazione) e comunque dovrà fare i conti con un prevedibile atteggiamento di "resistenza" culturale incentrato sulla – non originale – problematica delle difficoltà operative e delle carenze strutturali. Inoltre, non è agevole definire quale sia il livello motivazionale adeguato e sufficiente per essere ritenuto "congruo" prima dal giudice del riesame, peraltro, secondo le sezioni unite, esclusivamente sulla base delle prospettazioni rappresentate dal P.M. («solo alla stregua di tali rappresentate prospettazioni»: così al punto n. 7.7 della richiamata sentenza di Cassazione, Cass., Sez. Un., 22 aprile – 27 maggio 2010, n. 20300, est. Marzano, cit.), e poi, in sede di valutazione di legittimità, cioè senza accesso agli atti, dalla Cassazione, con il rischio, in buona sostanza, di "appiattimento" su valutazioni di parte sostanzialmente auto-referenziali.

Un punto fermo, almeno, dovrebbe esserci: dalle motivazioni della corte di legittimità in precedenza richiamate si trae la convinzione che il rifiuto immotivato, vuoi espressamente ("visto, si rigetta") vuoi per *facta concludentia* (comportamento inerte), è sempre, in quanto tale, illegittimo, con le conseguenze illustrate dalle Sezioni Unite (e cioè la impossibilità di utilizzare nella valutazione del riesame le registrazioni non poste a disposizione della Difesa). Perplessità potrebbero sorgere in relazione a motivazioni reiettive fisicamente apprezzabili ma in sostanza "apparenti".

4.2. – Il rischio di vanificazione degli altri principi enucleati dalla Corte di Cassazione può infatti derivare anche da inesatta comprensione o persino, in ipotesi estrema, da

ostinata disapplicazione, magari mascherata da apparente ossequio a massime tratlative, da parte dei tribunali per il riesame: accontentarsi di motivazioni estremamente stringate, "di stile" e persino tautologiche del P.M. (ad es., si rigetta attesa la complessità degli atti e/o la mole delle conversazioni e/o la mancanza di mezzi e/o la ristrettezza dei tempi), come innegabilmente accade in altri casi (proroga delle indagini, autorizzazione o proroga delle intercettazioni), equivarrebbe proprio a dimostrare di non avere assimilato la decisione delle Sezioni Unite. In altre parole, la circostanza che la valutazione sulla congruità della motivazione reiettiva (evidentemente non necessita di motivazione quella di accoglimento, rimuovendosi in tal caso un ostacolo all'esercizio di un diritto che già si ha) si debba incentrare esclusivamente sulle prospettazioni rappresentate dal P.M. si presta al rischio di conferme di tipo burocratico, e ciò maggiormente ove il processo sia più complesso (*ergo*: più delicato), proprio sotto il profilo della quantità delle fonti di prova, la cui mole potrebbe paradossalmente assurgere a modello-*standard* di diniego; con il conseguente, non peregrino, rischio di compressione del diritto di difesa proprio nei casi di accuse più gravi e con applicazione di misure cautelari e di ingiustificata disparità di trattamento tra posizioni consimili sia in caso di procedimento unitario, ove le fonti di prova siano agevolmente distinguibili o distinte per ciascun indagato, sia, ed ancor più, in caso di stralci.

4.2.1. – Inoltre, l'alta aspirazione delle Sezioni Unite a rimettere, in definitiva, a senso di Giustizia la definizione, caso per caso, della tempistica adeguata per evadere la richiesta difensiva e, prima ancora, per esercitare correttamente la stessa, al fine di escludere comunque ogni uso strumentale e dilatorio del diritto volto a tentare di far caducare la misura per motivi puramente procedurali e non di merito (si tratta di argomento svolto al punto n. 3.1. della motivazione di Cass., Sez. VI, 24 giugno – 1° settembre 2010, n. 32751, est. Citterio, cit.: «*la materia si presta al rischio di condotte strumentali delle Parti,*

volte, rispettivamente alla vanificazione (anche solo di fatto) del tempestivo esercizio di un peculiare diritto di difesa ovvero alla artificiosa e strumentale creazione di una causa di nullità»), rischia di essere vanificata dalla interpretazione che si darà dell'ulteriore elemento "mobile", accanto ai due di cui si è detto (1. la congruità delle ragioni del diniego di copia; 2. la congruità del termine entro il quale viene avanzata l'istanza difensiva «rispetto alle scadenze temporali indicate dalle norme processuali»): la ampia discrezionalità del potere officioso del tribunale per il riesame di acquisire, così come per i decreti autorizzativi delle operazioni di intercettazione, le registrazioni. Tale potere officioso, ritenuto dalle Sezioni Unite sussistente in uno spirito «del tutto consono e funzionale a quella "logica di tipo sostanziale" che caratterizza l'attività del tribunale del riesame nel controllo e nella valutazione del quadro indiziario [... comunque] entro l'improcrastinabile termine nel quale il tribunale deve rendere la sua decisione, ai sensi dell'art. 309, nono comma, cod. proc. pen.» (così al punto n. 7.7 della motivazione di Cass., Sez. Un., 22 aprile – 27 maggio 2010, n. 20300, est. Marzano, cit.), potrebbe troppo facilmente essere condizionato dalle lacune di carattere materiale che contraddistinguono gli uffici giudiziari, da attendismo o da inerzia, quale ne sia la causa, del tribunale del riesame, e, in ogni caso, appare connotato da una impronta sostanzialistica, espressamente evocata dalle Sezioni Unite "a fin di bene", che però non persuade appieno poiché concettualmente mal si concilia con il ruolo di terzietà del giudice deputato al controllo.

5. – Soluzione che appare preferibile, a sommo avviso di chi scrive, è quella di valorizzare, in un ideale *continuum*, il discorso avviato dalle Sezioni Unite nella motivazione della nota pronuncia del 28 giugno 2005 – 20 luglio 2005, n. 26798, rel. Ferrua (in *Cass. Pen.*, 2005, 3260, con motivazione e nota di GIULIANI L., *Nullità dell'interrogatorio "di garanzia" per omesso deposito degli atti ex art. 293, comma 3, c.p.p.: le Sezioni Unite recuperano il diritto al contraddittorio nel procedimento cautelare*), ribadito ed

irrobustito dal recente intervento della Corte costituzionale, che nella richiamata pronuncia n. 336 del 2008 ha espressamente ritenuto «la legittima pretesa difensiva di accedere alla prova diretta della comunicazione intercettata non è soddisfatta dal diritto di consultare gli atti depositati in cancelleria, secondo il disposto del comma 3 dell'art. 293 c.p.p., dopo l'esecuzione del provvedimento restrittivo. Dunque l'interesse in questione può essere assicurato con la previsione [...] del diritto dei difensori di accedere alle registrazioni in possesso del pubblico ministero. Tale diritto deve concretarsi nella possibilità di ottenere una copia della traccia fonica, secondo il principio già espresso da questa Corte con la sentenza n. 192 del 1997» (C. cost., sent. n. 192 del 1997, in *Cass. Pen.*, 1997, 2983). Ebbene, già la sentenza della Consulta 192 del 1997, nel ritenere la illegittimità dell'art. 293, comma 3°, c.p.p., nella parte in cui non prevedeva la facoltà per il difensore di estrarre copia degli atti depositati nella Cancelleria del giudice dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza cautelare, ha posto un vero e proprio caposaldo nella ricostruzione della delicata tematica in questione («la mera conoscenza degli atti depositati dal pubblico ministero, non accompagnata dal diritto di estrarne copia, rappresenta una ingiustificata limitazione del diritto di difesa, che nel caso di specie si pone in irrimediabile contrasto con l'art. 24 Cost.») (così testualmente al punto n. 3 del "considerato in diritto" della motivazione della richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 192 del 1997) e rappresenta, in disposto combinato con la più recente pronuncia n. 336 del 2008, un "punto di non ritorno" che non può certo essere intaccato né dalla evoluzione della tecnologia né da difficoltà, asserite od effettiva, di ordine pratico.

Se, dunque, la Corte a Sezioni Unite ha scelto la via di «letteralmente concepire una disciplina di dettaglio muovendo dall'unico presupposto certo: l'affermato diritto del difensore ad accedere alla traccia fonica» (GAETA P., *Le Sezioni Unite dopo l'intervento della Consulta*, cit., 79), altra e praticabile soluzione, che si prospetta come maggiormente conforme al rango assoluto dei diritti di libertà, di

difesa, di presunzione di innocenza che vengono in considerazione e che mal tollerano di reggersi su valutazioni di congruità temporale e motivazionale, per loro natura soggettive, indefinite e difficilmente oggettivizzabili, sarebbe stata, appunto in un *continuum* ideale con la decisione delle sezioni unite del 28 giugno 2005 – 20 luglio 2005, n. 26798, rel. Ferrua, quella di ritenere la nullità, con ogni conseguenza doverosa, dell'interrogatorio di garanzia che non sia non preceduto dalla messa a disposizione, ove richiesto dal difensore, di copia dei file-audio contenenti le registrazioni presentate a supporto della misura cautelare. Si è consapevole che si tratta di soluzione più radicale e foriera, probabilmente, di qualche disorientamento nella fase iniziale, ma essa appare maggiormente idonea a garantire il pieno esplicarsi del diritto di difesa e ad ottenere il risultato, che le Sezioni Unite n. 20300/2010 auspicano come opportuno e che, invece, a questo punto, in una lettura ampia del sistema, appare necessario al fine di consentire l'effettivo esercizio della Difesa, che quando il P.M. prepara la richiesta di misura cautelare già predisponga *«anche preventivamente e per tempo per essere in grado di ottemperare tempestivamente al nuovo obbligo imposto dalla Corte costituzionale»* nella nota sentenza n. 336 del 2008.

Prevenendo eventuali obiezioni fondate sul diffuso "piagnisteo" delle difficoltà di ordine pratico (il P.M. può nominare consulenti ed ha, in ogni caso, a sua disposizione la p.g., che non sembra essere in eccessivo affanno quando si tratta di eseguire determinate, spettacolari, "operazioni"), appare il caso di sottolineare che si ritiene pacificamente ammissibile che il P.M. possa far coprire con "omissis" parti di copie verbali (cfr. infatti Cass., Sez. II, 9 febbraio 2006, n. 7610, Noto, in *Cass. pen.*, 2007, 2567; Id., Sez. I, 5 marzo 1999, n. 1872, Starona, *ivi*, 2000, 1713) nelle parti in cui permangano eventuali ragioni di segretezza o di riservatezza: analogicamente, ricorrendo tali situazioni, deve ritenersi che l'Accusa possa far provvisoriamente "coprire" o rendere incomprensibili

determinate parti delle copie delle registrazioni delle conversazioni intercettate.

Inoltre, sotto ulteriore e più generale profilo, posto che, per costante orientamento della cassazione e come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale nella motivazione della sentenza n. 336 del 2008, il P.M. non ha il dovere ma può depositare, a supporto della richiesta, solo i "brogliacci" e non le registrazioni delle conversazioni intercettate, e posto altresì che la fonte di prova è il contenuto della conversazione registrata e non la trascrizione, che costituisce solo un'operazione rappresentativa in forma grafica del contenuto della registrazione, decisiva appare la valorizzazione della recente decisione della Consulta n. 336 del 2008 che in motivazione ha senza mezzi termini ritenuto *«che l'ascolto diretto delle conversazioni o comunicazioni intercettate non possa essere surrogato dalle trascrizioni effettuate, senza contraddittorio, dalla polizia giudiziaria, le quali possono essere, per esplicito dettato legislativo (art. 268, comma 2, c.p.p.), anche sommarie. È appena il caso di osservare che l'accesso diretto alle registrazioni può essere ritenuto necessario, dalla difesa dell'indagato, per valutare l'effettivo significato probatorio delle stesse. La qualità delle registrazioni può non essere perfetta ed imporre una vera e propria attività di "interpretazione" delle parole e delle frasi registrate, specie se nelle conversazioni vengono usati dialetti o lingue straniere. In ogni caso, risultano spesso rilevanti le intonazioni della voce, le pause, che, a parità di trascrizione dei fonemi, possono mutare in tutto in parte il senso di una conversazione. Non vi è dubbio che la trascrizione peritale dei colloqui costituisce una modalità di valutazione della prova più affidabile di quanto non sia l'appunto dell'operatore di polizia ed, a maggior ragione, la sintesi che può essere contenute nei "brogliacci". Il perito è un esperto, dotato di apparecchiature specifiche, ed opera nel contraddittorio tra le parti, eventualmente per il tramite di consulenti [...] La trascrizione peritale può contenere anch'essa componenti interpretative, ma è garantita alla estraneità del suo autore alle indagini e dal contraddittorio [...] La*

possibilità per il pubblico ministero di depositare solo “brogliacci” a supporto di una richiesta di custodia cautelare dell’indagato, se giustificata dall’esigenza di procedere senza indugio alla salvaguardia delle finalità che il codice di rito assegna a tale misura, non può limitare il diritto della difesa ad accedere alla prova diretta, allo scopo di verificare la valenza probatoria degli elementi che hanno indotto il pubblico ministero a richiedere ed il giudice a emanare un provvedimento restrittivo della libertà personale [...] in caso di richiesta ed applicazione di misura cautelare [...] le esigenze di segretezza per il proseguimento delle indagini e le eventuali ragioni di riservatezza sono del tutto venute meno in riferimento alle comunicazioni poste a base del provvedimento restrittivo, il cui contenuto è stato rivelato a seguito della presentazione da parte del pubblico ministero, a corredo della richiesta, delle trascrizioni effettuate dalla polizia giudiziaria. La lesione del diritto di difesa garantito dall’art. 24, comma 2, Cost. si presenta quindi nella sua interezza, giacché la limitazione all’accesso alle registrazioni non è bilanciata da alcun altro interesse processuale riconosciuto dalla legge. Parimenti lesa deve ritenersi il principio di parità delle parti nel processo sancito dall’art. 111, comma 2, Cost.».

Conseguenza logica che discende dalla sentenza della Consulta è che il P.M., il quale non “deve” ma soltanto “può”, se ritiene, limitarsi ad allegare alla richiesta cautelare i “brogliacci” riassuntivi di p.g., in luogo di una più tranquillizzante consulenza tecnica trascrittiva (non assimilabile per garanzia del contraddittorio alla perizia, che sarebbe in-

conciliabile con la segretezza, ma certo maggiormente garantita degli appunti di p.g. dalla integralità dell’incarico e dalla estraneità dell’autore alle indagini), deve sapere preventivamente che, esercitando la legittima facoltà di trasmettere a supporto di richiesta cautelare soltanto i brogliacci, espone l’inchiesta al “rischio” di dover consegnare, a semplice richiesta della Difesa, copia integrale del supporto fonico contenente le registrazioni poste a fondamento di una richiesta cautelare. Ne deriva anche che il P.M., ove intenda utilizzare una conversazione a supporto di una richiesta cautelare, dovrà preventivamente impartire le opportune disposizioni alla segretaria ed alla polizia giudiziaria affinché siano, quantomeno, selezionate e predisposte le conversazioni da sottoporre al g.i.p., nella consapevolezza che, ove non sia lo stesso giudice, come pure è sua piena facoltà, a disporre l’ascolto, potrà richiederlo in ogni momento la Difesa, che senza limiti dalla incerta estensione (“tempestivamente”) avrà diritto pieno ad accedere alle stesse, ad ascoltarle ed a pretenderne, non già a mendicarne, copia su supporto leggibile. Ciò a prescindere dall’adempimento eventualmente programmato (interrogatorio, udienza di riesame) ma per il solo fatto della sussistenza del diritto, assoluto ed incomprimibile, di difendersi “sapendo: si prospetta, in conclusione, come ermeneuticamente possibile, ove il diritto di cui all’art. 24 Cost. sia stato compresso o rallentato nell’esercizio, il verificarsi di una nullità del primo atto o provvedimento giudiziario successivo alla richiesta frustrata. Con le conseguenze di legge.

Problemi risolti e irrisolti in tema di contenuto dei decreti esecutivi di Sandro Furfaro

1. *Premessa.* – L’uso delle intercettazioni telefoniche – e più in generale l’ingerenza dell’autorità nelle comunicazioni vocali e visive tra privati – ha subito, almeno a far data

dagli anni Settanta un’evoluzione tale da potersi sostenere con poco margine di errore che tale strumento di indagine e di acquisizione della prova sia diventato il denomina-

tore comune non soltanto dei processi penali italiani, ma di tutto ciò che intorno al processo penale ruota come conseguenza ovvero come prevenzione.

Vasta è la produzione giurisprudenziale e la letteratura in argomento e, tra questa, davvero rilevante quella concernente la fase esecutiva delle intercettazioni. La materia, ancorché segnata da spinte contrastanti che accentuano i poco chiari dati normativi, è in continua evoluzione e nonostante se ne proclami ad ogni dove il riordino nell'ambito della più ampia rivisitazione dell'intera disciplina delle intercettazioni, si persiste ancora in atteggiamenti di attesa che, ingenerano seri dubbi sull'effettiva volontà di riordinare alunché. Della fase relativa all'esecuzione delle operazioni – regolata dagli artt. 267, comma 3°, e 268 c.p.p. – si è soliti dire che comprenda attività di mero carattere formale che attengono principalmente alla documentazione degli atti di captazione (regolata altresì dall'art. 89 disp. att. c.p.p.), la cui inosservanza – almeno in linea di principio – non dovrebbe incidere direttamente sul rispetto delle garanzie minime che assicurano la copertura costituzionale delle intromissioni nella sfera dei diritti fondamentali di libertà di comunicazione e di segretezza del privato.

La realtà, però, è ben diversa e le possibilità concesse al P.M. in ordine alle disposizioni relative alle varie operazioni di captazione delle conversazioni determinano prassi invalse che si scontrano con quell'effettività dei controlli imposta dall'invasione della libertà altrui e, comunque, dalla conformità di quanto concretamente posto in essere rispetto a quanto consentito. Qui, nonostante le diverse attività constino dell'effettiva apprensione di contenuti di conversazioni private, le verifiche *in itinere* sono ovviamente impossibili e il naturale scivolamento di esse verso momenti successivi passa necessariamente (o dovrebbe passare) attraverso la motivazione del decreto del P.M. che, molto spesso, però, si presenta faticosamente sintonico rispetto alle indicazioni che, pur indicate sintetiche, sono imposte dalla legge e pena di inutilizzabilità di quanto intercettato.

L'ampliamento delle possibilità di apprensione di dati di comunicazione offerto dallo sviluppo tecnologico e scientifico consente, con facilità sempre maggiore, la violazione di spazi di riservatezza e l'esperienza giudiziaria degli ultimi anni offre la possibilità di registrare come l'utilizzazione di strumenti sempre più sofisticati per l'acquisizione di informazioni sia crescente in misura esponenziale anche rispetto al più recente passato. Si va, per quanto qui interessa, dall'intercettazione per istradamento delle conversazioni su utenze estere, all'immissione della microspia nelle intercettazioni ambientali, fino alla possibilità di ascolto «*per rimbalzo*» di quanto intercettato dalla postazione di ascolto ad altra più utile per le indagini che, in mancanza di concrete e facilmente azionabili attività di verifica, impongono che nel decreto esecutivo sia dato conto dell'individuazione di esse in quanto modalità esecutive, al pari della specificazione delle direttive necessitate dalle esigenze che il caso concreto impone. Purtroppo, così non è, e la risposta della prassi vagola sovente tra presunzioni e rigidità interpretative che, sospinte più dai risultati nel concreto conseguiti attraverso l'intercettazione che non dalla tutela delle posizioni soggettive sottostanti, determinano vere e proprie sacche di indeterminatezza e di indecisione.

Si dirà delle principali questioni fondamentali che si agitano con particolare insistenza intorno al contenuto del decreto esecutivo e di altre, parimenti fondamentali, concernenti, ad esempio, l'utilizzazione di impianti diversi da quelli esistenti presso gli uffici di procura, non senza segnalare, comunque, come nell'ambito delle definizioni normative che danno adito ad atteggiamenti giurisprudenziali disinvolti rientrano pure quegli *incombenti successivi* – quali, la trascrizione, anche sommaria, nel verbale del contenuto delle comunicazioni (art. 268, comma 2°, c.p.p.), la trasmissione «*immediata*» dei verbali e delle registrazioni al P.M. ed il loro deposito in segreteria «*insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione*» per il tempo

fissato dal P.M., eventualmente prorogabile dal giudice (comma 4°), salvo che detto deposito non venga ritardato con autorizzazione del giudice, su richiesta del P.M. «quando può derivare grave pregiudizio per le indagini» non oltre la chiusura delle indagini preliminari (comma 5°) – che, secondari soltanto in termini di accadimento, risentono anch'essi di un approccio poco consono alla tutela sottostante, se la prassi prevalente ritiene non diano luogo ad alcuna sanzione processuale (così, ad esempio, Cass., Sez. IV, 19 aprile 2001, Veshti, in *Cass. Pen.*, 690, in tema di omessa indicazione nel verbale del nome dell'ufficiale di p.g; Cass., Sez. I, 3 luglio 1991, Mirabile, in *Cass. Pen.*, 1993, 650, Cass., Sez. I, 17 dicembre 1999, Santoro, in *Cass. Pen.*, 2001, 569, Cass., Sez. VI, 15 novembre 1994, Rossi, in *Giust. Pen.*, 1995, III, 732, a proposito di avviso di deposito dei verbali e delle intercettazioni al difensore).

2. *Il decreto esecutivo come atto motivato.* – Una confusione di fondo pare caratterizzare alcune indicazioni della prassi in punto di approccio alle questioni concernenti il contenuto del decreto esecutivo: quella tra provvedimento autorizzativo e provvedimento, appunto, esecutivo. È evidente che di confusione è a dirsi solo in senso lato; nel senso, cioè, di perseguire, attraverso la sovrapposizione della rilevanza giuridica dei due atti, lo sconvolgente risultato di elidere la portata della norma di cui all'art. 271 c.p.p. in relazione, appunto, ai vizi che affliggono il decreto esecutivo in relazione alle modalità, oltre che alla durata, delle intercettazioni (in tal senso, ad esempio, la costante giurisprudenza in tema di indicazione della modalità dell'intercettazione c.d. *per instradamento*, sulla quale, si veda Cass., Sez. VI, 3 dicembre 2007, O.L.M.E e altri, in *Mass. Uff.*, 239459).

All'origine è forse la natura dell'atto – il decreto – e la generale impostazione secondo cui esso non debba essere motivato, laddove non diversamente disposto, a determinare equivoci. Di contro a ciò, però, si pone il chiaro disposto dell'art. 267, comma 3°,

c.p.p., secondo cui «*Il decreto del pubblico ministero che dispone l'intercettazione indica le modalità e la durata delle operazioni*»; cosicché pare essere abbastanza chiaro, non soltanto che il decreto, nel caso, deve essere motivato, ma che, esso, lungi dal correlarsi direttamente soltanto alle intercettazioni di urgenza di cui al precedente comma 2°, è dovuto anche a tutte le operazioni di intercettazione, comprese, ovviamente, quelle preventivamente autorizzate dal giudice.

Dal tenore della norma si ha, dunque, che, allorché il giudice autorizza le intercettazioni, il P.M. autorizzato deve poi emanare un autonomo decreto con il quale, appunto, «*disporre*» l'intercettazione, indicando all'uopo modalità di attuazione e durata.

La diversità di ambito operativo tra gli atti è evidente, posto che laddove al giudice richiesto di autorizzazione all'intercettazione (o di convalida di quella d'urgenza) è commesso il giudizio sulla sussistenza dei presupposti legittimanti l'intercettazione (limiti astratti di ammissibilità ex art. 266, sussistenza più o meno qualificata di indizi di reato, imprescindibilità assoluta del mezzo in relazione al proseguimento delle indagini), al P.M. è commessa, invece, l'individuazione e l'indicazione nel decreto esecutivo di tutto quanto risulti necessario – tanto *in fatto*, quanto *in diritto* – a rendere effettiva l'attività di intercettazione.

L'impiego dell'espressione «*dispone l'intercettazione*» che, nel corpo della norma di cui all'art. 267, comma 3°, c.p.p., precede l'inciso concernente l'indicazione delle modalità e della durata delle stesse che il decreto esecutivo deve contenere, altro non sta a significare che questo: che è, appunto, il P.M. a stabilire il *come* l'autorizzazione intercettata debba avvenire.

Ora, se il P.M. deve «*indicare*» le modalità di intercettazione è evidente che tale (dovuta) indicazione non può che riferirsi a tutto ciò che attiene all'acquisizione della prova nel caso concreto e in relazione a tutte le specificità che esso propone, concernenti, non soltanto aspetti fattuali contingenti (come, ad esempio, la captazione solo nei giorni o

negli orari nei quali il soggetto da controllare abitualmente comunica, ovvero il differimento dell'esecuzione delle operazioni a seconda delle esigenze delle indagini fermi restando i limiti temporali segnati dal provvedimento autorizzativo), ma, con questi, anche e soprattutto tutti gli aspetti che, direttamente incidenti sulla legittimità dell'acquisizione, si pongono al di fuori dell'ambito delle competenze del giudice chiamato ad autorizzare l'attività intercettativa.

L'apprezzamento delle esigenze che caratterizzano il caso concreto ed impongono l'adozione di modalità di volta in volta più utili allo scopo costituisce, al dunque, quella *situazione di fatto* che la norma di cui all'art. 267, comma 3°, c.p.p. considera. Conseguenziale, dunque, che il decreto esecutivo debba essere sempre *motivato* (e non soltanto nel caso di utilizzazione di impianti di captazione diversi da quelli esistenti presso l'Ufficio di procura, come si vorrebbe sulla scorta dell'indicazione specifica contenuta nell'art. 268, comma 3°, c.p.p.).

È chiaro che le disposizioni relative alle determinazioni esecutive (con l'art. 267, comma 3°, quelle *ex art.* 268, comma 3°, secondo periodo e comma 3 *bis*, c.p.p.), pur implicando, come detto, delle scelte operative sovente tutt'altro che necessitate (si pensi alla particolarità dell'autorizzazione dell'attività di intercettazione *in deroga*, *ex art.* 268, comma 3°, per ragioni ovviabili con l'autorizzazione all'ascolto c.d. *remotizzato*), non propongano un *modello di motivazione* parificabile, ad esempio, a quello previsto dall'art. 292 c.p.p.; nondimeno, esse individuano comunque quei *minimi* di contenuto che, in una materia talmente insidiosa per gli effetti invasivi della sfera privata, devono essere indicati per consentire l'esercizio di tutte le possibilità di controllo sulle attività materiali di captazione, il risultato delle quali finirà per costituire prova nel processo.

Tali disposizioni, per altro, lette in rapporto con quelle che, s'è visto, definiscono le attribuzioni dell'organo dell'autorizzazione e la motivazione del relativo decreto, evidenziano, diversamente da come generalmente si

ritiene, proprio l'impossibilità di implicare nell'atto esecutivo vero e proprio ciò che invece costituisce il presupposto necessario dell'attività di intercettazione, cosicché se in punto di modalità di esecuzione delle intercettazioni il tutto si appunta sull'esigenza di garantire un effettivo controllo al fine di evitare, sia pure *in differita*, agli abusi, è proprio l'indicazione proveniente dalla prassi che pare errata laddove nella dovuta indicazione nel decreto esecutivo delle tecniche o delle modalità necessarie all'esecuzione delle operazioni di intercettazione non coglie l'unico momento possibile di verifica postuma. L'intera questione concernente la necessità della motivazione dei decreti esecutivi pare debba essere riconsiderata, al fine di individuare, se non pure, come s'è detto, un modello di motivazione del provvedimento, quanto meno, quei *contenuti minimi* che esso deve avere per consentire, in una materia talmente insidiosa per gli effetti invasivi della sfera privata e per certi aspetti ancora poco definita a livello normativo, l'esercizio delle possibilità di controllo in relazione a quelle attività materiali di captazione, il risultato delle quali, al dunque, finirà per costituire prova nel processo.

Se, infatti, il tutto in tema di esecuzione di intercettazioni si appunta sull'esigenza di un effettivo controllo, non sembra proprio che la mancanza di indicazioni precise sulle modalità esecutive possano essere relegate nel limbo di presunzione o di dubbie implicazioni, legittimatrici di decreti esecutivi stereotipati. La predisposizione di sistemi di controllo, insomma, è necessità positivamente imposta e non si vede proprio come, in concreto, le verifiche possano essere garantite laddove le modalità operative non siano neppure accennate nel decreto che da esecuzione alle operazioni di intercettazione, ovviamente legittimate dalla autorizzazione.

Due approdi giurisprudenziali paiono rilevanti in proposito: il primo, proveniente dalla Corte costituzionale; l'altro, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Investita di una questione relativa all'invasione della sfera privata mediante il ricorso alle

microspie, la Corte costituzionale, pur ritenendo inammissibile per insufficienza di motivazione in ordine alla rilevanza nel caso concreto, l'eccezione di illegittimità costituzionale degli artt. 266, comma 2°, c.p.p. e 13, D.L. n. 152/1991, in relazione all'art. 14, Cost. sollevata dalla Corte di Cassazione (Cass., Sez. III, 10 luglio 2003, Tega e altri, in *Mass. Uff.*, 224894), ha comunque rimarcato l'esigenza che «*la determinazione delle modalità operative delle c.d. intercettazioni ambientali – anche per quanto attiene all'ingresso fraudolento o clandestino nel luogo di privata dimora per la collocazione degli apparati di captazione sonora – non resti affidata alla polizia giudiziaria, ma spetti piuttosto al giudice ed al pubblico ministero nell'ambito delle rispettive competenze*» (C. cost., ord. 26 maggio 2004, n. 251, in *Sito Uff. Corte cost.*, 2004), offrendo, così, argomenti decisivi per ritenere sempre dovuta la motivazione del decreto esecutivo sulle modalità operative, quali che siano i raccordi che si vogliono dare tra le diverse disposizioni dell'art. 267 c.p.p.

Ancor più – e, si direbbe, conclusivamente, almeno dal punto di vista della manifestazione del controllo attraverso l'esame del contenuto dell'atto presupposto dell'attività materiale di intercettazione – la Corte di legittimità, proprio in una fattispecie relativa alla denuncia di inutilizzabilità in procedimento incidentale *de libertate* di intercettazioni di comunicazioni tra presenti, ha espresso il principio, secondo cui «*In tema di impugnazioni, allorché sia dedotto, mediante ricorso per cassazione, un "error in procedendo" ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. c) c.p.p., la Corte di cassazione è giudice anche del fatto e, per risolvere la relativa questione, può accedere all'esame diretto degli atti processuali, che resta, invece, precluso dal riferimento al testo del provvedimento impugnato contenuto nella lett. e) del citato articolo, quando risulti denunciata la mancanza o la manifesta illogicità della motivazione*» (Cass., Sez. Un., 31 ottobre 2001, Policastro e altri, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2002, 46), provvedendo

autonomamente all'esame diretto dei decreti autorizzativi e di quelli esecutivi.

3. *Contenuto del decreto e presunzioni inammissibili.* – Si diceva di come l'esigenza di un riordino complessivo della materia sia generalmente avvertita, posto che le intercettazioni, pur nell'indubbia sistematica di «*mezzo di ricerca della prova*», sembrano poco assimilabili, per i modi di effettuazione assolutamente segreti e per gli effetti di particolare invasività che producono, a quelle altre attività dello stesso genere (le ispezioni, le perquisizioni e i sequestri) che, anche quanto corrispondano ad atti materiali ripetuti nel tempo, non determinano mai una situazione di immanenza del controllo, tale da rendere più esposto a pericoli il sottostante diritto individuale che comunque ledono [impossibile non concordare con CORDERO, *Procedura penale*, VI ed., Milano, 2001, 827, secondo il quale «*L'inspiciens e i perquirenti operano ingerenze coattive su persone o cose, mirando ai segni dell'accaduto: uno guarda, l'altro rovista; e scovato qualcosa, lo sequestra. Sono mezzi scopertamente diretti alla ricerca della prova. Non è tale il quarto (e ultimo: artt. 266-71): l'intrusione vi risulta inavvertita da chi la subisce o, almeno, vuol esserlo; sfuma l'effetto utile quando gli spiati sappiano*»].

Ponendosi dal punto di vista del massimo delle garanzie, può dirsi, anzi, che in considerazione del valore probatorio dei risultati acquisiti e della indubbia pericolosità del mezzo, sarebbe davvero auspicabile che il soggetto legittimato a «*disporre*» le intercettazioni, disciplinandone le relative modalità operative, fosse lo stesso giudice che le ha autorizzate. Tale conclusione, infatti, consentirebbe di garantire quel controllo *costante* sui limiti entro i quali il diritto del singolo è conculcato, che non pare possa essere affidato ad una delle parti del processo, non foss'altro che per il rispetto di elementari esigenze di equilibrio in relazione a diritti individuali più facilmente vulnerabili da chi, istituzionalmente, è preposto ad altro. Se, allo stato attuale della normativa, tutto ciò che attiene alle modalità esecutive delle operazioni di captazione, non soltanto è di-

sposto dal pubblico ministero ma è pure rimesso all'esclusivo controllo di esso, ciò costituisce, all'evidenza, una ragione di maggiore attenzione, verso i contenuti necessari del provvedimento esecutivo che, anche alla luce degli approdi della giurisprudenza sovranazionale (C. eur., 29 marzo 2005, Matheron c. Francia), non pare possano continuare a risolversi in formule generiche, contenenti indicazioni che, sovente assertive di situazioni più o meno sussistenti, sono però certamente poco o niente verificabili.

A parte tale auspicio, però, non sembra che, in ordine alle indicazioni che il decreto deve contenere, possano continuarsi a registrare implicazioni e confusioni che, una volta lette e raccordate tra loro le disposizioni di cui agli artt. 267 e 271 c.p.p., finiscono col proporre una sorta di *presunzione di legittimità* dell'atto probatorio che risulta pure del tutto inattuale rispetto al regime delle invalidità delle prove, oltre che dogmaticamente errata.

Tale aspetto può dirsi costituire il *vulnus* essenziale in punto di validità-invalidità dell'atto probatorio di tutti quegli approdi giurisprudenziali che propongono, appunto, un'implicazione del mezzo intercettativo nell'atto autorizzativo dell'intercettazione, e che esprimono, ad esempio, il principio, secondo cui, siccome «*il decreto del P.M. che dispone l'intercettazione di utenze telefoniche estere non deve espressamente prevedere l'impiego della tecnica dell'istradamento, in quanto tale tecnica costituisce una modalità attuativa dell'intercettazione autorizzata*, », è «*su chi eccipisce l'impiego di una modalità di intercettazione diversa [che] incombe l'obbligo di dimostrare che non sia stata impiegata la detta tecnica*» (Cass., Sez. II, 25 giugno 2010, Gega e altri, inedita).

Tanto in relazione alla generale questione relativa all'utilizzabilità della categoria concettuale delle presunzioni giurisprudenziali nell'ambito della più vasta problematica concernente il *diritto di cittadinanza* delle presunzioni nell'ordinamento processuale (CATALANO, *Prove, presunzioni ed indizi*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, I, Torino,

2008, 256 ss.), quanto, nello specifico, in relazione all'accertamento *per presunzione* di un fatto processuale costitutivo di un presupposto di *legalità* della prova ai sensi dell'art. 191 c.p.p., l'assunto proposto e la conclusione offerta non sembra proprio possano dirsi accettabili (e va segnalato, per altro, come Cass., Sez. Un., 22 aprile 2010, Lasala, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 804, proprio in tema di limiti all'utilizzabilità delle intercettazioni ha ritenuto insanabilmente invalido l'operato del giudice che, a fronte delle allegazioni difensive assertive del contrario, abbia praticato una presunzione di regolarità delle operazioni intercettative, individuando in proposito un significativo dato legislativo da assumere quale *tertium comparationis*, quello di cui all'art. 195, comma 3°, c.p.p., relativo all'impossibilità di presumere la veridicità del *de relato*, nel caso di mancato esame della fonte di riferimento).

Rispetto al generale, infatti, va rilevato che se è pur vero che «*appare ancora poco arato, anzi dimenticato il profilo, relevantissimo, relativo al trattamento cui sono sottoposte le presunzioni nel nostro ordinamento giuridico*», non è men vero che, come rilevato, è lo stesso lemma (*presunzione*) a rimandare immediatamente al senso che esso assume nel lessico comune, in quanto, appunto, «*anticipazione di giudizio, formulato prima della prova secondo uno schema approvato dalla legge*» (in questi termini, CATALANO, *op. loc. cit.*), cosicché dottrina e giurisprudenza ne ravvisano l'essenza proprio nella «*ammissione della verità di un fatto non provato [...] in base all'esperienza della sua normalità*» [FERRAIOLI, *Presunzioni (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 307].

Così individuato il concetto di presunzione, la «*frizione di questa figura logica con i principi informatori dell'ordinamento processuale*» (così, ancora, CATALANO, *op. loc. cit.*) è evidente. E non solo in relazione al giudizio sui fatti costitutivo il c.d. *merito* del giudizio, ma pure in relazione al giudizio sui quei «*fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali*» (sui quali, volendo, FURFARO, *L'accertamento dei fatti processuali*, in

AA.VV., *La prova penale*, cit., I, 379 ss.) che, come per quelli di *merito*, sono assistiti dal principio di legalità della funzione conoscitiva del processo chiaramente espresso dall'art. 187 c.p.p. che, appunto, sottrae tutti gli aspetti degli accertamenti ivi individuati all'operare di automatismi e presunzioni. Ancor più, ovviamente, laddove la presunzione, come nel caso, costituisca il prodotto di una «*crystallizzazione di criteri valutativi costanti*» (AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1973, 310; in tema, pure, VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali*, in *Foro It.*, 1971, V, 192) che, scarsamente sottoposti alla dovuta continua verifica da parte dell'interprete, definiscono quelle *presunzioni giurisprudenziali*, l'applicazione delle quali è solita manifestarsi con un disarmonico atteggiarsi a seconda della branca del diritto interessata, per cui, se nel processo civile, esse «*assolvono spesso una funzione di tutela della parte più debole*» (così CATALANO, *op. loc. cit.*, che rimanda a TARUFFO, *Onere della prova*, in *Dig. Civ.*, XIII, Torino, 1995; Id., *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1992, 733; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, 1974), nel processo penale, sono invece utilizzate come scorciatoie per supplire alla deficienza di tassatività e determinatezza dell'accertamento imposto dal caso concreto. Rispetto allo specifico, poi, va ricordato che è l'art. 271 c.p.p. a sanzionare di inutilizzabilità le intercettazioni eseguite «*fuori dei casi previsti dalla legge o qualora non siano state osservate le disposizioni previste dagli articoli 267 e 268 commi 1 e 3*», e che la l. 20 novembre 2006, n. 271, innovando l'art. 240 c.p.p., ha introdotto un procedimento specificamente volto alla «*distruzione dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni, relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati o acquisiti*» (in tema, BRICCHETTI, *Fino a quattro anni di carcere se c'è detenzione illegale dei supporti*, in *Guida Diritto*, 2006, n. 47,18; MARZADURI, *Intercettazioni: le troppe lacune di un testo appro-*

vato con «riserva», *ibidem*; FILIPPI, *Distruzione dei documenti e illecita divulgazione di intercettazioni: lacune ed occasioni perse di una legge nata già «vecchia»*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007, 153; RANALDI, *Il procedimento per la distruzione delle intercettazioni illegali: tra fairness giurisdizionale ed esigenze di tutela costituzionale*, in *Giust. Pen.*, 2007, III, 651) che ha positivamente previsto quale nuovo parametro di validità delle intercettazioni, appunto, la «*legalità*» nell'acquisizione e nella formazione di esse. Seppure è evidente che l'intervento legislativo or detto, elaborato per contrastare e reprimere la divulgazione dei contenuti delle «*intercettazioni illecitamente effettuate*», abbia rilievo pressoché sostanziale, nondimeno, i concetti di formazione e acquisizione «*illegale*» dell'intercettazione, in quanto presuppongono l'individuazione positiva della «*formazione*» e della «*acquisizione*» legale di essa, non possono non costituire oggetto di riflessioni più generali per la verifica dei termini entro i quali l'abuso insito nella violazione di regole processualmente sanzionate da inutilizzabilità non integri pure una *illiceità* dell'intercettazione (ampiamente, in proposito, BARGI-FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, in *La prova penale*, cit., II, 159 ss.); cosa che, in vista dell'individuazione del contenuto necessario dei decreti esecutivi risulta essenziale, non foss'altro che per comprendere la ragione sostanziale sottesa alla scelta del tipo di sanzione prevista nel caso di violazione di ognuna delle prescrizioni di cui all'art. 267 c.p.p. Invero, la *legalità* dell'intercettazione (e della prova, in genere), dal punto di vista delle invalidità dell'atto, non costituisce un'autonoma figura, ma si pone, rispetto a questa, come situazione-presupposto, in quanto, dall'ottica della validità dell'atto processuale, l'illegalità si misura sempre in termini di legittimità-illegittimità e la differenza rilevante tra le illegittimità è data dal tipo di sanzione prevista. È evidente, quindi, che, nel caso dell'acquisizione delle intercettazioni, l'apprendimento e la captazione di esse in assenza dei presupposti qualifica di illegalità ille-

gittimità essenziale in relazione alla sanzione che grava sul risultato conseguito; questo, in quanto elemento di prova, sarà inutilizzabile, appunto perché effetto di un'attività posta in essere al di là del consentito o delle forme di legittimazione previste.

Se, dunque, l'art. 267 c.p.p. stabilisce quali debbano essere gli atti necessari alla legittimazione dell'intercettazione (autorizzazione all'invasione da parte del giudice, disposizione dell'attività intercettiva e l'indicazione delle modalità acquisitive e della durata di essa da parte del P.M.) e l'art. 271 c.p.p. sanziona di inutilizzabilità quanto acquisito in violazione di quelle disposizioni, il combinato disposto di tali norme attribuisce il medesimo disvalore alla violazione di ognuno dei *passaggi obbligati* attraverso i quali si definisce legittima una intercettazione e qualifica in termini di illegalità l'acquisizione così realizzata.

Da tale prospettiva, la *legalità* delle intercettazioni (*rectius*: la «*acquisizione*» di esse nel rispetto delle modalità necessarie o tali ritenute) passa necessariamente attraverso l'individuazione di tali modalità e la mancata indicazione di esse nel decreto esecutivo costituisce causa di inutilizzabilità delle intercettazioni, in quanto l'acquisizione in mancanza di uno dei presupposti di legittimazione – quello relativo al *quomodo* – è stata ritenuta indispensabile per qualsiasi attività postuma di verifica formale e di controllo effettivo (entro i limiti del possibile) sulla rispondenza della captazione alla modalità acquisitiva indicata.

4. *Contenuto del decreto e ascolto in deroga: a) sulle «eccezionali ragioni di urgenza».* – La prescrizione che le operazioni di captazione debbano essere compiute «*esclusivamente per mezzo degli impianti installati nella procura della Repubblica*» (salvo che per le intercettazioni di cui all'art. 266 *bis* c.p.p., come disposto dall'art. 268, comma 3 *bis*, c.p.p., introdotto dall'art. 12 *lett. a)*, l. 23 dicembre 1993, n. 547) o, per meglio dire, la possibilità di deroga (*ex art. 268, 3° comma, secondo periodo, c.p.p.*), nonostante alcuni interventi decisivi atti ad individuare i limiti di giustificazione della deroga, conti-

nua a porre problemi. È noto che la prescrizione risponde all'esigenza, più volte ribadita dal giudice delle leggi (C. cost., ord. 5 luglio 2004, n. 209, in *Cass. Pen.*, 2004, 3605, sulla scia di C. cost., ord. 11 luglio 2000, n. 304, in *Sito Uff. Corte Cost.*, 2000, e C. cost., ord. 5 luglio 2001, n. 259, *ivi*, 2001), sin dalla sentenza n. 34 del 1973, di prevenire abusi in sede di esecuzione delle operazioni, mediante il controllo sul traffico telefonico da parte dell'autorità giudiziaria, anche nel caso di intercettazioni ambientali [all'esito di un serio contrasto in giurisprudenza e delle pronunce del giudice delle leggi (C. cost. ord. 22 novembre 2002, n. 472, in *Cass. Pen.*, 2003, 504; C. cost., ord. 20 luglio 2004, nn. 123 e n. 251, in *Sito Uff. Corte Cost.*, 2004), le Sezioni unite (Cass., Sez. Un., 19.1.2004, Gatto, in *Guida Diritto*, 2004, 6, 49, ma, già prima, Cass., Sez. Un., 31 ottobre 2001, Policastro, cit.) hanno dichiarato l'applicabilità alle intercettazioni ambientali delle disposizioni di cui all'art. 268, 3° comma, c.p.p.]. Il ricorso ad impianti di pubblico servizio o in dotazione agli organi di polizia giudiziaria rappresenta, quindi, una deroga che attiene ad ipotesi di carattere straordinario, come peraltro indica chiaramente il testo della norma che consente tale modalità di esecuzione esclusivamente quando gli impianti installati presso l'autorità giudiziaria «*risultano insufficienti o inadeguati ed esistono eccezionali ragioni di urgenza*».

Nella prassi, però, è riscontrabile il frequente ricorso ad impianti di ascolto presso la polizia giudiziaria reso legittimo da un aggiramento dei requisiti di eccezionalità della deroga attuato attraverso l'uso di formule del decreto esecutivo che si riducono a veri e propri stereotipi, per tanto tempo avallati da ortopedie interpretative volte a sanare la sostanziale omissione del dovere di motivare mediante il disinvolto richiamo della motivazione *per relationem*, anche di un provvedimento successivo (in argomento, cfr., le articolate e puntuali critiche di GAITO, *L'integrazione successiva dei decreti di intercettazione telefonica non motivati*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, 929).

Superate le questioni relative alla *motivazione* e all'*integrazione postume* dei decreti esecutivi [risolta, nel senso di escludere la possibilità di sanare, ora per allora, la mancanza di un atto motivato che la legge (costituzionale e ordinaria) pone a garanzia di diritti fondamentali dell'individuo, da Cass., Sez. Un., 29 novembre 2005, Campenni, in *Giur. It.*, 2006, 1690], l'attenzione è ancora rivolta alla vasta sacca di ipotesi, nelle quali i parametri della situazione legittimante l'eccezione sono risolti mediante veri e propri artifici argomentativi poco consoni finanche dato testuale della noma citata.

Si assiste, così, per fermare un esempio, all'affermazione, secondo cui è sufficiente la motivazione che rinvii a quella del provvedimento autorizzativo (Cass., Sez. Un., 31 ottobre 2001, Policastro, cit.); e ciò, anche laddove quest'ultima sia motivata (nei casi di convalida dell'intercettazione d'urgenza e di proroga, ad esempio) col rinvio agli atti presupposti, per cui, in una sorta di circolarità della funzione *sanante* della motivazione *per relationem*, si finisce per ritenere motivato tutto sulla scorta della richiesta originaria della polizia giudiziaria ed eventualmente sugli atti ad essa allegati.

Che si sia in presenza di un uso arbitrario della motivazione *per relationem* è evidente (un'articolata critica all'indirizzo in argomento è mossa da FILIPPI, *Commento a Cass., Sez. Un.*, 21.9.2000, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, 632), attesa, a tacer d'altro, la singolarità del rinvio di una decisione giurisdizionale ad un atto di parte, legittimo solo nella misura in cui dal provvedimento si traggano argomenti utili – ma non i soli – nell'ambito della complessiva valutazione che accompagna la decisione e che deve contenere le ragioni di razionalità della scelta e la sua conformità all'ordinamento processuale.

Ancora una volta, la *confusione* tra ciò che autorizza e ciò che dispone sembra determinare la situazione, per cui l'inutilizzabilità prevista dall'art. 271 c.p.p. per le ipotesi di mancanza di motivazione rimane sacrificata negli effetti, attraverso una *sanatoria* che l'ordinamento non prevede rispetto agli atti

geneticamente inutilizzabili, ma solo per gli atti nulli.

Mediante l'affievolimento della funzione di garanzia della motivazione si tende, in sostanza, a riportare la carenza di questa al concetto di nullità sanabile sulla scia della sottile distinzione tra «*adeguatezza*» e «*mancanza*» motivazionale (in tali termini, si veda, ad es., Cass., Sez. Un., 23 novembre 2004, P.M. in c. E. ed altro, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, 565, seguita a ruota da Cass., Sez. IV, 3 dicembre 2004, Polito, inedita), così da pervenire alla conclusione che solo in caso di mancanza fisica del discorso giustificativo o di motivazione apparente ricorre l'inutilizzabilità della captazione. Si tratta evidentemente di un espediente che contraddice i criteri di stretta interpretazione che, com'è risaputo, dovrebbero presiedere l'interpretazione di norme che attengono a garanzie di rilevanza costituzionale, si da evitare accomodanti *salvataggi* di provvedimenti illegittimi, mediante concetti elastici ed evanescenti, quali, appunto, l'adeguatezza o l'insufficienza della motivazione.

Si sa, peraltro, che la motivazione è *sufficiente* solo se il giudice ha indicato ragioni adeguate, sia sul piano logico, sia con riguardo alle massime di esperienza per ciascuna delle questioni decise, cosicché, tornando al tema dei decreti *in deroga*, non si comprende, ad esempio, la ragione per la quale, tenuto conto della necessaria attualità del requisito della «*eccezionalità*» del ricorso ad impianti esterni, si continui a ritenere non indispensabile un ulteriore decreto del P.M. che dia conto della permanenza dei presupposti di utilizzazione degli impianti esterni alla procura nel caso di proroga delle intercettazioni. Infatti, anche nel caso in cui sia proprio il decreto del P.M. ad indicare specificamente che l'indisponibilità degli impianti è riferita soltanto ad una certa data o un certo tempo e le captazioni siano proseguite al di là di tali riferimenti, la giurisprudenza è pressoché costante nell'escludere un ulteriore decreto (in tal senso, Cass., Sez. Un., 31 ottobre 2001, Policastro, cit.).

Né si comprende come possa considerarsi

legittima la deroga nel caso in cui, per qualsivoglia ragione, l'attività captativa non sia contestuale o prossima al provvedimento che la disponga, ma destinata a subire gli slittamenti e i ritardi impressi dalle contingenze. È noto, in proposito, quanto accade soprattutto nel caso delle intercettazioni ambientali, laddove, sul presupposto della asserita difficoltà di immissione degli apparecchi di captazione, sono considerate legittime le operazioni di captazione iniziate di fatto a distanza (anche di mesi) dal decreto in deroga, senza procedere ad alcuna verifica – *ictu oculi* indispensabile, in relazione al rapporto regola-eccezione alla base della disposizione che legittima la deroga – in ordine all'effettiva sussistenza delle situazioni eccezionali al momento dell'inizio della captazione (così Cass., Sez. I, 19 novembre 2003, Caleca, in *Giust. Pen.*, III, 2004, 602; Cass., Sez. II, 19 novembre 2003, Malaj, in *Mass. Uff.* 226921, secondo cui, le ragioni che nel caso concreto impongono di derogare alla regola generale devono sussistere al momento in cui si adotta il provvedimento).

L'errore, pure qui, pare essere *a monte*; relativo, cioè, all'estensione della regola generale, secondo cui il termine di validità del decreto autorizzativo decorre dall'inizio effettivo delle operazioni. E può dirsi, quindi, che, così come altrove, anche in tal caso si riproduce quella sovrapposizione tra la portata di provvedimenti emessi da organi diversi che, nello specifico, risulta riferita addirittura a situazioni tra loro neppure compatibili, se è vero, com'è vero che, una cosa è la fissazione del termine iniziale di validità dell'attività intercettativa individuata dalla legge al momento dell'inizio effettivo delle operazioni di intercettazione, e altra cosa, invece, la verifica della sussistenza in tale tempo delle particolari condizioni che eccezionalmente consentono deroghe al normale *iter* di svolgimento dell'attività intercettativa.

5. (*Segue*): *b) sulla necessità del «tempestivo intervento»*. – È normalmente ritenuto legittimo il ricorso ad impianti esterni allorché il decreto faccia riferimento alla necessità di effettuare le intercettazioni in un luogo

più vicino a quello dove si svolgono le attività di indagine della polizia giudiziaria, al fine di predisporre un controllo anche visivo e di consentire un eventuale intervento delle forze dell'ordine. La legittimazione della deroga, nel caso, è stata ritenuta secondo una duplice direttrice: per un verso, ritenendola «*adeguatamente motivata, in ordine all'inidoneità degli impianti della procura della Repubblica*» (tra le tante, Cass., Sez. I, 3 febbraio 2005, Gallace, in *Guida Diritto*, 2005, 20, 72); per altro verso, fermando l'attenzione sulle «*eccezionali ragioni d'urgenza*», in relazione alla necessità di «*immediata informazione*» su elementi di fatto rilevanti (così, ad es. Cass., Sez. IV, 14 gennaio 2005, Agosti, in *Guida Diritto*, 2005, 16, 82; Cass., Sez. II, 27 marzo 2003, Leonardi, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2005, 114).

Né l'una direttrice, né l'altra pare soddisfatti il dato normativo di riferimento che, invero, non da adito a dubbi in ordine alla natura della situazione legittimante la deroga. Infatti, pur potendo discutere fino all'infinito in merito a cosa in effetti si intenda con l'espressione «*eccezionali ragioni di urgenza*», non pare proprio che si possa argomentare più di tanto sul senso da attribuire alla «*insufficienza*» e alla «*inidoneità*» che, richiamate dalla norma in relazione agli impianti in dotazione, sono entrambi riferite evidentemente all'*efficienza materiale* e alla *capacità* di tali impianti a raccogliere dati e flussi di comunicazione.

Intesa non in senso restrittivo – cioè, come mancanza o insufficienza dei requisiti tecnici degli impianti – ma in senso più ampio – come «*impossibilità in concreto di svolgere le operazioni d'intercettazione in modo utile e coordinato con le operazioni di ascolto*» (così, Cass., Sez. I, 23 giugno 2005, D'Agostino, in *Mass. Uff.*, 232496) – l'inidoneità degli impianti perde, però, la dovuta concretezza di riferimento, finendo per costituire una sorta di porta aperta verso ogni possibilità di deroga, stante l'impossibilità (innegabile) di apprezzare concretamente il giudizio sulla inidoneità e/o l'insufficienza alla situazione rappresentata.

L'eccesso interpretativo or detto non esaurisce gli aspetti equivoci della prassi in tema di ascolto in deroga motivato dalla necessità di tempestivo intervento, dovendosi registrare – davvero in sovrappiù – un ulteriore aspetto della questione che, ancora in attesa di più adeguata ponderazione, non pare sia stato considerato adeguatamente finora. Ci si riferisce alla possibilità, oggi concreta, dell'ascolto «per rimbalzo» delle conversazioni intercettate; ovvero sia della possibilità che la polizia giudiziaria apprenda *in diretta*, a seguito appunto di rimbalzo, il contenuto dei dialoghi intercettati, nonostante l'acquisizione e la registrazione avvenga mediante gli impianti esistenti presso l'Ufficio di procura. Secondo la giurisprudenza di legittimità «*l'ascolto "remotizzato" delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni presso gli uffici di polizia giudiziaria in assenza di espressa autorizzazione del pubblico ministero ai sensi dell'art. 268, comma terzo, c.p.p. non determina l'inutilizzabilità degli esiti dell'intercettazione, purché tutte le operazioni di captazione e di registrazione delle conversazioni, comprese quelle che consistono nel trasferimento dei dati contenuti nell'apparecchio di registrazione in un supporto magnetico, siano eseguite nei locali della Procura della Repubblica*» (Cass., Sez. VI, 16 gennaio 2008, S.R., in *Mass. Uff.*, 239356).

Più chiare, in proposito, le Sezioni Unite, secondo cui «*condizione necessaria per l'utilizzabilità delle intercettazioni è che la registrazione – che consiste nell'immissione nella memoria informatica centralizzata (server), dei dati captati nella centrale dell'operatore telefonico – sia avvenuta per mezzo degli impianti installati in Procura, anche se le operazioni di ascolto, verbalizzazione e riproduzione dei dati registrati siano eseguite negli uffici di polizia giudiziaria*» (Cass., Sez. Un., 26 giugno 2008, Carli, in *Mass. Uff.*, 240395). Se ogni cosa deve avere un senso e, soprattutto, se in relazione alla tutela dei diritti e alle possibilità di controllo l'interpretazione della norma non può che essere orientata nel senso della maggiore garanzia possibile, dall'ambito delle giustificazioni dell'ascolto in

deroga pare debba escludersi, ormai, quella in esame.

La possibilità di ascolto *per rimbalzo*, infatti, esclude *in toto* che possa esistere alcuna situazione legittimante la deroga, per l'evidente venir meno di quelle necessità (di far cessare al più presto l'attività criminosa in atto, di acquisire immediatamente dati, di evitare il pericolo di pregiudicare irrimediabilmente le indagini) che la localizzazione degli impianti presso la procura, non prossimi agli uffici di polizia interessati, e i conseguenti divari temporali tra registrazione e ascolto determinavano.

Se la contingenza investigativa, nonostante non sia considerata *apertis verbis* in termini di evento legittimante l'ascolto per rimbalzo (essendo, quest'ultimo, rimesso alla scelta discrezionale del P.M. che può disporla per qualsiasi motivo), è comunque disfatta dalla ritenuta legittimità di tale ascolto, il richiamo di questo o di quell'aspetto di essa a sostegno della registrazione in deroga sembra ormai disarticolato da ogni possibilità interpretativa dell'art. 268, comma 3°, c.p.p. che voglia essere logicamente sostenibile, non potendosi più relazionare l'eccezionale urgenza investigativa e, soprattutto, l'inidoneità logistica ad alcun elemento di obbiettiva necessità.

Diversamente, non par dubbio che ogni regola sulla rispondenza della motivazione alla situazione legittimante risulti elusa e la motivazione una sorta di affermazione senza costrutto che ripropone, nella sostanza, la stessa situazione già censurata dalla giurisprudenza di legittimità, allorchando ha ritenuto, in via di genere, che «*la motivazione relativa all'insufficienza o alla inidoneità degli impianti della Procura della Repubblica non può limitarsi a dare atto dell'esistenza di tale situazione, ma deve anche specificare la ragione della insufficienza o della inidoneità, sia pure mediante una indicazione sintetica, purché questa non si traduca nella mera riproposizione del testo di legge, ma dia conto del fatto storico, ricadente nell'ambito dei poteri di cognizione del P.M., che ha dato causa ad essa*» (così, Cass., Sez. Un., 26 novembre 2003, Gatto, cit.; ancor meglio, Cass., Sez.

Un. 12 luglio 2007, Aguneche, in *Guida Diritto*, 2007, 37, 69).

6. *Contenuto del decreto e certezza delle operazioni nelle intercettazioni ambientali.* – La questione è nota e corre in parallelo con l'altra, relativa all'autorizzazione per l'apposizione delle microspie, dalla quale, anzi, direttamente discende: dato per scontato che sia da condividere l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui, nel caso delle *ambientali*, l'autorizzazione all'intercettazione *copre* pure quella all'invasione degli spazi privati assistiti da garanzia costituzionale, il problema della regolamentazione e della documentazione delle attività conseguenti risulta, comunque, del tutto irrisolto.

S'è visto il contenuto della raccomandazione della Corte costituzionale sulla necessità che la determinazione delle modalità operative delle intercettazioni ambientali (anche per ciò che attiene all'ingresso fraudolento o clandestino nel luogo riservato per la collocazione della microspia) non resti affidata alla polizia giudiziaria, ed è proprio da lì che bisogna muovere, sottolineando, quindi, che dal combinato disposto delle norme del codice e di quelle costituzionali (artt. 2, 13, 14, 15 Cost.) emerge chiaramente come nella materia intercettativa non siano consentite attività che, una volta autorizzata l'intercettazione, non possano essere controllate, nel corso dello svolgimento di esse da parte dell'Autorità giudiziaria, successivamente, con l'ostensione di tutti gli atti relativi all'intercettazione, dall'indagato.

Ciò vero, la verbalizzazione delle attività materiali relative ai soggetti intervenuti, ai tempi e alle modalità di immissione della microspia sembra costituire una necessità imprescindibile; e tanto, nel caso in cui il posizionamento dello strumento di captazione avvenga in occasione del compimento di atti che, a mente dell'art. 14, comma 2°, Cost., possono dirsi *tipici* dell'immissione consentita (perquisizioni ispezioni e sequestri), quanto, e soprattutto, nei casi in cui manchi del tutto una attività *tipizzata* alla quale comunque collegare l'intervento di immissione del detto strumento nei luoghi di privata dimora.

Da tempo, la dottrina più attenta, avvalorando la tesi già proposta dalla Corte costituzionale (C. cost., Sent. 26 giugno 1969, n. 104, in *Giur. It.*, 1969, I, 1846), ha osservato che non può essere consentita un'immissione nei luoghi di privata dimora fuori dai casi previsti dall'art. 14, Cost., posto che anche a voler far leva sull'ovvia connotazione del posizionamento della microspia quale *atto segreto od occulto*, vi sarebbe pur sempre da rilevare come tutte le attività generalmente così definite sono atti che sono, innanzi tutto, positivamente previsti e che saranno, poi, sempre *scoperti* nel corso del procedimento (così, GAITO E., *Vizi procedurali e inutilizzabilità delle intercettazioni ambientali a mezzo di microspie*, in *Giur. It.*, 1991, II, 430).

Proprio in relazione a ciò – ha rilevato, altresì, la dottrina – la mancanza di una disciplina specifica sul modo attraverso il quale si attua il posizionamento della microspia costituirebbe una vera e propria anomalia, posto che di tale modo non si avrà mai alcuna storia processuale, né sarà possibile ricostruire altrimenti l'esatto svolgersi dei momenti che lo hanno caratterizzato nonostante la portata dei diritti inviolabili sui quale incide. Il rilievo è del tutto condivisibile e in proposito, anzi, pare non debba essere dimenticato che se la costante giurisprudenza ha legittimato l'intrusione nel luogo di privata dimora col provvedimento autorizzativo dell'intercettazione, ciò non può che costituire ragione ulteriore in ordine alla dovuta documentazione di tutta l'attività materiale conseguente; conclusione, questa, a conforto della quale militano, non soltanto i principi generali del sistema che escludono che possa essere conforme allo stesso sistema l'attività di riflesso processuale della quale non si abbia documentazione, ma le regole stesse poste a presidio della conoscibilità di quanto effettuato proprio in tema di intercettazione, stante la disposizione di cui all'art. 267, comma 3°, c.p.p. che prevede, come ampiamente s'è detto, l'indicazione delle modalità di intercettazione, oltre che la durata delle stesse. Se il decreto autorizzativo non contempla (ne deve contemplare, si badi) le modalità

esecutive delle intercettazioni e se neppure il decreto esecutivo contiene alcuna indicazione dell'attività che deve essere posta in essere dagli operatori, il cerchio delle carenze motivazionali davvero si chiude e non v'è dubbio che il laconico discorso sviluppato dall'indirizzo giurisprudenziale articolato sull'assioma che l'autorizzazione all'attività intercettativa sia di per sé idonea a rendere legittimo pure il mezzo acquisitivo si traduce in un vero e proprio machiavello, dettato al solo fine di legittimare la segretezza di un'attività che, come detto, a rigore di sistema dovrebbe comunque essere resa nota per i dovuti controlli.

Sul punto, è stata (ancora una volta) la dottrina ad avere avvertito la pericolosità, sotto il profilo costituzionale, del vuoto (solo apparentemente normativo, stante la disposizione sul contenuto del decreto esecutivo) sotteso a tale conclusione, e, richiamando l'attenzione sul fatto che comunque «nessuna norma regola l'utilizzazione dello strumento tecnico che consente l'intercettazione tra presenti, il quale, per le sue caratteristiche deve necessariamente essere tenuto nascosto e la cui installazione può richiedere attività che necessariamente devono essere disciplinate, potendo a volte presentare aspetti di discutibile legittimità, se non addirittura vietate», pare abbia indicato come unica via percorribile quella di rendere effettivo (per così dire) proprio il portato dell'art. 267, comma 3°, c.p.p., di modo che «l'individuazione, la predisposizione e l'uso dello strumento tecnico è lasciata... alla regolamentazione effettuata dal P.M. il quale, mediante il decreto che dispone le modalità dell'intercettazione, delega a sua volta la p.g.» (IACOVIELLO, *Intercettazione*, cit.).

Siccome il problema si pone in termini di «regolamentazione delle attività» (GAITO E., *Vizi procedurali e inutilizzabilità*, cit.), questa pare essere la soluzione più adeguata per ritenere legittimo quel segmento della fase pre-intercettativa che, nell'*ambientale*, si snoda dal decreto esecutivo del P.M. all'inizio delle operazioni di ascolto. Per meglio dire: è assolutamente necessario, stante il

dettato dell'art. 267, che sia il decreto del P.M. a contenere l'indicazione delle attività che devono essere compiute al fine dell'intromissione nella privata dimora – così come previsto, ad esempio, nell'ipotesi di perquisizione – e che delle attività materiali sia redatto relativo verbale che indichi data, ora e soggetti che, introducendosi in quel luogo, hanno partecipato alle operazioni di posizionamento della microspia, con la specificazione, a seconda dei casi, oltre che di quanto compiuto o di quanto non potuto compiere, ovvero di quanto posto in essere in difformità alle indicazioni contenute nel decreto del P.M.

Tutto ciò, evidentemente, al fine dell'ostensione e dei dovuti controlli.

7. *Conclusione.* – La pretesa di avere delineato, col Codice del 1988, un sistema *delicato* di captazione occulta, sol perché essa è subordinata all'autorizzazione al giudice-terzo sconta un'indubbia miopia di un approccio al tema della tutela dei diritti sottostanti essenzialmente caratterizzato dalla gestione di tutto ciò che concerne l'esecuzione all'organo dell'accusa. A tale vizio *di fondo*, la prassi, come s'è visto, ha aggiunto quello della compressione della portata della norma di cui all'art. 267, comma 3°, c.p.p. (e della conseguente sanzione) attraverso la sostanziale eliminazione dell'indicazione delle modalità esecutive dall'ambito del contenuto del decreto emesso dal P.M.

La situazione determinatasi non pare possa corrispondere alle esigenze di garanzia e di controllo voluti dalla Costituzione e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Come s'è visto, per la Corte costituzionale (C. cost., sent. 6 aprile 1973, n. 34, cit.), l'effettività dell'art. 15 Cost. postula garanzie che attengono alla predisposizione, anche materiale, dei servizi tecnici necessari per le intercettazioni in modo che l'autorità giudiziaria possa esercitare anche di fatto il controllo necessario. In senso più ampio, per la Corte europea dei diritti dell'uomo ogni intercettazione riveste «*di per se*» la caratteristica di «*ingerenza della pubblica autorità nella sfera privata, e ciò anche quando di essa*

non si sia fatto un uso processualmente rilevante», cosicché ogni attività attraverso la quale si attua deve essere «*disciplinata minuziosamente dalla legge, non soltanto in relazione ai casi nei quali essa può essere attuata ma anche nel modo attraverso il quale i dispositivi di intercettazione sono introdotti ed utilizzati*» (C. eur., 25 marzo 1998, Kopp c. Svizzera; C. eur., 15 giugno 1992, Ludi c. Svizzera), essendo sempre necessario che l'attività di captazione avvenga secondo modalità atte ad evitare gli abusi e garantire i controlli (C. eur., Lambert c. Francia, cit.; C. eur., 6 settembre 1978, Klass e altri c. Germania).

Le decisioni sopranazionali pare consentano di recuperare quei principi indicati dalla Corte costituzionale che, nel tempo, sono stati in concreto disattesi da quelle decisioni

che – lo si è visto – hanno ritenuto di potere svilire il senso stesso del decreto esecutivo come atto motivato. Ciò vero, è il contenuto del decreto esecutivo che deve essere riconsiderato in ragione delle finalità cui è preordinato e del controllo che garantisce. L'indicazione delle situazioni di fatto che impongono determinate modalità tecniche di apprendimento in luogo di altre, la giustificazione dell'adozione di sistemi particolari di ascolto, l'individuazione del sistema invasivo al quale attenersi nelle intercettazioni ambientali, il modo attraverso il quale il P.M. garantisce la possibilità di un effettivo controllo su ogni aspetto delle operazioni pare costituiscano altrettante *tappe* di un *iter* argomentativo che, di necessità, deve esserci, pena la sanzione prevista dall'art. 271 c.p.p.

DECISIONI IN PRIMO PIANO

La pubblicità esterna nel procedimento di prevenzione, dalla «*procédure d'arrêt pilote*» Bocellari e Rizza alla implementazione della Corte costituzionale: verso un nuovo statuto pubblicitario dell'udienza camerale?

Aderendo pedissequamente ai dettami della Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il quadro normativo di riferimento in tema di procedimento di prevenzione nella parte in cui non consente che, su istanza degli interessati, il procedimento applicativo davanti al Tribunale e alla Corte d'appello si svolga nelle forme dell'udienza pubblica: «L'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 e l'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575 sono costituzionalmente illegittimi, per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al Tribunale e alla Corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica. Lo statuto camerale senza la partecipazione del pubblico, viola, infatti, l'art. 6, § 1, della C.e.d.u. posto che, stante l'incidenza delle misure di prevenzione su beni dell'individuo costituzionalmente tutelati, quali la libertà personale, il patrimonio e la stessa libertà di iniziativa economica, non contempla la possibilità per l'interessato di chiedere un dibattito

pubblico, ledendo così il principio di pubblicità delle udienze, costituzionalmente rilevante anche in assenza di un esplicito richiamo in Costituzione. Ciò nonostante, l'esigenza di garantire la pubblicità del giudizio penale nelle fasi di merito del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione non pregiudica, in conformità alle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, il potere del giudice di disporre che si proceda, in tutto o in parte, senza la presenza del pubblico in rapporto alle tipicità del caso concreto, che facciano emergere la necessità di tutelare valori contrapposti, sulla falsariga dell'art. 472 c.p.p.» (C. cost., 12.3.2010, n. 93).

Nelle Osservazioni che seguono l'Autore, analizzando la tenuta del sistema, si chiede se il surriferito principio di massima contenuto nella pronuncia Bocellari, seppur cristallizzato a livello di *case-law*, possa estendersi fino a coinvolgere altri paradigmi rituali, ed avere, seppure indirettamente, ripercussioni sulle limitate garanzie partecipative attualmente riconosciute all'accusato ed al suo difensore nel procedimento *ex artt.* 311 e 611 c.p.p.

Osservazioni

di Marco Lo Giudice

1. *La Pubblicità esterna nel quadro normativo europeo, internazionale e costituzionale.* «La pubblicità dei giudizi penali è una preziosa conquista della civiltà moderna, cui nessuno vorrebbe menomare». Così, cesellando un

assunto ancora oggi incontestato, si esprimeva una circolare del 1879 del ministro guardasigilli.

L'ineluttabilità di una garanzia siffatta non è però, nel tempo, andata a coincidere con una

sempre attenta e scrupolosa attuazione del principio pubblicitario. Così, a distanza di oltre un secolo dalla elaborazione del surriferito assunto, il canone pubblicitario, rispolverato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti, la Corte europea), è tornato, inaspettatamente, a calcare le scene del dibattito giuridico in tema di garanzie processuali.

Muovendo a ritroso sarebbe agevole riscontrare *prima facie*, alla stregua di quanto rilevato dalla Corte di Strasburgo, un utilizzo indiscriminato (al limite dell'abuso) dello statuto camerale nel processo penale; tuttavia, in presenza di un quadro piuttosto frammentato e complesso è indispensabile procedere con ordine. A partire dal secondo dopoguerra la tutela processuale *coram populo* è stata approntata dall'ordinamento interno su due fronti: il primo riconducibile all'elaborazione ermeneutica della Costituzione, il secondo individuato nelle garanzie riconosciute testualmente a livello internazionale.

Sul terreno costituzionale, punto fermo della problematica illuministica, la pubblicità c.d. esterna aveva trovato un primigenio sbocco legislativo all'interno dell'art. 72 dello Statuto albertino, diretto a realizzare, nel quadro di un più ampio progetto ottocentesco, una forma di pubblico controllo sull'esercizio dell'autorità. Siffatta previsione non era stata ricalcata all'interno dell'asse prospettico costituzionale siccome ritenuta portatrice di un principio universalmente accettato e non negato al punto da poterne giustificare la mancata cristallizzazione *per tabulas*.

Stante la carenza di un appiglio testuale era stata la Corte costituzionale (C. cost., 14 aprile 1965, n. 25; C. Cost., sent. 10 febbraio 1981, n. 17) a precisarne il contenuto, premurandosi di individuarne, seppur con soluzioni a volte eterogenee, la copertura normativa.

Così, dall'insieme delle pronunce costituzionali è dato desumersi che il principio di pubblicità esterna sarebbe ammantato dal tessuto normativo di cui all'art. 101 della Carta costituzionale, atteso che il controllo del pubblico costituisce una forma di manifestazione del potere democratico sul potere giu-

risdizionale amministrato "in nome del popolo". Ricostruzione, ad onor del vero, messa in dubbio dalla dottrina che, per un verso, ha ritenuto dissolvere la copertura dell'art. 101 Cost. in ragione della più consolidata tutela apprestata dall'art. 111 Cost., mentre per altro verso è giunta a disconoscere il suo carattere «coesenziale al processo, di diretta derivazione costituzionale» (MACCHIA A.-GAETA P., *Il rito camerale nel processo di prevenzione davvero incompatibile con il "giusto processo"? Pensieri sparsi (e perplessità) a margine di una pronuncia della Corte di Strasburgo*, in *Cass. Pen.*, 2008, 2668 ss.).

Eccettuando siffatti rilievi, occorre ricordare come dall'analisi sistematica del quadro costituzionale di riferimento emerga una garanzia che, opposta al rischio di una giustizia segreta, vede albergare al suo interno un'unica anima "oggettivista"; si tratta in altre parole di una garanzia concepita quale congegno funzionale alla tutela degli interessi della collettività (al punto da non poter divenire oggetto di rinuncia soggettiva), senza tenere in considerazione, se non di riflesso e soltanto in via mediata, le prerogative del diretto interessato.

In particolare, sul profilo della rinuncia, la Consulta ha manifestato il proprio intendimento con un'equazione non priva di una sottile incoerenza, laddove ha riconosciuto la piena legittimità del procedimento in assenza di pubblico in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti (C. cost., sent. 22 maggio 1991, n. 251).

Interessante è altresì tracciare il parallelo tra quanto ritenuto dalla Corte costituzionale, quantomeno a livello di principio, e quanto cristallizzato dall'angolo visuale della giurisprudenza europea; invero ad avviso di quest'ultima, né la *ratio*, né la lettera dell'art. 6, § 1, escluderebbero la possibilità per l'interessato di rinunciare a tale garanzia, purché essa risulti inequivoca e non contrastante con un interesse pubblico rilevante (C. eur. dir. uomo, sent. 24 giugno 1993, Schuler-Zgraggen c. Svizzera), atteso il riconoscimento dell'interesse alla trasparenza in capo alla collettività (C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 5 feb-

braio 2009, Olujic c. Croazia). Di talché, sembra a noi legittimo domandare, ad esempio, se lo svolgimento a porte chiuse dell'udienza finalizzata all'applicazione della pena su richiesta di parte *ex artt.* 444 e ss. c.p.p. possa ritenersi in linea con tale quadro normativo, atteso che in alcune ipotesi potrebbe sussistere un interesse della collettività a vigilare circa tale modalità di esercizio del potere giurisdizionale.

Del resto, una volta riconosciuta la presenza di un interesse oggettivo (*rectius*, collettivo) connesso al controllo sociale sul processo emergono problemi di compatibilità con l'idea secondo cui la deroga al canone pubblicitario può giustificarsi in ragione di un regime di premialità a vantaggio del singolo. In ogni caso, preso atto della copertura costituzionale del canone pubblicitario, deve tuttavia sottolinearsi come la sentenza in commento non abbia – in ragione del *devolutum* dal giudice *a quo* – affrontato la questione alla luce degli artt. 101 o 111 della Costituzione (censure, concernenti l'art. 111, ritenute assorbite dalla declaratoria d'incostituzionalità).

La Corte costituzionale, invece, si è limitata ad adeguare l'ordinamento interno all'art. 6, § 1, della C.e.d.u. così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo; adeguamento agli obblighi internazionali imposto dall'art. 117, comma 1°, Cost. sulla scia delle linee guida tratteggiate dalla stessa Corte costituzionale con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007.

Da qui, rivolgendo l'attenzione al secondo "fronte" sopra descritto, si impone una ricostruzione del quadro sovranazionale normativo e giurisprudenziale *in subjecta materia*. Così, ingrandendo l'angolo visuale e scrutando l'orizzonte internazionale, è possibile individuare un riferimento testuale al diritto allo svolgimento "a porte aperte" dell'udienza nell'articolo 6, § 1, della C.e.d.u. annoverato tra gli elementi indefettibili della serie di garanzie che vanno a conformare il paradigma del "processo equo". In termini analoghi si esprime l'articolo 14, n. 1, del Patto internazionale per la protezione dei diritti civili e politici.

Siffatta garanzia, reggendosi sull'equazione: giustizia non trasparente-giustizia denegata, vede primeggiare il principio dell'apparenza che trova perfetta esplicazione nella formula anglosassone "*justice is not only to be done, but to be seen to be done*".

Essa fornisce al singolo una protezione da una giustizia segreta sottratta al controllo del pubblico preservando così, sempre in un'ottica esteriore, la credibilità degli organi giudiziari (C. eur., sent. 14 novembre 1960, Lawless c. Regno Unito; analogamente, C. eur., sent. 21 febbraio 1975, Golder c. Regno Unito; C. eur., sent. 8 dicembre 1983, Pretto ed altri; C. eur., sent. 8 dicembre 1983 Axen c. Germania; più di recente, C. eur., Grande Camera, sent. 12 aprile 2006, Martinie c. Francia). Sarebbe pertanto la trasparenza ottenuta attraverso la pubblicità esterna ad aiutare la norma convenzionale citata a raggiungere lo scopo tipico di una società democratica: un processo equo.

La stessa giurisprudenza aggiunge che l'art. 6, § 1, citato non cristallizza un principio assoluto, potendo questo essere derogato. Non assolutezza che però si pone in stridente contrasto con il c.d. statuto unimodale della procedura. Si tratta, in sintesi, di quella procedura che si snoda secondo uno svolgimento in assenza del pubblico in virtù di una norma generale e assoluta, senza che la persona soggetta a giurisdizione abbia la possibilità di sollecitare una pubblica udienza.

In tema di eccezioni al principio pubblicitario, la giurisprudenza europea ha ritenuto giustificabile l'assenza del controllo da parte del pubblico allorché l'udienza abbia ad oggetto un *thema decidendum* ad alto contenuto tecnico, laddove la procedura scritta è ritenuta più idonea rispetto a quella orale, ovvero dove il carattere privato della questione sottesa esiga il rispetto della riservatezza.

Dunque, l'indefettibilità della pubblicità dell'udienza dipende anche dalle questioni da dirimere. Così, laddove debbano trattarsi questioni esclusivamente di diritto potrà giustificarsi l'udienza "a porte aperte" purché in primo grado vi sia stato uno svolgimento in

pubblico (C. eur. dir. uomo, sent. 27 marzo 1998, K.D.B. c. Paesi Bassi, § 39).

Da ultimo, è a dirsi come di recente ai due “fronti” sopra descritti se ne sia affiancato un terzo. È agevole rilevare, invero, come il quadro normativo in tema di diritti e libertà fondamentali abbia visto espandere il proprio perimetro grazie all’equiparazione giuridica, attuata dal Trattato di Lisbona, della Carta di Nizza rispetto ai Trattati (NTUE e TFUE).

Così, l’articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea stabilendo che “ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge” ha conferito alla garanzia pubblicitaria lo stesso rango di fonte normativa dei Trattati, in altri termini ha elevato la garanzia pubblicitaria da fonte sub-costituzionale a garanzia avente copertura costituzionale *sub* art. 11 Cost. e dunque avente lo stesso valore della Costituzione. Se a ciò si aggiunge poi quanto disposto nell’art. 52 della stessa Carta se ne ottiene, in un’osmosi tra sistemi europei, una vera e propria “comunitarizzazione” del canone pubblicitario così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, derivandone da ciò una serie di conseguenze non irrilevanti sul piano pratico. Ma sul punto torneremo *funditus* nel prosieguo (v. *infra* § 3).

2. *L’impianto legislativo* (rectius, *il diritto vivente*) *cenurato*. – Il processo di prevenzione è regolato da una serie di disposizioni che trovano il loro ceppo comune in quelle contenute nella l. 27 dicembre 1956, n. 1423 (*Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la moralità*).

Siffatta legge all’articolo 4, comma 6°, in tema di misure di prevenzione personali, recita: «il Tribunale provvede, in camera di consiglio, con decreto motivato».

In tema di misure patrimoniali, l’art. 2 *ter*, comma 1°, della l. 31 maggio 1965, n. 575 (*Disposizioni contro la mafia*), aggiunto dall’art. 14 della l. 13 settembre 1982, n. 646 (altrimenti nota come legge «Rognoni-La

Torre»), richiamandosi al procedimento per l’applicazione delle misure personali ne recepisce lo svolgimento camerale. A conferma di ciò, predica il comma 5° della stessa disposizione che, nel disciplinare l’intervento di terzi, attribuisce a quest’ultimi la facoltà difensiva di svolgere deduzioni «in camera di consiglio».

Dunque, in materia di procedimento di prevenzione, che si tratti di misure personali o patrimoniali, la costante è sempre data dallo svolgimento camerale.

Va inoltre notato come la norma imponga l’osservanza, in quanto applicabili, delle disposizioni inerenti degli articoli 636 e 637 (procedimento di sorveglianza) del codice di procedura penale abrogato.

In ordine a tale aspetto si è consolidato un orientamento inteso a ritenere che in virtù dell’articolo 208 disp. coord. c.p.p. – secondo cui deve aversi riguardo agli istituti o alle disposizioni del codice che disciplinano la corrispondente materia – il riferimento va effettuato al vigente articolo 678 c.p.p., il quale regola la stessa materia; norma che, come ben noto, richiama espressamente le regole per il procedimento di esecuzione *ex* art. 666 c.p.p.

In ogni caso, è pacifico che il riferimento allo svolgimento in camera di consiglio debba ritenersi riferito al rito *ex* art. 127 c.p.p. il quale al comma 6° espressamente prevede lo svolgimento a porte chiuse dell’udienza.

Siffatto assunto, avallato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione nella sua più autorevole composizione (Cass., Sez. Un., sent. 28 maggio - 18 giugno 2003, n. 26156, Di Filippo, in *Giur. It.*, 2004, 390) è assunto al rango di vero e proprio diritto vivente.

Da qui, per esser precisi, contrariamente a quanto argomentato dalla pronuncia che ci occupa, sarebbe stato proprio il surriferito diritto vivente ad essersi posto in contrasto con i dettami europei, e non l’art. 4 o l’art. 2 *ter*, atteso che nel tessuto normativo non è presente una norma che espressamente imponga lo svolgimento a porte chiuse del procedimento di prevenzione.

Atteso dunque che il *vulnus* di tutela discen-

derebbe non da un dato testuale esplicito, ma dall'interpretazione giurisprudenziale consolidatasi nel tempo, si vuole sostenere come un'operazione ermeneutica diretta ad interpretare la norma *de qua* adeguandola al sistema convenzionale non avrebbe comportato né uno stravolgimento delle regole poste alla base dell'attività interpretativa demandata ai giudici, né avrebbe manifestato una insofferenza per la formulazione testuale della norma. Del resto, il richiamo al procedimento camerale sarebbe finalizzato a garantire *in melius* il proposto dal rischio di un'applicazione realizzata con il paradigma non partecipato (*de plano*) e non a farlo soggiacere ad un rito in contrasto con il *procès équitable*. Sarebbe bastato, allora, valorizzare la formula "in quanto applicabili" contenuta nell'art. 4 citato, ritenendo inapplicabile il rinvio al regime camerale *ex art.* 127, comma 6°, nei casi di dichiarata violazione dell'art. 6 C.e.d.u. da parte della Corte europea, così in presenza di un *vulnus* legislativo, sarebbe bastato estendere analogicamente l'art. 441, comma 3°, c.p.p. attesa la presenza del presupposto indefettibile all'operazione di interpretazione analogica: il vuoto normativo. Anche se ad onor del vero il meccanismo dettato per il giudizio abbreviato non avrebbe risolto integralmente il problema posto che esso è attivabile solo su istanza degli imputati – con la possibilità di opporre un vero e proprio veto da parte anche solo di uno di essi – lasciando impregiudicate quelle posizioni che nel procedimento di prevenzione vengono ad assumere un ruolo preponderante (si pensi ai terzi intervenienti).

3. *Dal «case law» agli effetti erga omnes: la Corte costituzionale offre l'adattatore (forse, superfluo) alla c.d. procédure d'arrêt pilote.* – Con la sentenza in commento la Corte costituzionale ha innestato un nuovo tassello nell'opera di adeguamento del sistema interno all'universo europeo.

In linea preliminare, va ricordato come la Corte europea abbia a più riprese condannato l'Italia (C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 2 febbraio 2010, Leone c. Italia) per la violazione dell'*aequitas* processuale, in riferimento all'art. 6, § 1,

della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (nel prosieguo, la C.e.d.u.), dopo aver individuato il *vulnus* di sistema nello svolgimento "a porte chiuse" del procedimento diretto all'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali e personali.

Trasposta la questione sul piano interno ci si era interrogati sulle possibili vie da percorrere al fine di fornire implementazione ai dettami della Corte di Strasburgo.

Indicazioni giurisprudenziali che, a prescindere dalle implicazioni sul caso concreto, avevano evidenziato l'esistenza di una *defaillance* strutturale del sistema interno alla quale avrebbe dovuto provvedere, in via generale, il legislatore, sotto lo sguardo del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

Va difatti ricordato come la sentenza Bocellari e Rizza (v. § 44) in uno con le disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo avesse individuato nel Governo e nel Parlamento gli organi deputati ad adeguare il sistema interno alla pronuncia europea.

Sul fronte legislativo, tuttavia, non si era registrata alcuna iniziativa mirante a realizzare il surriferito adeguamento. Così, in siffatto solco si era inserita la soluzione della interpretazione conforme alla Convenzione, nonostante la presenza di un dato testuale non equivoco.

Tra le alternative proposte, quella che più aveva animato il dibattito dottrinale mirava ad estendere al procedimento di prevenzione, il meccanismo di pubblicità eventuale a sollecitazione di parte, congegnato dal codice di rito in materia di giudizio abbreviato (art. 441, comma 3°).

Si trattava, per vero, di un giustificabile approccio pretorio già adottato dalla giurisprudenza in materia di adeguamento dell'ordinamento interno al sistema C.e.d.u. (emblematico a tal riguardo è il recente approdo ermeneutico cui è giunta, Cass., Sez. VI, sent. 12 novembre 2008, n. 45807, in *Cass. Pen.*, 2009, 1458, a soluzione della più condensata questione sul caso Drassich c. Italia). Soluzione, tra l'altro, prospettata dal rap-

presentante la pubblica accusa nel processo *a quo* al fine di scongiurare la declaratoria di incostituzionalità che qui ci occupa (Trib. di S. Maria Capua Vetere, ord. 18 dicembre 2008, n. 176 in *Gazz. Uff.*, 24 giugno 2009, n. 25) e disattesa sia dal collegio rimettente sia dalla stessa Corte costituzionale, quest'ultima, in considerazione della differenza strutturale e funzionale che ricorre tra il giudizio abbreviato ed il procedimento di prevenzione.

Parimenti, corre d'uopo ricordare, come la Suprema Corte (Cass. pen., Sez. II, ord. 11-12 novembre 2009, n. 43250), soffermatasi di recente sulla compatibilità costituzionale del procedimento di prevenzione con i parametri europei, abbia, ritenuto non operabile il ricorso all'istituto dell'*analogia legis* con riferimento all'art. 441, comma 3°, c.p.p. atteso il carattere eccezionale del meccanismo a sollecitazione di parte, visto che «proprio l'espressa previsione per il giudizio abbreviato conferma che, nel sistema del codice di rito, si tratta di un'ipotesi eccezionale per la quale è necessaria un'apposita norma». Da qui l'intervento obbligato della Corte costituzionale che con la sentenza in commento, nel recepire le argomentazioni motivazionali della Corte europea, ha messo fine ad una problematica poco avvertita a livello pratico, ma non indifferente sul piano delle implicazioni teoriche di cui è smaccatamente foriera.

È oltremodo agevole rilevare come i giudici delle leggi abbiano portato avanti il cammino avviato (in tema di rapporti tra le sentenze della C.e.d.u. ed il loro inserimento nel tessuto ordinamentale interno) con le pronunce nn. 348 e 349 del 2007 (C. cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 348; C. Cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 349). Arresti giurisprudenziali che hanno offerto all'interprete una lettura sistematica innovativa in tema di rapporti tra legislazione italiana e obblighi internazionali.

In virtù di siffatte decisioni è stata attribuita alla Convenzione europea il rango di fonte sovra-ordinata alla legge, seppur subordinata ad un giudizio di compatibilità con l'ordito costituzionale.

In sintesi, quando le disposizioni della Con-

venzione si pongano in aperto contrasto con le norme interne e tale antinomia non sia risolvibile dal giudice comune in via interpretativa, spetterà alla Corte costituzionale utilizzare nel giudizio di costituzionalità le norme C.e.d.u. come parametro di compatibilità. Da qui, l'utilizzo del termine "norme interposte" volto ad identificare l'innesto della convenzione nel solco individuato tra il dato normativo interno e l'obbligo di conformazione internazionale dettato dal nuovo titolo V della Costituzione.

In tal modo le sentenze richiamate hanno ottenuto il risultato ricercato in precedenza, per altra via, dalla giurisprudenza costituzionale (C. cost., sent. 19 gennaio 1993, n. 10), fornendo, questa volta, una nuova copertura normativa alle norme C.e.d.u.: l'art. 117, comma 1°, Cost.

Tuttavia, la portata innovativa delle richiamate sentenze non si limita a quanto fin qui rassegnato. Difatti, in quella duplice occasione, la Consulta ha sottolineato le peculiarità del sistema C.e.d.u. il quale, in quanto fondato su un trattato di natura particolare, prevede una competenza di un organo giurisdizionale al quale è affidata la funzione di interpretare la Convenzione stessa (la Corte europea).

Ora, gli obblighi internazionali ai quali lo Stato italiano dovrà adeguarsi non saranno limitati al testo della Convenzione ma anche – e qui sta la significativa portata delle menzionate pronunce – al significato ad esse attribuito da parte dei giudici di Strasburgo. In sintesi, anche le sentenze della Corte europea hanno assunto il rango di fonte sovra-legislativa, salvo il (contro)limite della conformità alla Costituzione (C. cost., 26 novembre 2009, n. 311 e C. cost., 4 dicembre 2009, n. 317 del 2009).

Da queste premesse normative ha preso le mosse l'apparato motivazionale della sentenza in commento che, attraverso un recepimento quasi meccanico della pronuncia pilota Bocellari e Rizza, ha fornito applicazione interna alla Convenzione europea così come interpretata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

In particolare, la menzionata sentenza della Corte europea si annovera tra le c.d. *procédure d'arrêt pilote*, ovvero quel genere di pronunce che distaccandosi dall'approccio tipico di *case-law*, proprio della Corte di Strasburgo, tendono ad individuare una *defaillance* di sistema, condannando lo Stato a intraprendere misure generali volte all'eliminazione del *vulnus* di tutela convenzionale (C. eur., Grande Camera 22 giugno 2004, Broniowski c. Polonia).

Così, in assenza di misure generali poste in essere da parte dello Stato è toccato alla Corte costituzionale affrontare siffatta problematica. Decisione a nostro avviso impeccabile giacché, muovendo dall'inerzia del legislatore e dalla impossibilità per il giudice comune di emendare per via ermeneutica il dato normativo, ha fornito soluzione a quel difetto strutturale evidenziato a livello europeo.

In breve, la Corte costituzionale sulla scia della sentenza Bocellari e Rizza c. Italia e dei successivi pronunciamenti conformi, ha inteso adeguare il sistema interno censurando parzialmente il dato normativo di riferimento in tema di procedimento di prevenzione nella parte in cui non prevede uno svolgimento a porte aperte quantomeno eventuale, *id est* attraverso un meccanismo che dietro sollecitazione di parte consenta la partecipazione del pubblico.

Inoltre, la pronuncia che ci occupa ha ricordato come la Corte costituzionale, nel procedere allo scrutinio di conformità tra la norma interna ed il parametro interposto europeo, debba verificare l'esistenza di un eventuale contrasto tra quanto affermato a livello europeo e quanto posto alla base dell'ordinamento costituzionale, ed in tal caso escludere l'idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato.

Ora nel caso di specie nessun contrasto è stato ravvisato tra quanto affermato nella pronuncia Bocellari e Rizza e l'ordinamento costituzionale. Del resto unico punto di tangenza tra lo svolgimento a porte chiuse e la Carta costituzionale poteva essere individuato nella ragionevole durata del procedimento di prevenzione. Tuttavia, la garanzia oggettiva

va e soggettiva – come ricordato di recente dalla Corte costituzionale (C. cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317) ad ottenere un processo in termini ragionevoli non può trovare bilanciamento con il diritto ad un processo pubblico, se non a rischio di sacrificare il canone pubblicitario, vero e proprio punto cardinale nel carteggio del processo equo.

Ne deriva uno statuto dell'udienza camerale di prevenzione a "geometria variabile", *id est* un procedimento che vede per un verso allargare le maglie partecipative in virtù di un potere di sollecitazione attribuito agli "interessati", mentre per altro verso restringere siffatte maglie al cospetto di una valutazione del giudice che riguardo al caso concreto ed in presenza di valori contrapposti, ritenga opportuno, sulla falsariga dell'art. 472 c.p.p., procedere a porte chiuse.

Si tratta in sintesi di una pronuncia che valicando i limiti di un sistema giurisprudenziale di *case law* va ad incidere marcatamente sul tessuto normativo dell'ordinamento interno attraverso l'adattamento garantito dal giudice delle leggi.

Tuttavia è bene ricordare come tale "filtro di adattamento" realizzato dalla Corte costituzionale appaia, alla luce delle recenti modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, non sempre necessario.

Il riferimento va all'art. 6 del Nuovo Trattato sull'Unione europea (NTUE) che ai paragrafi 2 e 3 sancisce quanto segue: "L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Si tratta di una norma che per vero esisteva già in virtù del Tratto di Maastricht ma che vede accrescere la propria forza espansiva siccome accompagnata da altre rilevanti modificazioni. Il riferimento va all'equiparazione giuridica della Carta di Nizza rispetto ai trattati (NTUE e TFUE) realizzata sem-

pre dal Trattato di riforma. Seguendo questa scia è possibile tracciare il percorso di “comunitarizzazione” dei diritti C.e.d.u. così come interpretati dalla giurisprudenza di Strasburgo. Difatti sulla scorta dell’art. 52 della Carta dei diritti fondamentali laddove le garanzie contenute nella Carta di Nizza corrispondano a quelle garantite dalla Convenzione europea si avrà una sorta di “livellamento” riguardante il significato e la portata degli stessi senza che sussista alcuna preclusione a che il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa. In ragione di quanto detto è evidente come l’affrontata questione della copertura normativa della Convenzione europea debba esser “ripensata”. Ricondurre la Convenzione europea, laddove coincidente con i diritti fondamentali dell’Unione, al rango di fonte costituzionale equivarrebbe ad introdurre nel giudice “comune” un sindacato diffuso sui diritti umani forte del potere di disapplicazione della norma contrastante con quanto affermato dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Di tal fatta, i fondamenti dell’indirizzoavalato dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 348 e 349 potrebbero apparire meno solidi (contrariamente cfr. LUPO, *La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta recente della Cassazione civile e penale*, in www.appinter.csm.it/incontri); tuttavia, l’adesione a siffatto orizzonte innovativo non comporterebbe l’abbandono *tout court* del prefato orientamento costituzionale di cui è espressione la pronuncia in analisi. Al contrario, si tratterebbe di affiancare al controllo accentrato della Corte costituzionale un controllo diffuso di convenzionalità “ad intermittenza” operabile cioè solo e soltanto a determinate condizioni, ovvero in presenza di:

- a) una pronuncia della Corte di Strasburgo, riguardante espressamente il sistema normativo italiano che presenti un contenuto specifico e ben individuato;
 - b) una violazione di un bene giuridico “riconosciuto” sia dalla Costituzione, sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione.
- È a dirsi poi come la stessa pronuncia anno-

tata abbia utilizzato quale parametro di riferimento l’art. 47 della Carta di Nizza, riconoscendo la nuova forza vincolante fornitagli dal Trattato di Lisbona, senza tuttavia essersi soffermata su tale aspetto.

Non è azzardato allora parlare di un’occasione “sprecata” posto che l’organo al quale è affidato il controllo accentrato di costituzionalità avrebbe dovuto abdicare nei riguardi del giudice comune soggetto – in astratto – in grado di fornire attuazione al diritto europeo in presenza di un contrasto con una fonte equiparata ai Trattati che, da un lato, recepisce nel significato e nella portata le garanzie C.e.d.u. (art. 52, § 3, Carta di Nizza) e dall’altro in ogni caso eleva il principio pubblicitario, in quanto appartenente alle tradizioni costituzionali comuni, al rango di principio generale del diritto (art. 6, §§ 2 e 3, NTUE).

Ora, al lume di quanto fin qui detto, sembra a noi indispensabile iniziare ad adeguare l’ordinamento interno ai dettami europei disapplicando il comma 6° dell’art. 127 c.p.p. tutte le volte in cui lo svolgimento a porte chiuse non trovi una giustificazione secondo i parametri forniti dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Invero, se riferita all’udienza di prevenzione, la disapplicazione dell’art. 127, comma 6°, avrebbe garantito, in tempi e forme più snelle, uno svolgimento aperto al pubblico fornendo un riparo dalle ulteriori condanne ripetitive sopravvenute alla pronuncia pilota (C. eur. dir. uomo, Sez. II, sent. 8 luglio 2008, Perre e altri c. Italia; C. eur. dir. uomo, Sez. II, sent. 5 gennaio 2010, Bongiorno ed altri c. Italia; C. eur. dir. uomo, Sez. II, sent. 2 febbraio 2010, Leone c. Italia).

E del resto, scartare la possibilità di disapplicare la norma in presenza di una “sentenza pilota” con effetti generali, che per di più recepisce in pieno le garanzie fornite dalla Carta dei diritti fondamentali ed anche dalla Corte costituzionale, equivale a rifiutare aprioristicamente la possibilità di fornire una tutela effettiva e rapida ai diritti dell’uomo.

Diversamente dovrà opinarsi laddove la pronuncia non abbia simili caratteristiche e specie laddove si tratti di una pronuncia non

espressamente riferita allo Stato italiano. È opportuno invero richiamare il tema dei limiti della singola controversia (propri di un sistema di *case-law* quale è il sistema giurisdizionale europeo) e l'espansione della forza vincolante *erga omnes* del *decisum* europeo. A tal riguardo, infatti, è stato legittimamente posto l'interrogativo circa gli effetti espansivi che tali fonti posseggono al di là del caso concreto; interrogativo amplificato dalla surriferita possibilità di chiedere la disapplicazione della norma per contrasto con la Convenzione ormai comunitarizzata.

Area tematica che, a tacer d'altro, ha visto contendere il campo a disparate opinioni, intese, per un verso, a ritenere che l'espansione del *dictum* europeo oltre i limiti del caso concreto sostanziasse una forzatura dei principi generali in tema di legge, giurisdizione e giudicato (trattandosi, metaforicamente, di una partita da giocarsi su due tavoli), per altro verso ad attribuire, sulla falsariga della dottrina belga, «autorità di cosa giudicata interpretata» alle pronunce europee, valevoli perciò nella loro portata di massima oltre i confini nazionali cui la pronuncia concerne, per altro verso ancora, a qualificare in capo agli Stati, diversi da quelli oggetto della condanna, un mero obbligo di tenere conto della giurisprudenza di Strasburgo. Qui forse il caposaldo del divieto di disapplicare è destinato a persistere.

4. *L'avallo della Corte costituzionale alla sentenza pilota della Corte europea e gli eventuali effetti a cascata su altri archetipi procedurali.* – Dalla decisione annotata discende che il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione potrà svolgersi, dietro richiesta dell'interessato, a porte aperte, *id est*, per dirla con un'iperbole dall'enfasi tipicamente ottocentesca: “*on passe de l'obscurité au le plein jour*”.

Si tratta, per vero, di una tutela processuale ritenuta eludibile sul fronte operativo laddove percepita quale garanzia rarefatta e pertanto priva di qualsivoglia resa garantista sul processo penale vigente, se non capace di allentare lo svolgimento rituale in spregio alla tanto declamata ragionevole durata.

Rilievi che, invero, non tengono conto dell'importanza di incrementare la conformità degli ingranaggi preventivi ai parametri sovranazionali, accrescendo così la possibilità che i provvedimenti ablativi di prevenzione trovino esecuzione in ambito europeo.

Di certo, non si vuole sostenere che il procedimento in camera di consiglio consolidi un sistema di giustizia segreta, ma si vuole più semplicemente aprire il ventaglio delle garanzie concedibili al prevenuto, in linea con i parametri comuni imposti alle Alte parti contraenti la Convenzione; e ciò a prescindere dalla resa effettiva sul sistema delle garanzie, atteso che, per utilizzare le parole di un'autorevole dottrina: «il valore della pubblicità della giustizia penale non si misura soltanto sugli effetti che essa in concreto propizia, ma sulla gravissima involuzione civile e democratica che la sua assenza comporterebbe» (GIOSTRA, *Segreto processuale*, in *Enc. Giur.*, 4).

Ora, in controtendenza al dato evidente in considerazione del quale la partecipazione del pubblico all'udienza rappresenta una delle aree meno scandagliate nel fondale delle garanzie nobili della giurisdizione penale, perché sovente percepita quale simulacro di una giustizia ancorata a remoti archetipi processuali di stampo inquisitorio a noi pare che l'opera di chirurgia costituzionale che qui ci occupa debba andare affrontata dall'angolo visuale delle possibili ricadute strutturali di cui essa sarebbe foriera.

Del resto, alla luce della sentenza annotata, rotto l'argine del procedimento di prevenzione, non è chi non veda l'opportunità di estendere il canone della pubblicità esterna ad alcuni paradigmi procedurali oggi celebrati a porte chiuse, sottraendo, in chiave teorica, il sistema interno dal rischio di realizzare una lesione sistematica delle garanzie costituzionali ed internazionali, evitando così, in chiave pragmatica, nuove condanne promananti dai giudici di Strasburgo.

In definitiva, sulla falsariga di quanto già prospettato da alcuni autori, sembra a noi opportuno far sì che alcune morfologie procedurali si svolgano nel rispetto di una

garanzia configurante un connotato indefettibile del processo equo.

Così, una volta eliminata la *defaillance* di sistema, evidenziata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in materia di procedimento di prevenzione, si impone all'interprete un compito non agevole, ovvero: scandagliare il fondale dei procedimenti camerale previsti dal codice di rito al lume delle indicazioni fornite dal giudice di Strasburgo.

In breve, è agevole rilevare come la pronuncia che ci occupa costituisca soltanto il tassello primario dell'opera di rinnovamento realizzata in chiave di garanzia pubblicitaria in grado di mettere in crisi la piattaforma camerale non pubblica. Di talché, appare legittimo interrogarsi circa la possibilità di ripensare la camera di consiglio come sede di procedimenti, laddove si svolga a porte chiuse.

Del resto, nell'orizzonte del processo penale si stagliano due prospettive finitime: la prima comprensiva di una visualizzazione continua dei riti della giustizia dovuta ad un «ruolo sempre più attivo ed incisivo dei media nella lettura dei fatti di cronaca di rilievo penale» (SPANGHER, *Un compleanno con molte - troppe - ombre*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, 1193), la seconda, strettamente connessa alla tendenziale scomparsa del rito sacro del processo come ricerca della verità, coincidente con «l'infrattarsi della sua realtà in zone oscure ed incontrollabili» (PROSPERI, *Giustizia bendata*, Torino, 2008, 244)

In controtendenza a tale ultima prospettiva, sembra a noi opportuno procedere ad uno scrutinio di compatibilità, "caso per caso", dei variegati procedimenti camerale con quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Prima di procedere a tale ricostruzione bisogna, sul piano pratico, sgomberare il campo da una convinzione tanto diffusa quanto fallace; sovente, infatti, la mancata partecipazione del pubblico all'udienza è stata riconnessa all'esigenza di rendere più agile e snella la forma del procedimento camerale. Per contro, non è chi non veda come l'ingresso del pubblico nella *salle d'audience* e la sua partecipazione passiva propria di uno spetta-

tore non possenga alcun influsso sulla durata di quest'ultima. Considerazione che trova quale suo *pendant* a livello teorico l'impossibilità di bilanciare la ragionevole durata con il diritto ad un processo equo e pubblico (C. cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317).

Ciò posto, all'indomani della declaratoria d'incostituzionalità che ci ha occupato, è stata prospettata una possibile influenza di siffatta pronuncia a proposito dei giudizi cautelari. A fugare ogni dubbio circa la conformità dei procedimenti *de libertate* in relazione al canone pubblicitario è bastevole la considerazione che colloca la fase cautelare all'interno dei procedimenti incidentali ovvero in una fase che si innesta all'interno di un impianto processuale più ampio nel quale la pubblicità trova uno sbocco: la successiva fase cognitiva dibattimentale. Così il controllo del pubblico, otTURato nella fase processuale *de libertate*, verrebbe a riaprirsi nel reticolato del giudizio penale principale. Da qui, ad avviso di chi scrive, ne discende la compatibilità dello svolgimento camerale a porte chiuse dei procedimenti cautelari (compreso il sequestro finalizzato alla confisca di prevenzione, atteso che il successivo procedimento di prevenzione potrà realizzarsi d'ora in avanti in forma pubblica). Considerazioni ricalcabili in tema di udienza preliminare, attesa la sua natura di snodo di filtraggio rispetto alla fase dibattimentale, lì dove la pubblicità esterna è garantita di regola.

Tuttavia sembra a noi significativo, con un salto logico non azzardato, muovendo dalle considerazioni della pronuncia pilota europea, sconfinare sul campo del diritto di difesa. Si tratta di porre in evidenza l'assenza di contraddittorio orale nelle ipotesi d'inammissibilità nel procedimento *ex art.* 311 c.p.p. Per vero, ad entrare nel mirino della Corte di Strasburgo potrebbero essere in futuro i procedimenti non partecipati in senso stretto, ovvero quelle architetture procedurali che si svolgono con contraddittorio cartolare, dunque, senza la presenza delle parti e dei difensori. Il contrasto ovviamente deriverebbe non in riferimento al diritto al

processo pubblico quanto al diritto alla partecipazione processuale quale corollario del diritto di difesa, posto che si tratta di procedure, seppur concernenti motivi di diritto, pur sempre derivanti da procedimenti a porte chiuse (contrariamente a quanto sostenuto nel caso Axen c. Germania) aventi ad oggetto una posta in gioco di non secondaria rilevanza: la libertà personale.

Tornando al profilo pubblicitario, si può ipotizzare un contrasto tra le coordinate europee ed il procedimento di riparazione per l'ingiusta detenzione; esso, in vero, era già stato oggetto di censure da parte della Corte europea in relazione al caso Werner c. Austria (C. eur., sent. 24 novembre 1997, Werner c. Austria) per il suo svolgimento senza la partecipazione del pubblico. Non sembra azzardato prospettare come, i procedimenti per la liquidazione della riparazione per l'ingiusta detenzione che si svolgono in camera di consiglio, possano andare incontro ad una marcata censura a livello europeo, specie quelli che derivano da un proscioglimento avvenuto in fase pre-dibattimentale (ex artt. 425 e 469 c.p.p.).

Ma quel che a noi sembra più interessante riguarda gli effetti non secondari che la pronuncia Bocellari e Rizza e la successiva sentenza della Corte costituzionale dispiegano sulla materia penitenziaria. Ed infatti, non è difficile accorgersi come il principio di massima estrapolabile dalla sentenza Bocellari e Rizza e recepito dalla sentenza della Corte costituzionale sia foriero di ricadute non secondarie in materia di tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto, nonché in materia di esecuzione e sorveglianza.

Emblematica, a tal riguardo, appare la struttura pubblicitaria unimodale dell'udienza in sede di reclamo avverso il decreto ex art. 41 *bis* o.p.; struttura, ricalcata sul modello dell'art. 678 c.p.p., che si pone in chiaro contrasto con quanto affermato dalla giurisprudenza europea.

E non a caso, sul fronte dottrinale, è stato rilevato un contrasto stridente tra il procedimento unimodale "a porte chiuse" in materia di procedimento di sorveglianza (art. 678 c.p.p.) e quanto affermato dalla Corte europea.

In vero, in tale occasione, muovendo dall'angolo visuale della prevenzione generale, si è tracciato un nesso tra la *publicité des débats judiciaires* e la gestione razionale della pena. In altri termini lo svolgimento a porte aperte del procedimento di sorveglianza, accordando una verifica sulle modalità con cui viene esercitata la potestà punitiva statale, oltre che costituire guarentigia per la posizione del condannato, offrirebbe ai consociati uno strumento di "comprensione" sulle modalità di reintegrazione graduale del condannato all'interno della società.

Riconosciuta, dunque, la piena giurisdizionalizzazione del procedimento di sorveglianza s'imporrebbe uno svolgimento pubblico quantomeno a livello eventuale, e ciò a prescindere dall'ineluttabilità di un giudizio penale di cognizione alla base, posto che il procedimento di cui all'art. 678 c.p.p. non costituisce una mera appendice della cognizione, ma autonoma fase caratterizzata da una posta in gioco elevatissima (una volta individuato il nesso che intercorre tra reinserimento sociale e protezione della collettività dai crimini) (in ordine a tale collegamento appare paradigmatica, C. eur., Sez. II, sent. 15 dicembre 2009, Maiorano ed altri c. Italia). Questione che tuttavia sembra coinvolgere più il procedimento avente ad oggetto la revoca delle misure alternative piuttosto che la concessione atteso che, allineandoci alla polarizzazione soggettiva propria della giurisprudenza europea, in tale ultimo caso sarebbe opponibile da parte del condannato: un interesse alla riservatezza.

Problematiche affini conseguono, poi, dal procedimento a porte chiuse in sede di opposizione avverso il decreto di espulsione dello straniero (previsto dalla l. n. 182/2002 c.d. Bossi-Fini) – procedimento dalla posta in gioco elevatissima, e dal contenuto non prettamente tecnico sol che si pensi a quanto sia caro il tema delle espulsioni per i giudici di Strasburgo. Senza omettere di considerare poi che la pubblicità di tale fase procedimentale equivarrebbe a controbilanciare in chiave di terzietà ed imparzialità il procedimento sommario "amministrativo" di

espulsione, ove il magistrato di sorveglianza opera *ex officio*.

Procedendo oltre è opportuno verificare la conformità del giudizio in Cassazione in materia di misure di prevenzione, rispetto a quanto affermato a livello europeo. Considerato che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha precisato che l'assenza dell'udienza pubblica, nei gradi successivi al primo, può essere giustificata dalla peculiarità della procedura in questione, purché l'udienza abbia avuto luogo in primo grado (C. eur., Grande Camera, sent. 12 aprile 2006, Martinie c. Francia, § 43) e considerato altresì che la sentenza Bocellari e Rizza nulla ha affermato su tale fase procedimentale, appare evidente la conformità del giudizio di legittimità rispetto alla Convenzione europea. Tuttavia il meccanismo dettato all'art. 611 c.p.p. sulla scia del quale la Corte decide in camera di consiglio su ogni ricorso contro provvedimenti non emessi nel dibattimento dovrebbe portare il giudice comune ad aprire le porte del procedimento di prevenzione in sede di legittimità tutte le volte in cui, nei gradi precedenti, la richiesta dell'interessato a far svolgere il procedimento a porte aperte sia stata accolta dal giudice e non rigettata sulla falsariga dell'art. 472 c.p.p.

L'art. 611 c.p.p., da questo profilo, innalzerebbe lo *standard* di tutela imposto dalla C.e.d.u., mentre per altro verso rischierebbe di esporre il giudizio di legittimità ad un contrasto con la giurisprudenza C.e.d.u. at-

teso che essa sposa l'equazione opposta a quella dettata dal codice di rito, ovvero, la pubblicità deve essere garantita qualora ciò non sia stato possibile nei gradi precedenti, e non viceversa.

A tali considerazioni se ne aggiunge un'altra, forse la più eclatante, visto che riguarda più da vicino la sentenza della Corte costituzionale.

Si tratta di un vero e proprio "nervo" lasciato scoperto dalla declaratoria di incostituzionalità in commento, laddove non è stato fatto alcun cenno al profilo pubblicitario riguardante l'incidente di esecuzione (*ex art. 666 c.p.p.*) richiesto da quei soggetti esclusi o comunque non intervenuti nel procedimento *ex art. 2 ter*, l. n. 575/1965. Del resto, in assenza di una specifica ipotesi di nullità che sanzioni la omessa citazione di tali soggetti al *vulnus* di tutela arrecato a tali soggetti da un rimedio definito "postumo" si va a sommare un'ultronea sperequazione: non poter ottenere quello scorrimento dall'udienza "a porte chiuse" all'udienza pubblica (LO GIUDICE, *Comunione legale tra coniugi e misure di prevenzione patrimoniali antimafia*, in *Dir. Fam.*, 2010, 1244 ss.).

Ora, non è chi non veda come nei confronti di questi soggetti la violazione della Convenzione europea sia destinata a permanere. *Vulnus* di sistema che si presta a fungere da banco di prova per affermare il rango costituzionale del principio pubblicitario europeo, sperimentando l'appianamento del divieto di disapplicazione.

Sulla natura della confisca dell'autovettura prevista dal codice della strada

Con la decisione delle Sezioni Unite sembra risolta la *querelle* in ordine alla natura giuridica della confisca dell'auto prevista per la violazione delle norme al codice della strada. Secondo la Cassazione «*la confisca del veicolo prevista in caso di rifiuto di sottoporsi all'accertamento alcolmetrico, dal-*

l'articolo 186, comma 7 del codice della strada, ha natura di sanzione penale accessoria» (C., Sez. Un., 25.2.2010, P.M. in proc. A.).

Nelle Osservazioni che seguono l'Autrice spiega le ragioni di condivisione della decisione in linea con parametri europei.

Osservazioni

di *Rossella Governa*

1. Volta a delineare in maniera definitiva la natura giuridica della confisca, la pronuncia in esame sembra avere concretato la tanto attesa decisa presa di posizione ponendo fine a quei pericolosi disorientamenti applicativi sviluppatisi in materia.

La vicenda prende le mosse dall'accertamento della violazione dell'art. 186, comma 7°, del Codice della Strada, cui seguiva il sequestro del veicolo esperito con riferimento al "pericolo della dispersione della prova dello stesso reato" (art. 321, comma 1°, c.p.p.). Nondimeno, il G.i.p. convalidava successivamente il sequestro eseguito dalla polizia giudiziaria e disponeva la misura cautelare reale non più in base al 1° comma dell'art. 321 c.p.p., ma al 2° comma di tale articolo, essendo il sequestro preordinato alla confisca obbligatoria del veicolo, "*anche se a titolo di sanzione amministrativa accessoria*", in caso di condanna dell'indagato per il reato contestato (CREACO, *I confini del sequestro preventivo: attuali limiti nell'accertamento dei presupposti e prospettive di riforma*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007, 1634).

Su istanza di riesame, il Tribunale annullava il decreto di sequestro preventivo emesso dal G.i.p. e disponeva la restituzione dell'oggetto all'avente diritto. Sosteneva infatti il Tribunale che effettivamente l'art. 186 al comma 7° prevedeva la sanzione amministrativa accessoria della confisca del veicolo in caso di condanna per il rifiuto di sottoporsi all'alcoltest, sanzione diversa da quella di sicura natura penale disposta dal comma 2°, lett. c) dello stesso articolo in caso di condanna per la più grave delle ipotesi di guida in stato di ebbrezza. Il Tribunale riteneva altresì che "*la natura di sanzione amministrativa accessoria della confisca prevista dal VII comma dell'articolo 186 impedisse il sequestro preventivo ai sensi del secondo comma dell'articolo 321 c.p.p., poiché siffatta cautela reale sarebbe chiaramente riferita alle sole ipotesi di confi-*

sca penale e cioè di confisca avente natura di misura di sicurezza".

Con il ricorso per Cassazione il Procuratore della Repubblica contestava la qualificazione giuridica operata dai giudici del riesame della confisca prevista dal 7° comma dell'art. 186 del Codice della Strada come sanzione amministrativa accessoria e ne affermava la natura intrinsecamente penale di misura patrimoniale sanzionatoria, "*come dimostrato dal rinvio alle modalità ed alle procedure della confisca prevista dal comma secondo del citato articolo 186, sanzione prevista anche per la più grave ipotesi di guida in stato di ebbrezza*". Il Procuratore chiedeva, pertanto, l'annullamento dell'ordinanza impugnata, essendo legittimo in tale prospettiva il ricorso alla disposizione di cui all'art. 321, comma 2°, c.p.p.

Con ordinanza del 27 ottobre 2009 la IV Sezione della Corte di Cassazione, in seguito a divergenti soluzioni riscontrate al suo interno, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite penali pur dando atto che "*non è ravvisabile un contrasto in giurisprudenza perché, nell'unica occasione in cui fino ad ora la Corte si è occupata ex professo della questione, la stessa è stata risolta affermando la natura penale e non amministrativa della confisca disposta ai sensi dell'articolo 186, co. 2, del Codice della Strada*" (Cass. pen., Sez. IV, 27 ottobre - 19 novembre 2009, n. 44640, Caligo).

2. Prima di procedere con l'analisi della sentenza in commento, è d'uopo dare atto che i giudici rimettenti hanno osservato che il tenore letterale del 7° comma imponeva di ritenere che quella introdotta nel 2008 fosse, invece, una sanzione amministrativa accessoria, dal momento che la disposizione in questione prevede che la condanna per il rifiuto dell'accertamento alcolmetrico comporti la sanzione amministrativa accessoria "della" sospensione della patente di guida per un

periodo da sei mesi a due anni e “della” confisca del veicolo con le stesse modalità e procedure previste dal comma 2°, lett. c).

Per risolvere la *quaestio iuris* sottoposta al suo giudizio, la Suprema Corte ha ritenuto opportuno richiamare, in primo luogo, le più recenti modifiche normative introdotte dal legislatore volte ad individuare strumenti efficaci per contrastare il fenomeno del *drive drinking* e, successivamente, esaminare l'*iter* legislativo al fine di precisare *ratio* e finalità della normativa attualmente in vigore.

Alla originaria previsione delle sanzioni amministrative accessorie della sospensione e della revoca della patente di guida irrogate in caso di guida in stato d'ebbrezza nonché nell'ipotesi di rifiuto dell'accertamento alcolometrico – ha fatto seguito la disciplina introdotta dal decreto legge n. 117 del 2007 che trasformava la contravvenzione di rifiuto dell'accertamento alcolometrico prevista dal 7° comma dell'art. 186 in un illecito amministrativo punito con una sanzione pecuniaria e con le sanzioni amministrative accessorie della sospensione della patente di guida e del fermo amministrativo del veicolo per un periodo di centottanta giorni.

Tuttavia il legislatore, appurata la scarsa efficacia del sistema sanzionatorio complessivamente previsto per arginare il preoccupante fenomeno del *drive drinking*, ha ritenuto opportuno inasprire la risposta punitiva prevedendo, altresì, che con la sentenza di condanna o di patteggiamento per la ipotesi più grave di guida in stato di ebbrezza “è sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'articolo 240, comma II del codice penale” parificandovi peraltro, nella risposta sanzionatoria, la fattispecie di rifiuto dei test alcolometrici.

Dall'analisi dell'*iter* normativo può ricavarsi, come correttamente osservato dalle Sezioni Unite, che “la sospensione della patente di guida, ed ancora di più la confisca obbligatoria del veicolo prevista in caso di condanna, anche se condizionalmente sospesa, per i reati di cui ai commi VII e II lettera c) dell'articolo 186 del codice della strada costituiscono, sotto il profilo general – preventivo, dei deterrenti as-

sai efficaci e si iscrivono nella condivisibile filosofia di individuare sanzioni alternative, o, come nel caso di specie, accessorie, specifiche e strettamente connesse al reato da perseguire ed al fenomeno da contrastare”.

3. Dai succitati sviluppi normativi, le Sezioni Unite ritengono di potere superare il “*potenziale contrasto di giurisprudenza segnalato dalla ordinanza rimettente*” sancendo un'indiscussa natura penale della confisca prevista dal comma 2° dell'art. 186 (C. Cost., sent. n. 196 del 2010 che ha ritenuto trasparente la finalità sanzionatoria che si è inteso perseguire privando il trasgressore del veicolo di cui ha abusato guidandolo in condizioni alterate, senza che alla base di questa vi sia la finalità preventive (rispetto al rischio di recidiva) che è propria della misura di sicurezza) e, conseguentemente, di attribuire identica natura alla confisca prevista dal 7° comma (la natura penale della confisca è evidenziata da grande parte della giurisprudenza: cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. IV, 30 marzo 2009, n. 13831, Fumagalli; Id., 5 marzo 2009, n. 9986, PG in proc. Favè). A tali conclusioni reputano possa giungersi non solo conferendo rilevanza alla *ratio legis*, ma anche e soprattutto partendo dal dato letterale della disposizione normativa in esame. Plurimi sono, infatti, gli aspetti volti a consentire l'affermazione inequivoca della natura penale della misura ablatoria. Basti pensare all'esplicito riferimento all'art. 240 c.p. la cui applicazione è subordinata alla emanazione di una sentenza di condanna “*anche se è stata applicata la sospensione condizionale della pena*”. Infatti, come sottolineato dalla sentenza in esame, qualora dovesse considerarsi la confisca nel caso di specie come sanzione amministrativa, ci si troverebbe innanzi ad una fattispecie alquanto insolita, ateso che la confisca amministrativa, lungi dall'accedere ad una sanzione amministrativa principale, verrebbe correlata ad una sanzione penale. Ancora, si è rilevato come il 2° comma dell'art. 186, si sostanzia in una disposizione evidentemente derogatoria rispetto al dato normativo di cui all'art. 166 c.p., secondo il quale *la sospensione condizionale della pena si estende alle*

pene accessorie (C. Cost., sent. n. 196 del 2010).

Con specifico riferimento al 7° comma dell'art. 186, dalla cui espressione letterale possono derivare equivoci interpretativi, si è rimarcato come la sequenza testuale nonché la declinazione al singolare della qualificazione in termini di sanzione amministrativa della sospensione della patente, inducano a desumere legittimamente *“che tale espressione si riferisca esclusivamente alla sospensione della patente e non anche alla confisca, altrimenti si sarebbe dovuta utilizzare la declinazione plurale”*.

Dalle premesse poste discende, come corollario imprescindibile, che l'ambito di applicazione temporale della normativa *de quo* debba essere identificato ai sensi dell'art. 2 c.p. nonché art. 25 Cost. Ciò è, del resto, affermato da una recente pronuncia della Consulta (C. Cost., sent. n. 196 del 2010) nella quale si legge che, in considerazione della natura sanzionatoria della confisca *“per rendere compatibile con l'art. 7 CEDU e quindi con l'art. 117, primo*

comma, Cost. il novellato testo dell'art. 186, comma 2, lettera c), del codice della strada, è sufficiente limitare la declaratoria di illegittimità costituzionale alle sole parole «ai sensi dell'art. 240, secondo comma, del codice penale», dalle quali soltanto deriva l'applicazione retroattiva della misura in questione”.

Le conclusioni raggiunte si pongono, ancora una volta, in linea con la più recente elaborazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (C. eur., causa *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia* – Ricorso n. 75909/01) nonché con una oramai consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione (cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 6 marzo 2008, n. 10280, Miragliotta, in *Guida Diritto*, 2008, n. 17, 69 ss., con nota di AMATO, *Rimosse le difficoltà operative in attesa di chiarimenti normativi*; Id., 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti Spa, *CED Cass.*, n. 239926) volta a porre in risalto la sempre crescente accentuazione sia della finalità general-preventiva sia di quella sanzionatoria della confisca.

Problemi in tema di confisca: la “disponibilità” del bene in *leasing* e l'accertamento della “buona fede” nella tutela del “terzo estraneo”

Per la Suprema Corte di Cassazione *«la confisca di un bene condotto in locazione finanziaria da un autore del delitto di cui all'art. 12-sexies D.L. 8 giugno 1992, n. 306, non può trovare applicazione in danno della società di leasing, terza proprietaria (fino al pagamento*

dell'ultimo canone locatizio) in buona fede» (C., Sez. I, 7.7.2010, Fortis Lease s.p.a.).

Nelle Osservazioni che seguono l'Autore condivide le conclusioni alle quali è pervenuta la Cassazione.

Osservazioni

di Gianfranco Napolitano

1. La decisione in commento assume, pur nell'estrema sinteticità del suo *dictum*, particolare interesse a fronte della chiara presa di

posizione in ordine alla nozione di “disponibilità” in ipotesi di confisca, laddove tal interesse per la soluzione proposta si inquadra

in un contesto applicativo più ampio: quello dei limiti all'*adprehensio* di cui almeno per l'aspetto dei beni condotti in locazione finanziaria dal destinatario del provvedimento ablatorio viene tracciata una perimetrazione decisa.

La pronuncia ristabilisce, con argomentazioni epigrafiche ma scrupolose nella loro esposizione, coerenza all'interno dell'impianto sistematico della confisca in linea con i canoni costituzionali rilevanti della fattispecie.

2. La Corte ha parzialmente annullato un'ordinanza del G.i.p. del Tribunale di Lecco, in funzione di Giudice dell'esecuzione, nella parte in cui veniva ad essere confermata la confisca disposta ai sensi del D.L. 8 giugno 1992, n. 306, art. 12 *sexies* convertito in Legge, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 1992, n. 356 di alcuni beni concessi in *leasing* da un soggetto "*terzo estraneo al reato*" per il quale era stato condannato il destinatario di tale misura.

All'origine e causa motivante di detto provvedimento il fatto che, nella vicenda concreta all'esame, i beni confiscati fossero oggetto di *leasing* "*traslativo*" «*finalizzato cioè al definitivo acquisto del bene da parte dell'utilizzatore*» (*id est*: il condannato) si da degradare la posizione giuridica della società di locazione finanziaria da proprietaria a "titolare di diritto di garanzia", di guisa che dovendosi, pertanto, far riferimento ai principi elaborati dalla giurisprudenza in materia non avendo questa assolto all'onere di provare l'antiorità di siffatto diritto rispetto al momento della confisca, né il suo affidamento incolpevole risolvendo, peraltro, il contratto di locazione finanziaria (il che comportava la restituzione di detti beni) senza offrire la restituzione dei canoni pagati, ovvero un equo indennizzo del tutto legittima si profilava esser la misura adottata che per tal ragione andava, quindi, confermata.

Secondo la Corte di legittimità, però, la sintesi tranciante dianzi ripresa nei suoi tratti giuridicamente rilevanti operata dall'estensore del provvedimento risultava all'evidenza scorretta poiché fondata sull'erroneo presupposto del doversi diversamente apprezzare,

ai fini della prova civilistica della titolarità dominicale di un bene, una tipologia, anziché un'altra, dell'istituto della locazione finanziaria, irragionevolmente escludendo l'opzione che anche in ipotesi di *leasing* "*traslativo*" la proprietà permanga, sempre e comunque, in capo al soggetto terzo locatore sì da non potersi, sol per la specifica peculiarità (*rectius*: finalità) di tale locazione, ritenere mutata la natura del suo diritto di assoluta signoria su siffatto bene in quella, più circoscritta, "*di garanzia*" e, conseguentemente, sussumersi in virtù di consolidati principi giurisprudenziali incombere su di esso l'obbligo di dimostrare l'antiorità di tal diritto di garanzia al *tempus* della confisca e il suo affidamento incolpevole.

3. La Corte preliminarmente rammenta che la confisca, di cui all'art. 12 *sexies*, comma 1°, D.L. n. 306 del 1992, può riguardare "*denaro*", "*beni*" o "*altre utilità*" di cui "*il condannato*", anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti "*essere titolare*" o "*avere la disponibilità*" a qualsiasi titolo, precisando, poi, che alla luce del principio generale di cui all'art. 240, comma 3°, c.p. tale istituto non può mai trovare applicazione in danno del proprietario estraneo al reato).

Tale premessa non appare certo né sterile, né casuale, poiché, come più volte hanno avuto modo di rammentare i Giudici di legittimità, il sequestro e la confisca di beni devono ritenersi legittimi solo qualora si accerti che detti beni rientrino nella "*disponibilità*" dell'imputato e che il valore di essi sia sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta dall'imputato e che lo stesso non sia in grado di giustificarne la provenienza.

Poste tali premesse la Corte dopo aver osservato che, ai fini di cui al giudizio, del tutto irrilevante sia il tipo di contratto di *leasing* concordato tra le parti (se, dunque, "*traslativo*" o "*di godimento*") così come del tutto irrilevante si profili l'esser stato o meno corrisposto, dal concedente locatore alla controparte inadempiente (il condannato), un indennizzo peraltro utilmente rivendicabile in sede civile surrogandosi *ex art.* 2900 c.c. al

creditore inattivo non potendo ciò in alcun modo incidere sulla titolarità del bene, conclude, poi, che la compagnia di *leasing* (nella fattispecie il ricorrente) avesse dato ampia prova della sua titolarità dominicale, sì da doversi, pertanto, valutare da parte del Giudice del rinvio solo la sua buona fede al momento del contratto.

4. La questione cardine, affrontata dalla decisione in rassegna, ed a cui viene offerta soluzione, si sostanzia nella rilevanza giuridica o meno, della natura se “traslativa” o “di godimento” del contratto di *leasing* ai fini del configurarsi della “disponibilità” dei beni, che ne costituiscono l’oggetto, in capo al conduttore/condannato in un procedimento per il quale sia normativamente contemplata la confisca.

Tale *quaestio*, giova osservare, ha avuto ragione di porsi in quanto l’aspetto valorizzato come fondamentale nell’ordinanza in cui si confermava la confisca al locatario/condannato, rigettando l’opposizione della terza proprietaria locatrice dei beni, era rappresentato per l’appunto, proprio dalla peculiarità del sottostante contratto di *leasing*, che, poiché “traslativo”, conduceva l’estensore di tale provvedimento, a seguito di una rigida ma fragile interpretazione letterale di tale termine, all’approdo non condiviso dai giudici di legittimità all’evidenza frutto di un percorso logico argomentativo fondato sulla seguente equazione: «*leasing* traslativo di un bene» = «trasferimento di proprietà in essere o in divenire in capo al condannato» = «disponibilità del bene da parte di tal soggetto» = «legittimità della confisca».

In conclusione si inferiva che per il sol motivo che, nella fattispecie concreta, si vertesse nell’ipotesi della figura giurisprudenziale di matrice civilistica di *leasing* “traslativo” «*finalizzato cioè al definitivo acquisto del bene da parte dell’utilizzatore*» a tutti gli effetti la proprietà dei beni fosse già, di fatto in essere o, comunque, in divenire in capo all’imputato e, dunque, nella sua “disponibilità”, (il che ne giustificava l’*adprehensio*) e che la società di *leasing*, all’apparenza titolare formale dei beni, fosse conseguentemente da considerarsi

si alla stregua di un terzo estraneo detentore solo di un diritto di garanzia.

Il *clou* della *vexata quaestio*, è, dunque, la peculiare natura “traslativa” del contratto di *leasing*, evocata, nonostante il suo sapore civilistico, come presupposto legittimante della confisca dei beni che ne formavano l’oggetto. Definizione di esclusiva natura giurisprudenziale, prodotta allorchando, nell’intento di offrire all’operatore giudiziario un nucleo di indicazioni in ordine alla determinazione dei rapporti economici tra le parti in ipotesi di un contratto di locazione finanziaria, la Suprema Corte ritene doversi, a tal fine, individuare, all’interno della storica e internazionalmente riconosciuta ripartizione del *leasing* (quale unica macroclasse) nelle categorie di “operativo” e “finanziario”, un’ulteriore suddivisione di quest’ultimo nelle fattispecie di “godimento” e “traslativo”; figure nuove di cui non si ravvisava, allora come oggi, traccia in alcuna disposizione normativa.

Infatti, per un verso l’unica definizione del *genus leasing*, che è dato rinvenire nel nostro ordinamento, è quella contenuta nell’art. 17, comma 2°, L. 12 maggio 1976, n. 183, laddove si precisa che per «*operazioni di locazione finanziaria si intendono operazioni di locazione di beni mobili o immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore (lessor) su scelta ed indicazione del conduttore (lessee) che ne assume tutti i rischi e con facoltà di quest’ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo stabilito*», e, per altro verso, le uniche definizioni delle *species* di *leasing finanziario* ed *operativo* sono quelle accolte nella normativa interna attraverso il rinvio), cui l’Italia ha aderito recependola nel nostro ordinamento a far tempo dal 1° gennaio 2005, destinata a rendere uniforme e, quindi, comparabile la disciplina interna ai singoli Stati in materia di redazione di bilancio.

È proprio il principio IAS n. 17 quale precepto tecnico-contabile internazionale a cui fanno riferimento sia le norme che la prassi nazionale per disciplinare le operazioni di locazione finanziaria che definisce il *leasing*

“finanziario” come un contratto che «*conferisce sostanzialmente al locatore (lessor) un diritto a ricevere, al locatario (lessee) un’obbligazione a pagare, una serie di pagamenti che rappresentano nella sostanza la sommatoria delle obbligazioni contratte per la restituzione delle quote di capitale e degli interessi dovuti in un contratto di finanziamento*» ed il leasing “operativo” come «*un contratto incompleto in cui il locatore si impegna a fornire l’uso di un bene per gli esercizi futuri in cambio di un corrispettivo equiparabile a un compenso dovuto per la fornitura di un servizio*». In ossequio a tali regole sovranazionali che hanno tracciato i confini della materia, il conditor iuris italiano ha, poi, precisato sulla scorta dei principi e “criteri guida” per la nuova disciplina di bilancio di cui all’art. 6, comma 1°, L. 3 ottobre 2001, n. 366 (“*Delega al Governo per la riforma del diritto societario*”) che a far tempo dalla redazione dei bilanci riferiti all’esercizio 2004, il locatore debba evidenziare separatamente nello stato patrimoniale le immobilizzazioni concesse in leasing (art. 2424 c.c., macroclasse B) e che il locatario assolva a specifici obblighi informativi nella nota integrativa (art. 2427, punto 22, c.c.), rimettendo, dunque, a tale documento il compito, in via esclusiva, di rappresentare in bilancio le «*operazioni di locazione finanziaria che comportano il trasferimento al locatario della parte prevalente dei rischi e dei benefici inerenti ai beni che ne costituiscono oggetto ...*» nonché «*l’ammontare complessivo al quale i beni oggetto di locazione sarebbero stati iscritti alla data di chiusura dell’esercizio qualora fossero stati considerati immobilizzazioni, con separata indicazione di ammortamenti, rettifiche e riprese di valore che sarebbero stati inerenti all’esercizio*» e, quindi, la sostanza economica delle operazioni di leasing finanziario, la cui contabilizzazione è, comunque, regolata, allora come oggi, secondo le modalità previste per i contratti atipici di godimento.

In tale contesto di riferimento, al meritevole, ma civilistico, fine di meglio regolare sul piano economico i rapporti tra locatore e conduttore in ipotesi di risoluzione contrattuale, con sua

oramai storica – statuizione (Cass. civ., Sez. I, 13.12.1989, n. 5569, in *Mass. Giur. It.*, 1989) la Suprema Corte precisava doversi, a tal preciso scopo, distinguersi l’ipotesi in cui il contratto di leasing persegue «*essenzialmente una funzione di finanziamento a scopo di godimento e, quindi, con una previsione dei canoni su base essenzialmente corrispettiva di tale godimento la quale relega a pattuizione marginale ed accessoria l’eventualità del trasferimento alla scadenza dietro pagamento del prezzo d’opzione, dall’ipotesi in cui il rapporto stesso sia indirizzato anche a tale trasferimento, in quanto le parti, in relazione al permanere a detta scadenza di un apprezzabile valore residuo del bene, notevolmente superiore al prezzo d’opzione, assegnino a quei canoni pure la consistenza di corrispettivo del trasferimento medesimo*», laddove il primo (leasing di godimento), in quanto contratto a esecuzione continuata o periodica, non sarebbe soggetto alla retroattività dell’effetto risolutivo, si da non potersi ad esso applicare le disposizioni di cui all’art. 1526 c.c. in materia di risoluzione della vendita con riserva di proprietà, al contrario del secondo (leasing operativo) per il quale a tali disposizioni potrebbe, invece, farsi ricorso in via analogica «*con il conseguenziale diritto delle parti di ottenere la restituzione di quanto prestato*». Ciò, in forza della differente causa negoziale, come meglio e più tardi chiarito e precisato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. civ., Sez. I, 1.12.2000, n. 1715, Marinelli e altri c. Soc. Mercantile Leasing, in *Foro Pad.*, 2001, I, 282), laddove vengono, per la prima volta, introdotte in modo nitido ed inequivoco le definizioni di nuovo conio di leasing “di godimento” e “traslativo” testualmente affermando che «*nell’ambito del leasing finanziario sono individuabili due tipi di leasing: il primo (leasing di godimento), pattuito con funzione di finanziamento, rispetto a beni non idonei a conservare un apprezzabile valore residuale alla scadenza del rapporto e dietro canoni dei beni stessi; il secondo (leasing traslativo), pattuito con riferimento a beni atti a conservare a quella scadenza un valore residuo superiore all’importo convenuto per l’opzione e dietro canoni che scontano anche una quota del prezzo in previsione del successivo acquisto. Per stabilire*

se si sia in presenza di leasing di godimento o di leasing traslativo, occorre accertare la volontà delle parti trasfusa nella clausole contrattuali. In particolare, ricorre la figura del leasing di godimento allorché l'insieme dei canoni è inferiore, in modo consistente, alla remunerazione del capitale investito nell'operazione di acquisto e concessione in locazione del bene, lasciando non coperta una parte non irrilevante di questo capitale, mentre il prezzo pattuito per l'opzione è di corrispondente altezza. Per contro, ricorre la figura del leasing traslativo se l'insieme dei canoni remunera interamente il capitale impiegato, ed il prevedibile valore del bene alla scadenza del contratto sopravanza in modo non indifferente il prezzo di opzione, con ciò dimostrando che i canoni hanno incluso non solo il corrispettivo per l'uso ma anche gran parte del prezzo del bene».

Ed è così che la Suprema Corte limpidamente individua, all'interno del più ampio *genus* del leasing "finanziario", il fattore discreto tra le specie di leasing di "godimento" o "traslativo" nella volontà delle parti all'atto della conclusione del contratto, demandando così all'operatore giuridico l'indagine di fatto sulla figura che ricorre nel caso concreto, puntualizzando, altresì e nel caso, non aver tale *discrimen* valenza ermeneutica oggettiva o assoluta ai fini della costruzione della volontà negoziale, potendo questa essere suscettibile di vizio di valutazione, la cui esistenza, comunque, in quanto *quaestio voluntatis*, dovrà esser accertata dal giudice di merito.

In buona sostanza nella prassi giudiziaria l'elemento che distingue, separando, il c.d. leasing di "godimento" o "tradizionale" dal leasing "traslativo" terminologie all'evidenza frutto, sia l'una che l'altra, di palesi forzature linguistiche, giustificate dal condivisibile fine di agevolare, attraverso il loro vigore espressivo, la classificazione della sottostante *voluntas* contrattuale è costituito dalla previsione originaria, operata dalle parti, di quello che, alla scadenza di detto negozio giuridico, sarà il rapporto tra il valore di mercato residuo del bene che ne rappresenta l'oggetto ed il prezzo di opzione per il suo riscatto (*id est*: l'acquisto): un'apprezzabile eccedenza del

primo sul secondo sarà, infatti, rivelatrice di una volontà negoziale essenzialmente volta al trasferimento della proprietà del bene inizialmente concesso in locazione, dovendosi, al contrario, ritenere essere questa finalizzata solo al suo godimento.

A tali riflessioni può poi aggiungersi come ed è ciò che rileva la giurisprudenza civile, ai fini della *quaestio* in scrutinio, non si sia mai spinta sino ad affermare che, nell'ipotesi di leasing "traslativo", la proprietà venga trasferita o comunque possa considerarsi trasferita dal locatore (compagnia di leasing) al conduttore (nel caso di specie il condannato destinatario del provvedimento ablatorio) ma solo che in ipotesi di inadempimento e, quindi, di risoluzione contrattuale, mentre nel leasing "di godimento" questa non incide retroattivamente sulle prestazioni già eseguite e, dunque, sui canoni versati (art. 1458, comma 1°, c.c.) che potranno, pertanto, essere trattenuti dal locatore al contrario nel leasing c.d. "traslativo", ove il venditore (*id est*: la compagnia di leasing) «*deve restituire le rate riscosse, salvo il diritto a un equo compenso per l'uso della cosa oltre il risarcimento del danno*» (così l'art. 1526 c.c.) «*restando, peraltro, escluso che l'utilizzatore a tutela dei propri crediti, possa invocare, in difetto di espressa previsione, la facoltà di trattenere il bene*» (Cass. civ., Sez. I, 13.12.1989, n. 5569, cit.). Classificazioni operate dalla giurisprudenza che di certo condivisibili sul piano giuridico civilistico in quanto finalizzate a disciplinare specifici aspetti di una controversa materia non pare, nonostante oramai remoto sia il loro conio, siano mai state recepite dal nostro legislatore che nella presumibile consapevolezza dei differenti e molteplici saperi e discipline che interessano le operazioni di leasing e dei diversi riflessi che esse generano sul piano civilistico, contabile e tributario ha, al contrario, ritenuto che tali definizioni non meritassero di essere elevate a criteri ordinari e generali di giustizia, almeno per motivi di opportunità e di buona tecnica legislativa, e tale convinzione ha mantenuto anche in occasione della compilazione della nuova "Legge Fallimentare" (R.D. 16.3.1942, n. 267, te-

sto coordinato ed aggiornato con le modifiche introdotte dal D.Lgs. 9.1.2006, n. 5 e dal D.Lgs. 12.9.2007, n. 169), eliminando il riferimento al *leasing* “traslativo”, inizialmente inserito nel 4° comma, dalla lettura finale dell’art. 72 *quater* di tale impianto normativo, sì da confermare, tenendo conto della terminologia sin qui adottata, doversi riconoscere sussistente in coerenza alla disciplina recata nel Testo Unico Bancario delle leggi in materia bancaria e creditizia (D.Lgs. 1.9.1993, n. 385 e successive modificazioni), che riserva espressamente il *leasing* finanziario in via esclusiva a banche e intermediari finanziari un’unica (non due) causa di finanziamento: il *leasing* finanziario *tout court*.

Comunque sia, anche a non voler considerare i sovraesposti principi, va, rilevato e tale argomentazione è *tranchant* che la differenza, anche civilistica, tra le due diverse *species* (“godimento” e “traslativo”) di *leasing* non opera sul piano del diritto reale ma su quello obbligatorio del diritto di ripetere, da parte del conduttore nei confronti del locatore, le spese (*rectius*: i canoni) corrisposte, permanendo sempre, sia nell’uno che nell’altro caso, la proprietà in senso pieno in capo al locatore.

E che il punto nodale, in cui si annida il *vulnus* dell’erronea ricostruzione in diritto del provvedimento cassato, sia l’aver questo oltremodo valorizzato la natura “traslativa” del contratto di *leasing* ai fini della prova della titolarità dei beni oggetto di ablazione, o comunque della loro “disponibilità”, lo si ricava, implicitamente ma inequivocamente, dal *dictum* della Cassazione in commento. Invero, e tale par essere il ragionamento dei giudici di legittimità anche a voler prescindere dai principi di tassatività e determinatezza della fattispecie, che richiedono ben altre e rigorose esplicitazioni normative perché possa mutarsi una definizione di chiara matrice civilistica nell’ordinamento penale l’ordinanza con cui viene confermata la confisca, e di cui è scrutinio, ignora il *factum*, di estremo rilievo, che all’atto dell’adozione del provvedimento ablatorio il momento traslativo non si era ancora sostanziato e, che co-

munque, richiedeva, per il suo sostanziarsi, quale connaturata condizione sospensiva, l’integrale pagamento del corrispettivo convenuto (*id est*: i canoni di locazione residui), e, quindi, di una parte (a questo punto se rilevante o meno poco importa) del prezzo, sì che in assenza del verificarsi di tale evento, che palesemente si collocava in un *punctum temporis* di gran lunga successivo a quello della confisca, non poteva in alcun modo ritenersi elisa l’appartenenza del bene oggetto di confisca al terzo estraneo al reato in dipendenza del quale era stato disposto il provvedimento ablatorio, segnando tale appartenenza (*rectius*: la titolarità dominicale) la linea di demarcazione invalicabile tracciata dal legislatore al di là della quale di siffatto bene ne è normativamente preclusa l’*adprehensio*.

La misura della confisca, infatti, resta preclusa ove il bene verso cui essa si rivolge appartenga all’atto (*ex plurimis* Cass., Sez. III, 24 marzo 1998, Galantino, in *Giust. Pen.*, 1998, II, 675) in cui il provvedimento espropriativo penale viene adottato nei confronti di un terzo estraneo (Cass., Sez. V, 17.12.2007, Comune di Arce) al reato e che di tal crimine non abbia tratto vantaggio o profitto; impone, peraltro, tale conclusione rammentano i giudici nella decisione in rassegna sia una corretta interpretazione del rinvio operato dal comma 3° dell’art. 240, c.p. alla prima parte del comma 2° della stessa norma, laddove ci si riferisce precisamente al momento del concreto esercizio, da parte del giudice, del potere di confiscare, sia un’evidente esigenza di attualizzazione del giudizio di pericolosità e di tutela del terzo acquirente in buona fede (Cass., Sez. VI, 20.10.1997, Soc. Emanuela costruz., in *Mass. Uff.*, n. 209031).

In sintesi l’impostazione esegetica, patrocinata nel provvedimento cassato, che assegna alla natura del contratto di locazione finanziaria se “traslativa” la massima efficacia, nel senso di potersi, per ciò solo, ricondurre i beni che ne costituiscono l’oggetto nella sfera della “disponibilità” del conduttore/condannato sì da legittimarne l’*adprehensio*, tra-

volgendo il rapporto di titolarità dominicale sottostante è soluzione che si pone, all'evidenza, in contrasto con i capisaldi della disciplina della confisca, sì da doversi conclusivamente affermare che assai disagevole si appalesa poter individuare un fondamento generale per il configurarsi di siffatta disponibilità, anziché non, nella natura se "traslativa" o "di godimento" di un'operazione di *leasing*.

Ne consegue tirando le fila del ragionamento e tale è il chiaro approdo del giudice di legittimità, pur nella *brevitas* del suo *dictum*, che non ci sono ragioni per differenziare la soluzione a seconda che si verta in ipotesi di *leasing* "traslativo" o di "godimento" perché sia nell'uno che nell'altro caso e tale è la soluzione corretta la titolarità dominicale è, e resta, in capo al soggetto locatore: non è consentito travolgere il diritto di proprietà di un terzo estraneo al reato salvo non provare che questi, al momento del perfezionamento di detto contratto di *leasing*, fosse sprovvisto dell'essenziale requisito della buona fede.

5. Non sfugge al *clou* del ragionamento quale *relatio* correttamente evocabile che la Suprema Corte nella vicenda in oggetto sia stata chiamata, pur se implicitamente, a decidere sul concetto/nozione di "disponibilità" di un bene oggetto di locazione finanziaria che se riconducibile in quella del soggetto condannato ne legittima la confisca, altrimenti preclusa.

La Corte rifiuta, in termini secchi ed inequivoci, la tesi di coloro che assegnano alla tipologia del contratto di *leasing c.d.* "traslativo" valenza determinante ai fini dell'attrazione dei beni, che ne costituiscono l'oggetto, nella sfera di "disponibilità" del conduttore/condannato, così confermando gli insegnamenti giurisprudenziali in materia da sempre inclini a riconoscere che l'istituto della confisca a prescindere da quale sia la disposizione che di volta in volta ne costituisce il presupposto non può trovare applicazione in danno del proprietario estraneo al reato, laddove tale postulato, posto a tutela del diritto fondamentale di

proprietà, perde di efficacia nella sola, e non estendibile, ipotesi ove dei beni oggetto di potenziale provvedimento ablatorio risulti avere la disponibilità, attraverso schermi giuridici fittizi, a qualsiasi titolo anche per interposta persona, il soggetto imputato/condannato.

Per quanto, infatti, tal concetto (disponibilità) in assenza di criteri univoci legislativamente prefissati sia affidato alla discrezionalità interpretativa del Giudice, non può non osservarsi e l'analisi della giurisprudenza ne fornisce conferma piena quanto penetrante come questo vada interpretato in maniera rigorosissima, con riferimento ad inequivoci criteri fattuali, sì che la valutazione di merito, non potrà mai essere né apodittica, né tautologica, rischiando altrimenti di arrecare un irrimediabile *vulnus* al diritto, costituzionalmente presidiato (art. 42), di proprietà, di cui la Corte di Lussemburgo, peraltro, quasi a voler sottolineare esser questo tra i valori generali fondanti dell'Unione Europea, ha avuto modo di precisare doversi ad esso prestare tutela alla stregua dei principi comuni alle Costituzioni degli Stati membri recepiti nel Protocollo addizionale alla Convenzione europea di salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle Libertà fondamentali.

È, infatti, e da sempre, consolidato insegnamento della Corte Regolatrice in relazione alla confisca di beni *riguardanti* il terzo estraneo al processo ma che si asserisce siano nella disponibilità di persone sottoposte a misure di prevenzione personale che incomba sull'Accusa l'onere di dimostrare l'esistenza di situazioni che avallino concretamente l'ipotesi di una discrasia tra intestazione formale e disponibilità effettiva del bene, in modo che si possa affermare con certezza che il terzo intestatario si sia prestato alla titolarità apparente al solo fine di favorire la permanenza dell'acquisizione del bene in capo all'imputato e di salvaguardarlo dal pericolo della confisca, così come, a sua volta, il Giudice ha l'obbligo di spiegare le ragioni della ritenuta interposizione fittizia, adducendo non solo circostanze sinto-

matiche di spessore indiziario, ma elementi fattuali che si connotino della *gravità, precisione e concordanza*, si da costituire prova indiretta della coincidenza fra titolarità apparente e disponibilità effettiva del bene.

La sentenza annotata si presenta, pertanto, nel suo intero impianto motivazionale pienamente condivisibile costituendo, nel contempo, un punto di partenza per sicure riflessioni future.

La Suprema Corte si sostituisce al legislatore inerte

Il tribolato rapporto tra prescrizione e confisca – numerose volte soggetto al vaglio della Suprema Corte in materia di lottizzazione abusiva – ha compiuto un deciso passo avanti in una recente decisione della Seconda Sezione della Cassazione, secondo cui «*in caso di estinzione del reato il giudice dispone di poteri di accertamento al fine dell'applicazione della confisca, non solo sulle cose oggettivamente criminose per loro intrinseca natura (art. 240, secondo comma,*

n. 2) ma anche quelle che sono considerate tali dal legislatore per il loro collegamento con uno specifico fatto reato (art. 240, secondo comma, n. 1 e art. 12 sexies L. 356/92)» (C., Sez. II, 25.5.2010, P.).

Nelle *Osservazioni* che seguono l'Autore, pur aderendo al principio dei giudici di legittimità, ritiene che la Cassazione avrebbe potuto meglio specificare i poteri di accertamento nel valutare i presupposti per applicare la confisca in caso di estinzione del reato.

Osservazioni

di Alessandro Dello Russo

Il tribolato rapporto tra prescrizione e confisca è stato numerose volte soggetto al vaglio della Suprema Corte in materia di lottizzazione abusiva.

Interpretando infatti l'art. 44 T.U.E. nella parte in cui (al pari del vecchio art. 19 della L. 47/85) 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*», da anni la Terza Sezione del Supremo Collegio ha ripetuto che la confisca ben può accedere anche ad una sentenza di proscioglimento dichiarativa di estinzione del reato per intervenuta prescrizione.

Tale orientamento è stato sostanzialmente confermato anche dopo il pesante ridimensionamento imposto dalla CEDU a quella giurisprudenza italiana che aveva allargato le maglie del-

la norma fino a farvi rientrare anche i casi di confisca disposta nei confronti di imputati assolti per difetto dell'elemento psicologico o acquirenti del bene in buona fede.

Ad avviso dei Supremi Giudici, infatti, non confliggerebbe con i principi enunciati a Strasburgo la regola secondo cui «*per disporre la confisca prevista dall'art. 44, secondo comma, del T.U. 380/2001 il soggetto proprietario della res non deve essere necessariamente condannato, in quanto detta sanzione ben può essere disposta allorquando sia stata comunque accertata la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva in tutti i suoi elementi (soggettivo ed oggettivo), anche se per una causa diversa, quale è, ad esempio, l'intervenuto decorso della prescrizione, non si pervenga alla condanna del suo autore ed alla inflazione della pena*».

Così facendo la Corte di Legittimità ha (per la prima volta) posto l'attenzione sulle modalità (e sui tempi) di accertamento dell'abusivismo della lottizzazione.

Tanto sulla scorta della precisazione secondo cui, *“nell'ipotesi di declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, il giudice, per disporre legittimamente la confisca, deve svolgere tutti gli accertamenti necessari per la configurazione sia della oggettiva esistenza di una illecita vicenda lottizzatoria, sia di una partecipazione, quanto meno colpevole, alla stessa dei soggetti nei confronti dei quali la sanzione venga adottata”*. Con specifico riguardo alle modalità di svolgimento di tali accertamenti è stato quindi precisato che il loro espletamento *“non costituisce, rispetto all'obbligo di immediata declaratoria dell'estinzione del reato, superamento dei limiti della cognizione connaturata alla particolare situazione processuale, allorché si consideri che al giudice sono riconosciuti ampi poteri di accertamento del fatto nel caso in cui ciò sia necessario ai fini di una pronuncia sull'azione civile e lo stesso giudice può pervenire all'affermazione della responsabilità dell'imputato anche se nei confronti di costui sia dichiarata l'estinzione del reato per prescrizione, per un fatto previsto dalla legge come reato, che giustifica la condanna alla restituzioni ed al risarcimento del danno (vedi Cass., Sez. Unite: 29.3.2007, n. 27614, Lista; 11.7.2006, n. 25083, Negri)”* (Sez. III, 30.4.2009, n. 970, Casasanta ed altri).

Ebbene tali affermazioni già di per sé ponevano evidenti problemi di carattere interpretativo, soprattutto se ricollegati alle norme che disciplinano il vigente ordinamento processuale, non essendo mai stato in discussione che le modalità con le quali il Giudice penale deve accertare i fatti posti al suo vaglio sono inderogabilmente stabilite dal codice di rito, il quale, tra gli altri, contempla l'art. 129, contenente, come noto, un obbligo di immediato proscioglimento in caso di intervenuta prescrizione.

È infatti evidente il contrasto tra tale ultima disposizione (che impone al giudice di fermarsi in caso di acclarata prescrizione) e quell'orientamento che invece sembrerebbe consentirgli di andare avanti al solo fine di pronunziarsi

sull'applicabilità, o meno, di una sanzione amministrativa accessoria, quale pacificamente è (ormai da tempo) qualificata la confisca dei suoi abusivamente lottizzati.

In tale incerto contesto la sentenza in oggetto di fatto alimenta ulteriori dubbi.

La seconda sezione della S.C., infatti, non solo si ribella apertamente al *dictum* delle maggiormente altolocate Sezioni Riunite, ma di fatto abroga l'art. 129 c.p.p. in nome di una non meglio precisata *“concezione della confisca segnata da una forte spinta alla valorizzazione della funzione preventivo-repressiva dell'istituto”*.

Senza dunque voler entrare nel merito della (in vero discutibile) interpretazione data all'espressione utilizzata dal legislatore *“è sempre ordinata la confisca”*, è un altro il punto su cui è necessaria una breve riflessione.

Tra le (non poche) critiche mosse alle Sezioni Unite, la seconda sezione vi include anche quella per cui *non è condivisibile* la tesi dei massimi giudici secondo i quali *“per disporre la confisca nel caso di estinzione del reato il giudice dovrebbe svolgere degli accertamenti che lo porterebbero a superare i limiti della cognizione connaturata alla particolare situazione processuale”*.

Tale affermazione, infatti, non terrebbe conto delle *“innovazioni legislative”* e della successiva *“evoluzione giurisprudenziale”* che attribuiscono al giudice *“ampi poteri di accertamento del fatto”*.

Tra di essi viene citato l'art. 576 c.p.p. che impone al giudice, laddove investito dall'impugnazione della parte civile, di pronunziarsi sulle questioni civili anche in caso di prescrizione del reato e la successiva giurisprudenza sviluppata in materia: *“(Cass., Sez. Un.: 29.3.2007, n. 27614, Lista; 11.7.2006, n. 25083, Negri)”*.

Esattamente la stessa richiamata dalla terza sezione in materia di lottizzazione abusiva!

Anche la seconda sezione, dunque, ha convenuto sul fatto che l'unico parametro normativo in grado di fornire qualche garanzia (anche di carattere costituzionale) in materia di confisca del prezzo del reato è l'art. 578 c.p.p.: tanto è vero che è stata espressamente richiamata anche nella decisione in oggetto

la nota sentenza delle SS.UU. secondo cui “*il giudice d’appello può condannare l’imputato al risarcimento dei danni in favore della parte civile nonostante la dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione e la mancanza di una sentenza di condanna in primo grado*” (11.7.2006, n. 25083, Negri).

Fatto sta che è stato proprio il massimo organo giurisdizionale a ribadire in tale ultima decisione che una pronuncia sulle questioni civili è possibile solo nel caso in cui “*l’estinzione del reato per prescrizione*” sia “*sopravvenuta*” alla sentenza di primo grado.

In tal caso infatti “*il giudice dell’impugnazione, adito ai sensi dell’art. 576 c.p.p., ha, nei limiti del devoluto e agli effetti della devoluzione, i poteri che il giudice di primo grado avrebbe dovuto esercitare*”, cosicché “*se si convince che tale giudice ha sbagliato nell’assolvere l’imputato ben può affermare la responsabilità di costui agli effetti civili e condannarlo al risarcimento o alle restituzioni, in quanto l’accertamento incidentale equivale virtualmente oggi per allora alla condanna di cui all’art. 538 c.p.p., comma 1, che non venne non pronunciata per errore*”.

Laddove, al contrario, “*la prescrizione si sarebbe dovuta pronunciare in primo grado, in luogo della formula più liberatoria, allora, e solo in questo caso, il giudice dell’impugnazione, sebbene adito ai sensi dell’art. 576 c.p.p., non può provvedere agli effetti civili*”.

In conclusione, se come affermato sia dalla terza che dalla seconda sezione penale della S.C. in materia di accertamenti processuali necessari ad una pronuncia sulla confisca valgono gli stessi principi stabiliti per le questioni civili, lo sbarramento è necessariamente

te costituito dalla data di pronuncia della sentenza di primo grado: con la conseguenza che, laddove il reato si sia prescritto prima dell’emanazione della sentenza di primo grado, al Giudice non è (più) consentito celebrare un processo al solo fine di pronunziarsi sulla confisca.

Alla luce di quanto sopra andrebbe dunque meglio circostanziata la statuizione di principio enunciata nella decisione in esame secondo cui “*in caso di estinzione del reato il giudice dispone di poteri di accertamento al fine dell’applicazione della confisca, non solo sulle cose oggettivamente criminose per loro intrinseca natura (art. 240, secondo comma, n. 2) ma anche quelle che sono considerate tali dal legislatore per il loro collegamento con uno specifico fatto reato (art. 240, secondo comma, n. 1 e art. 12 sexies L. 356/92)*”.

Così come formulata, infatti, essa sembrerebbe concedere al giudice illimitati “*poteri di accertamento*”, con evidenti profili di contrasto sia con le regole del codice di rito (art. 129 c.p.p.) che con le garanzie di carattere costituzionale (artt. 24 e 111 Cost.).

Bene dunque avrebbe fatto la Corte quantomeno a specificare che “*in caso di estinzione del reato il giudice dispone dei poteri di accertamento, entro i limiti previsti dall’art. 578 c.p.p., al fine dell’applicazione della confisca*”. A meno di non volere dare ragioni alle tanto vituperate Sezioni Unite, le quali, lungi dal sostituirsi ad esso come di fatto operato dalla seconda sezione in nome del principio secondo cui “*il delitto non paga*”(!) avevano assai più saggiamente suggerito un “*motivo di riflessione per il legislatore*” di cui, *in subiecta materia*, si sente sempre più la mancanza.

I controlli del giudice sulla prova per intercettazioni tra divieto di integrazioni successive e sanatorie

La Corte di cassazione torna sulla questione dell’apparato motivazionale dei decreti che autorizzano le operazioni di intercettazione

con impianti esterni alla Procura della Repubblica, specificando che «*l’inutilizzabilità dei risultati delle operazioni di intercettazione*

telefoniche e ambientali captate da impianti esterni alla Procura della Repubblica a decorere dall'emissione in via d'urgenza dei decreti d'intercettazioni telefoniche non motivati per carenza dei presupposti, non si propaga agli esiti delle attività captative svolte in esecuzione

dei successivi decreti di proroga, dotati di una legittimazione processuale quali autonomi decreti autorizzativi» (C., Sez. I, 13.5.2010, Accomando ad altri).

Nelle Osservazioni che seguono l'Autore si pone in posizione critica.

Osservazioni

di Mario Antinucci

1. La Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla delicata questione della inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni ambientali captate da impianti esterni alla Procura della Repubblica, si è espressa con una pronuncia che si iscrive a pieno titolo nell'ampio e qualificato dibattito in materia, contribuendo a fissare alcuni punti fermi in una materia ancora costellata da troppi dubbi e ragionate perplessità in chiave di effettività dello *standard* minimo richiesto del giusto processo.

In questa occasione l'attenzione dell'interprete si ripropone sul profilo della possibilità o meno della c.d. integrazione successiva dei decreti di intercettazione non motivati in ordine alla sussistenza delle eccezionali ragioni di urgenza e alla insufficienza o inidoneità delle apparecchiature legittimanti il ricorso a impianti diversi da quelli in dotazione della Procura *ex art.* 268, 3° comma, c.p.p.

L'orientamento espresso da tempo dalle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 12 luglio 2007, Aguneche, in *Mass. Uff.*, 236755; Id., Sez. Un., 29 novembre 2005, Campenni, *ivi*, 232605; Id., Sez. Un., 26 novembre 2003, Gatto, *ivi*, 226487; Id., Sez. Un., 30 ottobre 2001, Policastro, *ivi*, 220093) è ben noto.

La motivazione del decreto autorizzativo del P.M. deve specificare la ragione della insufficienza o dell'inidoneità degli impianti interni senza limitarsi a riprodurre la formula della corrispondente disposizione normativa. In particolare, le Sezioni Unite hanno in più riprese sancito e ribadito che, a prescindere dalle espressioni lessicali usate, è necessario

ed irrinunciabile che dal decreto emerga l'*iter* cognitivo e valutativo seguito dal P.M., dovendo la motivazione dimostrare la corrispondenza tra la fattispecie concreta avvalorata dalla pubblica accusa e la fattispecie astratta, che legittima il provvedimento. Diversamente, il ricorrere ad una formula che si limiti a ripetere quella legislativa non è, di per sé, idoneo ad assolvere l'obbligo motivazionale perché si limita ad esprimere, in maniera apodittica e autoreferenziale, un conclusivo giudizio senza indicare il concreto e fattuale percorso argomentativo che ad esso deve presiedere e che deve dialetticamente giustificare (Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2004, Foti, in *Guida Diritto*, 2005, n. 11, 96; Id., Sez. VI, 9 dicembre 2004, Conti Taguali, *ivi*, 2005, n. 24, 92).

Ed invero, la motivazione del decreto autorizzativo del P.M. deve riguardare un ulteriore ordine di condizioni in via cumulativa e non alternativa: le "eccezionali ragioni di urgenza". Anche in merito alla parte di apparato motivazionale concernente il suddetto presupposto, la Cassazione (Cass., Sez. Un., 29 novembre 2005, Campenni, *cit.*; Sez. Un., 26 novembre 2003, Gatto, *cit.*) ha precisato che le eccezionali ragioni di urgenza non possono essere desunte dalla mancanza, insufficienza o inidoneità degli impianti a disposizione della Procura per l'esecuzione delle operazioni captative ma devono risiedere in un *quid pluris* tale da imporre e giustificare lo svolgimento delle intercettazioni mediante l'utilizzo di impianti esterni invece

di attendere che gli impianti “interni” possano tornare utili per l'esecuzione delle operazioni.

2. In relazione al delicato profilo della integrazione successiva dei decreti di intercettazione non motivati, il ragionamento del Supremo Collegio prende le mosse dal seguente postulato: l'inutilizzabilità *ex art.* 268, 3° comma, c.p.p. dei risultati delle operazioni di intercettazione ambientale a decorrere dall'emissione in via d'urgenza dei decreti d'intercettazione ambientale non si propaga agli esiti delle attività captative svolte in esecuzione dei successivi decreti di proroga, dotati di una legittimazione processuale quali autonomi decreti autorizzativi, osservando che: «il principio fissato nell'art. 185, 1° comma, c.p.p., non trova applicazione in materia di inutilizzabilità, riguardando quest'ultima solo le prove illegittimamente acquisite e non altre, la cui acquisizione sia avvenuta in modo autonomo e nelle forme consentite».

Sotto questo profilo, anche alla luce dei ben noti e recenti sussulti giurisprudenziali in tema di legittimità della procedura di ascolto “in deroga”, il punto cruciale da affrontare e risolvere è essenzialmente quello della possibilità o meno di interventi additivi del p.m. in funzione di regolarizzazione postuma dei risultati delle captazioni già effettuate. Ma non è tutto.

Nella prassi delle aule di giustizia il c.d. atto integrativo prende forma regolarmente in una semplice attestazione ricognitiva di segreteria, e comunque in un atto spurio del pubblico ministero assolutamente incontrollabile e, di fatto, non sottoposto al controllo effettivo di alcun Giudice, né quello che aveva personalmente autorizzato le operazioni, né altro giudice fisicamente diverso ovvero appartenente ad altra sede giudiziaria proprio perché adottato a distanza di tempo.

Sia chiaro che ogni strategia che si risolvesse nell'aggiramento delle garanzie minime della giurisdizione e del giusto processo sarebbe inequivocabilmente *non iure* e *contra ius*, in quanto contrastante con il diritto dell'indagato e dell'imputato alla effettività dei controlli su tutte le scelte del P.M. in sintonia con la consolidata giurisprudenza della Cor-

te europea dei diritti dell'uomo (C. eur., Sez. II, 31 maggio 2005, Vetter c. Francia, in *Cass. Pen.*, 2005, 4075; Id., 5 novembre 2002, Allan c. Regno Unito, *ivi*, 2004, 1406; Id., 25 marzo 1998, Kopp c. Svizzera, in *Legisl. Pen.*, 1998, 676; Id., 25.6.1997, Halford c. Gran Bretagna, *ivi*, 1997, 890; Id., 15 giugno 1992, Ludi c. Svizzera, *ivi*, 1993, 384; Id., 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito), sempre più sensibile ai temi dell'invasione della sfera privata attuata con sistemi oltremodo insidiosi. Si pensi ad esempio al delicato tema – sul quale torneremo più avanti in relazione ai diversi profili di ammissibilità e utilizzabilità *ex art.* 295, 3° comma, c.p.p. – delle intercettazioni finalizzate alla cattura di latitante che richiedono soprattutto in relazione alla “caratura” del latitante (si pensi a soggetti collocati ai vertici di potenti organizzazioni criminali), il dispiegamento di un «ombrello» captativo talmente ampio, da coinvolgere naturalmente un numero a volte elevatissimo di persone.

Un decreto autorizzativo irregolare alla fonte – è stato acutamente osservato in letteratura (GAITO, *Integrazione successiva dei decreti di intercettazione non motivati*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, 929) – in quanto difforme rispetto al modello legale descritto dall'art. 268 c.p.p., dovrebbe precludere *ex lege* l'utilizzabilità dei risultati conseguenti in quanto illegittimamente acquisiti, con riferimento al momento della loro formazione; ed a nulla vale il sopravvenire dell'atto tardivamente integrativo, confezionato quale interessato *escamotage* sanante.

Invero, per un verso bisogna pur sempre fare i conti con il rigore formale del processo penale, che alle parti non consente ripensamenti o spazi di recupero rispetto a scelte e/o valutazioni errate (salva specifica previsione in deroga), per la ragione semplice ma essenziale che i c.d. vizi della volontà nella procedura penale non hanno rilievo.

Posto che il decreto autorizzativo genetico «*si atteggia rispetto alle intercettazioni telefoniche alla medesima stregua delle condizioni di procedibilità in riferimento all'esercizio dell'azione penale*» (GAITO, *Limiti all'utilizzabi-*

lità delle intercettazioni telefoniche nelle decisioni sulla libertà personale, in *Giur. It.*, 1992, II, 513), il divieto di utilizzare i risultati delle intercettazioni non debitamente autorizzate non può non risultare ultrattivo, operando anche al di là della specifica successiva integrazione effettuata dal P.M. una volta avvedutosi dell'iniziale carenza invalidante. Quella integrazione avrà bensì effetto; ma, proprio in ortodossa applicazione del *tempus regit actum*, mai potrà trattarsi di un effetto retroattivo sanante bensì unicamente *pro futuro* in chiave autorizzante per gli atti ancora a compiersi.

In tal senso, si osserva che, se da un lato, sotto l'egida del vecchio codice le questioni in tema di prova illecita venivano risolte secondo un principio di conservazione di tutto quanto entrato nel processo: *male captum, bene retentum*, si diceva, in nome di un'interpretazione non ortodossa del libero convincimento del giudice; dall'altro lato, con il codice Vassalli, nel segno di un recupero della legalità, è stata coniata una norma in tema di inutilizzabilità espressione dei canoni europei, prima ancora che vi si conformasse la Costituzione: tutto il materiale probatorio illegittimamente acquisito deve essere espunto dallo scibile processuale, senza possibilità di sanatorie cronologiche, né per l'inettitudine delle parti ben potendovi supplire il giudice («l'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento»): in un modello probatorio ancorato all'iniziativa di parte, ove i poteri di intervento del giudice risultano residuali ed eccezionali, la purezza dei *materialia iudicii* costituisce l'essenza della decisione, ove il libero convincimento del giudice è depurato da tutto quanto non rispondente ai canoni di legalità richiesti dalla legge.

3. In tempi di giusto processo europeo il tema di fondo rimane, ovviamente, quello dei connotati minimali a pretendersi per il corretto esercizio da parte degli inquirenti dei penetranti poteri derogatori alla *privacy della persona*, diritto fondamentale *ex art. 6, §§ 2 e 3*, Trattato di Lisbona, già oggetto di tutela dell'art. 8 C.e.d.u., oltreché degli artt.

14 e 15 Cost. in linea con quanto precisato dalla Corte costituzionale.

La delicatezza della questione è tanto più evidente quanto più si ponga mente alla circostanza che le recenti innovazioni tecnologiche hanno reso possibile la deviazione delle conversazioni captate verso punti di ascolto esterni alla Procura della Repubblica permettendo la realizzazione in remoto dei diversi segmenti che compongono l'attività d'intercettazione. Si tratta di stabilire per quali operazioni la disciplina in materia di esecuzione delle intercettazioni consenta la remotizzazione.

In questo senso, le Sezioni Unite con la sentenza «Carli» (Cass., Sez. Un., 26 giugno 2008, Carli, in *Guida Diritto*, 2008, n. 40, 58) hanno da ultimo precisato che l'utilizzo nelle operazioni di intercettazione della tecnica del c.d. ascolto remotizzato, è legittimo purché la registrazione che consiste nell'immissione nella memoria informatica centralizzata (server) dei dati captati nella centrale dell'operatore telefonico avvenga per mezzo degli impianti installati nella Procura, essendo invece irrilevante la circostanza se le operazioni di trasferimento su supporto informatico dei dati registrati e di verbalizzazione siano eseguite negli uffici di polizia giudiziaria.

Proprio in tema di utilizzo in procedimenti diversi dei risultati delle intercettazioni disposte per la ricerca di latitanti, la giurisprudenza di legittimità ha manifestato una marcata disomogeneità di posizioni circa l'applicabilità dei divieti di cui all'art. 271 c.p.p., ricollegabili essenzialmente alle valutazioni scaturenti dall'omesso richiamo della predetta norma all'interno della disposizione di cui all'art. 295, 3° comma, c.p.p.

Analogamente a quanto accade per quelle disposte a fini probatori, dal contesto delle disposizioni richiamate dall'art. 295, 3° comma, c.p.p., è immediatamente ricavabile il principio secondo il quale anche le operazioni di intercettazioni finalizzate alla cattura del latitante in qualsiasi fase del procedimento intervengano sono sempre autorizzate da un giudice.

4. Inevitabile, allora, sebbene a carattere generale, una riflessione di fondo in chiave di effettività del diritto al controllo di un giudice terzo e imparziale *ex artt.* 25, 111 Cost.: domandarsi se non siano maturi i tempi per tornare ad interrogarsi sulla persistente conformità alla Carta fondamentale di una norma, l'art. 33, 2° comma, c.p.p., letto in combinato con gli artt. 178, 1° comma, lett. *a*, e 179 c.p.p., obiettivamente in contrasto con gli artt. 25 e 111, 2° comma, Cost. nella parte in cui escludendo dal novero delle disposizioni concernenti la capacità del giudice quelle sulla destinazione del giudice agli uffici giudiziari e alle sezioni, sulla formazione dei collegi e sulla assegnazione dei processi a sezioni, collegi e giudici, in definitiva mortifica il diritto dell'imputato allo *index habilis* nel «suo» processo, non solo in termini di capacità generale, ma di legittima investitura, a garanzia di terzietà ed imparzialità, in ogni specifica vicenda giudiziaria.

Ed è certo che il tema della inutilizzabilità delle intercettazioni, vera e propria *ratio decidendi* sulle questioni di legittimità della procedura di ascolto "in deroga" *ex art.* 268, 3° comma, c.p.p., pone l'interprete di fronte ad una svolta in ordine alle metodologie di approccio per una corretta individuazione dei parametri operativi essenziali in chiave di effettività dello *standard* minimo richiesto del giusto processo rispetto ai limiti di utilizzabilità delle stesse nelle decisioni sulla libertà personale, come da ultimo evidenziato dalle Sezioni Unite «Lasala» (Cass., Sez. Un., 22 aprile 2010, Lasala, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 804).

I quesiti interpretativi da ultimo rimessi alle

Sezioni Unite in tema di inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche appaiono sostanzialmente nuovi e richiedono pronunce che, a prescindere dalla soluzione contingente, assicurino sufficiente chiarezza in un settore che riguarda i Diritti fondamentali del cittadino non risultando più al passo con la Costituzione e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In questo senso, pur apprezzandone la presa di posizione circa il ruolo e la funzione dei controlli del giudice sulla insufficiente motivazione dei decreti che autorizzano le intercettazioni telefoniche ed ambientali, va comunque stigmatizzata in negativo la decisione in commento, in quanto arroccata su posizioni di retroguardia quanto al "postulato" della "inutilizzabilità sanabile" dei risultati delle intercettazioni telefoniche e ambientali privo di riscontro nel sistema processuale vigente; va rimarcato, in contrario, che la legalità delle forme costituisce l'unica garanzia per il processo, senza le quali il giudizio diviene una *roulette* ove la decisione viene disancorata a regole di certezza.

Se le regole processuali costituiscono «regola superiore [e] limite al potere della Magistratura» (NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1995, 650) è inconcepibile che in epoca di parità delle armi e di pienezza del contraddittorio possano sussistere ancora sacche di arbitrio incontrollabile e appare chiaro che sull'ortodossia procedurale deve sempre essere ammesso un meccanismo di strumenti di controllo effettivi e penetranti, con possibilità di rimedi in funzione riparatoria.

Errore da parte della Cassazione nella determinazione del giudice dell'esecuzione in tema di misure di prevenzione patrimoniali e rimedi possibili

Nelle *Osservazioni* che seguono l'Autrice evidenzia l'errore in cui è incorsa la Cassazione nella determinazione dell'organo

competente a conoscere dei profili esecutivi inerenti al provvedimento applicativo della misura di prevenzione patrimoniale

disposta in primo grado e parzialmente riformata in appello: «*Avverso il provvedimento con il quale il Tribunale, ai sensi dell'art. 7, comma secondo, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, e successive modi-*

ficazioni, abbia disposto la revoca di una misura di prevenzione è proponibile esclusivamente l'appello e, solo all'esito dello stesso, è esperibile ricorso per cassazione» (C., Sez. I, 26.11.2009, Scimeni).

Osservazioni

di Flavia Insom

1. L'estrema sinteticità della motivazione della sentenza in esame mette subito in evidenza la singolarità dell'errore in cui è incorso il Collegio giudicante: è stato omesso l'esame di quella che era la questione fondamentale e controversa del ricorso, ovvero l'individuazione dell'organo competente a conoscere dei profili esecutivi inerenti al provvedimento applicativo della misura di prevenzione patrimoniale disposta in primo grado e parzialmente riformata in appello. In particolare, nel caso di specie si trattava di stabilire a chi spettasse la competenza ad autorizzare il provvedimento di restituzione ai soci delle quote di capitale sociale (cancellazione dai pubblici registri) non più soggette a confisca a seguito della parziale riforma del relativo decreto intervenuta in sede di gravame.

Orbene, una volta qualificata erroneamente la fattispecie sottoposta al vaglio di legittimità, è stato facile per il Supremo Collegio addivenire ad una pacifica soluzione della questione così come diversamente inquadrata; ma il problema sta proprio nel travisamento dei presupposti in diritto e *in facto* perché, com'è noto, l'erroneità delle premesse rischia sempre di condizionare in negativo le conclusioni. Occorre a tal fine fare chiarezza. La Cassazione ha stravolto la lettera e il senso sia di quanto denunciato dal difensore, sia di quanto affermato dal p.g. nella requisitoria, qualificando la fattispecie sottoposta al suo vaglio quale revoca di una misura di prevenzione ed, in quanto tale, destinataria della disciplina di cui all'art. 7, 2° comma, L. n. 1423 del 1956.

Si impongono però alcune osservazioni in merito alla pertinenza di detta ricostruzione rispetto alla questione in esame. Com'è noto, il provvedimento di confisca deliberato ai sensi dell'art. 2 *ter*, 3° comma, L. 31 maggio 1975, n. 575, è suscettibile di revoca *ex tunc* a norma dell'art. 7, 2° comma, L. 27 dicembre 1956, n. 1423, allorché sia affetto da invalidità genetica e debba, conseguentemente, essere rimosso per rendere effettivo il diritto, costituzionalmente garantito, alla riparazione dell'errore giudiziario (Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2006, Auddino e altro, in *Mass. Uff.*, n. 234955). L'istituto della revoca permette, pertanto, all'interessato di far conoscere al competente giudice elementi nuovi o sopravvenuti, anche successivamente alla cristallizzazione del giudicato, al fine di far riesaminare ed eventualmente modificare la decisione assunta in ordine alla misura di prevenzione disposta e da tanto consegue che la richiesta di revoca deve riguardare motivi e/o elementi nuovi volti a dimostrare che siano nel tempo mutate le condizioni e i presupposti posti alla base dell'emissione della predetta misura ovvero che sussista inconciliabilità tra più provvedimenti giudiziari o ancora che vi sia un procedimento di prevenzione fondato su atti falsi o su una diversa fattispecie di reato. Ma di ciò non risulta traccia nel caso in esame.

Sembra infatti evidente che la revoca e/o modifica del decreto applicativo del sequestro o della confisca o comunque, più in generale, di una misura di prevenzione, rappresenti fattispecie diversa da quella in oggetto

in cui il provvedimento impugnato non era diretto ad incidere illegittimamente (poiché in assenza di fatti sopravvenuti) su un provvedimento definitivo limitandosi, al contrario, a dare puntuale attuazione alla confisca così come disposta dalla Corte d'appello.

Chiarita l'*empasse* in cui è incorso il Supremo Collegio, si capisce perché lo stesso si sia di conseguenza concentrato sulla "problematica" riguardante la disciplina delle impugnazioni esperibili avverso il provvedimento di revoca disposto dal tribunale, argomento sotto certi aspetti interessante ma comunque non oggetto delle doglianze espresse né dal p.g. né tantomeno dalla difesa. Sembra quindi opportuno cercare di sopperire al mancato esame della Suprema Corte al fine di intraprendere l'analisi dell'effettiva questione giuridica che doveva essere affrontata e risolta: il dubbio sulla competenza avente ad oggetto il decreto di restituzione dei beni emesso a seguito di parziale riforma in appello e consistente nell'autorizzazione alla cancellazione del vincolo dai pubblici registri.

2. Il Procuratore Generale requirente ha posto a fondamento delle proprie conclusioni una pronuncia della Cassazione risalente al 1994 (Cass., Sez. I, 14 luglio 1994, Ferraro, in *Mass. Uff.*, 199301), secondo cui «in tema di misure di prevenzione nei confronti di soggetti indiziati di appartenenza ad associazioni mafiose o assimilate, quando, a seguito di appello, il giudice del gravame abbia disposto una parziale revoca del sequestro e della confisca cui erano stati assoggettati in primo grado i beni del proposto, la competenza ad autorizzare la presentazione, da parte dell'amministratore nominato ai sensi dell'art. 2 *sexies* della Legge 31 maggio 1975, n. 575, della richiesta di cancellazione dell'annotazione dei suddetti vincoli dai pubblici registri immobiliari spetta, non trattandosi di attività connessa agli specifici compiti di gestione affidati al detto amministratore per la quale vige la competenza funzionale del tribunale, alla corte di appello, quale giudice dell'esecuzione secondo la regola generale fissata dall'art. 665, comma 2°, c.p.p.». Nonostante l'apparente persuasività e pertinenza

di detto precedente, non può essere tuttavia trascurato come esso si presenti sostanzialmente isolato nel quadro giurisprudenziale che ha portato, accompagnato ed ispirato le modifiche arretrate dalla L. n. 282 del 1989 alla l. n. 575 del 1965 in tema di gestione dei beni sequestrati. Con tale riforma sono stati infatti introdotti, al fine di colmare le precedenti lacune legislative concernenti la conservazione e l'amministrazione dei beni sequestrati, gli artt. 2 *sexies*, *septies*, *osties* destinati a regolare le competenze degli organi a tanto legittimati (amministratore, giudice delegato e Tribunale), tra l'altro disponendo (art. 2 *sexies*, 1° comma) che tale competenza resta ferma anche nel corso degli eventuali giudizi di impugnazione.

Come anticipato, la giurisprudenza antecedente al suddetto intervento legislativo era già pervenuta alla soluzione poi consacrata dalla novella del 1989 rilevando come l'art. 2 *quater*, 1° comma, l. n. 575 del 1965 operi un rinvio alle norme del c.p.c. in tema di esecuzione mobiliare e immobiliare e, pertanto, attribuisca al Tribunale che ha disposto la misura la funzione propria del giudice della esecuzione in materia di espropriazione, ovvero una competenza esclusiva e funzionale in ordine alla custodia, conservazione e amministrazione dei beni oggetto della procedura coattiva che prescinde dalla fase del procedimento in cui la misura stessa si trova (Cass., Sez. I, 9 luglio 1985, Spadaro, in *Mass. Uff.*, n. 170056). Ed allora, una volta chiarito che i poteri del giudice delegato dal tribunale discendono direttamente dalla legge, ne consegue che si versa nel caso di una designazione piuttosto che di una delega vera e propria e che, di conseguenza, tale organo giurisdizionale ha sempre modo di intervenire con provvedimenti diretti ad incidere, anche in modo indiretto, sugli aspetti gestionali del patrimonio in sequestro, quali restituzioni di beni, provvedimenti di liquidazione del compenso degli amministratori, ecc.

Correlativamente, pare agevole rilevare come la novella nel 1989 si sia limitata a dare veste legislativa all'orientamento giurisprudenziale

se non pacifico quantomeno nettamente prevalente, eliminando ogni incertezza: la competenza del tribunale che ha disposto l'applicazione della misura è esclusiva e funzionale in ordine all'adozione di tutti i provvedimenti riguardanti la custodia, la conservazione e la gestione dei beni sequestrati o confiscati, compresa la restituzione dei beni all'avente diritto, ciò che sembra quantomeno ragionevole considerando che, da un punto di vista civilistico, l'obbligo di custodia è strumentale alla consegna ed alla restituzione dei beni all'avente diritto a norma dell'art. 117 c.c., sia esso lo Stato o l'indiziato. Successivamente, la Cassazione si è poi ulteriormente premurata di specificare che la competenza del Tribunale non viene meno neppure nel caso in cui il provvedimento di sequestro e di confisca sia stato riformato dalla Corte d'appello, non trovando applicazione in materia l'art. 665 c.p.p. (Cass., Sez. I, 20 gennaio 1994, Ferraro, in *Cass. Pen.*, 1995, 167). In buona sostanza, il giudice dell'esecuzione competente all'adozione di tutti i provvedimenti riguardanti la custodia, la conservazione e la gestione dei beni sequestrati deve essere individuato sempre nel tribunale che ha disposto la misura patrimoniale, al quale è attribuita una competenza funzionale ed esclusiva, rimanendo irrilevante l'eventuale riforma del provvedimento che dispose la misura da parte della Corte d'appello.

In conclusione sul punto: la pronuncia richiamata dal procuratore generale rimane non solo isolata, ma soprattutto criticabile alla luce del fatto che, pur riconoscendo la competenza funzionale del Tribunale, esclude irragionevolmente da tale competenza l'autorizzazione dell'amministratore a provvedere alla cancellazione dell'annotazione del vincolo sui registri immobiliari relativamente ad alcuni beni per i quali il giudice d'appello abbia revocato il sequestro o la confisca. Invero, la ritenuta estraneità di tale cancellazione ai compiti di gestione dell'amministratore appare inconsistente in quanto, da un lato, basata su una concezione ingiustificatamente restrittiva della gestione e, da un altro lato, non in linea con il sistema nel

quale l'amministratore sempre e soltanto sotto il controllo e dietro autorizzazione del giudice delegato, che è unicamente il giudice nominato con il provvedimento che dispone il sequestro, può compiere atti di straordinaria amministrazione anche a tutela dei diritti dei terzi (art. 2 *septies*, 1° comma).

3. Ebbene, la Cassazione ha perso l'occasione per ribadire o eventualmente chiarire il proprio orientamento sulla dibattuta materia della competenza concernente i profili esecutivi della misura di prevenzione, ma l'aspetto che desta preoccupazione, in realtà, non è questo e occorre fare un passo indietro per individuarlo.

Com'è noto, nel vigente assetto codicistico la sentenza del giudice di appello che contenga un difetto di motivazione, ovvero che non prenda in considerazione o non risponda con argomentazione adeguata e sufficiente alle doglianze difensive incorre in un vizio censurabile in sede di legittimità. In particolare, il vizio di c.d. motivazione apparente per violazione dello schema legale e «mancata correlazione» agli atti del procedimento si concretizza nel caso in cui la decisione impugnata non risponda allo schema normativo della decisione giusta, risolvendosi piuttosto in una superficiale analisi ed una conseguente poco approfondita confutazione, elusiva delle critiche formulate nelle censure difensive in sede di gravame. Di conseguenza, l'insufficienza o la carenza della motivazione, nella tipologia dei vizi del discorso giustificativo della decisione deducibile come motivo di ricorso ai sensi dell'art. 606 c.p.p., s'intreccia con il più generale tema del ruolo e della funzione di controllo svolti della Corte di Cassazione: giudice di ultima istanza circa l'esistenza di una effettiva e sostanziale verifica delle doglianze difensive intraprese nei giudizi di merito attraverso il controllo sulla motivazione, quale strumento di controllo *ex post* della correttezza legale della decisione. Ed ecco il punto: ci si deve chiedere quale possano essere le conseguenze in tema di invalidità nell'ipotesi in cui sia proprio l'organo di legittimità ad incorrere in una lacunosa analisi di quanto prospettato nell'atto di

ricorso. In altri termini, si pone il problema di individuare quale dovrebbe o potrebbe essere il rimedio esperibile qualora sia la motivazione del provvedimento emesso dal giudice di legittimità a non rispondere in alcun modo ai canoni standardizzati dei modelli di giustificazione accettabili perché, a prescindere dalla condivisibilità o meno della decisione adottata, abbia apportato una “motivazione di mera facciata” nella quale i giudici abbiano fornito sì l’esigibile, minima e adeguata, giustificazione razionale delle conclusioni assunte, ma abbiano analizzato una questione terza ed autonoma rispetto a quella prospettata nel ricorso.

Non si vuole certo negare che nella pronuncia in commento emerga, sotto il profilo formale, una parvenza di motivazione e di giudizio critico; tuttavia, è altrettanto evidente come la stessa risulti totalmente inidonea a fornire una risposta alle specifiche doglianze del ricorrente, travisate e disattese *tout court*. Si tratta, infatti, di un apparato motivazionale viziato dal fatto di confrontarsi non con la questione giuridica sottoposta al suo vaglio ma con altro e diverso oggetto, mediante un’irragionevole modificazione del *petitum* individuato dai ricorrenti e la conseguente violazione del principio generale di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Orbene, è altresì vero che nel caso in esame gli effetti di tale distorsione argomentativa e procedimentale possono anche non essere macroscopici, data la mera riqualificazione dell’impugnazione quale appello con conseguente trasmissione degli atti alla Corte considerata competente, ma il problema è di metodo date le aberranti conseguenze cui tale approccio potrebbe portare nel caso in cui il ricorso non riguardi un conflitto di competenza o la qualificazione giuridica di un mezzo di gravame bensì la conferma definitiva di un’affermazione di colpevolezza. Si concretizza, in sostanza, il rischio che non sia possibile porre rimedio alle iniquità verificatesi in tale ultima fase, determinando la celebrazione di un grado inutile in cui è la stessa effettività dell’impugnazione a venir meno, degradandosi «all’infimo livello del

rimedio ingannevole» (GAITO, *Un presente mortificante ed un futuro incerto*, in *Osservatorio del processo penale*, 2009, n. 2, V) mentre, al contrario, trattandosi dell’atto conclusivo del processo, la procedura terminale di cassazione dovrebbe essere capace di porre rimedio all’eventuale ingiustizia della decisione impugnata.

In definitiva, il ricorrente per cassazione potrebbe non vedere rispettato il proprio diritto costituzionalmente sancito e garantito al giudizio di legittimità che, come più volte fermamente ribadito dalla Corte costituzionale, rappresenta un presidio costituzionale testualmente rivolto ad assicurare il controllo sulla legalità del giudizio penale nel suo complesso (da ultimo cfr. C. cost. n. 207 del 2009, ma già Id. n. 395 del 2000, Id., n. 1 1970, n. 1; Id., n. 173 del 1971; Id., n. 26 del 1999). È infatti innegabile che, attraverso quella che può essere definita come la costituzionalizzazione del ricorso per cassazione, la Consulta ha costantemente affermato la necessità (costituzionale, appunto) di assicurare l’«effettività del giudizio di cassazione», affermando che le parti hanno un vero e proprio «diritto al processo in cassazione» e che il controllo di legittimità svolto in tale sede deve essere considerato quale «rimedio costituzionalmente imposto». Sembra allora ragionevole desumere, come logico corollario dell’effettività del giudizio in Cassazione, che il vaglio di legittimità debba avere ad oggetto non una questione, ma l’esatta doglianza lamentata dal ricorrente. Ed allora, partendo dal necessario superamento del mito dell’intangibilità delle sentenze della cassazione, ci si deve chiedere quale possa essere il rimedio esperibile nel caso in cui le stesse risultino inficiate dalla violazione di regole processuali volte ad assicurare la formazione di una decisione giusta ed a garantire l’effettività della tutela giurisdizionale. Si tratta, in altri termini, di capire se possa essere riempito di contenuto concreto il significato garantistico dell’art. 111, 7° comma, Cost. nella parte in cui assume il controllo di legittimità a valore di garanzia dell’effettività del modello costituzionale del giusto

processo e, quindi, quale condizione ultima del progressivo perfezionamento della decisione giusta.

4. Da un primo punto di vista, avendo riguardo all'ipotesi in cui il supremo Collegio si pronuncerà con una sentenza di rigetto, si deve prendere in considerazione la disciplina riparatoria dell'*error facti* introdotta dall'art. 625 *bis* c.p.p., disciplina che costituisce l'adeguamento legislativo introdotto a seguito dei ripetuti moniti della Corte costituzionale diretti a censurare per violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost. il precedente impianto codicistico che non consentiva di emendare l'errore di tipo percettivo in cui fosse incorso il giudice di legittimità in vista della tutela di esigenze di giustizia sostanziale e del diritto ad ottenere un effettivo controllo di legittimità sulla decisione impugnata (C. cost. n. 17 del 1983; n. 36 del 1991 e n. 395 del 2000). Si tratta di un'ipotesi di ricorso straordinario previsto solo a favore del condannato avverso quelle sentenze della Corte di Cassazione viziata da una distorsione percettiva tale da inficiarne il processo decisionale.

Ora, tralasciando le critiche che potrebbero essere avanzate in chiave europeista alla circoscritta legittimazione soggettiva incardinata sulla qualificazione giuridica del soggetto quale condannato e non quale soccombente, occorre sottolineare che il rimedio previsto dall'art. 625 *bis* c.p.p. non può essere svilito fino al punto da interpretare "l'errore di fatto" emendabile quale mero doppione normativo della correzione dell'errore materiale di cui all'art. 130 c.p.p. (cfr. Cass., Sez. Un., 18 maggio 1994, Armati, in *Cass. Pen.*, 1995, 38 in cui si delineano i presupposti normativi del procedimento di correzione quale strumento di revisione straordinaria dei provvedimenti della Corte di Cassazione); il problema consiste allora nel valutare se l'omesso esame di un motivo di ricorso possa rientrare nella categoria degli "errori di fatto". Secondo un ormai consolidato orientamento della Cassazione (Cass., Sez. IV, 10 agosto 2004, Bainsi, in *Mass. Uff.*, n. 229099; Id., Sez. Un., 30 aprile 2002, Basile, *ivi*, n. 221283; Id., Sez. Un., 27 marzo 2002, n. 16104, De Lo-

renzo, non massimata), l'errore di fatto verificatosi nel giudizio di legittimità ed oggetto del rimedio previsto dall'art. 625 *bis* c.p.p. deve essere interpretato quale errore percettivo causato da una svista o da un equivoco e postula inderogabilmente che lo sviamento della volontà del giudice sia non solo decisivo, ma anche di oggettiva immediata rilevanza, nel senso che il controllo degli atti processuali deve far trasparire, in modo diretto ed evidente, che la decisione è stata condizionata dall'inesatta percezione e non dall'errata valutazione o dal non corretto apprezzamento di quegli atti. Ne consegue che l'omesso esame di un motivo di ricorso dà causa ad errore di fatto e determina incompletezza della motivazione della sentenza quando, pur in mancanza di espressa disamina, la censura non possa considerarsi implicitamente trattata perché compatibile con la struttura e l'impianto della motivazione, nonché con le premesse logiche e giuridiche che compendiano la *ratio decidendi* della sentenza medesima, ovvero quando sia dipeso da una vera e propria svista materiale, ossia da una disattenzione di ordine meramente percettivo, che abbia causato l'erronea supposizione dell'inesistenza della censura, la cui presenza, viceversa, sia immediatamente ed oggettivamente rilevabile in base al semplice controllo del contenuto del ricorso. In definitiva, può quindi affermarsi che il ricorso straordinario proposto a norma dell'art. 625 *bis* c.p.p. emerge quale impugnativa esperibile nel caso in cui si accerti che la decisione del giudice di legittimità sarebbe stata diversa se fosse stato vagliato il motivo di censura dedotto.

Accanto al modesto e limitato rimedio tracciato dalla disciplina codicistica dell'errore di fatto, si deve ora analizzare quale possa essere l'ambito cognitivo di un eventuale *error iuris* sorto nell'ipotesi di decisione rescindente della Cassazione ed in quali termini esso possa essere fatto valere. Partendo dall'amara constatazione di una totale assenza di disciplina di mezzi di riparazione dell'ipotetico errore della sentenza di annullamento, qual è appunto l'arbitrario esercizio

dei poteri del giudice di legittimità in ordine alla qualificazione giuridica della fattispecie, si tratta di capire se possa essere configurato un ulteriore vizio delle pronunce della cassazione collocabile accanto all'errore di fatto e se esso possa essere tale da paralizzare l'efficacia vincolante dei principi di diritto (erroneamente) sanciti per il giudice del rinvio o, più verosimilmente, per il successivo giudizio di cassazione.

In primo luogo, deve essere chiarito che quando il vizio della sentenza di annullamento consista nell'arbitraria incursione sul terreno della ricostruzione del merito della vicenda storica in senso difforme da quello interpretato dal giudice *a quo*, è la stessa cassazione ad ammettere la rilevabilità d'ufficio del relativo vizio nel successivo giudizio rescissorio. In tal senso è infatti inequivocabile il principio di diritto secondo cui «le affermazioni che trascendono i poteri del giudice di legittimità non vincolano il giudice del rinvio...»; non può infatti ritenersi che per effetto di suddetta pronuncia del giudice di legittimità si sia formato il giudicato su valutazioni diametralmente opposte poiché, in tale ipotesi, «... si avrebbe un terzo grado di merito... sottratto ad ogni controllo di legittimità, in spregho all'art. 111, 7° comma, Cost.». Ne consegue che, nel caso in cui l'esercizio del controllo sul merito si converta in quello del merito, si concretizza una palese violazione di una norma di azione idonea a dar luogo ad uno «straripamento di potere, ovvero alla tracimazione dei poteri della cassazione oltre i limiti fissati dall'ordinamento» (in tal senso BARGI, *No all'arbitraria valutazione degli elementi in fatto nell'annullamento con rinvio, un primo passo verso il riconoscimento dell'error iuris invalidante l'intangibilità del dictum del giudice di legittimità*, in *Giur. It.*, 2005, 1035). Ed allora, il vizio di incompetenza funzionale che caratterizza la decisione rescissoria non può che precludere la formazione del giudicato interno e impedirne l'effetto vincolante per il giudice del rinvio a norma dell'art. 627, 3° comma, c.p.p. Anzi, a

ben vedere, ai sensi dell'art. 173, 3° comma, disp. att. deve ritenersi che in tale ipotesi il vincolo decisorio per giudice del rinvio non sia mai sorto.

Diversa è tuttavia l'ipotesi in cui l'errore inficiante la decisione non riguardi il merito della vicenda storica ma concerna l'individuazione della *questio iuris* oggetto della doglianza difensiva. Orbene in tale eventualità due sono le considerazioni da cui partire. Da un lato, non può non rilevarsi come sia pacifica l'intangibilità del giudicato interno determinato dall'annullamento con rinvio e la conseguente operatività assoluta del vincolo decisorio per il giudice del relativo giudizio in ordine ai punti ed alle questioni attinte dalla pronuncia del giudice di legittimità. Da una lettura sistematica delle disposizioni che regolano il giudizio in cassazione si evince infatti, in maniera inequivocabile, che le decisioni del giudice di legittimità hanno forza vincolante nella misura in cui pronunciate in diritto e sul diritto; in particolare, fra i limiti stabiliti dalla legge ai poteri del giudice del rinvio rientra l'obbligo di uniformarsi alla sentenza della Corte di cassazione per ciò che concerne ogni questione di diritto con essa decisa ai sensi dell'art. 627, 3° comma, c.p.p. Da un altro lato, tuttavia, se è palese ed incontestabile il fatto che il giudice del rinvio deve insindacabilmente applicare il principio di diritto sebbene erroneamente sancito dalla cassazione, altrettanto evidente appare l'aberrante conseguenza che ne deriva: il vizio generatosi nel giudizio di legittimità non può che riverberarsi nel provvedimento del giudice del rinvio perché sarà esattamente quello stesso principio di diritto viziato *ab origine* ad ispirare la sentenza rescissoria.

Ed allora due sembrano poter essere le strade astrattamente percorribili: o il giudice del rinvio, rilevato il vizio inficiante la decisione di legittimità ritiene precluso il vincolo decisorio e disapplica il principio di diritto così erroneamente sancito oppure lo stesso vizio deve poter essere fatto valere successivamente alla conclusione del giudizio rescissorio, in sede di ricorso per cassazione.

Da un primo punto di vista, si deve tener presente che, come noto, l'ambito di cognizione della Cassazione è limitato dall'art. 609 c.p.p., secondo cui "il ricorso attribuisce alla Corte di Cassazione la cognizione del procedimento limitatamente ai motivi proposti". Di conseguenza, sono proprio i motivi di ricorso contenenti la denuncia di errori verificatesi nel corso del giudizio a delineare i confini ed il contenuto del controllo demandato al giudice di legittimità. In altri termini, i suddetti motivi non si limitano a ritagliare il perimetro di cognizione del giudizio di cassazione, ma individuano un preciso limite decisorio. In tale prospettiva, per quel che qui interessa, non può pertanto essere riconosciuto alcun vincolo al principio di diritto enunciato al di fuori delle tematiche proposte nei motivi di ricorso perché qui la Corte ha giudicato *ultra petita* e quindi la sua affermazione sul punto è stata adottata in situazione di carenza di potere. Da ciò deriva l'impossibilità di riconoscere al suo enunciato, pronunciato in assenza di un motivo sul punto, alcun vincolo di natura decisoria cui il giudice del rinvio deve osservanza.

Da un altro punto di vista, anche a voler prescindere dalla insussistenza del vincolo decisorio per il giudice del rinvio, occorre evidenziare come, nel caso di specie, possa ipotizzarsi la rilevanza della nullità inficiante la sentenza di annullamento in sede di giudizio di cassazione instaurato ai sensi dell'art. 628 c.p.p.

Due gli elementi fondamentali dai quali prendere le mosse: insanabilità e trasmissibilità del vizio che caratterizza la sentenza di annullamento della cassazione. Unica sembra la soluzione costituzionalmente accettabile: la sentenza del giudizio di rinvio, nuovamente impugnata in cassazione a norma dell'art. 628 c.p.p., dovrà essere cassata in virtù dell'invalidità originaria su cui pone le sue fondamenta, e cioè della contraddittorietà come *error causalis* della decisione che, assieme al divieto espresso dall'art. 526 c.p.p. di deliberare su prove diverse da quelle legittimamente acquisite, si erge a garanzia del rispetto della corrispondenza tra chiesto e pronuncia-

to alla stregua del principio di fedeltà agli atti del procedimento. In altri termini, stante l'invalidità del provvedimento rescindente e la ineliminabile efficacia del vincolo decisorio in ordine alle questioni di diritto investite dalla sentenza di annullamento vulnerata da un arbitrario travisamento della *questio iuris*, l'eliminazione del suddetto vizio insanabile (e quindi trasmissibile) dovrebbe ritenersi demandata non solo all'impugnazione di una delle parti, ma al contrario dovrebbe poter essere rilevata *ex officio* nel successivo giudizio di legittimità instaurato ai sensi dell'art. 628 c.p.p.

Una precisazione sembra opportuna: non si vuole certamente negare che nell'attuale assetto codicistico al giudice del rinvio è preclusa la possibilità di rilevare nullità verificatesi nei precedenti giudizi o nel corso delle indagini preliminari. La categoricità dell'art. 627, 4° comma, c.p.p. sembrerebbe pertanto escludere la rilevanza anche di quelle nullità realizzatesi nel giudizio di cassazione. Tuttavia, a ben vedere, in tale ultimo caso il vizio attingerebbe al provvedimento stesso di annullamento che, se da un lato è qualificabile quale atto conclusivo del giudizio di cassazione, da un altro lato rappresenta l'atto introduttivo del giudizio di rinvio. Di qui la prospettazione di una nullità non verificatasi nei precedenti giudizi con conseguente possibilità di rilevazione, soprattutto alla luce del fatto che in tale evenienza la parte non è posta in condizione di formulare la relativa eccezione posto che non è presente nel segreto della camera di consiglio, momento in cui si forma la decisione. Affermare anche in questo caso che la nullità non può essere rilevata nel giudizio di rinvio in quanto verificatasi nei precedenti giudizi è una conclusione che ripugna in ragione della sua palese ingiustizia e della sua illegittimità costituzionale, almeno alla luce dell'art. 24 Cost.

La questione, sottoposta al vaglio della Corte costituzionale, è stata sorprendentemente disattesa. Quest'ultima infatti, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 627, 4° comma, c.p.p. nella parte in

cui fa divieto di proporre nel giudizio di rinvio nullità assolute verificatesi nei precedenti giudizi anche quando tali nullità si siano prodotte esclusivamente per effetto della pronuncia della Corte di Cassazione, ne ha dichiarato la manifesta infondatezza in base all'assunto secondo cui «è connaturale al sistema delle impugnazioni l'esistenza di una pronuncia terminale, la quale definisce nei limiti del giudicato ogni questione dedotta e deducibile al fine di dare certezza alle situazioni giuridiche controverse e che, quindi, non sia suscettibile di ulteriore sindacato ad opera di un giudice diverso» (C. cost. ord. 501 del 2000, ma già negli stessi termini Id., sent. 247 del 1995).

D'altro canto, anche la cassazione si è premurata di fornire un'irragionevole interpretazione estensiva dell'art. 627 c.p.p. diretta ad elevare la certezza del diritto a fine ultimo della giustizia affermando che «la sentenza di annullamento con rinvio della Corte di Cassazione nel punto in cui decide una questione di diritto è vincolante non solo per il giudice di rinvio ma per la Corte stessa purché torni a decidere della questione nell'ambito dello stesso procedimento» (Cass., Sez. I, 13 gennaio 1997, Coluccia, in *Giur. It.*, 1997, II, 103).

Sicché, sembrerebbe attualmente prioritario salvaguardare l'esistenza di una pronuncia terminale rispetto a quella di pervenire ad

una sentenza giusta. A fronte di tale constatazione non resta che auspicare un ripensamento giurisprudenziale o una modifica normativa.

Qualora, al contrario, si volesse persistere nel negare tale necessaria prospettiva di riforma e si volesse rimanere ancorati alla sconcertante constatazione della insuperabile assenza di disciplina riparatoria dell'errore della decisione rescindente, si potrebbe pervenire solo ad un'amara quanto pacifica conclusione: ogni qualvolta e nella misura in cui nel giudizio di fronte alla Suprema Corte risulti in concreto negato l'esame del ragionamento critico posto a base del motivo di ricorso, all'imputato verrà negato il diritto alla fase del vaglio di legittimità previsto dalla costituzione senza possibilità di doglianza successiva, salva una appendice dinanzi alla Corte europea! L'unico rimedio esperibile contro le iniquità verificatesi davanti all'organo nazionale di ultima istanza sarebbe, infatti, secondo tale rinunciataria interpretazione, previsto a livello europeo attraverso il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo per violazione dell'effettività dei rimedi interni così come sancito dall'art. 13 C.e.d.u.: si andrebbe in Europa per cercare giustizia in Italia, se poi per giustizia possa intendersi un mero risarcimento di tipo economico.

Sui presupposti per l'accesso al giudizio immediato custodiale: questioni risolte e questioni da risolvere

Nelle *Osservazioni* che seguono l'Autrice tratteggia l'ortodossa interpretazione da offrire ai presupposti per accedere al giudizio immediato custodiale, sulla scorta di una delle prime decisioni di legittimità sul punto. Secondo la Cassazione «è illegittima, e quindi deve essere rigettata, la richiesta di giudizio

immediato nei confronti dell'imputato in stato di custodia cautelare, avanzata prima che il procedimento di riesame in ordine alla misura di custodia cautelare sia divenuto definitivo. (Fattispecie di ordinanza di riesame non definitiva giacché impugnata con ricorso per cassazione)» (C., Sez. III, 11.3.2010, G.).

Osservazioni di Flavia Insom

1. Dopo quasi due anni di incertezze, contrasti dottrinali e disorientamenti interpretativi in ordine al significato da attribuire all'espressione «*definizione del procedimento*» di cui all'art. 453, comma 1 *ter*, c.p.p., finalmente la questione è approdata al vaglio dei giudici di legittimità. Con la decisione in commento, la Corte di Cassazione ha fissato le prime linee guida sul tema della concreta operatività del presupposto di accesso al giudizio immediato custodiale rappresentato dal previo e definitivo consolidamento del quadro indiziario cautelare.

La soluzione prescelta dal Supremo Collegio, tracciata su esigenze di logicità sistemica, deve essere apprezzata facendo, brevemente, un passo indietro ed inquadrando il requisito in esame nell'alveo del meccanismo processuale cui appartiene.

Com'è noto, il giudizio immediato custodiale costituisce una figura nuova di giudizio immediato, autonoma da quelle originarie (su richiesta del P.M. per evidenza della prova, su iniziativa dell'imputato che rinunci all'udienza preliminare ovvero a seguito di opposizione a decreto di condanna); tale procedimento speciale, infatti, pur se inserito sulla trama originaria del rito previsto dall'art. 453 c.p.p. ed egualmente caratterizzato dall'elisione dell'avviso di chiusura delle indagini oltre che delle *chances* difensive esercitabili nell'udienza preliminare, riguarda esclusivamente i reati per i quali la persona sottoposta alle indagini si trovi in stato di custodia cautelare ed aggancia la proposizione della richiesta del P.M. alla permanenza *in vinculis* del soggetto investito dall'accusa.

La sua instaurazione, solo formalmente obbligatoria, in quanto rimessa di fatto alla discrezionalità (arbitrarietà per alcuni autori [ORLANDI, *Il giudizio immediato cosiddetto custodiale*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di Amato-Santoriello, Torino, 2009, 86]) del p.m., cui compete

una verifica in chiave negativa circa il possibile pregiudizio per le indagini derivabile da un'iniziativa "azzardata" (in tal senso BARGI, *Caratteristiche dei procedimenti speciali nel processo penale*, in *La giustizia penale differenziata, I procedimenti speciali*, I, a cura di Giunchedi, Torino, 2010, 35 ss.), è subordinata al rispetto di un limite temporale: ai sensi dell'art. 453, comma 1 *bis*, c.p.p. la richiesta di rito immediato deve essere avanzata entro e non oltre i centottanta giorni che decorrono dall'inizio dell'esecuzione del titolo custodiale e non, come nel caso "tipico", dall'iscrizione della notizia di reato.

Al riguardo, sembra opportuno sottolineare come l'aggancio del "tempo" della richiesta alla esecuzione della misura cautelare nei confronti dell'indagato neutralizzi uno dei tratti salienti del giudizio in esame: la contrazione del termine concesso al pubblico ministero per lo svolgimento delle indagini. È infatti evidente come la perfetta simmetria fra il limite cronologico fissato dall'art. 453, comma 1 *bis*, c.p.p. e quello ordinariamente assegnato dall'art. 405, 2° comma, c.p.p. al P.M. per la conclusione della fase investigativa consenta, nella realtà di fatto oltre che di diritto, che le indagini preliminari possano protrarsi fino all'estremo limite della loro legittima durata, declassando, così, la qualificazione del rito come "immediato" ad un mero dato nominalistico.

In sostanza, così come nel giudizio immediato tipico, si sacrificano l'udienza preliminare e le garanzie difensive insite nell'avviso di cui all'art. 415 *bis* c.p.p., ma non si fa altrettanto con i tempi delle indagini che, non vedendo alcuna limitazione reale, assicurano ampio margine di manovra al P.M.

Da tale prospettiva, emerge che il conio di tale originale *modus operandi* del p.m. giova solo a rafforzare la corsia preferenziale per i procedimenti relativi a soggetti in cattività: se non imboccata sulla base dell'adozione

della misura precautelare – perché, ad esempio, non sono stati sufficienti trenta giorni per completare le indagini e richiedere il giudizio direttissimo – la permanenza *in vinculis* dell'indagato lascia impregiudicata, comunque, al P.M. la strada del rito immediato.

Ciò nonostante, la scelta operata dal legislatore potrebbe apparire, da un lato, astrattamente apprezzabile. *Nulla quaestio*, infatti, circa l'opportunità che colui il quale si trovi sottoposto ad una misura cautelare approdi il più celermente possibile al giudizio dibattimentale, ovvero alla sede elettiva dell'accertamento penale. È questa, d'altronde, un'aspirazione già perseguita in vario modo dall'intera struttura codicistica: la stessa previsione di termini tesi a scandire la durata massima della custodia cautelare lungo le varie fasi del processo di merito imprime un'evidente accelerazione ai tempi entro i quali pervenire alla decisione. In tal senso, inoltre, si pone la disposizione che fissa il criterio della priorità nella formazione dei ruoli e nella trattazione dei processi che coinvolgono imputati detenuti.

Meno convincente, al contrario, la conseguenza che da ciò si fa scaturire: che l'elisione *ex auctoritate* della garanzia dell'art. 415 *bis* c.p.p. e dell'udienza preliminare, senza alcuna facoltà di opposizione od impugnazione per la difesa, possa essere letta quale scelta legislativa a tutela per l'imputato. La realtà è che tale intervento normativo, imponendo la trattazione prioritaria di processi che destano un particolare allarme sociale (e per i quali la persistenza *in vinculis* dell'accusato ne costituisce un evidente riflesso), abbia inteso principalmente, se non esclusivamente, ridurre sensibilmente il rischio di scarcerazioni per la decorrenza dei termini di durata della custodia cautelare.

2. L'ulteriore requisito per l'accesso al nuovo giudizio immediato – requisito che talvolta viene scambiato “superficialmente” quale mero limite temporale dilatorio – impone che la richiesta vada formulata solo «*dopo la definizione del procedimento di cui all'art. 309 c.p.p.*», ovvero solo dopo che sia inutil-

mente decorso il termine per adire il Tribunale della Libertà.

Si tratta, a ben vedere, di un presupposto sostanziale che si coniuga inscindibilmente con la restrizione *in vinculis* dell'indagato: è solo il provvedimento custodiale divenuto definitivo, di cui il giudizio sulla sussistenza dei gravi indizi ne costituisce il necessario substrato, a fondare il dovere di agire del P.M. In altri termini, nel giudizio immediato custodiale, non basta la valutazione del P.M. circa la consistenza e gravità del quadro indiziario o l'esistenza *tout court* di un provvedimento di custodia cautelare in atto per un determinato fatto criminoso ad imporre, in relazione allo stesso fatto, la scelta del rito; è indefettibile l'ulteriore condizione che tale provvedimento sia ormai dotato di stabilità in quanto filtrato dalle verifiche previste in sede giurisdizionale, ovvero che sia stato “avallato” dall'indagato che, facendo scadere i termini per attuarle, abbia prestato la propria acquiescenza.

Nonostante la conclusione definitiva del procedimento cautelare sia elemento essenziale esplicitamente richiesto dal dettato di cui all'art. 453, comma 1 *ter*, c.p.p., la Corte di Cassazione è dovuta intervenire al fine di dirimere i numerosi dubbi interpretativi sorti in merito all'effettiva portata applicativa della disciplina ora richiamata, dubbi asseritamente giustificati da una non chiara formulazione della norma.

Il dettato codicistico, secondo alcuni, utilizzerrebbe una formula ambigua poiché, dalla lettura della disposizione, non sarebbe dato comprendere se il legislatore abbia inteso riferirsi solo alla definizione del primo grado del procedimento di cui all'art. 309 c.p.p. o se invece sia necessario attendere la decisione sull'eventuale ricorso per cassazione *ex art. 311 c.p.p.*

Secondo parte della dottrina (tra i tanti RIVELLO, *Giudizio immediato*, in *Enc. Dir.*, Agg., III, Milano, 2010, 469, 477), aderire a tale ultima interpretazione vorrebbe dire avallare una dilatazione dei tempi del tutto incompatibile con la connotazione del rito: attendere la pronuncia della cassazione, ed

eventualmente anche il successivo corso in caso di annullamento con rinvio, potrebbe rendere di fatto impraticabile o inutile il ricorso al giudizio immediato, il cui utilizzo, anziché velocizzare la definizione del procedimento, finirebbe per determinare un considerevole allungamento dei tempi del processo.

Al di là del fatto che non sembra possibile privare l'indagato delle garanzie difensive previste a livello costituzionale e sovranazionale in ragione di esigenze di celerità dettate dai ritardi quotidiani della giustizia, rendendo concreto il rischio di un'irragionevole disparità di trattamento fra indagati *in vinculis* in dipendenza della più o meno tempestiva fissazione del ricorso e, quindi, della "definizione" del procedimento, appare evidente l'errore che ha portato alla presunta ambiguità del dettato codicistico: l'espressione «definizione del procedimento» deve essere intesa nel senso del suo riferirsi non alla celebrazione della singola fase processuale iniziale, bensì all'esaurimento dell'intero *iter* di cui si compone il procedimento incidentale *de libertate* al fine di addivenire al c.d. giudicato cautelare.

Il procedimento, quale meccanismo processuale in sé considerato, è una fattispecie a formazione progressiva che, come tale, si compone di una sequenza di atti giuridici, posti in essere da uno o più soggetti, necessaria per la validità e l'efficacia dell'atto terminale del procedimento stesso.

Ne consegue che, in virtù del principale criterio ermeneutico rappresentato dall'interpretazione letterale, il procedimento di cui all'art. 309 c.p.p. può ritenersi "definito" solo quando abbia affrontato l'intero *iter* legislativo previsto al fine di addivenire ad una pronuncia conclusiva, ovvero non più suscettibile di mutazioni, riforme o modifiche: cioè all'esito dell'eventuale ricorso per cassazione ex art. 311 c.p.p. che abbia "definitivamente" sancito la legittimità del provvedimento custodiale e formato il relativo giudicato.

Ora, è incontrovertibile che la definizione del procedimento non consegua necessariamente alla pronuncia del giudice di legittimità; la

decisione ben può acquistare carattere di definitività anche a seguito del solo vaglio del Tribunale della Libertà, nelle ipotesi in cui il ricorso in cassazione sia mancante per qualsivoglia ragione, quale per scelta dell'indagato. In ogni caso, ciò che rileva è che vi sia una pronuncia definitiva seppure, com'è quella cautelare, allo stato degli atti.

Ed allora, non può che condividersi il ragionamento seguito dai giudici di legittimità nella decisione in commento, secondo cui il provvedimento emesso dal Tribunale della Libertà in sede di merito, impugnato in sede di legittimità, non abbia affatto il carattere di definitività richiesto *ex lege* perché non conclude il procedimento con una decisione non suscettibile di modifica e non ha la capacità di incidere in via definitiva sui diritti soggettivi.

Sia chiaro: non si vuole in tal senso sottacere l'indiscutibile portata ridotta che, sul versante dell'efficacia preclusiva caratterizza il giudicato cautelare rispetto alla vera e propria cosa giudicata di cui all'art. 649 c.p.p.; ciò nonostante, proprio la presenza di una deliberazione giurisdizionale "definitiva", seppur *rebus sic stantibus*, vale ad attribuire un certo grado di stabilità allo stesso, sia pure con diversa ampiezza di effetti e di contenuti rispetto al merito della fattispecie giudiziale oggetto di accertamento.

3. Accanto a tali ordini di argomentazioni, basate essenzialmente sull'interpretazione letterale della disposizione, non si può prescindere da un'analisi sistematica della disciplina adottata, della sua *ratio* e della sua compatibilità costituzionale.

Come si è visto, il *modus operandi* adottato per il giudizio immediato cautelare, in base al quale si fissa *ex lege* il momento di emergenza di una "necessaria" interferenza fra il procedimento incidentale cautelare e il procedimento principale di merito, impone al P.M. (prima) e al g.i.p. (poi) di operare una sorta di omologazione fra due prospettive invero assai differenti fra loro, il giudizio di gravità indiziaria e quello relativo alla sostenibilità dell'accusa in giudizio.

La peculiarità del meccanismo processuale

coniato dal legislatore del 2008 consente, infatti, la realizzazione di un esplicito ed anomalo raccordo fra procedimento principale e procedimento incidentale *de libertate*: invertendo il naturale rapporto osmotico che, ordinariamente, regola gli influssi dell'uno sull'altro, viene enfatizzato il peso della statuzione cautelare fino a farne dipendere da questa la decisione in ordine all'*an* e al *quomodo* dell'esercizio dell'azione penale e la superfluità del vaglio giurisdizionale in sede di udienza preliminare.

Sembra allora ragionevole pretendere che l'operatività di tale anomalo rapporto osmotico presupponga pertanto, o quantomeno, che il quadro probatorio, formulato in termini di gravità indiziaria e posto base del giudizio di omologazione, abbia acquisito la sua definitiva stabilità attraverso il complessivo *iter* di controllo giudiziario a ciò deputato (del g.i.p. e del Tribunale della Libertà prima, della Corte di Cassazione poi), ovvero in conseguenza dell'acquiescenza prestata dall'indagato con il decorso dei termini per la proposizione della richiesta di riesame o del ricorso per cassazione.

E si spiega. La scelta "vincolata" del P.M. in ordine all'esercizio dell'azione penale nelle forme di un rito che salta a piè pari la fase pre-dibattimentale e tutte le garanzie difensive ad essa connesse, non può legittimamente essere agganciata ad una valutazione ontologicamente provvisoria di sussistenza di gravità indiziaria; ciò che può e deve rilevare, a tal fine, è solo il provvedimento cautelare, ed il relativo substrato indiziario, ampiamente consolidato in conseguenza della completo *iter* di verifica giurisdizionale a ciò preordinato.

In altri termini, una volta imboccata la strada della presunzione legislativa di superfluità del controllo operato in via ordinaria da g.u.p. in merito alla validità e plausibilità dell'esercizio dell'azione penale, si impone che il suo equipollente possa essere individuato solo ed esclusivamente nel complessivo *iter* di verifica nel contraddittorio del provvedimento cautelare e nel rispetto dell'interesse dell'indagato alla stabilità, sia pure

allo stato degli atti, di un provvedimento giurisdizionale attestante l'esito a lui sfavorevole degli accertamenti investigativi fino a quel punto svolti.

Solo tale contesto finisce col giustificare ed assorbire la menomazione dell'avviso di cui all'art. 415 *bis* c.p.p. ed il vaglio giurisdizionale sulla sostenibilità dell'accusa in giudizio tipica dell'udienza preliminare (Cass., Sez. II, 1° luglio 2009, Moramarco, in *Mass. Uff.*, n. 244804).

Tale conclusione appare obbligata una volta considerato il quadro complessivo della disciplina in esame: l'indagato *in vinculis* non ha il diritto di essere avvisato ai sensi dell'art. 415 *bis* c.p.p., non ha diritto ad interloquire in contraddittorio con l'accusa sulla richiesta di giudizio immediato né di impugnare il relativo decreto, non ha la possibilità di godere delle *chances* difensive proprie dell'udienza preliminare; sembra a questo punto imprescindibile riconoscergli una vera e propria aspettativa a che il provvedimento cristallizzante il meccanismo processuale sopra descritto sia dotato di stabilità, anche se *rebus sic stantibus*.

Diversamente opinando, l'equazione provvedimento cautelare (o gravi indizi) richiesta di giudizio immediato non avrebbe giustificazione né razionale né costituzionale; ed infatti, se si volesse interpretare il dettato dell'art. 453, comma 1 *ter*, c.p.p. come imponente un mero termine dilatorio limitato alla definizione del procedimento di primo grado cautelare, si dovrebbe concludere rilevando come una norma con costi tanto rilevanti per i diritti della difesa non potrebbe essere imposta d'autorità, pena la violazione delle garanzie difensive essenziali inderogabili tutelate dagli artt. 24 e 111 Cost., bensì condizionata al consenso della persona destinata a subire il sacrificio di quei diritti.

In siffatto panorama, d'altronde, sarebbe la stessa razionalità intrinseca del duplice schema coniato dall'art. 453 c.p.p. a venir meno; alla luce di una valutazione comparativa emerge, infatti, che entrambe i procedimenti previsti dalla predetta norma risultano egualmente "lesivi" delle garanzie difensive, in ter-

mini di 415 *bis* c.p.p. e udienza preliminare, ma, da un lato, il giudizio immediato tipico impone il rispetto di un duplice ordine di presupposti per l'accesso al rito (l'evidenza della prova ed il previo interrogatorio dell'indagato) oltre ad una limitazione reale dei tempi concessi al p.m. per le indagini; di contro, il procedimento immediato cautelare assicura ampio margine di manovra all'accusa e subordina l'insaturazione del rito alla sola esistenza e definitività dei gravi indizi su cui la restrizione personale si fonda.

Per l'effetto, l'unico requisito richiesto per il giudizio immediato cautelare, poiché inscindibilmente legato alla sussistenza della misura cautelare di cui costituisce la base logica e giuridica, deve essere tassativamente rispettato nel suo significato non solo letterale ma anche sostanziale, alla luce della sistematica del codice e di ragioni di coerenza strutturale dello stesso. Nel che si intravede una affinità di fondo con il giudizio immediato previsto dall'art. 453, 1° comma, c.p.p., una volta considerato che i gravi indizi di colpevolezza rilevanti a fini cautelari paiono, in definitiva, risolversi in una situazione, per così dire codificata, di "evidenza probatoria".

4. Ma vi è di più. La soluzione adottata dal Supremo Collegio deve essere apprezzata e condivisa non solo alla luce del dato letterale e della compatibilità con i dettami costituzionali, ma altresì in virtù di un'analisi concernente la *ratio* legislativa sottesa alla disciplina introdotta.

A ben vedere, infatti, l'inversione del rapporto di interferenza tra procedimento principale ed incidentale, ovvero del tradizionale principio di assorbimento del cautelare nel merito (principio sancito da C. cost. n. 71 del 1996), tipico del giudizio immediato cautelare, «non è frutto di una soluzione eccentrica» (così MAFFEO, *Giudizio immediato custodiale ed evidenza della prova: la posizione della Corte di cassazione. Il commento*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 563), se valutata *ex ante*.

L'innovazione, al momento della sua introduzione, era dotata di una propria logicità sistematica: siglava l'approdo ad una definitiva omologazione fra solidità dell'indizio

cautelare e base cognitiva su cui operare le scelte "obbligate" in ordine all'azione penale, esigenza perseguita negli ultimi anni dal legislatore. Essa si affiancava a quella disposizione – l'art. 405, comma 1 *bis*, c.p.p. – che valorizzava l'accertamento negativo del quadro indiziario effettuato in sede di legittimità, imponendo al p.m. di chiedere l'archiviazione (salvo l'eventualità dell'emersione di un *noviter* idoneo a mutare il giudizio circa l'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza).

Com'è noto, tale ultima disposizione è stata espunta dall'ordinamento in quanto riconosciuta costituzionalmente illegittima (C. cost., sent. 24 aprile 2009, n. 121), il che ha smorzato la logica sistematica che aveva ispirato e guidato l'intervento legislativo del 2008, sì da acuire i dubbi che si adombrano su di un meccanismo di attivazione dell'azione penale già di per sé poco convincente sotto il profilo della struttura e delle poco giustificabili ricadute sul piano del sacrificio delle garanzie difensive.

Pur tuttavia, ed è questo il punto che preme sottolineare, deve essere valutata l'essenza della disposizione dichiarata illegittima nel quadro della *ratio* della riforma. La scelta legislativa di fondo era quella di creare un legame sostanziale tra la solidità del quadro indiziario cautelare e le "scelte" in ordine all'azione penale, basato sul presupposto che il quadro indiziario così formato avesse una sua consistenza e stabilità in quanto frutto dell'intero *iter* procedimentale *de libertate*: interrogatorio di garanzia, emissione della misura, Tribunale del riesame, Corte di Cassazione, ed eventuale corso del giudizio di rinvio. Ed infatti, esplicitamente nel caso dell'art. 405, comma 1 *bis*, c.p.p., veniva chiarito che la consistenza del quadro indiziario idonea ad imporre l'archiviazione fosse solo quella scaturente dalla pronuncia del giudice di ultima istanza, ovvero del giudice di legittimità, fatte salve, ovviamente, le ipotesi in cui il c.d. giudicato cautelare si fosse verificato anteriormente all'intervento della cassazione per qualsivoglia ragione, ad esempio per scelta difensiva dell'indagato. La norma,

in altri termini, faceva riferimento alla necessità che il provvedimento cautelare attestante, in quell'ipotesi, l'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, fosse approdato ad un "definitivo" grado di stabilità per assurgere a presupposto formale ed essenziale dell'attivazione del meccanismo preclusivo al successivo esercizio dell'azione penale.

Alla luce di tale impostazione, si dovrà concludere nel senso della illogica eterogeneità cui porterebbe un'interpretazione restrittiva del dettato di cui all'art. 453, comma 1 *ter*, c.p.p. rispetto ad una fattispecie, l'art. 405, comma 1 *bis*, c.p.p. avente la stessa *ratio* legislativa di fondo: sarebbe diverso il parametro decisorio per una medesima finalità, l'uno fondato su un consolidato quadro indiziario cautelare, l'altro su una gravità indiziaria ancora priva di quella solidità e stabilità idonea a determinare gli effetti sopraddescritti di collegamento con la fase cognitiva. Ed allora, parallelamente, si deve pretendere che l'interpretazione adottata dalla Corte di Cassazione nella sentenza in commento sia l'unica percorribile: la necessaria definitività del quadro indiziario posto a base della misura cautelare è condizione imprescindibile per determinare l'insorgere del "vincolo" procedurale all'esercizio dell'azione penale nelle forme del rito immediato custodiale.

5. Ad ulteriore e definitiva riprova della validità interpretativa della soluzione prescelta dal Supremo Collegio occorre rilevare che, diversamente opinando, e ritenendo quindi sufficiente, ai fini del rispetto del dettato di cui all'art. 453, comma 1 *ter*, c.p.p. il mero compimento della fase cautelare davanti al Tribunale della Libertà, si incapperebbe in conseguenze non solo aberranti, ma contrarie a logica e sistematica.

Si deve a tal fine partire dall'analisi della norma che completa la disciplina del giudizio immediato cautelare, ovvero dall'art. 455, comma 1 *bis*, c.p.p. ai sensi del quale il giudice deve in ogni caso rigettare la richiesta di giudizio immediato qualora l'ordinanza custodiale sia stata revocata o annullata per sopravvenuta insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza.

Non senza alcune sfasature concettuali, pertanto, la struttura codicistica introdotta esalta, quale fonte primaria da cui promana l'esigenza di procedere con le forme del giudizio immediato, sia l'attualità dello stato di restrizione della libertà dell'indagato, sia la semplice persistenza del quadro indiziario caratterizzato dalla consolidata gravità, indipendentemente dalla permanenza in *vinculis* del soggetto. L'uno quale requisito legittimante la richiesta del P.M. (*ex art. 453, comma 1 bis, c.p.p.*); l'altro come presupposto condizionante l'accoglimento da parte del g.i.p. (ai sensi del citato art. 455, comma 1 *bis, c.p.p.*) (SIRACUSANO F., *Giudizio immediato*, in *Dig. Disc. Pen.*, V Agg., I, Torino, 2010, 17 ss.).

Non è più, quindi, la mera condizione di "cattività" dell'indagato a governare gli *itinerari* del procedimento, bensì la persistenza del quadro indiziario, pur in un mutato assetto delle esigenze cautelari che ha imposto l'annullamento, la revoca o anche la semplice modifica – in una misura avente carattere non custodiale – del provvedimento originario.

Per l'effetto, la richiesta andrebbe ugualmente accolta dal g.i.p. anche se nel frattempo il soggetto non si trovasse più in *vinculis* per il venir meno o per l'attenuazione dei soli *pericula libertatis*; in tale ipotesi, si potrebbe discutere se, pur in presenza di un provvedimento custodiale, rimarrebbe necessario il rispetto dei classici presupposti dell'evidenza della prova e del previo interrogatorio.

Ora, si prenda il caso in cui la cassazione annulli l'ordinanza di custodia cautelare in carcere per originaria insussistenza dei gravi indizi, decisione che, come tale, opera ora per allora, e che, ragionevolmente, censura l'errore del magistrato nel senso che la misura cautelare custodiale non doveva essere disposta.

Nulla quaestio se il g.i.p. non si è ancora pronunciato in ordine alla richiesta di rito immediato: ai sensi dell'art. 455, comma 1 *bis, c.p.p.* il giudice, infatti, rigetterà l'istanza del reidente.

Di contro, seri problemi sorgono nel caso in

cui il g.i.p. abbia già emesso decreto di giudizio immediato. In tale ipotesi, è addirittura il presupposto essenziale, oltre che formale, dell'instaurazione del procedimento immediato custodiale a venir meno: la sussistenza di un substrato di gravità indiziaria idoneo ad imporre la restrizione *in vinculis* dell'indagato; esso, tuttavia, viene meno in un momento successivo all'emissione del decreto che fissa il giudizio, circostanza che, tuttavia, non può non avere ricadute sul regime di validità d'instaurazione del rito se, ad esempio, non si può dubitare che la decisione della cassazione, se deliberata nel breve termine ex art. 311, 5° comma, c.p.p. sarebbe stata idonea a smentire la validità originaria del titolo cautelare che ha fondato la richiesta ex art. 453, comma 1 *bis*, c.p.p.

Da un lato, si potrebbe pensare di porre rimedio a tale inconveniente con la revoca del decreto di giudizio immediato, ovvero con una soluzione che comporterebbe solo un illogico prolungamento dei tempi che portano alla medesima decisione. In altri termini, qualora il g.i.p. non abbia atteso l'esito definitivo del giudizio cautelare ed abbia emesso il decreto di giudizio immediato in pendenza del vaglio di legittimità, una volta intervenuto l'annullamento del provvedimento cautelare da parte della cassazione, dovrà revocarlo.

A ben vedere, però, la disposizione di cui all'art. 455, comma 1 *bis*, c.p.p. prevede solo il rigetto della richiesta di procedimento immediato e non anche la revoca del decreto che lo ha disposto. Ed allora se, come si sa, nella struttura codicistica i soggetti processuali vedono le loro situazioni di potere e di dovere prefigurate in schemi tipici, fuori dei quali sconfinano nell'arbitrio poiché tutto quanto loro non espressamente consentito è da ritenere precluso (in tal senso esemplarmente GAITO, in DOMINIONI-CORSO-GAITO-SPANGHER-DEAN-GARUTI-MAZZA, *Procedura Penale*, Torino, 2010, 7), la revoca non potrà aver luogo e l'unico presupposto sostanziale del rito, costituito dallo *status detentionis* giustificato da un consolidato quadro probatorio fondante la gravità indiziaria, sarebbe

così disatteso con una facilità oltremodo preoccupante.

Da un altro lato, come estrema *ratio* di reazione contro siffatta situazione, ci si potrebbe interrogare sulla possibilità di impugnare immediatamente, pur in mancanza di una norma apposita, il decreto che dispone il giudizio immediato dinanzi alla Corte di Cassazione in forza del richiamo all'istituto dell'atto "abnorme" (GIUNCHEDI, *Questioni irrisolte e prospettive di riforma nel giudizio immediato "tipico"*, in *Giur. It.*, 2002, 1114), istituto coniato dalla giurisprudenza quale rimedio per sopperire a lacune o deficienze del sistema (Cass., Sez. I, 24 giugno 1992, Romeo ed altro, in *Giust. Pen.*, 1992, III, 525).

Nonostante la tradizionale impostazione giurisprudenziale, per cui solo con l'appello della sentenza di primo grado sia possibile far valere vizi del decreto emesso ex art. 456 c.p.p. in virtù del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, sembrerebbe infatti opportuno valutare la percorribilità di tale opzione, soprattutto dopo l'entrata a regime dell'art. 111 Cost., come reazione di fronte ad un decreto ritenuto manifestamente contrario ai criteri dettati *per tabulas* per la sua valida emissione in quanto sprovvisto della necessaria sussistenza cautelare/probatoria.

Il nodo da sciogliere è quello di verificare se vi sia spazio, nonostante i segnali giurisprudenziali contrari (cfr. Cass., Sez. IV, 27 giugno 2007, P.M. in proc. Pierfederici, in *Mass. Uff.*, n. 237831; Id., Sez. IV, 25 ottobre 2007, P.M. in proc. Gianatti, in *Mass. Uff.*, n. 238506), per una sindacabilità del decreto e per una regressione del procedimento al momento in cui l'imputato abbia domandato al giudice deputato la verifica della legittimità del provvedimento che instaura il rito "contratto".

Allo stato attuale della giurisprudenza, tuttavia, inevitabilmente il giudizio immediato non potrà essere impedito e, posto che tale procedimento speciale per sua natura penalizza la difesa, l'instaurazione fuori dei casi consentiti si risolve in una irragionevole spe-

requazione e disparità di trattamento: lo stesso errore ha di fatto privato l'imputato dell'avviso di chiusura delle indagini *ex art. 415 bis c.p.p.* oltre che dell'udienza preliminare, precludendo l'effettiva parità delle armi tra accusa e difesa e mettendo in discussione la stessa "giustizia" della decisione, nonché la compatibilità costituzionale di un regime normativo che fa dipendere l'estensione delle garanzie difensive imprescindibili di cui agli artt. 24 e 111 Cost. non dal contegno processuale dell'indagato, ma da fattori del tutto fortuiti (quali appunto la cronologia con cui parallelamente si dipanano i procedimenti principale ed incidentale *de libertate*).

L'inaccettabilità delle conseguenze pone in luce l'erroneità delle premesse e, di conseguenza, esalta la soluzione adottata dalla sentenza in commento come l'unica percorribile.

6. Affrontato questo primo scoglio esegetico, si auspica che la cassazione, ed in un certo senso anche la Corte costituzionale, intervengano per risolvere quelli che sembrano ancor più inquietanti problemi interpretativi. Al di là della auspicata soluzione prescelta dal Supremo Collegio, non può nascondersi, infatti, che il giudizio immediato custodiale prospetti dei seri dubbi di legittimità costituzionale. Si tratta, pertanto, di affrontare e di risolvere al più presto possibile ed in modo responsabile le questioni connesse alle distorsioni operative cui porta, o potrebbe portare, il nuovo procedimento immediato. Innanzitutto occorre rilevare che, tra le ipotesi di giudizio immediato, quelle a richiesta dall'imputato ai sensi degli artt. 419, 5° comma, e 461, 3° comma, c.p.p. non sollevano perplessità in ordine alla piena compatibilità con il sistema accusatorio e con quello costituzionale, poiché all'imputato è sempre riconosciuto il diritto di rinunciare a talune garanzie, quale è l'udienza preliminare, per perseguire interessi difensivi di cui ha piena titolarità.

All'opposto, taluni dubbi di compatibilità sopra indicata investono il giudizio immediato richiesto dal P.M., soprattutto nella nuova ipotesi custodiale, posto che il rito eccezio-

nale (sul carattere eccezionale dei procedimenti speciali e sul conseguente divieto di analogia, v. GAITO, *Il giudizio direttissimo*, Milano, 1980; ID., *Il giudizio direttissimo e il giudizio immediato*, in AA.VV., *I giudizi semplificati*, coord. da Gaito, Padova, 1989, 9 ss.) non solo deve rispettare i principi costituzionali, ma deve anche armonizzarsi con le norme del rito ordinario (in tal senso, SPANGHER, *I procedimenti penali tra razionalizzazione e modifiche di sistema*, in AA.VV., *Il processo penale davanti al giudice unico*, Milano, 2000, 181 ss.); il procedimento immediato a richiesta dell'accusa, invero, appare poco in linea con il diritto di difesa e con il principio del contraddittorio cristallizzato nell'art. 111 Cost., soprattutto se si considerano le menomazioni difensive alla luce del carattere non oggettivo del requisito dei gravi indizi necessario per l'instaurazione dello stesso, la non sindacabilità della sussistenza da parte del giudice del dibattimento, l'assenza di contraddittorio tra le parti sulla richiesta di rinvio a giudizio, la non impugnabilità del decreto che dispone il giudizio e la limitata *discovery* degli atti di causa consentita alla difesa (diretta conseguenza dell'elisione dell'avviso di cui all'art. 415 *bis* c.p.p.), con la conseguente e diffusa possibilità per l'accusa di distorcere il fine di economia processuale del rito.

Se, come sembra non potersi dubitare, l'esigenza legislativa di prevedere differenti modelli processuali e di riservare il meccanismo articolato del rito ordinario a quelle fattispecie rispetto alle quali la complessità del quadro probatorio o le implicazioni processuali possibili non consentono o non consigliano una rapida progressione verso il dibattimento, non deve giustificare il privilegio perseguimento di esigenze di esemplarità, economia processuale e di celerità dell'accertamento sotto l'indiscriminata copertura dell'art. 111, 5° comma, Cost., alcune perplessità sorgono in merito alle suddette problematiche connesse alla struttura del giudizio immediato cautelare, soprattutto con riferimento alla contrazione della *discovery* per la difesa.

In particolare, sotto tale ultimo profilo, va

tenuto bene a mente che l'art. 111 Cost. non afferma direttamente che le prove si formano nel dibattimento, bensì che «*il processo è regolato dal contraddittorio nella formazione della prova*» e che «*la legge assicura che la persona accusata di un reato ... disponga del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa*»; onde, se le parti non possono prepararsi adeguatamente al contraddittorio dibattimentale, il metodo dialettico nella formazione del fascicolo dibattimentale, prima, e delle prove, poi, non può ritenersi rispettato.

D'altro canto, è evidente come la natura stessa di tale rito acceleratorio imponga che l'imputato, e le parti private, arrivino al giudizio senza potersi predisporre al contraddittorio, il quale resta così solo uno svolgimento meramente procedurale e non un metodo di formazione dialettica della prova con effetti nella partecipazione alla selezione degli atti da inserire nel fascicolo per il dibattimento (art. 431 c.p.p.): è fuor di dubbio che la conoscenza del fascicolo d'indagine *in limine litis* non consenta al difensore di meditare sulle scelte del P.M., né di optare scientemente per un diverso rito speciale od, ancora, di chiedere l'esclusione degli atti, di svolgere indagini difensive *ex art. 391 bis c.p.p.*, quale espressione di un'effettiva partecipazione alla formazione della prova in contraddittorio (in tal senso AMODIO, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 2010, 17; SANTORIELLO, *Garantismo*, in *Dig. Disc. Pen.*, III Agg., Torino, 2005, 543).

La contrazione della fase predibattimentale impedisce, infatti, alla difesa la *discovery* degli atti d'indagine a cui non ha partecipato, condizionando non solo le strategie difensive del difensore ma soprattutto impoverendo contenutisticamente l'essenza del contraddittorio tra le parti.

Per l'effetto, dovrebbe concludersi rilevando che se, in via generale, l'incompletezza della *discovery* determina necessariamente il contemporaneo avverarsi di un vizio invalidante, *sub specie* di nullità a regime intermedio, sot-

to il profilo della elusione delle garanzie difensive e di inammissibilità della domanda proposta dal P.M. (come tale rilevabile in ogni stato e grado del procedimento), ciò porterebbe ad una patologia implicita del giudizio immediato custodiale.

Solo per essere chiari: è pur vero che in suddetta ipotesi, in cui l'imputato è costretto a subire la scelta del rito fatta inizialmente dal P.M. ed accolta dal g.i.p., gli si consente in ogni caso di ripiegare sui procedimenti a lui più favorevoli che escludono il dibattimento (giudizio abbreviato, patteggiamento). Ci si deve però chiedere, responsabilmente, se il diritto alla compiuta difesa possa, nel modello attuale ed imprescindibile del giusto processo, esse subordinato ad una fase successiva ed eventuale del giudizio immediato così instaurato o se, al contrario, debba essere valutato a monte il problema della sussistenza di un'effettiva libertà di determinazione dell'imputato e, quindi, del suo diritto di decidere, in relazione, non soltanto alla posizione di debolezza che lo contraddistingue, ma, soprattutto, agli ambiti di conoscenza o di conoscibilità delle conseguenze alle quali la sua scelta lo espone (in tal senso FURFARO, *L'utilità della categoria di procedimenti speciali nell'esegesi normativa e nella pratica operativa*, in *La giustizia penale differenziata, I procedimenti speciali*, II, a cura di Santoriello, Torino, 2010, 649 ss.).

5. L'udienza preliminare, le garanzie insite nell'avviso di cui all'art. 415 *bis* c.p.p., il diritto alla *discovery* completa ed alla solo conseguente effettiva difesa, non sono le "uniche" gaurentigie difensive eluse nella formulazione del giudizio immediato custodiale; anche il diritto ad un giudice terzo e imparziale che vagli la legittimità della richiesta di accesso al rito avanzata dal P.M. potrebbe venire meno.

Occorre al tal fine risolvere subito un equivoco: l'attività posta in essere dal g.i.p. in sede di ammissione al giudizio immediato non si limita ad un vaglio meramente formale ma impone, al contrario, l'esercizio di poteri di controllo e margini di discrezionalità decisoria, almeno in riferimento al pericolo di pregiudizio per

le indagini, tutto comportando un'attività di verifica non solo sulla tempestività e sulla legittimazione, ma anche sul merito della domanda. Nel che appare evidente, data l'elisione dell'udienza preliminare, la sovrapposizione con le funzioni proprie del g.u.p. in sede di vaglio sull'esercizio dell'azione penale.

Tali essendo le premesse, dovrebbe apparir chiaro e consequenziale che il giudice che fisicamente ha già interloquuto sui temi cruciali del procedimento, quali le misure cautelari e le intercettazioni, è incompatibile *ex art. 34 c.p.p.* e, per l'effetto, è inidoneo ad emettere il decreto che dispone il giudizio immediato, stante la pacifica incompatibilità del cumulo delle funzioni di g.i.p. e di g.u.p. Di tale avviso non è stata, tuttavia la Corte costituzionale (C. cost. n. 432 del 1995; C. cost. n. 155 del 1996) che, nell'ambito degli interventi volti a ripristinare la legalità dell'art. 34, comma 1, 2 e 2 *bis*, c.p.p., non ha, inspiegabilmente, preso in considerazione suddetta ipotesi, non prevedendo alcuna incompatibilità in tal senso.

La Consulta si è limitata, infatti, a chiarire che, ai sensi dell'art. 34 c.p.p., lo stesso magistrato che ha applicato la misura e, prima ancora, che ha autorizzato le intercettazioni telefoniche, non può giudicare nell'udienza preliminare (cfr. C. cost. n. 123 del 2004 e da ultimo Cass., Sez. II, 10 novembre 2008, Violento, in *Mass. Uff.*, n. 242410); che la domanda di giudizio di immediato avanzata dall'imputato il quale rinunci all'udienza preliminare deve essere presentata al giudice dell'udienza preliminare (art. 419.5° comma, c.p.p.) e che la domanda di rito immediato a seguito di opposizione a decreto di condanna dev'essere presentata al giudice che ha emesso il decreto stesso (art. 461, 3° comma, c.p.p.). E per entrambe queste ipotesi l'art. 34 c.p.p. è perentorio nello stabilire l'incompatibilità del giudice dell'ammissione al giudizio immediato con la previa funzione di g.i.p. nell'ambito del medesimo procedimento. Si ripete: inspiegabilmente, non è stata presa in considerazione l'ipotesi in cui la richiesta di giudizio immediato provenga dal P.M. al quale, in buona sostanza, rimane consentito di scegliersi il giudice del controllo.

Ne consegue che, nel giudizio immediato custodiale, il g.i.p. della misura e delle intercettazioni sembrerebbe legittimato ad intervenire nelle fasi successive del procedimento ai sensi dell'art. 34 c.p.p.; ciò vuol dire che ben ci si potrà imbattere in un giudice pregiudicato, ovvero nel medesimo magistrato che abbia già espresso in funzione di g.i.p. il suo apprezzamento sulla sussistenza di quegli stessi elementi ritenuti indiziari e portati nuovamente al suo esame in funzione di g.u.p. Viene, in tal modo, legittimata la competenza di un giudice che ripugna le forme essenziali del "miglior giudice" necessario alla instaurazione di un processo "giusto" (ANTINUCCI, *Tipologie atipiche di giudizio direttissimo e immediato*, in *La giustizia penale differenziata, I procedimenti speciali*, I, cit., 901 ss.), accreditando così il rischio dell'elusione di quella esigenza di autonomia di giudizio cui, per principio e per sua natura, deve informarsi ogni provvedimento giudiziario.

Evidente, pertanto, l'aggravamento delle garanzie minime della giurisdizione e del giusto processo, in quanto contrastante con il diritto dell'imputato all'effettività dei controlli su tutte le scelte del P.M., ed in particolare sull'esercizio dell'azione penale. Ad intendere diversamente, sarebbe arrecato un anacronistico *vulnus* al principio fondamentale del giudice terzo e imparziale garantito dalla Carta costituzionale e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In conclusione, il pregiudicato vaglio giurisdizionale sui presupposti d'instaurazione del rito, l'assenza di contraddittorio con la difesa a ridosso dell'esercizio dell'azione penale – né l'avviso *ex art. 415 bis* c.p.p. né l'invito a comparire *ex art. 375, 3°* comma, c.p.p. – le limitazioni in tema di *discovery* degli atti di causa, impongono con forza l'apertura di un vivace dibattito sulla compatibilità della disciplina del giudizio immediato custodiale con gli artt. 24 e 111 Cost. (C. cost., 16 maggio 2002, n. 203, in *Giur. Cost.*, 2002, 1601; GIUNCHEDI, *Questioni irrisolte e prospettive di riforma nel giudizio immediato "tipico"*, cit., 1111) e le regole del giusto processo europeo.

Sulla costituzione di parte civile di una rappresentanza sindacale di lavoratori per il risarcimento dei danni *iure proprio*

Con un'interessante pronuncia, il Tribunale di Spoleto affronta il controverso tema della costituzione di parte civile dei sindacati dei lavoratori, stabilendo che «*le rappresentanze sindacali possono costituirsi parte civile nel processo penale vantando un diritto iure proprio al risarcimento del danno non patrimoniale, discendente dalla lesione all'immagine, al prestigio ed alla credibilità loro derivanti*

dall'esercizio di una costante e quotidiana attività a tutela della sicurezza ed integrità fisica e morale dei lavoratori – che devono essere iscritti all'associazione – svolta dai propri rappresentanti in ogni contesto lavorativo» (Trib. Spoleto, 15.12.2009, X).

Nelle Osservazioni che seguono l'Autore spiega le ragioni per ritenere non pienamente condivisibile la decisione.

Osservazioni

di Gian Luca Malavasi

1. L'ordinanza emessa dal Tribunale di Spoleto, in composizione monocratica, si caratterizza per una chiara presa di posizione in ordine ai presupposti per rendere ammissibile la costituzione di parte civile di persone non direttamente ed immediatamente lese dal fatto-reato.

Sul punto il provvedimento in commento dopo aver sinteticamente richiamato le condizioni dell'azione civile nel processo penale si sofferma sul requisito della legittimazione ad agire.

Orbene l'ordinanza premette correttamente come tale condizione appare manifesta allorché la persona interessata a costituirsi parte civile ha subito un danno immediato e diretto dal fatto-reato, diversamente tale requisito deve essere analizzato con attenzione quando il danno non sia legato da un rapporto immediato con il fatto-reato.

Deve invero ricordarsi come l'itinerario seguito dalla giurisprudenza per schiudere agli interessi collettivi il sentiero di accesso alla tutela penale può, per praticità, di analisi, scindersi in due tappe. Il primo, ineliminabile passaggio è costituito nella rimozione del tradizionale presupposto del «danno diretto

ed immediato» (DI CHIARA, *Parte civile*, in *Digesto pen.*, IX, Torino, 1995, 236).

La giurisprudenza infatti, in origine, consentiva l'ammissione alla costituzione di parte civile soltanto a quei soggetti che potevano «vantare» un danno risarcibile come conseguenza di un «danno diretto ed immediato» determinato dal fatto-reato, in ossequio al dettato di cui agli artt. 1223-2056 c.c. (Cass., Sez. V, 16 maggio 1980, Di Gregorio, in *Giur. It.*, 1982, II, 20).

Successivamente la giurisprudenza superò il predetto orientamento pervenendo alla conclusione che *conditio sine qua non* per ammettere la costituzione di parte civile è la verifica di un nesso causale tra il fatto che costituisce reato e il pregiudizio verificatosi nella sfera giuridica di colui che aspira ad esercitare i propri diritti come parte nel processo penale (TROCKER, *Gli interessi diffusi nell'opera della giurisprudenza*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Civ.*, 1987, 1143 e ss. e giurisprudenza ivi citata).

La seconda tappa che ha consentito di legittimare a soggetti di introdurre nel processo penale la tutela degli interessi collettivi in senso lato è stata poi l'ingresso dell'interesse

collettivo stesso nello scopo dell'ente esponenziale, al fine di ravvisare gli estremi di un danno risarcibile in capo al medesimo ente. Sul punto è noto come la giurisprudenza abbia precisato che «gli enti e le associazioni sono legittimati all'azione risarcitoria, anche in sede penale mediante costituzione di parte civile, ove dal reato abbiano ricevuto un danno a un interesse proprio, sempreché l'interesse leso coincida con un diritto reale o comunque con un diritto soggettivo del sodalizio, e quindi anche se offeso sia l'interesse perseguito in riferimento a una situazione storicamente circostanziata, da esso sodalizio preso a cuore e assunto nello statuto a ragione stessa della propria esistenza e azione, come tale oggetto di un diritto assoluto ed essenziale dell'ente. E ciò sia a causa dell'immedesimazione fra l'ente stesso e l'interesse perseguito, sia a causa dell'incorporazione fra i soci e il sodalizio medesimo, sicché questo, per l'*"affectio societatis"* verso l'interesse prescelto e per il pregiudizio a questo arrecato, patisce un'offesa e perciò anche un danno non patrimoniale dal reato» (C., Sez. VI, 1° giugno 1989, Monticelli, in *Cass. Pen.*, 1990, I, 1546).

Deve peraltro evidenziarsi, che, al fine di rendere il sistema maggiormente chiaro è poi intervenuto il legislatore del 1988 il quale ha cercato di definire meglio il ruolo e la funzione della persona offesa del reato dal soggetto danneggiato del reato stesso e ha introdotto la figura degli enti e le associazioni senza scopo di lucro ai quali, anteriormente alla commissione del fatto per cui si procede, sono state riconosciute, in forza di legge, finalità di tutela degli interessi lesi dal reato (art. 91 c.p.p.).

La novella di cui sopra ha tuttavia posto alcune condizioni particolarmente rigorose quale il requisito di riconoscimento per forza di legge.

2. Ora, con riferimento all'ordinanza in commento, appare interessante ripercorrere l'*iter* logico e le conclusioni che hanno portato lo stesso a negare nel caso concreto l'ammissibilità della costituzione di parte civile con riferimento alle rappresentanze sindacali che ne avevano fatto domanda.

In particolare il Tribunale di Spoleto riconosce da un punto di vista normativo che le rappresentanze sindacali in questione abbiano astrattamente un interesse a costituirsi parte civile in forza dell'art. 9 della l. 20 maggio 1970, n. 300 (Statuto dei Lavoratori).

Il summenzionato articolo tutela infatti la salute e l'integrità fisica dei lavoratori, riconoscendo loro il diritto, tramite proprie rappresentanze, di controllare l'applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali nonché di promuovere la ricerca e azioni volte a trovare misure atte a tutelare la salute e l'integrità dei lavoratori.

Ne segue che, a dire del magistrato estensore dell'Ordinanza in esame, sussisterebbe un diritto *iure proprio* al risarcimento del danno non patrimoniale in capo alle rappresentanze sindacali per la lesione dell'immagine, prestigio e alla credibilità loro derivanti dall'esercizio di una costante e quotidiana attività a tutela dei lavoratori.

Il riconoscimento della funzione di tutela del Sindacato è poi esteso dal Tribunale di Spoleto, non solo ai rapporti di lavoro ascrivibili alle fattispecie della subordinazione, «bensì a quella del contratto d'opera o dell'appalto, in quest'ultimo caso in quanto la disciplina introdotta dal D.lvo n. 626/94 (art. 7) prevede non solo un obbligo di cooperazione tra appaltante ed appaltatore nell'attuazione delle misure di prevenzione e protezione, ma impone, altresì al datore di lavoro committente di promuovere la cooperazione e il coordinamento...». Nonostante l'apparente apertura da parte del Giudice in ordine alla legittimità delle rappresentanze sindacali a costituirsi parte nel processo penale anche in ipotesi di rapporto tra datore di lavoro e lavoratore non strettamente di carattere subordinato, l'ordinanza in questione conclude con una pronuncia di inammissibilità delle predette costituzioni di parte civile sulla base dell'assenza dell'iscrizione dei lavoratori vittime del disastro ai sindacati medesimi.

A sostegno di tale decisione, il Tribunale di Spoleto richiama un orientamento della Su-

prema Corte di Cassazione assolutamente costante e mai mutato nel tempo, secondo la quale l'ammissibilità della costituzione di parte civile dei sindacati sarebbe subordinata «sempre alla sola condizione che i lavoratori interessati siano iscritti ai sindacati medesimi, comportando l'adesione anche il mandato a rappresentarli per l'esercizio dei loro diritti». L'interpretazione di cui sopra sarebbe peraltro giustificato dal fatto che «diversamente opinando si potrebbe giungere all'inaccettabile estremo dell'ipotetica legittimazione ad agire come parte civile di ogni e qualsivoglia associazione avente come astratto scopo statutario il perseguimento della salvaguardia della dignità e salute dei lavoratori» (Cass., Sez. IV, 16 luglio 1993, n. 10048, P.G. CED, in *Cass. Pen.*, 2008).

3. La decisione di cui sopra appare, a ben vedere, condivisibile in punto di diritto proprio alla luce del fatto che nell'attuale sistema, gli enti e le associazioni, senza scopo di lucro che assumano finalità di tutela degli interessi lesi dal reato possono unicamente esercitare nell'ambito del procedimento penale i diritti e le facoltà disciplinate dagli artt. 91 e ss. c.p.p., subordinati al consenso della persona offesa nelle specifiche forme di cui all'art. 92 c.p.p., che dovrebbe ritenersi implicitamente prestato mediante l'iscrizione. Si osserva infatti come all'atto dell'iscrizione in un'associazione sindacale si è soliti conferire alla stessa facoltà e diritti volti a tutelare il singolo associato e l'intera categoria dei rappresentati.

È noto come nell'ordinamento giuridico sussista il principio di rappresentanza generale del Sindacato nel mondo del lavoro; principio in forza del quale i contratti siglati dalle organizzazioni sindacali sono validi per tutti i lavoratori e non solo per gli iscritti, pur tuttavia non pare potersi automaticamente applicare tale principio anche in ambito penale. Deve infatti notarsi come l'iscrizione ad un determinato sindacato comporta l'adesione a particolari valori e metodologie di azioni a tutela del lavoro e del singolo associato che non possono automaticamente estendersi a coloro che non si siano affidati alla tutela di quell'associazione sindacato.

Invero l'interpretazione fornita dal Tribunale di Spoleto appare coerente con la più recente giurisprudenza di legittimità la quale anche di recente ha precisato che «*in tema di maltrattamenti sul luogo di lavoro, possono costituirsi in giudizio come parte danneggiata e chiedere il risarcimento (iure proprio), insieme alla dipendente, gli organi delle pari opportunità e il sindacato di appartenenza della lavoratrice*» (Cass., Sez. VI, 5 febbraio 2009, n. 16031, A. C. N., in *Dir. relaz. ind.*, 2009, II, 309; Cass., Sez. III, 7 febbraio 2008, n. 12738, P., in *Cass. Pen.*, 2009, 1600).

Deve in effetti osservarsi come il codice di rito vigente circoscrive rigorosamente la costituzione di parte civile ai soli soggetti portatori di interessi rilevanti *ex art. 74 c.p.p.* e cioè titolari di una pretesa risarcitoria esattamente e rigorosamente individuata, anche ove si tratti di enti esponenziali, per cui la giurisprudenza ha chiarito che non è sufficiente un mero collegamento ideologico del fine statutario con il bene giuridico tutelato dal precetto penale o con l'interesse pubblico perseguito dall'accusa.

Nel caso di specie non vi è alcun dubbio che in forza del richiamo di cui all'art. 9 dello Statuto dei lavoratori la fattispecie di reato ascritta all'imputato (omicidio colposo e disastro) costituisce, per la sua natura ed entità, violazione delle norme che presiedono alla tutela dei lavoratori. Tuttavia alla stregua del dato normativo e del principio sopra enunciato, deve ritenersi che la condotta integrante reato lede direttamente le parti lese (singoli lavoratori deceduti e relativi successori), ma può risultare idonea a creare danno al sindacato, in quanto in contrasto con il preciso fine dal medesimo perseguito e cioè quello che, *ex art. 9* dello Statuto, allorquando è evidenziato la lesione delle condizioni lavorative e di vita degli iscritti sul luogo di lavoro. Il Sindacato dunque può rivestire la qualità di soggetto danneggiato dalla condotta criminosa, in difesa del proprio diritto alla protezione dell'interesse collettivo dei lavoratori, in particolare di un proprio iscritto, avendo il reato palesemente violato la tutela

della salute fisica e psichica del lavoratore sul luogo di lavoro. Ne deriva che il reato ascritto all'imputato avrebbe arrecato un danno diretto e immediato al Sindacato ove si concretizzasse la lesione del prestigio e della credibilità dello stesso, derivante dalla vanificazione del perseguimento e della realizzazione dei fini istituzionali propri di tale organismo collettivo, quali la tutela della salute e dell'integrità psico-fisica dei lavoratori. In assenza dell'iscrizione del lavoratore ad un determinato sindacato si verterebbe in ipotesi di costituzione di parte civile di un ente che rappresenta interessi diffusi e che senza avere uno specifico rapporto con la parte lesa, fondato proprio sulla tutela del bene – nella specie, l'integrità e salute psicofisica delle persone nello svolgimento del suo lavoro – che, a causa della commissione del reato, è stato pregiudicato, o anche di un ente che abbia con la parte lesa un rapporto istituzionale, ma generico.

La soluzione adottata dal Tribunale di Spoleto appare dunque allineata con i principi enunciati in materia dalla Suprema Corte di Cassazione (Cass., Sez. III, 3 dicembre 2007, n. 15983, inedita) secondo cui un soggetto può costituirsi parte civile, non soltanto quando il danno riguardi un bene su cui egli vanta un diritto patrimoniale, ma più in generale quando il danno coincida con la lesione di un diritto soggettivo del soggetto stesso, come avviene nel caso in cui offeso sia l'interesse perseguito da un'associazione in riferimento a una situazione storicamente circostanziata, da essa associazione assunto nello statuto a ragione stessa della propria esistenza ed azione, come tale oggetto di un diritto assoluto ed essenziale dell'ente a causa dell'immedesimazione fra il sodalizio e l'interesse perseguito. In tal caso, infatti, l'interesse storicizzato individua il sodalizio, con l'effetto che ogni attentato all'interesse in esso incarnatosi si configura come lesione del diritto di personalità o all'identità, che dir si voglia, del sodalizio stesso. Alla stregua di tale principio, in tema di legittimazione di persone giuridiche e di enti di fatto a costituirsi parte civile, deve conclusivamente rite-

nersi che quando l'interesse diffuso alla tutela di un bene giuridico non è solo astrattamente configurato, ma si concretizza in una determinata realtà storica di cui il sodalizio ha fatto il proprio scopo diventando la ragione e, per ciò, elemento costitutivo di esso, è ammissibile la costituzione di parte civile di tale ente, sempre che dal reato sia derivata una lesione di un diritto soggettivo inerente allo scopo specifico perseguito.

Invero, come precisato da parte di alcune pronunce di giurisprudenza di merito, per poter ambire ad una autonoma legittimazione alla costituzione di parte civile anche in assenza di uno specifico mandato di rappresentanza derivante dalla iscrizione dei lavoratori, il sindacato dovrebbe quantomeno dimostrare che il proprio diritto di controllo e di promozione sia stato leso in concreto in una qualsiasi occasione in cui avesse tentato di esercitarlo.

L'irrelevanza del requisito dell'appartenenza del lavoratore al sindacato potrebbe trovare accoglimento solo allorquando venissero forniti concreti elementi di valutazione idonei a ritenere che, con riferimento alla fattispecie in esame, fosse stata posta in essere, in ambito aziendale, un'attività di neutralizzazione o di ostacolo degli organismi rappresentativi sindacali tale da precludere loro (o ridurre) la possibilità di esercitare le proprie finalità di controllo del rispetto delle norme a tutela della salute dei lavoratori (Trib. Monza, 9 giugno 2003).

Non si può negare come, soprattutto nella giurisprudenza di merito (Trib. Bergamo, 25 giugno 2008, n. 1695, in *www.personae-danno.it*), si sia peraltro criticato l'orientamento prevalente secondo il quale l'iscrizione del lavoratore al sindacato di riferimento sia una *conditio sine qua non*, ma a ben vedere tali prese di posizione sono volte non tanto a riconoscere un diritto tout court delle rappresentanze sindacali di costituirsi parti civili in ogni processo in materia di tutela e sicurezza sul lavoro. Sul punto preme richiamare una recente ordinanza del Tribunale di Teramo, la quale per l'appunto sottolinea come il principio di cui sopra non possa es-

sere considerato sempre valido a priori, ma che occorre verificare il singolo caso in esame (G.U.P. Teramo, 11 maggio 2009, in www.camerapenaletaranto.org). Nella vicenda sottoposta al vaglio del Tribunale di Teramo si trattava di dover verificare l'ammissibilità della costituzione di parte civile di rappresentanze sindacali in riferimento a ventuno ipotesi di omicidi colposo in uno stabilimento locale. A dire del giudice teramano lo specifico episodio aveva in concreto messo in risalto una situazione di pericolo per l'ambiente di lavoro che indubbiamente avrebbe leso il prestigio dei sindacati posto che rientra nel loro compito statutario la tutela della salute dei lavoratori nonché della verifica del rispetto delle norme di sicurezza per gli stessi.

4. In sintesi deve ritenersi che la costituzione di parte civile nel processo penale da parte di un ente collettivo, nella specie sindacato, non è soggetta a regole diverse rispetto a quelle comuni; essa sarà pertanto ammissibile, sempre che vi siano: *a*) l'esistenza di un danno ovvero di una lesione di un interesse protet-

tivo dall'ordinamento; *b*) la ricollegabilità di siffatto danno al fatto illecito di natura criminosa, secondo le norme dettate dagli artt. 40 e 41 c.p.; *c*) l'interesse ad agire.

Il danno patito dall'organizzazione sindacale può essere ravvisato nella lesione dell'interesse alla tutela delle condizioni di lavoro e nella perdita di credibilità del sindacato quale ente esponenziale della collettività dei lavoratori a condizione che la persona offesa dal reato sia iscritta a tale organizzazione, ovvero che si versi in una ipotesi tale da rendere logicamente avvertito il rischio di lesione dell'immagine del predetto ente e che conseguentemente si possa ritenere parte danneggiata in via diretta ed immediata di un *iure proprio*. Ovviamente in tale ultima ipotesi sarà cura del soggetto che richiede l'ammissione alla costituzione di parte civile di affermare la titolarità del diritto leso illustrando le ragioni che giustificano la propria domanda; ragioni che nella vicenda sottoposta all'attenzione del Giudice di Spoleto non paiono essere state chiaramente allegare e prospettate.

LEGISLAZIONE

Ancora un piano “straordinario” contro la mafia, ma finalmente dotato di “ordinari” (ed efficienti) strumenti di contrasto al crimine organizzato

di *Francesco Mollace*

1. *Le linee guida dell'intervento normativo.* – Il lungo percorso della nuova stagione antimafia, avviato con il D.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito dalla L. 24 luglio 2008, n. 12 e con la L. 15 luglio 2009, n. 94, prosegue con il “Piano straordinario contro le mafie” adottato con L. 13 agosto 2010, n. 136, emanata a sua volta nel quadro degli interventi che già avevano portato alla istituzione, con il D.l. 4 febbraio 2010, n. 4 convertito dalla L. 31 marzo 2010, n. 50, dell’Agenzia per la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

Erano stati i gravi episodi delittuosi avvenuti nel mese di gennaio 2010 e riconducibili alla ‘ndrangheta reggina, a determinare il Governo ad una riunione straordinaria in Reggio Calabria, all’esito della quale, il 28 gennaio 2010, il Consiglio dei Ministri aveva deliberato di istituire l’Agenzia per la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata e predisporre: il Codice delle leggi antimafia, nuovi strumenti di aggressione ai patrimoni mafiosi, misure di contrasto all’ecomafia, misure a sostegno delle vittime del racket e dell’usura, mappa informatica delle organizzazioni criminali, potenziamento dell’azione antimafia nel settore degli appalti, iniziative sul piano internazionale per contrastare la criminalità transnazionale, norme di contrasto alla criminalità organizzata.

Era apparso subito evidente che il settore della gestione dei beni confiscati alle mafie presentasse molteplici punti di sofferenza, al punto che non sempre gli esiti gestionali erano armonizzati agli sforzi investigativi. E, pertanto, il primo intervento normativo ha riguardato l’istituzione di un nuovo organi-

simo, l’“Agenzia nazionale per la gestione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata”, con sede a Reggio Calabria, titolare del potere di gestione, amministrazione e destinazione dei beni sottratti alla criminalità organizzata.

Contemporaneamente (9 marzo 2010 data di presentazione alla Camera dei deputati), iniziava l’iter parlamentare la legge in commento, entrata in vigore il 7 settembre 2010.

L’articolo normativo si muove su una duplice direttrice, proprio in armonia con le *guide lines* tracciate dal Governo a Reggio Calabria.

Su un primo versante, la legge di nuovo conio tenta di mettere ordine e, contemporaneamente, rinvigorire l’intera materia della legislazione antimafia, disciplinare altresì le operazioni sotto copertura, migliorare il “comparto” delle misure di prevenzione patrimoniale.

Su un secondo versante, alla prioritaria previsione di un più incisivo utilizzo della DIA, l’impianto normativo fa seguire nuove disposizioni per rendere più penetranti i controlli dei pubblici appalti, più sicura ed evidenziabile la tracciabilità dei relativi flussi finanziari, più efficace il contrasto all’ecomafia ed effettiva l’aggressione ai patrimoni mafiosi.

Sul piano generale, la novella legislativa costituisce l’approdo di una attività normativa lunga e complessa, non solo costellata spesso da imprecisioni, ma soprattutto disomogenea (si pensi ai diversi ambiti di incidenza: penale sostanziale, processuale penale, penitenziario e amministrativo) e foriera di disapplicazioni concrete, a cagione anche (ma non solo) della eccessiva frammentazione.

Da tempo veniva avvertita l'esigenza di fornire agli operatori strumenti legislativi di immediata ed efficace applicazione e la sistemazione organica dell'intera materia è apparsa ad un certo punto attività indifferibile.

Nella sostanza, coralmemente si postulava la nascita di una sorta di statuto disciplinante le attività di aggressione e di contrasto alle associazioni criminali ed ai patrimoni mafiosi.

Già nella XIII legislatura, l'allora Ministro della Giustizia Oliviero Diliberto aveva costituito una Commissione, presieduta dal Prof. Giovanni Fiandaca, per la ricognizione e il riordino della normativa di contrasto della criminalità organizzata.

La commissione aveva proposto integrazioni e modifiche del disorganico *corpus* normativo, non solo per accentuarne l'efficacia per il contrasto della criminalità organizzata di stampo mafioso ma, nel contempo, per rafforzare le garanzie sostanziali e procedurali (molto spazio, a quel tempo, dedicò la Commissione, ad esempio, alla tutela ed ai diritti dei terzi in buona fede che vantano pretese sui beni oggetto del sequestro di prevenzione).

La Commissione non aveva mancato di mettere a nudo il nervo scoperto del sistema normativo: l'emergenza aveva determinato negli anni il varo di provvedimenti frammentari e non coordinati che hanno prodotto un insieme normativo asmatico e caotico. Purtroppo, nessun organico disegno di legge ha seguito le indicazioni della commissione.

Finalmente, anche sotto la spinta governativa di cui prima è cenno, il Parlamento sembra aver avviato adesso – con la legge in commento il definitivo processo di riorganizzazione della materia. Per il conseguimento degli scopi suddetti, è stata approntata una prima delega per l'emanazione di un "codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione", mentre con una seconda delega è stata prevista l'emanazione di "nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia".

Oltre queste prime norme di natura squisitamente programmatica (che non verranno qui esaminate), altre disposizioni, però, hanno efficacia immediata e vanno ad incidere

su plurimi e diversi ambiti: dalla tracciabilità dei flussi finanziari (con correlate sanzioni) al controllo degli automezzi adibiti al trasporto dei materiali, dalla identificazione degli addetti nei cantieri agli accertamenti fiscali ed agli obblighi di comunicazione delle variazioni patrimoniali gravanti sui soggetti sottoposti a misure di prevenzione o condannati per determinati reati, dalle operazioni sotto copertura (con particolare riguardo agli aspetti procedurali) alla nuova disciplina del reato di turbata libertà degli incanti ed alla introduzione del nuovo delitto di "turbata libertà del procedimento di scelta del contraente" di cui all'art. 353 *bis* c.p., dalla allargata competenza della Direzione Distrettuale Antimafia all'esame a distanza dei collaboratori di giustizia, dalle attività dei Coordinamenti interforze provinciali alle norme sulla Stazione unica appaltante, dalla sospensione dell'efficacia dei provvedimenti di revoca dei programmi di protezione alla disciplina relativa alle somme corrisposte ai testimoni di giustizia, infine, dalla disciplina relativa alla composizione del Consiglio generale per la lotta alla criminalità organizzata.

2. *Tracciabilità dei flussi finanziari.* – La disposizione in esame (il cui fine dichiarato è quello di prevenire infiltrazioni criminali nei lavori pubblici) ricalca, per grandi linee, la normativa già introdotta per la ricostruzione dell'Abruzzo e per l'Expo 2015 di Milano [art. 16, 4° comma, D.l. 28 aprile 2009, n. 39, intitolato: "Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici nella regione Abruzzo nel mese di aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile", convertito dalla L. 24 giugno 2009, n. 77) e per l'Expo 2015 di Milano (D.l. 25 settembre 2009, n. 135, intitolato "Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee", convertito dalla L. 20 novembre 2009, n. 166)] e disciplina in modo organico il sistema dei flussi finanziari relativi ai contratti pubblici (cioè nelle procedure relative a lavori, servizi e forniture pubbliche).

In particolare, la norma impone salvo dero-

ghe peraltro esplicitate nel testo ai soggetti contraenti (appaltatori, subappaltatori, subcontraenti della filiera delle imprese, concessionari di finanziamenti pubblici anche europei), l'utilizzo, in occasione di commesse pubbliche, di appositi ("dedicati") conti correnti accesi (presso banche o presso la società Poste italiane S.p.a.) al fine (anche non esclusivo, per quel che si vedrà in seguito) di appoggiare i relativi movimenti finanziari, nonché di effettuare i pagamenti con "sistema tracciabile", ossia utilizzando un bonifico bancario o postale, restando di conseguenza escluso il ricorso al danaro contante.

Detto sistema (cioè la tracciabilità dei flussi finanziari) è reso effettivo da una garanzia ulteriore e cioè dall'obbligo (che sorge nel momento in cui si effettuano pagamenti connessi a transazioni intervenute in relazione a lavori, servizi e forniture pubbliche) di indicare il Codice unico di progetto (il c.d. CUP), assegnato a ciascun investimento pubblico sottostante alle commesse.

La disciplina generale può essere derogata in due precise ipotesi:

a) i pagamenti in favore di enti previdenziali, assicurativi e istituzionali, nonché di pagamenti in favore di gestori e fornitori di pubblici servizi, ovvero quelli riguardanti tributi, possono essere eseguiti anche con strumenti diversi dal bonifico bancario o postale, fermo restando l'obbligo di documentazione della spesa;

b) le spese giornaliere, di importo inferiore a o uguale a 500 euro, inerenti agli interventi relativi a lavori, servizi e forniture pubbliche, possono essere pagate utilizzando sistemi diversi dal bonifico bancario o postale, fermi restando il divieto di impiego del contante e l'obbligo di documentazione della spesa.

La disciplina prevede inoltre, quale ulteriore deroga ai principi generali, che se per il pagamento di spese estranee ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici, è necessario fare ricorso a somme provenienti da conti correnti dedicati, gli stessi conti potranno sì essere successivamente reintegrati, ma ciò potrà avvenire soltanto mediante bonifico bancario o postale.

Ulteriore tratto saliente della disciplina è costituito dalla previsione dell'obbligatorio inserimento di due clausole all'interno dei contratti stipulati dalla stazione appaltante con gli appaltatori in relazione ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici.

Innanzitutto, è previsto l'inserimento di specifica clausola con cui si fa gravare sugli appaltatori l'obbligo di tracciabilità dei flussi finanziari posti dalla legge; rispetto a tale obbligo la stazione appaltante assume il ruolo di garante, dovendo curare l'inserimento delle clausole all'interno dei contratti stipulati, a pena di nullità assoluta degli stessi.

Inoltre, una specifica clausola rescissoria accompagna i contratti in questione ed è prevista la attivazione della stessa ogni qualvolta le transazioni siano state eseguite senza avvalersi di banche o della società Poste italiane Spa.

Grava, infine, sull'appaltatore, il subappaltatore o il subcontraente (che sia venuto a conoscenza dell'inadempimento della propria controparte agli obblighi di tracciabilità finanziaria) l'onere di attivare la procedura di immediata risoluzione del rapporto contrattuale, informandone contestualmente la stazione appaltante e la Prefettura territorialmente competente.

L'art. 6 della legge in commento prevede le sanzioni amministrative pecuniarie per la violazione degli obblighi introdotti dal precedente art. 3 in materia di tracciabilità dei flussi finanziari.

3. *Il controllo degli automezzi e la identificazione degli addetti nei cantieri.* – È da tempo, ormai, che viene denunciata la insufficienza e l'inefficienza della normativa antimafia in materia di subappalti, stante le continue, ormai pressoché naturali elusioni delle disposizioni in tema.

Plurime esperienze investigative hanno evidenziato che il sistema dei c.d. noli a freddo e di forniture e la pratica della stipula di contratti di lavoro dipendente, quasi sempre finalizzati a legittimare la presenza di malavitosi sui posti di lavoro, sono gli strumenti attraverso cui si realizza nei fatti il subappalto, la cui disciplina formale viene così aggi-

rata per la realizzazione del completo disegno di penetrazione delle organizzazioni mafiose nel settore dei pubblici appalti.

A ben guardare, dunque, la fase di esecuzione dei lavori è certamente la più complessa e quella che fa registrare la saldatura tra interessi di cui sono portatori gli operatori economici ed interessi della criminalità mafiosa. Uno snodo particolarmente delicato in quanto, se da un lato le organizzazioni criminali per tale via ribadiscono pesantemente la capacità di penetrazione nel tessuto economico locale ed il controllo asfittico del territorio, su un altro versante le dinamiche di inserimento nei subappalti della criminalità organizzata alterano le regole del mercato, con il risultato che spesso gli operatori virtuosi vengono estromessi dai lavori per lasciare il posto ad operatori negativi, poco disposti (privilegiando il metodo della sopraffazione) a sottostare al sistema della libera concorrenza.

Da qui, dunque, l'esigenza che la P.A. introduca regole di controllo più incisive, al fine di garantire lo svolgimento corretto non solo della gara di aggiudicazione dell'appalto pubblico, ma soprattutto per vigilare sulla presenza "in cantiere" di soggetti non legati organicamente o anche solo "vicini" al crimine organizzato.

In tale ottica ed al fine di perseguire l'obiettivo di cui sopra, il legislatore – nell'ambito del piano straordinario in commento – ha collocato due disposizioni che riguardano, la prima, il controllo degli automezzi e, la seconda, la identificazione degli addetti nei cantieri.

In particolare, è stabilito che la "bolla" che attesta la consegna del materiale sul cantiere, deve indicare il numero di targa ed il proprietario del mezzo di trasporto: ciò consentirà (anche a fini eventualmente investigativi) la immediata identificazione del proprietario del mezzo stesso.

Inoltre, sul versante della identificazione degli addetti al cantiere, è previsto che la tessera di riconoscimento (di cui il datore di lavoro e il dirigente, nello svolgimento di lavori in appalto o subappalto, deve obbli-

gatoriamente munire il lavoratore) deve indicare la data di assunzione e, in caso di subappalto, la relativa autorizzazione, oltre ad essere corredata di fotografia e contenere i dati anagrafici del lavoratore e la data della sua assunzione (trattasi di modifica integrativa alla disposizione di cui all'art. 18, 1° comma, lettera u), del L.igs. n. 81/2008 in tema di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro).

Se trattasi di lavoratori autonomi, la nuova disposizione prevede adesso che la tessera di riconoscimento (al solito corredata da foto e dati anagrafici del lavoratore) contenga anche l'indicazione del committente.

L'obbligo di munirsi della tessera era stato già previsto, dal decreto legislativo prima richiamato, per i componenti dell'impresa familiare, i lavoratori autonomi, i coltivatori diretti del fondo, i soci delle società semplici operanti nel settore agricolo, gli artigiani e i piccoli commercianti per le prestazioni erogate in un luogo di lavoro nel quale si svolgevano attività in regime di appalto o subappalto.

4. *L'estensione degli accertamenti fiscali e degli obblighi di comunicazione delle variazioni patrimoniali per i soggetti sottoposti a misure di prevenzione o condannati per reati di criminalità organizzata.* – Prima delle modifiche in commento, la legislazione (art. 25, L. n. 646/1982) prevedeva verifiche fiscali – a cura del Nucleo di Polizia Tributaria della Guardia di Finanza nei confronti di soggetti condannati (anche in via non definitiva) per associazione mafiosa, nonché nei confronti di coloro che erano stati sottoposti ad una misura di prevenzione ex L. n. 575/1965, perché indiziati di appartenenza ad organizzazioni mafiose.

Le nuove disposizioni, in armonia con le modifiche introdotte (cfr. D.l. 23 maggio 2008, n. 98, convertito nella L. 24 luglio 2008, n. 125 e L. 15 luglio 2009, n. 94) in tema di misure di prevenzione antimafia, hanno previsto l'estensione delle verifiche fiscali nei confronti dei soggetti indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra, alla 'ndrangheta o ad altre associazio-

ni, comunque localmente denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso; dei soggetti indiziati dei delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 6° comma (associazione finalizzata a commettere i delitti di cui agli artt. 600, 601, 602), 600 (riduzione o mantenimento in servitù o schiavitù), 601 (tratta di persone), 602 (acquisto e alienazione di schiavi), 416 *bis* (associazione di tipo mafioso) e 630 (sequestro di persona a scopo di estorsione) c.p., dei delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso, dei delitti previsti dall'art. 74 del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti), dall'art. 291 *quater*, D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 (associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri), e dall'art. 260 del Codice dell'ambiente (D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152: attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti); dei soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 12 *quinquies*, 1° comma, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356" (trasferimento fraudolento di valori).

A ben guardare, dunque, a base della nuova normativa sono stati posti i delitti che rientrano nelle attribuzioni della direzione distrettuale antimafia (ed il delitto di trasferimento fraudolento di valori) e dalle varie fattispecie sono state individuate le figura soggettive destinatarie (sempre che a loro carico sia stata emessa una sentenza di condanna ovvero un decreto applicativo di misure di prevenzione, anche in via non definitiva) di accertamenti fiscali.

Quanto all'oggetto degli accertamenti fiscali, la norma in esame ha notevolmente ampliato la sfera di operatività della Guardia di Finanza, cui è demandata non più soltanto la verifica della posizione fiscale del soggetto, ma anche e soprattutto il compito di svolgere mirati accertamenti sulla posizione economica e patrimoniale dello stesso.

Scopo della accresciuta "competenza" della Polizia Tributaria è l'accertamento di illeciti in materia economica e finanziaria in genere e, dunque, non più limitato ai soli illeciti in materia valutaria e societaria. Attraverso tale via, il legislatore ha inteso introdurre, collateralmente al fine principale di cui prima si è fatto cenno, la verifica della puntuale osservanza della l. n. 575/1965 nella parte in cui prevede divieti autorizzatori (in particolare, licenze o autorizzazioni di polizia o di commercio), concessori (ad esempio, concessioni di acque pubbliche e diritti ad esse inerenti nonché concessioni di beni demaniali allorché siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali, concessioni di costruzione, nonché di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e concessioni di servizi pubblici) o abilitativi (ad esempio, iscrizioni negli albi di appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione e nell'albo nazionale dei costruttori, nei registri della camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri di commissionari astatori presso i mercati annuari all'ingrosso; ad esempio, ancora, altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio, o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati; ed infine, contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali).

La decadenza di diritto da licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, abilitazioni ed erogazioni di cui prima è cenno, nonché il divieto di stipulare contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di fornitura di opere, beni o servizi riguardanti la pubblica amministrazione e relativi subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera, si verificano al momento in cui il provvedimento con cui viene applicata la misura di prevenzione diviene definitivo.

Il coniuge, i figli, le persone conviventi nell'ultimo quinquennio, nonché altre persone fisiche e giuridiche, società, consorzi o associazioni del cui patrimonio possano disporre in tutto o in parte, direttamente o indirettamente, i soggetti nei confronti dei quali sia stata emessa sentenza di condanna o decreto applicativo di misure di prevenzione sopra richiamate; nonché le persone conviventi, nonché le imprese, associazioni, società e consorzi di cui la persona sottoposta a misure di prevenzione sia amministratore o determini scelte e indirizzi (cfr. art. 2 *bis*, 3° comma, e all'art. 10, 4° comma, della L. 31 maggio 1965, n. 575), sono ricomprese nell'ambito dei destinatari degli accertamenti fiscali. Gli accertamenti di cui è discorso vengono innescati dalla trasmissione (di cui si fa obbligo alla cancelleria presso il giudice che lo ha emesso) di copia della sentenza di condanna o del provvedimento di applicazione della misura di prevenzione al competente nucleo di polizia tributaria.

Gli elementi acquisiti nel corso degli accertamenti in questione possono essere utilizzati a fini fiscali anche se il provvedimento applicativo di una misura di prevenzione sia stato poi revocato.

Ulteriori importanti innovazioni sono state introdotte, dalla disciplina in commento, con riferimento agli obblighi di comunicazione delle variazioni patrimoniali.

Innanzitutto, dal punto di vista delle innovazioni soggettive, è aumentato il novero dei soggetti obbligati a comunicare le loro variazioni patrimoniali, sì da farlo coincidere con la categoria dei soggetti potenzialmente destinatari delle misure di prevenzione antimafia.

Trattasi di persone o sottoposte ad una misura di prevenzione ai sensi della L. 31 maggio 1965, n. 575 (divenuta definitiva) ovvero condannati (con sentenza passata in cosa giudicata) per uno di quei reati rientranti nella attribuzione della DDA ovvero per il delitto di trasferimento fraudolento di valori *ex art. 12 quinquies*, L. n. 356/1992.

A ben guardare, la novità rispetto alle disposizioni della L. n. 646/1982, è costituita dalla

esigenza di definitività dei provvedimenti sopra indicati, identici essendo i soggetti su cui grava, per dieci anni, l'obbligo di comunicare alla Guardia di Finanza tutte le variazioni del patrimonio (per elementi di valore non inferiore ad euro 10.329,14) e ciò entro trenta giorni dal fatto o, comunque, entro il 31 gennaio di ciascun anno per le variazioni intervenute nell'anno precedente.

I beni destinati al soddisfacimento dei bisogni quotidiani sono esclusi dall'obbligo di comunicazione.

L'omessa comunicazione delle variazioni patrimoniali è punita con la reclusione e la multa ed è prevista, inoltre, la misura di sicurezza patrimoniale della confisca dei beni acquistati e del corrispettivo dei beni alienati.

Di particolare interesse, infine, una ulteriore innovazione introdotta dalla L. n. 136/2010 e riguardante una nuovo istituto di confisca per equivalente, cui si può fare ricorso allorché non è possibile procedere alla confisca dei beni acquistati o del corrispettivo dei beni alienati. In questa ipotesi il giudice ordina la confisca, per un valore equivalente, di somme di denaro, beni o altre utilità di cui hanno la disponibilità i soggetti obbligati a comunicare le loro variazioni patrimoniali.

Da annotare, in ultimo, che la "competenza territoriale" della Polizia Tributaria per gli accertamenti fiscali di cui sopra è stabilita in ragione del luogo di dimora abituale del soggetto destinatario degli accertamenti stessi.

5. Le operazioni sotto copertura: ovvero l'impiego delle c.d. tecniche speciali di investigazione per contrastare il crimine organizzato. –

Le innovazioni, forse, più significative introdotte con legge in commento, riguardano le operazioni sotto copertura, la cui disciplina un tempo era sconosciuta nello specifico dal nostro ordinamento, che regolava solo la istigazione a delinquere posta in essere dal c.d. agente provocatore, al fine di consentire la individuazione e la punizione di organizzazioni criminali, spesso operanti fuori dai confini nazionali e, come tali, difficili da contrastare efficacemente.

Le aumentate esigenze investigative, correla-

te alla pericolosità delle varie mafie dislocate alle più diverse latitudini, ha determinato la creazione di modelli nuovi di operazioni sotto copertura, sino a legittimare vere e proprie attività di penetrazione degli “agenti” tra le fila delle associazioni criminali al fine di individuare i componenti e smantellare le strutture delinquenziali.

In particolare, nel campo del contrasto alle organizzazioni dedite al traffico di stupefacenti, alla tratta di esseri umani ed al terrorismo internazionale, la legislazione speciale ha conosciuto diverse forme di operazioni sotto copertura.

Solo nel 2006, però, si era pervenuti ad una disciplina organica, avendo il nostro Stato ratificato e dato esecuzione ai protocolli adottati dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001, approvando così la L. 16 marzo 2006, n. 146, con cui tra l’altro, si metteva ordine nella materia (attraverso una disciplina a carattere generale da applicare ad un numero rilevante di reati) e si disponeva l’abrogazione delle disposizioni contenute nelle leggi speciali (con esclusione di quelle contenute nel T.U. 309/1990 in tema di reati concernenti sostanze stupefacenti e nella L. n. 82/1991 in tema di sequestri di persona a scopo di estorsione).

Ma la disciplina appariva ancora disorganica ed era, dunque, necessario mirare ad una normativa che conducesse ad unità il sistema delle garanzie per gli ufficiali di polizia giudiziaria che, nel corso delle operazioni volte alla ricerca della prova e all’accertamento della responsabilità penale, si infiltrano sotto falsa identità all’interno delle organizzazioni criminali ed omettono o ritardano atti d’ufficio ovvero commettono reati.

È così che, sul tessuto normativo di cui alla L. n. 146/2006, è intervenuta la modifica di cui all’art. 8 della L. 13 agosto 2010, n. 136, imperniata essenzialmente sull’allargamento della operatività della disciplina, estesa adesso a reati prima esclusi dalla sfera di applicazione, perché regolati da speciali disposizioni, ed ai delitti di traffico illecito di rifiuti e di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina (relativamente ad alcune ipotesi aggravate).

Allo stato, le operazioni sotto copertura (la cui non punibilità è ancora radicata anche nel disposto di cui all’art. 51 c.p. per l’esercizio di un diritto o l’adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità) non sono punibili per determinati soggetti ed in relazione all’accertamento di varie ipotesi di reato, che possono essere così raggruppate:

- a) delitti previsti dagli artt. 473, 474, 629, 630, 644, 648 *bis* e 648 *ter* c.p.;
- b) delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I c.p.;
- c) delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi;
- d) delitti previsti dall’art. 12, commi 1, 3, 3 *bis* e 3 *ter*, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286;
- e) delitti previsti dal T.U. 309/1990, relativo alla disciplina degli stupefacenti;
- f) delitti previsti dall’art. 260 del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, in tema di contrasto al traffico illecito di rifiuti;
- g) delitti previsti dall’art. 3 della l. n. 75/1958, in tema di lotta allo sfruttamento della prostituzione altrui;
- b) delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione.

Ogni altra disposizione in tema di operazioni sotto copertura, risulta così abrogata.

Sul fronte della individuazione dei soggetti “scriminati” in quanto “agenti sotto copertura”, la riforma legislativa ha stabilito che “il c.d. salvacondotto” spetta ad ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti alle strutture specializzate delle Forze di polizia o alla D.I.A. che pongono in essere determinate attività e cioè “danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro, armi, documenti, stupefacenti, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto o mezzo per commettere il reato o altrimenti ostacolano l’individuazione della loro provenienza o ne consentono l’impiego”.

Le specifiche attività di cui sopra devono

essere compiute “nel corso di specifiche operazioni di polizia ed al solo fine di acquisire elementi di prova” in ordine ai delitti sopra indicati.

La non punibilità è prevista non solo per “gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria e per gli ausiliari che operano sotto copertura quando le attività sono condotte in attuazione di operazioni autorizzate e documentate” secondo quanto già previsto dalla normativa innovata, ma anche “alle interposte persone che compiono gli atti”, cioè le “specifiche attività sopra indicate.

A ben guardare, l'estensione della garanzia alla attività compiuta dalle “interposte persone”, si colloca in armonia con l'abrogata previsione di cui all'art. 4, 6° comma, del D.l. n. 374/2001 (abrogato dallo stesso art. 9 della L. n. 146/2006), che “giustificava” l'operato degli ausiliari di cui gli ufficiali di polizia giudiziaria si servivano.

La causa di non punibilità è estesa anche agli ufficiali di polizia giudiziaria appartenenti agli organismi investigativi della Polizia di Stato e dell'Arma dei Carabinieri e della Guardia di finanza, specializzati nell'attività di contrasto al terrorismo e all'eversione.

L'esecuzione delle operazioni sotto copertura è disposta, in ragione dell'appartenenza del personale di polizia giudiziaria, dagli organi di vertice di livello almeno provinciale. Se si procede per reati in tema di immigrazione, gli organi di cui prima è cenno agiranno d'intesa con la Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere.

Le attività sotto copertura devono essere preventivamente comunicate al P.M. e, nell'ipotesi di operazioni in corso, allo stesso dovrà essere trasmessa senza ritardo dettagliata informativa circa le loro modalità di svolgimento, i soggetti coinvolti ed i risultati. Le comunicazioni ricevute ed i provvedimenti emessi dal P.M. devono, a cura dello stesso organo requirente, essere trasmessi al Procuratore Generale presso la Corte d'appello.

Di particolare interesse la previsione della fattispecie delittuosa di rivelazione o divulgazione indebite dei nominativi del personale

di polizia giudiziaria impegnato in operazioni sotto copertura.

La normativa abrogata limitava la configurabilità del reato alla sola ipotesi di rivelazioni o divulgazioni compiute nel corso delle operazioni. La nuova disciplina non conosce, invece, limiti temporali.

Sin qui – per grandi linee – le modifiche sul piano sostanziale.

Quanto agli aspetti tipicamente procedurali, la nuova disposizione è andata ad incidere soprattutto sulla disciplina (contenuta nel codice di rito e nelle disposizioni di attuazione) relativa alle modalità di assunzione dei testimoni.

In particolare, è stato novellato l'art. 497 c.p.p., con l'inserimento della previsione che consente agli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria (anche di forze di polizia straniera), agli ausiliari ed alle interposte persone, in ogni stato e grado del procedimento, quando sono chiamati a deporre in ordine alle attività svolte sotto copertura, di indicare le generalità di copertura utilizzate nel corso delle medesime attività.

Specularmente, il legislatore ha inciso anche nel corpo dell'art. 115 disp. att. c.p.p. prevedendo che le annotazioni di cui all'art. 357 c.p.p., se riguardano le attività di indagine condotte da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria nell'ambito delle operazioni sotto copertura, contengono le generalità di copertura dagli stessi utilizzate nel corso delle medesime attività.

Le innovazioni hanno riguardato anche il sistema delle audizioni in video-conferenza, la cui disciplina, originariamente prevista per collaboratori di giustizia ed imputati di reato connesso, è ora estesa anche agli operatori sotto copertura.

Da annotare che in tali casi, il giudice o il presidente dispone le cautele idonee ad evitare che il volto degli agenti sotto copertura sia visibile.

È innegabile che la innovazione ha portata senz'altro straordinaria: sostanzialmente il sistema oggi prevede un “doppio binario” in tema di disciplina dell'esame degli ufficiali di polizia giudiziaria; un regime per così dire

ordinario per gli ufficiali di p.g. che hanno operato in modo “palese”; un regime per così dire speciale e “tutelato” per gli ufficiali di p.g. ed i loro collaboratori privati che hanno agito sotto copertura.

Tuttavia, non pochi problemi si affacciano in ordine alla “legittimità” della innovazione, innanzitutto per ciò che riguarda il delicato versante del rispetto delle regole che presidiano la formazione della prova in contraddittorio.

È agevole, infatti, rilevare che il sistema così come disegnato dalla legge in commento, pone un evidente limite alla “realizzazione” del contraddittorio pieno, soprattutto nella fase cruciale della verifica della attendibilità del dichiarante.

Difatti, il meccanismo procedurale creato consente al dichiarante di tenere celata la propria vera identità e di sottoporsi alla verifica dialettica “coperto sostanzialmente dall’anonimato” e ciò pone seri problemi di compatibilità con l’ordinamento e con le regole fondamentali che sono a presidio delle garanzie di difesa dell’imputato.

Di notevole interesse la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di testimonianze anonime.

La Corte, non dubita che le testimonianze anonime risultano preziose alla lotta contro la criminalità organizzata e sono divenute una modalità normale di tecnica investigativa; tuttavia, ha ritenuto di porre condizioni adeguatamente restrittive a questa modalità di acquisizione della prova dichiarativa.

Con la sentenza Lüdi del 15 giugno 1992, la Corte europea dei diritti dell’uomo aveva ritenuto legittimo l’interesse delle autorità di polizia volto a preservare l’anonimato dell’agente di polizia che aveva agito sotto copertura, da un lato per proteggerlo, dall’altro per l’utilizzo futuro della stessa fonte.

Diametralmente opposta, invece, la decisione della Corte nel caso Van Mechelen (sentenza del 23 aprile 1997), ove espressamente la Corte ha denunciato la violazione dell’art. 6 della Convenzione, da un lato perché la sentenza di condanna poggiava in modo determinante (se non proprio assoluto) su de-

posizioni anonime e, dall’altro, perché le modalità di assunzione della testimonianza anonima, non aveva offerto adeguate garanzie alla difesa.

Si era difatti verificato che le fonti anonime (poliziotti che avevano agito sotto copertura) erano state interrogate dal giudice istruttore che aveva verificato di persona l’identità dei testi ed aveva poi redatto un verbale con cui “certificava” la credibilità ed affidabilità degli agenti sotto copertura, spiegando infine le ragioni che imponevano di mantenere l’anonimato.

La Corte ha ritenuto che tale procedura non offriva adeguata garanzia alla difesa, cui veniva impedito di condurre l’interrogatorio diretto dei testimoni (i poliziotti sotto copertura), unico metodo di verifica della loro credibilità ed affidabilità.

È evidente che la Corte, con quella appena richiamata e con tante altre pronunce, ha tracciato delle linee guida in tema di testimonianza anonima degli appartenenti alle Forze di Polizia, rilevando innanzitutto la eccezionalità del ricorso a tale mezzo di prova, per poi affermare l’inviolabilità del diritto della difesa ad interrogare direttamente il dichiarante (in questo caso coperto dall’anonimato). L’unico limite, per la difesa, è quello di non poter porre domande che inducano il teste a disvelare la identità.

Secondo la Corte, infine, le dichiarazioni rese dal teste anonimo non possono – in nessun caso da sole essere poste a fondamento delle decisioni giurisdizionali, né possono trovare riscontri in altre dichiarazioni rese da testi anonimi.

Dunque la Corte, pur non escludendo in linea di principio che gli Stati possano annoverare nella legislazione interna l’istituto della testimonianza anonima (e ciò quando vengono in rilievo le esigenze di sicurezza delle persone e delle vittime del reato chiamate a rendere la propria testimonianza), fissa limiti precisi all’accesso a tale particolare modalità di acquisizione della prova dichiarativa, da individuarsi nel rispetto delle garanzie del contraddittorio e nell’indefettibile controllo giurisdizionale sulla legittimità della procedura.

In conclusione, pare di poter affermare che la normativa introdotta dalla legge in commento troverà ospitalità favorevole nel nostro ordinamento se interpretata in conformità ai principi esposti dalla Corte europea, fermi restando i poteri di controllo che – nei casi concreti – dovrà esercitare il giudice del processo, cui spetterà vigilare affinché tutte le fasi del procedimento probatorio siano permeate dalle garanzie apprestate dal codice di rito e dalla legge fondamentale dello Stato.

6. *La modifica del trattamento sanzionatorio per il reato di turbata libertà degli incanti e la introduzione del nuovo delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente.*

– In tema di interferenza nelle gare pubbliche e nelle licitazioni private, il rilievo di fondo, pressoché costante nel tempo, che veniva mosso alla disciplina vigente sino all'entrata in vigore della legge in commento, prendeva spunto dal sistema sanzionatorio esageratamente blando e ritenuto non solo inefficace come deterrente, ma soprattutto impeditivo del ricorso allo strumento investigativo più efficace e cioè le intercettazioni.

La nuova legge, innanzitutto, ha modificato la sanzione prevista per il delitto di turbata libertà degli incanti di cui all'art. 353 c.p., prevedendo adesso il minimo edittale nella misura di mesi sei di reclusione e portando il massimo edittale ad anni cinque di reclusione.

Fatta eccezione per il minimo edittale della pena detentiva (stabilito in anni uno di reclusione) e per la misura della pena pecuniaria (multa da euro cinquecentosedici a due-milasestanticinque), la fattispecie di cui al 2° comma dell'art. 353 c.p. (che contempla l'ipotesi aggravata per essere il colpevole persona preposta dalla legge o dall'autorità agli incanti o alle licitazioni) non si differenzia altrimenti dalla ipotesi base di cui all'art. 353, 1° comma, c.p.

In campo processuale, gli effetti della modifica legislativa di cui prima è cenno sono evidenti, essendo adesso consentito il ricorso alle intercettazioni telefoniche e l'applicazione di misure cautelari, ricorrendone le specifiche esigenze previste dal codice di rito.

L'esperienza giudiziaria ha consentito di individuare nelle fasi prodromiche allo svolgimento delle gare di appalto, il momento (forse) più favorevole per l'attività di condizionamento degli appalti stessi. Spesso, infatti, l'intervento operato nella predisposizione del bando di gara, condiziona le irrimediabilmente le scelte future: il pensiero corre necessariamente – giusto per esplicitare la considerazione con uno degli esempi più riscontrati nella realtà alla indicazione del possesso di requisiti soggettivi necessari per partecipare ad una gara, a volte talmente “ritagliati” su un determinato soggetto (ovviamente da “favorire”), da porre lo stesso in condizione di assoluto privilegio, al fine della certa aggiudicazione della gara; oppure si pensi, negli appalti per forniture, alla indicazione di requisiti oggettivi per un determinato materiale, sì da determinare a priori (con certezza) la scelta futura che, all'esito di una gara ormai condizionata, non potrà che ricadere sulla ditta che produce in esclusiva quel materiale indicato nel bando proprio con quelle specifiche caratteristiche.

Ebbene, queste frequentissime situazioni, sulla cui illiceità non era dato dubitare, non sono state sino ad oggi riconducibili con facilità all'interno delle fattispecie criminose esistenti ed era unanimemente avvertita l'esigenza di una nuova norma incriminatrice. È così che il legislatore ha recepito queste istanze ed ha introdotto nel tessuto normativo una disposizione assolutamente nuova (“la turbata libertà del procedimento di scelta del contraente”, adesso prevista dall'art. 353 *bis* c.p.) che incrimina “chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione”.

La condotta incriminata è punita con la reclusione da sei mesi a cinque anni e la multa da euro centrotre a milletrantadue (pena identica a quella comminata per la ipotesi base di turbata libertà degli incanti, prima in commento).

La norma trova applicazione, giusto l'*incipit* della disposizione, salvo che il fatto non costituisca più grave reato.

7. *L'ampliamento della competenza della Direzione Distrettuale Antimafia e dell'ambito di applicabilità dell'esame a distanza dei collaboratori di giustizia.* – Ultime annotazioni, in tema – da un lato – di ampliamento delle attribuzioni delle Direzioni Distrettuali Antimafia e – dall'altro – di rivisitazione della disciplina dell'esame a distanza degli agenti sotto copertura, nonché dei collaboratori di giustizia e degli imputati di reato connesso. Per ciò che concerne il novero dei reati assegnati alla cognizione della DDA, adesso il catalogo comprende, in ragione della innovazione introdotta con la norma in commento, anche il reato di cui all'art. 260 del Codice dell'ambiente di cui al D.lgs. n. 152/2006.

Trattasi di fattispecie che punisce la condotta di chi, al fine di conseguire un ingiusto profitto, con più operazioni e attraverso l'allestimento di mezzi e attività continuative organizzate, cede, riceve, trasporta, esporta, importa, o comunque gestisce abusivamente ingenti quantitativi di rifiuti. In tali casi, la pena comminata va da uno a sei anni; se si tratta di rifiuti ad alta radioattività si applica la pena della reclusione da tre a otto anni.

Per ciò che riguarda, poi, il ricorso al sistema della videoconferenza, tale mezzo di assunzione dell'esame diventa la regola in tutti i casi in cui si tratta di persone ammesse al piano provvisorio di protezione o alle speciali misure di protezione, e ciò a prescindere dal reato per il quale si procede, salvo che il giudice non valuti assolutamente indispensabile disporre la comparizione in aula del dichiarante.

8. *I Coordinamenti interforze provinciali.* – Il contrasto alla criminalità organizzata, registra – ormai da oltre un ventennio – un mutamento di strategia che vede, come momento centrale dell'attività antimafia, l'aggressione ai patrimoni illeciti.

La nuova legge, al fine di potenziare la suddetta azione ablativa, ha previsto la costituzione, presso le Direzioni Distrettuali Antimafia, di Coordinamenti interforze provinciali, con la partecipazione di rappresentanti

dei Carabinieri, della Polizia di Stato, della Guardia di Finanza e della Direzione investigativa antimafia.

Inoltre, con altro apposito protocollo (tra Ministero della giustizia, dell'interno e Procura Nazionale Antimafia), saranno pianificate le modalità ed i criteri da seguire per il necessario scambio di ogni utile informazione, ai fini investigativi, in tema di misure di prevenzione patrimoniali.

Il rispetto del protocollo e delle intese raggiunte in sede di coordinamento interforze provinciale, non andrà ad incidere o condizionare il potere di proposta attribuito al Procuratore distrettuale, al Questore ed al Direttore della DIA.

9. *La stazione unica appaltante.* – Prima tra tutte le altre regioni, la Calabria, con legge regionale 7.12.2007, n. 26, ha istituito la SUA, con lo scopo dichiarato di sottrarre gli appalti alle articolazioni locali, più permeabili alle infiltrazioni mafiose e più cedevoli ai fenomeni di corruzione.

Trattasi di un sistema centralizzato che "avoca" ad una struttura apicale della Regione le competenze in materia di appalti e forniture al di sopra della soglia di centocinquantamila euro.

La Stazione, quando sia parte interessata la regione, un ente, una azienda ovvero un suo organismo, svolge ogni attività prodromica alla gara, indice la stessa e cura la aggiudicazione di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, nonché vigila per la successiva fase di esecuzione.

Su questo esempio, la nuova legge (art. 13) prevede in via generale che ogni regione si doti di una o più stazioni appaltanti.

L'attuazione concreta e le modalità di istituzione della SUA sono demandate, dalla legge in commento, ad un decreto del presidente del Consiglio dei ministri, che sarà adottato entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge, su proposta dei Ministri dell'interno, dello sviluppo economico, delle infrastrutture e trasporti, delle politiche sociali, dei rapporti con le regioni e della pubblica amministrazione e l'innovazione, previa intesa in sede di Conferenza unificata.

La legge stessa indica, poi, le linee guida del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, il quale dovrà individuare espressamente i soggetti giuridici che possono aderire alla SUA, le attività e i servizi dalla stessa svolti, i contenuti delle convenzioni tra enti e SUA, nonché i modi di controllo e di monitoraggio degli appalti.

10. *La modifica della disciplina della revoca delle speciali misure di protezione per i collaboratori di giustizia e delle somme corrisposte ai testimoni di giustizia a titolo di mancato guadagno.* – Importanti innovazioni riguardano pure la disciplina dei testimoni di giustizia e di coloro che collaborano con la giustizia.

Sino all'entrata in vigore della legge in commento, l'efficacia dei provvedimenti di modifica o revoca delle speciali misure di protezione, anche se di tipo urgente o provvisorio, a favore dei collaboratori di giustizia, rimaneva sospesa per tutta la durata del giudizio di impugnazione.

Adesso, l'art. 14 della L. n. 136/2010, ha previsto che l'efficacia rimanga sospesa solo nel termine entro il quale può essere proposto il ricorso giurisdizionale e in pendenza della decisione relativa all'eventuale richiesta di sospensiva del provvedimento di modifica o revoca di cui innanzi.

Per le modalità ed i termini per corrispondere ai testimoni di giustizia ed ai loro familiari (che abbiano interrotto l'attività lavorativa nei luoghi di provenienza, in ragione della collaborazione intrapresa) le somme a titolo di mancato guadagno, si osservano adesso – in quanto compatibili le norme della L. n. 44/1999 relativa al Fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive e dell'usura.

Per il recupero di tali somme, il Dipartimen-

to della pubblica sicurezza si surroga nei diritti vero i terzi responsabili dei danni.

Le somme, recuperate col meccanismo sopra descritto, saranno versate al bilancio dello Stato e riassegnate al Ministero dell'interno che le aveva anticipate.

11. *La composizione del Consiglio generale per la lotta alla criminalità organizzata.* – Il Consiglio generale per la lotta alla criminalità organizzata (cfr. D.l. n. 345/1991, convertito in L. n. 410/1991), è composto adesso anche del direttore della Direzione investigativa antimafia.

Lo prevede espressamente l'art. 15 della L. 13 agosto 2010, n. 136 che, eliminato anche ogni riferimento all'Alto Commissario per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa (figura ormai soppressa da quasi venti anni), indica con la nuova terminologia "Direttore dell'Agenzia informazioni e sicurezza interna" e "Direttore dell'Agenzia informazioni e sicurezza esterna", le figure che nella vecchia disposizione erano indicate come "il Direttore del Servizio per le informazioni e la sicurezza democratica" e "il Direttore del Servizio per le informazioni e la sicurezza militare".

Restano, peraltro, immutate le competenze e le funzioni del Consiglio generale per la lotta alla criminalità organizzata (attività di indirizzo, modulazione delle strategie operative, predisposizione di mezzi e reperimento delle risorse occorrenti, verifica dei risultati conseguiti ed eventuale rimodulazione delle strategie), così come la composizione di base che annovera il Ministro dell'interno (che, per altro, presiede il Consiglio) il Capo della polizia, il Comandante generale dell'Arma dei carabinieri ed il Comandante generale del Corpo della guardia di finanza.

STUDI

Svolgimento delle funzioni pubbliche ed esercizio della giurisdizione: alla ricerca di nuovi equilibri

di Annamaria Fasone

1. *Le esigenze a confronto.* – La sottoponibilità a processo dei soggetti che svolgono le funzioni politiche più elevate pone l'interprete di fronte a diverse questioni, prima fra tutte quella relativa all'interesse generale ad un sereno ed efficiente svolgimento delle funzioni cui le suddette cariche sono preposte (interesse reputato "apprezzabile" dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 24 del 2004).

Ed invero è innegabile come, qualora uno di tali soggetti sia accusato di avere commesso un reato, si profili, per lui, la seguente alternativa: o non ottempera ai doveri istituzionali per meglio difendersi dalle accuse che gli sono mosse; ovvero rinuncia a difendersi in nome della necessità di svolgere appieno la funzione. Praticamente irrealizzabile appare il contemporaneo soddisfacimento delle suddette esigenze.

Sotto diverso profilo, sorge il problema del bilanciamento tra la necessità di tutelare il sereno svolgimento della funzione e il principio di parità di trattamento rispetto alla giurisdizione; principio passibile di mitigazioni solo qualora le situazioni giuridiche che subiscono un trattamento differenziato siano tra loro diverse e la disciplina sia improntata a canoni di ragionevolezza. In mancanza di criteri costituzionali per un possibile coordinamento di tali interessi, ben si comprende come la necessità di un intervento in materia, soprattutto negli ultimi anni, sia apparsa improcrastinabile.

Il rimedio per casi come questo potrebbe essere quello di dare temporanea prevalenza ad una delle due esigenze sul presupposto, appunto, del carattere altrettanto temporaneo del conflitto tra le stesse. Siffatta operazione, ove si risolvesse nel predominio del-

l'interesse allo svolgimento delle funzioni, potrebbe, *prima facie*, far pensare ad una violazione del diritto di difesa. Ma, ad una attenta analisi, condurrebbe a valutazioni opposte: cessata la funzione, il diritto di difesa potrebbe, infatti, ritrovare la sua massima espansione ed il suo titolare avrebbe la possibilità di esercitarlo con il dovuto impegno. L'idea di interrompere temporaneamente l'esercizio dell'inviolabile diritto di difesa, onde consentire al soggetto di esercitare le proprie funzioni al riparo da situazioni che possano influire negativamente sulla qualità del lavoro svolto nell'interesse della comunità, non sembra allora una scelta illogica.

Preso atto della tensione tra i poteri che da decenni anima il Paese e che ha portato alla sostanziale inoperatività del principio di leale collaborazione (l'unico strumento in grado di orientare verso il contemperamento delle suddette esigenze) appare inevitabile interrogarsi circa gli istituti mutuabili dall'ordinamento processuale ed all'uopo utilizzabili.

2. *Il c.d. "Lodo Schifani" ed i suoi profili di illegittimità costituzionale.* – Volgendo lo sguardo al passato non ci si può esimere dal menzionare la L. n. 140 del 2003 (c.d. Lodo Schifani) con cui, oltre a dare attuazione alla riforma costituzionale riguardante le immunità parlamentari, era stato introdotto uno specifico regime con riferimento ai processi nei confronti delle cinque personalità politiche più alte in carica. Il fulcro di tale disciplina era, infatti, costituito dalla previsione della sospensione dei processi penali in corso e dell'improcedibilità per *qualsiasi reato* del Presidente della Repubblica, dei due Presidenti delle Assemblee legislative, del Presidente del Consiglio dei ministri e del Presidente della Corte costituzionale.

Segnatamente, l'art. 1, 1° comma, della legge si occupava della c.d. improcedibilità o, più correttamente, della “non processabilità” operante nel caso in cui i soggetti in questione, durante il periodo di carica, avessero assunto lo *status* di imputato. Ciò per qualsiasi ipotesi delittuosa commessa in ogni tempo, anche prima “dell’assunzione della carica o della funzione, fino alla cessazione delle medesime”. Inoltre, il soggetto beneficiario avrebbe potuto giovare della sospensione anche dopo la cessazione della funzione, se avesse assunto nuovamente la stessa carica o un’altra ricompresa tra le cinque contemplate nell’art. 1, 1° comma, della legge. Tale previsione suscitava molteplici critiche di incostituzionalità, non solo per la sua dubbia compatibilità con il principio di eguaglianza ma anche per la compressione del principio di obbligatorietà dell’azione penale e per la menomazione del diritto della parte civile a far valere la propria pretesa risarcitoria in sede di accertamento penale (art. 24, 1° e 2° comma, Cost.). Si riteneva violato, altresì, il principio di “ragionevole durata del processo” consacrato all’art. 111, 2° comma, Cost.

Cionondimeno la Corte costituzionale, chiamata a valutare la legittimità costituzionale della sospensione in esame, optava per la scelta più asettica: quella di ancorare lo scrutinio di costituzionalità alle sole norme la cui violazione appariva più eclatante, ossia ai soli artt. 3 e 24 Cost. (C. cost. sent. n. 24 del 2004).

Per ciò che concerne la natura giuridica, la sentenza costituzionale n. 24 del 2004 identificava l’oggetto della normativa censurata nella “sospensione del processo penale”, un istituto che si caratterizza per il temporaneo arresto dell’attività processuale e che è privo di una regolamentazione a livello generale, essendo di volta in volta disciplinato in relazione alle (diverse) finalità che s’intendono perseguire. La Consulta operava, inoltre, una suddivisione delle ipotesi di sospensione in quattro categorie. In primo luogo, si richiamava alle sospensioni che si caratterizzano per l’esistenza di una pregiudiziale (costi-

tuzionale, comunitaria, civile, amministrativa, tributaria etc.). Individuava, poi, le sospensioni dovute all’instaurazione di procedimenti incidentali finalizzati ad assicurare la terzietà del giudice o la serenità dello svolgimento del processo (ricusazione e rimessione). Ancora, riconosceva l’esistenza di sospensioni volte a permettere il compimento di atti e comportamenti che possono influire sull’esito del processo (come le ipotesi di sospensione per l’affidamento in prova dell’imputato nel processo minorile e per il compimento delle riparazioni, delle restituzioni e del risarcimento del danno nel processo innanzi al giudice di pace). Infine, considerava le sospensioni che trovano la loro *ratio* in esigenze di natura soggettiva, come quella derivante dall’impossibilità di cosciente partecipazione al processo per l’imputato infermo di mente (C. cost. sent. n. 24 del 2004). Ad avviso della Consulta, la circostanza che le sospensioni, in genere, trovino giustificazione nell’esigenza di assicurare il regolare svolgimento del processo non ostava, di per sé, alla configurabilità, ad opera del legislatore, di altre sospensioni concepite per la soddisfazione di esigenze extraprocessuali. Quindi, premessa la necessità di individuare i presupposti applicativi e le finalità (extraprocessuali) perseguite, la Corte ne ravvisava il presupposto fondamentale nella coincidenza in capo al medesimo soggetto “delle condizioni di imputato e di titolare di una delle cinque più alte cariche dello Stato” e il bene tutelato nell’esigenza di assicurare il “sereno svolgimento delle rilevanti funzioni che ineriscono a quelle cariche” (C. cost. sent. n. 24 del 2004). Tale interesse, in quanto meritevole di tutela, appariva astrattamente passibile di apposita disciplina nel rispetto dei principi fondamentali dello Stato di diritto.

L’illegittimità costituzionale delle disposizioni di cui all’art. 1 della legge era, tuttavia, ricondotta ai caratteri morfologici del meccanismo censurato. Secondo la ricostruzione operata dal supremo giudice, la sospensione introdotta dalla L. n. 140/2003 si caratterizzava, infatti, come “generale, automatica e di

durata non determinata” (C. cost. sent. n. 24 del 2004): *generale*, in quanto copriva qualsiasi condotta delittuosa, posta in essere in ogni tempo, esorbitante dalle attività inerenti alla carica; *automatica*, perché era disposta *ope legis* senza alcun filtro, in qualsiasi momento del processo, e senza possibilità alcuna di valutazione delle situazioni in esso coinvolte; e di *durata* indeterminata, poiché allo *stand by* del processo disposto dalla legge si aggiungeva il rischio che la reiterazione dell’incarico nonché la (anch’essa concreta) possibilità di una investitura in un’altra fra le cinque cariche “protette” rendessero incerto il termine finale del periodo di sospensione. La norma veniva scrutinata alla luce dei due fondamentali paradigmi del principio di eguaglianza e del diritto di difesa. Sotto il primo profilo, la Corte riconosceva come la sospensione *de qua* creasse un regime differenziato riguardo all’esercizio della giurisdizione penale. Ma precisava altresì come tale circostanza di per sé non comportasse una violazione dell’art. 3 Cost., se fosse stata giustificata dalla necessità di tutelare specifici principi costituzionali. Nell’operare un bilanciamento tra gli interessi in gioco, la Corte sottolineava come nel caso sottoposto a scrutinio, a fronte dell’(apprezzabile) interesse di tutelare il sereno svolgimento delle attività connesse alle alte cariche, si ponesse il fondamentale principio di “parità di trattamento rispetto alla giurisdizione” che trova il suo fondamento normativo, a livello costituzionale, nell’art. 24 Cost.; tale principio non può soccombere innanzi alla necessità di assicurare la serenità nell’esercizio delle funzioni, in assenza di adeguati correttivi che ne garantiscano il rispetto. Il *vulnus* all’art. 3 Cost. si configurava, pertanto, con riferimento all’art. 24 Cost. L’automatismo insindacabile della sospensione determinava, infatti, una ingiustificata compressione del diritto di difesa dell’imputato il quale, non potendo rinunciare alla sospensione, si trovava costretto a dovere scegliere tra le dimissioni dalla carica, al fine di ottenere l’accertamento giudiziale, e la prosecuzione dell’incarico con l’imbarazzo di un’imputazione paralizzante.

Parimenti, la parte civile, eventualmente costituitasi nel processo penale contro una delle alte cariche, si trovava anch’essa costretta a dover subire la sospensione *ex art. 75, 3° comma, c.p.p.* vedendosi sottratta la possibilità di esercitare il proprio diritto al risarcimento e non potendo neppure revocare la costituzione stante la necessità, *ex art. 82 c.p.p.*, che tale revoca avvenga in udienza, ossia nell’ambito di quella fase processuale inibita dalla sospensione. L’automatismo che connotava la disciplina in esame determinava, dunque, un’inevitabile menomazione dei diritti di azione e di difesa rispettivamente della parte civile e dell’imputato, con conseguente incompatibilità con le garanzie di cui all’art. 24 Cost.; menomazione legata anche all’indefinito allungamento dei tempi del processo. Il che chiamava in causa, sotto diversi profili, anche il novellato art. 111 della Costituzione.

Un ulteriore contrasto con il principio di eguaglianza si ravvisava nel fatto che la stessa disciplina si applicava a cariche diverse, non solo per le fonti di investitura ma anche per la natura delle funzioni, e che veniva operata una ingiustificata distinzione tra la posizione dei presidenti di tali organi e quella dei soggetti che ne fanno parte quali semplici membri.

La questione, tuttavia, appariva fondata solo con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost.

Parametrando la diagnosi di incostituzionalità esclusivamente a tali norme, la Corte, infine, reputava “assorbito ogni altro profilo di illegittimità costituzionale”.

3. *La sospensione dei processi secondo il Lodo Alfano.* – L’istituto della sospensione, riproposto con la L. n. 124/2008, rappresenta, quantomeno ad un primo approccio, il frutto dell’accoglimento dei principi espressi nella sentenza n. 24 del 2004. La disciplina espunta è riaffiorata attraverso la medesima fonte giuridica, ossia la legge ordinaria. Del resto, la Corte costituzionale, contrariamente alle conclusioni cui era giunta una parte della dottrina, non aveva reputato la materia necessitante una doppia lettura del testo di legge ad opera dei due rami del Parlamento. O

meglio, non si era addentrata nei meandri di siffatta questione, anche in ragione del fatto che nell'ordinanza di rimessione non era stata espressamente sollevata questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 138 Cost.

L'unico articolo del quale si compone la legge esordisce con una clausola di salvezza (presente anche nella precedente L. n. 140/2003) che evidenzia il carattere residuale della disciplina contenuta nella novella rispetto alle disposizioni costituzionali che si occupano dei reati commessi da alcune delle alte cariche dello Stato ed in particolare dal Presidente della Repubblica (art. 90 Cost.) e dal Presidente del Consiglio (art. 96 Cost.).

Rispetto alla precedente disciplina dichiarata incostituzionale, appare ridotta la rosa dei destinatari del meccanismo sospensivo, essendo scomparso dal novero dei beneficiari il Presidente della Corte costituzionale. È questa la prima risposta del legislatore ai rilievi mossi dalla Consulta nella pronuncia del 2004 ed, in particolare, al rilievo concernente il preteso *vulnus* al fondamentale principio di eguaglianza per il fatto dell'inclusione, tra le cariche protette dalla sospensione, del Presidente della Corte costituzionale; l'unico che, quanto a fonte di investitura ed a natura delle funzioni, appariva divergere dalle altre cariche. Queste ultime, infatti, trovano legittimazione in via diretta o indiretta nella volontà popolare e sono chiamate a svolgere funzioni (se non esclusivamente, anche) di natura politica.

Per ciò che concerne l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina, la sospensione opera solo nei processi penali e non anche nei procedimenti. È poi prevista la possibilità, per l'imputato, di rinunciare alla sospensione. Sempre nell'ottica di tutelare il diritto di difesa, sotto il particolare profilo del diritto alla prova, il legislatore del 2008 inserisce, al 3° comma dell'art. 1, la possibilità per il giudice di assumere, secondo gli schemi processuali dettati dagli artt. 392 e 467 c.p.p., le "prove non rinviabili". In ossequio al principio di parità delle parti, la disposizione è posta a presidio del diritto alla prova sia del-

l'imputato che della parte civile al fine di salvaguardare il diritto alla formazione delle prove nel processo sospeso. Tale previsione rappresenta uno degli elementi di novità introdotti su indicazione della più avveduta dottrina la quale, sotto la vigenza del lodo Schifani, aveva evidenziato la discrasia rispetto alle altre ipotesi di sospensione che fanno salva la possibilità di compiere "atti urgenti". Il 3° comma dell'art. 1 subordina la possibilità di assunzione delle prove non rinviabili alla circostanza che "ne ricorrano i presupposti".

La disciplina prosegue al 4° comma dove, con rinvio all'art. 159 c.p., si stabilisce che la sospensione del processo determina la sospensione del corso della prescrizione. Viene, inoltre, espressamente esclusa la possibilità di una sua reiterazione, anche qualora il soggetto beneficiario assuma successivamente una carica o una funzione diversa da quella nei cui confronti aveva operato la sospensione.

Infine, vi è la possibilità, riconosciuta alla parte civile costituita nel processo penale, di trasferire l'azione civile nella sede sua propria e di beneficiare di una riduzione della metà dei termini di comparizione e di una priorità nell'ordine di trattazione delle cause. Anche sotto tale profilo si è tentato di correggere le insufficienze denunciate dal giudice delle leggi con riferimento al diritto di difesa della parte civile, che sarebbe stato leso se, una volta trasferita l'azione risarcitoria in sede civile, avesse dovuto subire la sospensione di cui all'art. 75, 3° comma, c.p.p.

Malgrado i correttivi introdotti, anche il lodo Alfano, come la precedente legge, ha immediatamente posto l'interprete innanzi al quesito circa la natura giuridica del meccanismo sospensivo ivi previsto. Secondo un primo approccio, la nuova sospensione, al pari di quella già scrutinata dalla Corte, rappresenta una vera e propria immunità, nella specie un'immunità extrafunzionale di natura processuale. Tale conclusione si trae, in primo luogo, dalla clausola di salvezza con cui apre il 1° comma dell'art. 1, L. n. 124/2008, riferita ai casi previsti dagli artt. 90 e 96 Cost. ed all'immunità funzionale di natura processua-

le riconosciuta ai soggetti in questione. Il richiamo a tali articoli pare contenere l'implicita ammissione che la materia oggetto di disciplina sia sempre un'immunità, seppur di natura processuale e riferita a reati extrafunzionali. In tale prospettiva, si è posta la questione della fonte normativa prescelta.

Altre posizioni, partendo da una "fedele" lettura della sentenza n. 24/2004, sono giunte ad escludere che la sospensione in oggetto s'identifichi con un'immunità. E ciò sulla base di un duplice ordine di ragioni, desumibili dalla suddetta sentenza: in *primis*, sul rilievo che in quell'occasione la Corte optò per l'inquadramento del meccanismo introdotto con la L. n. 140/2003 all'interno del sistema delle sospensioni processuali, pur precisando che, a differenza delle altre ipotesi di sospensione, quella rivolta alle alte cariche era finalizzata alla soddisfazione di esigenze esterne al processo; e, in secondo luogo, sulla circostanza che non si escluse la possibilità che una legge ordinaria potesse regolamentare siffatta materia.

Nonostante il *restyling* della disciplina ad opera del legislatore del 2008, i diversi dubbi in ordine alla compatibilità del nuovo assetto con i principi costituzionali hanno determinato un nuovo intervento del giudice delle leggi.

La previsione della facoltà di rinunciare alla sospensione, se da un lato ha colmato le insufficienze denunciate dalla Corte con riferimento al carattere automatico della precedente sospensione, dall'altro la connota alla stregua di un beneficio volto a tutelare più il soggetto che la funzione. La rimessione al solo imputato della scelta circa l'operatività della sospensione, configura (paradossalmente) un automatismo analogo a quello censurato dal giudice delle leggi, seppur caratterizzato da una diversa forma. Tale impressione trova conferma nell'assenza di qualsivoglia margine di apprezzamento delle "peculiarità dei casi concreti" da parte del giudice, circostanza quest'ultima che, peraltro, la Corte costituzionale aveva reputato necessaria (C. cost. sent. n. 24 del 2004).

La sospensione di cui alla L. n. 124, inoltre,

continua ad essere caratterizzata da quella *generalità* che il giudice delle leggi aveva riscontrato nella precedente disciplina; e ciò in quanto copre tutti i reati siano essi funzionali o extrafunzionali, in qualunque epoca commessi. Tale circostanza le conferisce un carattere del tutto singolare attribuendo ai soggetti che ne beneficiano delle garanzie di fatto più ampie di quelle che la Costituzione riconosce ai membri del Parlamento. Ed infatti, pur negandone la natura di immunità in senso proprio, non si può fare a meno di notare come il risultato pratico che scaturisce dalla prevista sospensione sia quello di attribuire ai soggetti in questione un'esonazione (seppur temporanea) dalla giurisdizione penale più ampia di quella prevista per i parlamentari. Sarebbe stato, inoltre, opportuno escludere quantomeno i reati per i quali è ammesso l'arresto in flagranza, dal momento che, qualora vi sia coincidenza soggettiva tra la carica ricoperta e qualità di parlamentare, si configurerà l'ulteriore inspiegabile fenomeno dell'operatività dell'arresto obbligatorio ai sensi dell'art. 380 c.p.p. seguito dalla successiva sospensione del procedimento all'atto del promovimento dell'azione penale. Ulteriore dubbi si profilano in relazione all'art. 111, 2° comma, Cost., ossia al principio della ragionevole durata del processo. La stessa Corte costituzionale, oltre che nel suo intervento del 2004, ha in più occasioni evidenziato lo stretto legame tra i tempi del processo e l'effettività dell'esercizio della giurisdizione.

Il congelamento dell'accusa vulnera certamente il diritto di difesa dell'imputato. Non meno rilevante è il richiamo all'art. 6 C.e.d.u. e al riconoscimento del diritto di ogni persona a "che la sua causa sia esaminata imparzialmente, pubblicamente ed in un tempo ragionevole". Sotto tale profilo il lodo si espone al rischio di censure anche da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. Ma la sospensione *de qua* incide pesantemente anche sul principio di concentrazione delle fasi processuali, logico corollario del più generale principio di ragionevole durata del processo. Principio che esige la riduzione

al minimo dello iato temporale tra la fase di acquisizione delle prove e quella della loro verifica in dibattimento. E ciò al precipuo scopo di mettere l'organo giudicante nelle condizioni necessarie per l'emissione di una sentenza giusta.

Anche il principio di obbligatorietà della legge penale appare minato dalla disciplina in esame, in quanto irragionevolmente derogato nei casi di sospensione. In relazione a tale aspetto viene altresì in gioco il principio di eguaglianza che, inteso nella sua accezione sostanziale, rappresenta il presupposto su cui affonda le radici lo stesso art. 112 Cost.

4. (*segue*) *L'assunzione di prove non rinviabili.* – Altra questione problematica è quella che concerne la possibilità di assunzione di prove non rinviabili secondo i presupposti indicati negli artt. 392 e 467 c.p.p. Tale previsione, di per sé condivisibile, solleva ulteriori dubbi nella misura in cui pone l'interprete innanzi l'interrogativo circa la sorte delle prove già assunte. Ed invero, ove sia stata già svolta attività istruttoria, si verifica una situazione analoga a quella, non affatto infrequente, di mutamento della persona del giudice nel corso del dibattimento. In mancanza di un'apposita previsione per tali eventualità dovrebbe ritenersi consentita un'interpretazione analogica della disciplina generale secondo cui il consenso delle parti all'utilizzazione delle prove assunte innanzi al precedente giudice o il carattere irripetibile degli atti formati anteriormente esclude la configurabilità della nullità assoluta *ex* art. 525, 2° comma, c.p.p.; pena la violazione del principio di non dispersione dei mezzi di prova, principio che, come sostenuto dalla Corte costituzionale in un recente intervento (C. cost. ord. n. 67 del 2007), "permea il processo penale in quanto finalizzato all'accertamento della verità". Occorre, tuttavia, riconoscere come la violazione di tale principio sia comunque insita nel fatto che, almeno nei casi di prova testimoniale, il contributo all'accertamento dei fatti non potrà essere il medesimo se il teste viene sentito quando sia cessata la sospensione, ossia a distanza di parecchi anni dal fatto.

Infine, l'attribuzione alla parte civile della facoltà di trasferire l'azione risarcitoria in sede civile non arrecherà alcun vantaggio pratico se non le è consentito utilizzare nella diversa sede le prove già assunte, rivelandosi una previsione priva di effettività. Ed infatti nella legge non v'è traccia di una simile possibilità, né in tal caso appare praticabile un'operazione interpretativa analogica che conduca ad un simile risultato.

5. *Lo strumento normativo: è necessaria la legge costituzionale.* – Anche il Lodo Alfano, come detto, è stato tempestivamente sottoposto al vaglio della Corte costituzionale. I giudici remittenti hanno denunciato l'incompatibilità del meccanismo sospensivo con una pluralità di disposizioni costituzionali. Nel merito, la prima questione che investe la Corte è quella relativa alla pretesa violazione dell'art. 136 Cost. A tale riguardo, nell'ordinanza di rimessione viene rilevato il contrasto della sospensione con gli artt. 3 e 136 Cost. nella misura in cui, continuando ad operare una indebita distinzione tra Presidenti delle due Camere e i loro componenti, contravviene alle indicazioni contenute nella sentenza del 2004.

Nell'escludere una possibile violazione del giudicato costituzionale, la Corte accoglie le prospettazioni della difesa della parte privata, che ha sottolineato come le novità introdotte dalla legge facciano della sospensione *de qua* un istituto diverso dal suo precedente normativo. Così, la rinunciabilità della sospensione, la sua non reiterabilità, la tutela dei diritti della parte civile sono tutti elementi di novità che differenziano la nuova sospensione da quella che ha formato oggetto della precedente declaratoria di illegittimità costituzionale. Tali elementi, però, pur dimostrando l'ossequio del legislatore del 2008 verso la sentenza n. 24/2004, non appaiono sufficienti ad escludere l'illegittimità costituzionale della disciplina censurata dai giudici remittenti. La Consulta individua, infatti, ulteriori insufficienze derivanti non tanto (o non più) dai caratteri della disciplina scrutinata, ma dalla sua natura giuridica. La sospensione dei processi reintrodotta dalla

L. n. 124 del 2008 persegue il medesimo scopo di quella colpita dalla declaratoria di illegittimità costituzionale, ossia quello di soddisfare esigenze extraprocessuali. Tali esigenze, oggi come allora, consistono nella “protezione della serenità dello svolgimento delle attività connesse alle alte cariche in questione”. L’identità di *ratio* tra le due discipline non è scalfita dalla previsione della possibilità di rinunciare e dalla sua non reiterabilità. Contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa della parte privata, tali elementi non elidono il nesso con la funzione a vantaggio dell’esigenza di tutelare il diritto di difesa dell’imputato. Con particolare riferimento alla negata reiterabilità, la Corte reputa tale argomentazione priva di efficacia dimostrativa sia rispetto all’asserita esigenza di tutela della difesa dell’imputato che a quella di tutela della funzione. Ed invero, in caso di riassunzione della carica nessuna delle due esigenze verrebbe intaccata. A conferma della succitata *ratio* la Corte richiama la relazione al disegno di legge in cui, mentre non vi è menzione del diritto di difesa, emerge invece la *voluntas legis* di apprestare un adeguato strumento per la tutela dei principi di “continuità e regolarità nell’esercizio delle più alte funzioni pubbliche”.

Vi sono, poi, due ulteriori ordini di ragioni che escludono l’asserita finalità di tutela del diritto di difesa. Se la disposizione censurata avesse davvero avuto lo scopo di tutelare il diritto di difesa “avrebbe dovuto applicarsi a tutti gli imputati che, in ragione della propria attività, abbiano difficoltà a partecipare al processo penale”. Configurata come una presunzione assoluta di legittimo impedimento giustificata dalla circostanza di rivestire una determinata carica, la sospensione *de qua*, inoltre, appare irragionevole nella misura in cui opera sempre e comunque senza possibilità per il giudice di effettuare alcun sindacato sull’effettiva sussistenza dell’impedimento. Il processo andrebbe, allora, sospeso anche quando non vi sia necessità di tutelare siffatto diritto, come nei casi di assenza di un effettivo impedimento. Inoltre la previsione si risolve in un inutile doppione ri-

spetto ad un istituto già compiutamente disciplinato dall’ordinamento processuale: il legittimo impedimento a comparire dell’imputato, appunto. Una simile previsione non era necessaria, atteso che la tutela del diritto dell’imputato impossibilitato ad apprestare un’adeguata difesa in ragione della carica ricoperta è stata più volte ammessa dalla stessa Corte. La sospensione di cui alla L. n. 124/2008 realizza una disparità di trattamento nell’esercizio della giurisdizione differenziando i soggetti beneficiari da tutti quei cittadini che, in ragione dello svolgimento di altre funzioni pubbliche o, comunque, di funzioni che concorrono al progresso materiale e spirituale della società (art. 4 Cost.), non si possono avvalere del beneficio in oggetto. Da qui la necessità che una simile deroga avvenga con legge costituzionale. Così configurata, la sospensione in esame dà vita ad una vera e propria prerogativa. Una nuova immunità che, inaccettabilmente, si viene ad affiancare a quelle previste dalla Costituzione (C. cost., sent. n. 262 del 2009).

Si profila, dunque, l’abbandono dell’opzione accolta nella sentenza n. 24/2004 a favore dell’inquadramento della disciplina nell’alveo delle sospensioni. Secondo la Consulta le novità apportate dal legislatore del 2008 configurano una disciplina diversa da quella precedentemente espunta ed introducono un’immunità. E ciò in quanto, in primo luogo, la sospensione non determina una sottrazione alla giurisdizione ovvero un’inibizione dell’esercizio dell’azione penale, ma soltanto un (seppur lungo) differimento del processo; e, in secondo luogo, in ragione del fatto che accanto all’interesse al sereno svolgimento della funzione il legislatore si propone di tutelare, in chiave di bilanciamento, anche il diritto di difesa dell’imputato.

Tale ultima osservazione, tuttavia, non convince: la centralità del diritto di difesa va ricercata nella previsione, in capo all’imputato, della facoltà di rinunciare alla sospensione. Facoltà che la stessa Corte aveva ritenuto necessaria nell’ambito di una disciplina che, pur essendo diretta alla protezione della funzione, non poteva ignorare l’immanente ne-

cessità di rispettare un diritto fondamentale quale è il diritto di difesa (C. cost., sent. n. 24 del 2004). Ma anche a voler negare un *voluntas legis* esplicita in tal senso, la conclusione non muta. Ed invero, la tutela del diritto di difesa, anche sotto la forma del bilanciamento con altri valori, è insita in qualsiasi norma processuale che non voglia incorrere in una declaratoria di illegittimità costituzionale, a prescindere da una più o meno espressa intenzione del legislatore (v. per tutti C. cost., ord. n. 112 del 2007 in cui la Corte riconosce la prevalenza del diritto di difesa anche rispetto al diritto ad essere giudicati). Così intesa, la sospensione di per sé non costituirebbe materia preclusa al legislatore ordinario. Il codice di rito contempla diverse ipotesi di sospensione del processo. Si pensi all'art. 71 che prevede la possibilità di congelare il processo nei casi di incapacità dell'imputato a prendervi parte coscientemente; all'420 *ter* concernente il legittimo impedimento a comparire dell'imputato; all'art. 519, 2° comma, che consacra una delle principali espressioni di esercizio del diritto di difesa, ossia la facoltà di chiedere un termine per la difesa in caso di nuove contestazioni in dibattimento. Ancora, la possibilità, attribuita al titolare, di disporre della sospensione attraverso la rinuncia, oltre che a presidio del diritto di difesa, si pone a tutela del *munus publicum* nella misura in cui permette al soggetto che decida di beneficiarne di dedicarsi all'esercizio della funzione, libero da impegni personali. Le relative valutazioni, invero, devono essere appannaggio del solo soggetto interessato, l'unico che (con l'ausilio difensore) può sapere quanto le vicende personali possano distoglierlo dai doveri istituzionali.

Se così è, occorre rilevare che, ferma restando l'inidoneità della fonte utilizzata, una disciplina della materia era (ed è ancora) necessaria.

La pretesa violazione del principio di eguaglianza insita nella diversità di trattamento rispetto ai soggetti che parimenti svolgono funzioni pubbliche, da una lato, e rispetto ai componenti degli organi presieduti dai be-

neficiari della sospensione, dall'altro, se può giustificare la necessità di un intervento con legge costituzionale, non può rappresentare un'argomentazione a favore dell'inquadramento della disciplina nella categoria delle immunità. In primo luogo, perché anche in questo caso "si invertono i termini": è innegabile che tutte le immunità rappresentano una deroga al principio di eguaglianza, sotto il profilo della parità di trattamento rispetto alla giurisdizione, ma ciò non autorizza a ritenere che tutte le eccezioni al principio di eguaglianza si risolvano per ciò solo in nuove prerogative. Ed in secondo luogo, perché una diversità di trattamento in tali casi appare legittima in considerazione del fatto che le cariche in questione svolgono delle funzioni diverse e certamente più impegnative rispetto ai componenti degli organi che presiedono. A ciò si aggiunga che i valori in gioco, sebbene diversi, sono dello stesso peso di quelli tutelati dal legislatore ordinario con riferimento all'insindacabilità delle opinioni espresse dai membri del CSM.

I rilievi svolti, tuttavia, non mirano tanto a sostenere la legittimità dell'utilizzo della legge ordinaria, quanto piuttosto a dimostrare che le ragioni dell'incostituzionalità andavano ricercate altrove. Pur sostenendo la tesi che esclude la natura di immunità, permangono, infatti, dei profili di irragionevolezza nella disciplina espunta. Dalle analogie riscontrabili con la disciplina dei reati ministeriali, contemplata all'art. 96 Cost. ed attuata con la legge cost. n. 1 del 1989, riemerge il problema della fonte utilizzata. Problema che assume dei contorni ancora più consistenti se si considera che i reati ministeriali sono, per definizione, commessi nell'esercizio delle funzioni, laddove i reati coperti dalla sospensione possono non presentare alcun legame con lo svolgimento della funzione. Residuano, dunque, dei dubbi circa l'attitudine della legge ordinaria ad intervenire in *subiecta materia*. E ciò in quanto appare contrario ai canoni di ragionevolezza ammettere l'intervento delle legge ordinaria per disciplinare una materia che rappresenta un'integrazione degli artt. 90 e 96 Cost.; integrazione

ne che, giova ribadirlo, con riferimento all'art. 96 è avvenuta con legge costituzionale. A ciò va poi aggiunto che con riguardo ai Presidenti dei due rami del Parlamento non si ravvisa tale (indebita) integrazione configurandosi una siffatta previsione come del tutto "nuova" nel quadro delle disposizioni a tutela del sereno svolgimento delle funzioni. È probabilmente questo il limite insormontabile della disciplina scrutinata dalla Corte. Ed invece (si potrebbe aggiungere "anche questa volta") attraverso il ricorso al principio dell'assorbimento la Corte ha evitato di addentrarsi in tale questione. In tal modo resta aperto il problema dei criteri che il legislatore costituzionale dovrà seguire qualora voglia intervenire reintroducendo simili meccanismi.

6. *Il legittimo impedimento come istituto alternativo al meccanismo della sospensione.*

– Un istituto cui si è sovente pensato di far ricorso, al fine di contemperare la necessità di assicurare lo svolgimento delle funzioni con l'esigenza di garantire l'esercizio del diritto di difesa, è il legittimo impedimento a comparire, previsto in via generale dall'art. 420 *ter* c.p.p. ed interpretato alla luce dei plurimi interventi della Corte costituzionale con riferimento alla posizione del parlamentare.

Tra tali interventi, non ci si può esimere dal richiamare la sentenza n. 225 del 2001 dove, pur riconoscendo che la posizione dell'imputato resta disciplinata dalle regole generali del processo penale e che la valutazione circa l'assolutezza dell'impedimento addotto è rimessa al giudice penale, la Consulta afferma che la suddetta valutazione va effettuata con riferimento a tutti i diritti e i doveri funzionali (e non solo in relazione alle votazioni in assemblea) (C. cost., sent. n. 225 del 2001). Nel compiere tale valutazione, il giudice non potrà dare prevalenza alla necessità di portare a termine i procedimenti penali, ma potrà solo evidenziare la stasi processuale che gli impedimenti adottati determinano. Ove si configurino un'aprioristica esclusione dell'assolutezza dell'impedimento, sulla supposta prevalenza delle esigenze di speditezza del

processo, si determina una lesione dell'istituzione parlamentare. Nell'applicazione delle regole generali sull'impedimento a comparire, il giudice deve contemperare adeguatamente i valori in gioco, ossia le esigenze inerenti al regolare esercizio della giurisdizione e quelle riguardanti le attribuzioni dell'organo parlamentare, attraverso una congrua motivazione sul punto.

Nella successiva sentenza n. 451 del 2005 il giudice delle leggi va oltre. Dopo aver ribadito quanto affermato nel 2001, e in particolare che "la posizione dell'imputato membro del Parlamento di fronte alla giurisdizione penale non è assistita da speciali garanzie costituzionali, salvo quelle (estranee al caso di specie) stabilite dall'art. 68 Cost., per cui – al di fuori di queste ipotesi – per l'imputato parlamentare operano le generali regole del processo, con le relative sanzioni e gli ordinari rimedi processuali"; e sottolineato che ove l'imputato adduca l'impedimento a partecipare al processo, motivato dalla necessità di prender parte ai lavori parlamentari, si può determinare una interferenza tra le esigenze di efficienza della giurisdizione e le esigenze di tutela delle attribuzioni parlamentari, la Corte afferma che "il giudice non può limitarsi ad applicare le regole generali del processo in tema di onere della prova del legittimo impedimento dell'imputato, incongruamente coinvolgendo un soggetto costituzionale al processo stesso, ma ha l'onere di programmare il calendario delle udienze in modo da evitare coincidenze con i giorni di riunione degli organi parlamentari" (C. cost., sent. n. 451 del 2005). Per ciò che concerne la prova della sussistenza dell'impedimento, affermando che il giudice non può limitarsi all'utilizzo di motivazioni di tipo processuale che non tengono conto delle attribuzioni parlamentari, la Corte pare ritenere sufficiente, ai fini della sussistenza dell'impedimento, la mera allegazione della circostanza che lo giustifica ed escludere il potere del giudice di sindacarne la congruenza.

Da simili esiti interpretativi sembra doversi dedurre che l'impedimento del parlamentare

motivato dalla necessità di partecipare ai lavori dell'assemblea di appartenenza sia supportato da una presunzione (relativa) di legittimità.

Ravvisare in capo al giudice una sorta di dovere di conformazione del calendario delle udienze all'attività che, presumibilmente, impegnerà il parlamentare presso l'assemblea di appartenenza, lascia intravedere il rischio di una subordinazione dei fini propri della funzione giurisdizionale all'arbitrio dell'imputato. In tal modo, si potrebbe agevolmente ravvisare un odioso privilegio, il quale peraltro non conserverebbe alcun legame con le prerogative di cui all'art. 68 Cost.

7. Temporanea presunzione assoluta di legittimità dell'impedimento: una soluzione praticabile? – Sulla scorta degli interventi del giudice costituzionale, la più recente produzione normativa ha dato alla luce una legge, di iniziativa parlamentare, sul legittimo impedimento con cui (L. 7 aprile 2010, n. 51 recante “Disposizioni in materia di impedimento a comparire in udienza”), attraverso l'aggiunta di un comma 5 *bis* in seno all'art. 420 *ter* c.p.p., è stata introdotta una presunzione di legittimità dell'impedimento a comparire addotto dal Presidente del Consiglio o da un Ministro che partecipano al giudizio in qualità di imputati. In assenza di specifiche precisazioni, è da ritenere che il termine del differimento sia quello “ordinario”, ossia quello determinato ai sensi dell'art. 159, 1° comma, n. 3), c.p. Si dispone che la durata del rinvio possa arrivare fino a sei mesi, se l'impedimento è continuativo, è legato allo svolgimento delle funzioni di cui alla legge ed è appositamente attestato da parte della Presidenza del Consiglio dei ministri.

Ovviamente è prevista anche la sospensione del corso della prescrizione.

La parte interessata ha il precipuo onere di proporre formale richiesta di differimento con indicazione delle circostanze che la supportano, non essendo configurata la possibilità di disporre il rinvio d'ufficio.

L'obiettivo perseguito, ossia il contenimento delle opposte esigenze di consentire le indagini anche nei confronti di soggetti che

rivestono cariche politiche e di permettere lo svolgimento delle funzioni proprie della carica politica senza il rischio di interferenza da parte dell'autorità giudiziaria, sarebbe stato meglio perseguito attraverso una legge costituzionale piuttosto che con una legge ordinaria. Nella probabile consapevolezza di tale circostanza, la legge ha natura transitoria, essendo le sue norme destinate ad operare in attesa dell'approvazione di una legge costituzionale contenente la disciplina organica delle prerogative del Presidente del consiglio e dei Ministri, in conformità alle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale nel suo recente intervento demolitivo; è pertanto stabilito che la legge abbia efficacia non oltre 18 mesi dalla data della sua entrata in vigore.

Com'è noto, il carattere assoluto dell'impedimento costituisce, nella disciplina ordinaria, oggetto di specifica valutazione ad opera del giudice, tant'è che in caso di rigetto dell'istanza la giurisprudenza richiede una motivazione “adeguata, logica e corretta” non reputandosi sufficiente “una qualsivoglia motivazione che illustri il giudizio negativo formulato circa la dedotta impossibilità a comparire” (Cass., Sez. I, 18 maggio 2004, Petovello, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2005, 60; Cass., Sez. II, 22 aprile 1999, Damasco, in *Cass. Pen.*, 2000, 651; Cass., Sez. III, 14 gennaio 1998, Cannata, *ivi*, 1999, 1835).

Nella legge in epigrafe “l'assoluta impossibilità di comparire” di cui al 1° comma dell'art. 420 *ter* è, invece, presunta, e tale presunzione trova fondamento nella mera “autocertificazione” operata dalla Presidenza del Consiglio dei ministri. La causa che ha dato vita a tale impedimento quindi non costituisce oggetto di specifico accertamento da parte del giudice. L'unico sindacato che residua in capo a codesto organo è quello concernente la verifica delle ipotesi, richiamate dalla stessa legge, che supportano l'istanza. Tali peculiarità connotano la disciplina alla stregua di una presunzione assoluta.

Inoltre, si esclude l'applicabilità della disciplina ai processi per reati funzionali; il che alimenta un'ulteriore perplessità. Ed infatti, oltre a far sorgere i medesimi dubbi eviden-

ziati con riferimento alla pressoché analoga previsione contenuta nelle due leggi Schifani ed Alfano, si prospetta la (paradossale) possibilità di ottenere un rinvio per legittimo impedimento in un processo che vede il Presidente imputato per un reato comune e la preclusione ad una simile richiesta in caso di procedimenti per un reato funzionale.

Pur comportando una mera integrazione di un istituto processuale, quale è il legittimo impedimento, il provvedimento in epigrafe appare porsi in contrasto con l'art. 3 della Costituzione. La necessità di salvaguardare il principio di parità di trattamento rispetto alla giurisdizione emerge in misura maggiore, infatti, con riferimento a quelle norme che derogano alla disciplina dei reati comuni, giacché nel caso di reati funzionali le deroghe sono compiutamente disciplinate da una legge costituzionale (Legge costituzionale n. 1 del 1989). L'evidente *vulnus* all'art. 3 Cost. è, inoltre, rafforzato dal fatto che la deroga avviene attraverso la configurazione di un meccanismo automatico, non dissimile a quello congeniato in tema di sospensione dei processi, che determina un inaccettabile svuotamento del ruolo del giudice, spogliato della facoltà di sindacare la legittimità dell'impedimento addotto, con ulteriori conseguenze sui tempi del processo e sulle garanzie del contraddittorio.

Infine, anche in questo caso, manca una disciplina che, in conformità alle altre ipotesi di sospensione del processo, preservi l'eventuale compimento di atti urgenti o comunque non rinviabili, con incerti risvolti in tema di diritto alla prova.

L'introduzione di un impedimento totale e assoluto all'esercizio della funzione sovrana della giustizia di cui all'art. 101 della Carta fondamentale pare, altresì, alterare irragionevolmente il bilanciamento tra i poteri dello Stato, annullando il potere del giudice di sindacare la legittimità dell'impedimento. Inoltre, la presunzione assoluta *ex lege* di legittimità per un lungo periodo equivale ad una prerogativa che (eventualmente) potrebbe essere stabilita solo con una legge costituzionale. Ancora, l'ampiezza dell'elenco

degli impedimenti che si presumono legittimi, contenuto nell'art. 1 della legge, e l'inclusione tra le ipotesi di impedimento anche "delle relative attività preparatorie e consequenziali, nonché di ogni attività comunque coesistente alle funzioni di Governo" conferisce alla normativa un carattere *generalizzato*. Quello stesso carattere che la Corte, nella sentenza n. 24 del 2004, ha ritenuto integrare una delle ragioni dell'incostituzionalità della sospensione per le alte cariche introdotta dalla L. n. 140/2003.

Non va poi sottovalutata la fallacia insita nel dichiarato carattere temporaneo della legge. Ed infatti, la previsione contenuta nell'art. 2, secondo cui la durata di diciotto mesi è funzionale a consentire la realizzazione di una riforma costituzionale che disciplini compiutamente le prerogative del Presidente del Consiglio dei ministri e dei Ministri, conferma che la *ratio* dell'intervento-ponte è quella di introdurre una temporanea disciplina derogativa del dettato costituzionale.

Malgrado l'automatica sospensione del termine prescrizione, è evidente come il trascorrere del tempo produca comunque degli effetti negativi sul processo, sbiadendo i ricordi del giudice e comportando il rischio che, cessata la sospensione, l'organo giudicante non sia costituito dalla stessa (o dalle stesse) persona. Tali circostanze, non solo mortificano i principi di oralità e concentrazione ma, minano anche la ragionevole durata del processo, rendendo incombente il pericolo della prescrizione. Basti pensare che un mutamento della persona del giudice nelle more della sospensione consegna alla difesa un'arma, quale è quella del rifiuto di prestare il consenso all'utilizzazione del materiale probatorio assunto dal diverso giudice, che, in presenza di una scarsa probabilità di assoluzione, alimenta la speranza dell'estinzione del reato per intervenuta prescrizione.

Il bilanciamento tra il sereno svolgimento delle funzioni pubbliche e l'esercizio della giurisdizione viene sottratto al controllo del giudice ed aprioristicamente regolato dal legislatore a vantaggio delle funzioni svolte dai membri del Governo.

Il ruolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nei procedimenti di estradizione con gli Stati Uniti d'America: il caso Abu Hamza di *Eleonora Fonseca*

La Quarta Sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo il 6 luglio 2010 ha sospeso l'estradizione verso gli Stati Uniti d'America, dal Regno Unito, per gli estradandi Babar Ahmad, Haroon Rashid Aswat, Syed Tahla Ahsan e Abu Hamza. I ricorsi da loro presentati dinanzi alla Corte, lamentavano il fatto che la concessione della loro estradizione da parte del Governo britannico era in violazione degli artt. 3, 5, 6, 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Per arrivare a tale decisione, la Corte ha sicuramente intrapreso una strada lunga e complessa ma, il non intraprendere una strada più semplice ha portato ad una soluzione che riconfigurerà il futuro dei rapporti in materia di cooperazione penale tra l'Unione Europea e gli Stati Uniti d'America.

Occorre necessariamente entrare nel merito della causa per poter comprendere a pieno i termini della risoluzione, la conoscenza limitata alle mere questioni di diritto non permette di apprezzare la totalità della pronuncia della Corte. Di conseguenza, la lettura della sentenza passa sostanzialmente attraverso tre analisi: i fatti riportati dalle parti, le fonti normative e gli istituti processualpenalistici che vengono richiamati per la disamina della questione e le conclusioni, lungimiranti, della Corte.

All'origine della questione vi sono tre domande, la prima domanda è stata presentata da due cittadini britannici, Babar Ahmad e Haroon Rashid Aswat denominati nel corso della sentenza rispettivamente il primo ed il secondo ricorrente. La seconda domanda è stata presentata dal Syed Tahla Ahsan ovvero il terzo ricorrente, mentre la terza ed ultima domanda proviene invece da Mustafa Kamal Mustafa detto Abu Hamza ed individuato come il quarto ricorrente. La nazionalità dell'ultimo ricorrente citato, al momento

della decisione della Corte e per tutto l'anno 2010 sarà oggetto di un procedimento dinanzi i tribunali inglesi; il Governo intende privarlo della sua cittadinanza britannica ma l'imputato sostiene di essere stato privato anche della nazionalità egiziana: questo passaggio non è di poco conto perché il Governo degli Stati Uniti ha emesso una nota diplomatica riguardo ad Abu Hamza dove viene garantito che una volta estradato, se verrà condannato o comunque se egli lo richiederà potrà essere restituito al Regno Unito e tale condizione potrebbe essere deviata dal fatto che nel caso in cui egli venisse privato della cittadinanza britannica il Regno Unito non avrebbe più alcun obbligo nei confronti della sua estradizione ed egli potrebbe essere consegnato ad altri Paesi al di fuori del circuito europeo.

Gli Stati Uniti hanno emesso nei confronti di tutti loro dei mandati di cattura aventi ad oggetto accuse di terrorismo. In particolare, le indagini effettuate dalle Autorità statunitensi e le conseguenti imputazioni seguono due strade. La prima serie di fatti viene imputata al primo ed il terzo ricorrente mentre la seconda serie invece, riguarda il secondo ed il quarto ricorrente.

Al primo ricorrente si contesta: cospirazione per fornire supporto materiale ai terroristi, fornitura di supporto materiale ai terroristi, cospirazione per uccidere, rapire, mutilare o ferire persone o danneggiare la proprietà in un Paese straniero e riciclaggio di denaro; le accuse contro il terzo ricorrente sono le medesime tranne che il reato di riciclaggio di denaro. Per entrambi si sospetta che il supporto sia stato dato attraverso siti web collegati a dei *server* con sede nel Connecticut ed inoltre essi risultano in possesso di piani che indicano la vulnerabilità ad azioni terroristiche di alcune navi della Marina militare

statunitense che operano nello stretto di Hormuz nel Golfo Persico.

Per il secondo ed il quarto ricorrente le accuse riguardano il sequestro nel 1998 di sedici ostaggi in Yemen, la cospirazione al sequestro ed il collegamento con il leader dei sequestratori. Le indagini, portate avanti contemporaneamente da U.S.A. e Regno Unito, si sono svolte nel 1998 e si erano arrestate ad un certo punto perché le informazioni ottenute dagli investigatori provenivano da fonti non utilizzabili all'interno di un processo britannico. Però, nel 2003 l'FBI ottenne una dichiarazione di una signora presa come ostaggio in quell'occasione e da qui, le indagini vennero riaperte.

Le accuse continuano, e si riferiscono alla condotta di una violenta *Jihad* in Afganistan specificamente al sostegno finanziario apporato dal quarto ricorrente e con l'imputazione di altri quattro capi d'accusa: fornitura e occultamento del materiale di supporto a un'organizzazione terroristica straniera (Al Qaeda) e la relativa cospirazione unita alla cospirazione per fornire merci e servizi ai Talebani.

Infine, al quarto ricorrente viene imputata la cospirazione a creare un campo di addestramento della *Jihad* nel Bly, Oregon.

Prima di passare al "perché" la natura di tali accuse è rilevante nel caso di specie occorre sottolineare che nelle accuse mosse contro il quarto ricorrente è intervenuta la testimonianza del Sig. Ujaama, i ricorrenti hanno rilevato delle incongruenze nei modi, nei tempi e negli effetti di tale dichiarazione poiché in primo luogo, dopo aver reso delle dichiarazioni di accusa verso i ricorrenti, il Sig. Ujaama ha ottenuto ed accettato la proposta di patteggiamento (*plea bargaining*) per la sua condanna per reati di terrorismo; sarebbe sottoposto così alla detenzione all'interno di una prigione del Nord Carolina (U.S.A.) e non gli verrebbero applicate, in tale periodo di prigionia, le speciali misure amministrative. Ed in secondo luogo, secondo i ricorrenti, la collaborazione del Sig. Ujaama sarebbe stata provocata dal fatto che egli avrebbe subito dei maltrattamenti

e che se così fosse accertato la dichiarazione sarebbe inutilizzabile.

Data la natura *terroristica* di tutte le accuse mosse contro i ricorrenti, le conseguenze che egli avrebbero dovuto subire una volta estradati negli Stati Uniti sarebbero state completamente diverse, ben lontane dalle pene imposte al Sig. Ujaama. I reati di terrorismo comportano la possibilità per il Presidente degli Stati Uniti d'America di eseguire il *Military Order* e quindi di designare gli imputati come "nemici combattenti", con i seguenti effetti: il processo è celebrato da un tribunale militare e per il verdetto non vi sarà alcuna possibilità di appello; la detenzione sarà eseguita in una prigione federale; potranno essere applicate le speciali misure amministrative e vi è, non previsto da accordi ufficiali ma verificatosi nella realtà, il rischio di essere sottoposti a *extraordinary rendition* ossia la consegna ad un terzo Stato, al di fuori degli accordi con lo Stato che ha concesso l'estradizione.

I procedimenti davanti i giudici inglesi, il Senior District Judge e la High Court, sono stati scanditi dall'invio di note diplomatiche da parte dell'ambasciata americana a Londra. Le Note forniscono diverse assicurazioni come il fatto che le accuse rivolte ai ricorrenti non avrebbero subito modifiche una volta estradati, modifiche che avrebbero comportato la condanna alla pena di morte e che il Military Order, per la designazione come nemici combattenti non sarebbe stato eseguito.

Gli argomenti presentati dai ricorrenti sono stati interamente rigettati dalle Corti inglesi e dalle Autorità politiche che sono intervenute nel procedimento di estradizione secondo le regole interne (*extradiction act 2003*), concedendo così tutte le estradizioni. Le decisioni prese in sede giurisdizionale prima ed in sede politica poi sono state accompagnate, fondamentalmente, dall'affermazione che "il rapporto di collaborazione tra Stati Uniti e Regno Unito fosse sufficientemente collaudato dalla storia e che mai gli Stati Uniti avrebbero potuto non onorare le garanzie rese per la concessione delle estradizioni".

I ricorrenti però, oltre ad “un’attestazione di fiducia” tra i governi avevano richiesto garanzie in merito alla loro detenzione in una prigione federale e alle modalità delle speciali misure amministrative per due ordini di motivi: il primo riguarda il fatto che i ricorrenti non si trovano in condizioni di salute ottimali ed il secondo concerne la severità (e le conseguenze che da questa derivano) della detenzione all’interno delle prigioni definite SUPERMAX unitamente all’applicazione delle speciali misure amministrative. Il penitenziario degli Stati Uniti che viene indicato come possibile luogo di detenzione è l’Amministrazione Maximum, Florence, Colorado (citato nella sentenza come “ADX Florence”). Il Governo americano ha fornito la dichiarazione di un agente che presta il suo servizio all’interno del SUPERMAX per indicare le modalità della suddivisione dei detenuti, le loro possibili attività ricreative, le ore di libertà, i momenti di socialità, il possibile programma *step-down* per l’attenuazione della detenzione e soprattutto le cure mediche e psicologiche fornite ai detenuti. Per la descrizione dell’applicazione e del funzionamento delle speciali misure amministrative invece è stata fornita alla dichiarazione di un’impiegata dell’ufficio di riesame delle detenzioni del Dipartimento di Giustizia, nella dichiarazione si è ribadito più volte che la limitazione alle visite, alle comunicazioni private tra avvocato ed assistito, alle visite dei familiari e alla corrispondenza (oltre che al telefono) e che vengono applicate anche ai “non musulmani in casi di terrorismo ed ai musulmani in casi di non terrorismo” quindi non vi sarebbe alcuna discriminazione causata dalla religione o dalla natura del reato, piuttosto, ciò che rileva è la pericolosità del detenuto.

A fronte delle informazioni presentate dal Governo U.S.A. e assecondate dalle Corti inglesi, i ricorrenti presentano diverse relazioni psichiatriche che indicano il loro rispettivo stato di salute mentale, le dichiarazioni di tre avvocati specializzati in procedimenti penali aventi ad oggetto accuse di terrorismo e questi riportano che conseguenze deva-

stanti hanno avuto i loro clienti sia detenuti in un SUPERMAX sia sottoposti alle speciali misure amministrative.

La Corte europea ha dichiarato ammissibili le denunce dei ricorrenti in violazione dell’art. 3 C.e.d.u. per quel che riguarda la loro eventuale detenzione nell’ADX Florence ed anche il fatto che la loro detenzione potrebbe essere resa più severa dall’applicazione delle speciali misure amministrative.

Infine, ciò che ha ulteriormente inciso sulla decisione della Corte è stata la valutazione sulla “lunghezza delle condanne possibili”. I ricorrenti hanno sostenuto che se condannati secondo le accuse mosse contro di loro, incorrerebbero in un rischio reale di condanna all’ergastolo o a condanne che si avvicinano ai settantacinque anni di reclusione aggravate dal fatto che potrebbero essere condanne all’ergastolo senza alcuna condizione. La valutazione della Corte, alla luce della sua giurisprudenza, è stata quella di “ritenere che l’applicazione di tali condanne sollevino gravi questioni di fatto e di diritto che sono di una tale complessità che la loro determinazione deve dipendere da un esame nel merito” e pertanto, ha definito anche tali motivi ricevibili. Per il secondo ricorrente, la Corte ha rilevato che egli ha trentacinque anni, se venisse applicata una pena di cinquanta anni, anche con la riduzione del 15% possibile per legge, il ricorrente avrebbe quasi 78 anni al momento del rilascio. Ciò premesso, la Corte sottolinea che egli non corre il rischio di una condanna all’ergastolo ma comunque di una *pena sufficientemente elevata*, da poter essere considerata in violazione dell’art. 3 C.e.d.u. La Corte ha disposto così per la prosecuzione dell’applicazione dell’art. 39 del Regolamento della Corte al Governo del Regno Unito, ovvero di non dar seguito ad alcuna delle estradizioni fino a quando non interverrà un nuovo avviso e quindi che vengano fornite ulteriori informazioni dal Governo degli Stati Uniti per consentire l’esame del merito dei motivi dichiarati ricevibili.

Come si accennava inizialmente, con questa pronuncia la Corte allontana con forza l’idea della sufficienza delle garanzie politiche rese

nel corso di un procedimento di estradizione e ripristina la *legalità* ridisegnando il ruolo delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e quindi la loro superiorità anche, soprattutto, nei rapporti con gli Stati Uniti d'America.

Ma si intravede qualcosa di più scorrendo le righe della sentenza e mi riferisco al fatto che la controversia è caratterizzata da una *sensazione di preoccupazione* cioè, qualunque sia il risultato finale di questo procedimento di estradizione comunque anche in tema di estradizione debbono essere sempre rispettati i canoni del *giusto processo* indicati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'idea che questo atteggiamento sia alquanto stravagante probabilmente è scaturito dal fatto che, sul piano interno, siamo abituati ad avere dei risultati dai nostri procedimenti di estradizione che a tutto fanno riferimento tranne che ai principi del giusto processo.

Sembra quasi, che la diversa designazione del soggetto sottoposto al procedimento di estradizione, che occupa quindi il ruolo di estradando, comporti una condizione di svantaggio; e che avendo tale *status* non si possa disporre dell'intera gamma delle garanzie previste di regola nel processo penale. Inoltre, è sconvolgente l'atteggiamento delle Corti nazionali degli Stati Europei infatti, una delle affermazioni riportate dalla High Court è stata in riferimento al fatto che il Sesto emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America "è sorprendentemente simile" all'art. 6 della Convenzione, e quindi i cittadini europei estradati non avranno alcun flagrante diniego di giustizia perché le stesse garanzie sarebbero previste anche oltreoceano. Ma così non è, perché il meccanismo per la tutela dei diritti previsti nella Convenzione è assolutamente diverso da quello possibile negli Stati Uniti e non poche sono le eccezioni che ne evitano il godimento.

Invece, le Corti interne europee (quindi anche i giudici nostrani) dovranno necessariamente rinvenire la *similarità* tra le norme C.e.d.u. ed i Trattati europei, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona con le «Modifiche del Trattato sull'Unione Europea e del Trattato che istituisce la Comunità Europea».

In forza dell'art. 6, § 1, del Trattato «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni»; alla stregua dell'art. 6, § 2 «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati»; e per esplicita previsione dell'art. 6, § 3 «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Senza il bisogno di operare parallelismi o rimettersi alla volontà di ciò che ancora risulta troppo lontano da noi, basterebbe ridare importanza agli strumenti a noi più vicini. E si osservi: adesso il valore della Convenzione non è più rimesso alla sensibilità politica delle Autorità giurisdizionali, adesso ci viene imposto e non vi è più spazio per scelte arbitrarie.