

OSSERVATORIO DEL PROCESSO PENALE

Direzione
ALFREDO GAITO

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

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

INDICE-SOMMARIO

EDITORIALE

Lo schema di riforma del processo penale: il difficile equilibrio tra ragion pratica e dogmatismo, garanzie processuali e ragionevole durata del processo di <i>A. Bargi</i>	pag. V
--	--------

IL PUNTO SU ...

Emergenza continua e nuove linee di politica criminale di <i>A. Gaito</i>	pag. 1
Mutamenti territoriali e giurisdizione penale dello Stato (nella dottrina e nella giurisprudenza italiana) di <i>A. Sinagra</i>	pag. 5

DECISIONI IN PRIMO PIANO

Incostituzionalità dell'art. 268 c.p.p. per violazione del diritto di difesa di <i>G. Pavone</i>	pag. 27
La Corte europea su Punta Perotti: dalla demolizione degli ecomostri alla ricerca di nuovi equilibri in materia di confisca di <i>A. Dello Russo</i>	pag. 34
Sull'inefficacia delle decisioni domestiche per accertata violazione dell'equo processo europeo <i>Le motivazioni della Cassazione</i>	pag. 38
La requisitoria del Procuratore Generale di <i>E. Selvaggi</i>	pag. 44
La sanatoria dell'inutilizzabilità nel giudizio di rinvio di <i>F. Giunchedi</i>	pag. 50
La "nuova" competenza per i reati in materia di smaltimento dei rifiuti <i>Le motivazioni della Cassazione sul conflitto di competenza</i>	pag. 54

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

Confisca	pag. 58
Sequestro penale	pag. 58
Prova	pag. 58
Sentenza	pag. 59
Ingiusta detenzione	pag. 59
Errore di fatto	pag. 59

OPINIONI

Il conflitto tra le Procure di Salerno e Catanzaro di <i>G. Di Federico</i>	pag. 60
Sull'omessa <i>vocatio</i> dell'imputato per la prosecuzione del giudizio di primo grado sospeso di <i>G. Di Trocchio</i>	pag. 62

DOCUMENTI

L'inaugurazione dell'Anno giudiziario. Le Relazioni	
a) del Ministro della Giustizia Angelino Alfano	pag. 71
b) del Primo Presidente della Cassazione Vincenzo Carbone	pag. 74
c) del Procuratore Generale Vitaliano Esposito	pag. 89

ACCADEMIA E DINTORNI

<i>Forum</i> per la didattica	
di S.C. Sagnotti	pag. 112

LIBRI – IDEE

«La prova penale»	
di M. Dinapoli	pag. 115
Suggerimenti per un prudente ricorso agli atti probatori irripetibili	
di C. Santoriello	pag. 117
Diritti umani e diritto penale: un saggio che sollecita concretezze	
di S. Furfaro	pag. 120

**Lo schema di riforma del processo penale: il difficile equilibrio
tra ragion pratica e dogmatismo, garanzie processuali
e ragionevole durata del processo**

Il disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 6 febbraio u.s., come è noto, ha ad oggetto “*disposizioni in materia di procedimento penale, ordinamento giudiziario ed equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo*” e prevede cinque deleghe al governo concernenti le notificazioni, le misure cautelari, la sospensione dei processi per gli irreperibili, la digitalizzazione e l’elezione dei vice procuratori onorari presso i giudici di pace.

Un complesso normativo, quindi, di notevole spessore innovativo – anche in ragione delle prospettive sottese alle deleghe – che si inserisce in maniera non del tutto organica nel telaio codicistico già rabberciato dalle modifiche processuali disseminate nel c.d. “pacchetto sicurezza” della legge n. 125/2008, e addirittura nel quasi contestuale d.l. del 20.2.2009 in materia di *sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e in tema di atti persecutori*, anch’esso contenente modifiche dell’ordinamento processuale. Peraltro, anche il disegno di legge n. 733, all’esame del Senato, che ha ad oggetto “*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*”, contempla ulteriori modifiche processuali, in parte disciplina medesima materia contemplata da talune delle cinque deleghe al Governo. Né minore rilievo riformatore ha il disegno di legge n. 1415, inerente alla disciplina delle intercettazioni, trasmesso alla Camera per l’ulteriore esame, dopo l’approvazione del Senato.

In definitiva è a dir poco discutibile la tecnica legislativa di procedere con separati interventi a pioggia alla vigilia e addirittura contestualmente al varo di un schema di riforma, che ben avrebbe potuto contenere l’insieme normativo, garantendone quanto meno la coerenza sistematica. E sarebbe stato ancora più naturale la collocazione della nuova disciplina delle intercettazioni nel contesto dello schema di riforma, attesa la comunanza di principi attinenti al diritto probatorio, ai poteri del pubblico ministero e ai controlli demandati al giudice. In tal modo, forse, sarebbe stato possibile evitare stucchevoli diatribe su profili di dubbia legittimità sistematica e spostare l’attenzione anche sull’assenza di una pur necessaria disciplina della valutazione probatoria dei risultati delle captazioni; quanto meno sulla necessità che la loro utilizzazione *contra alios* sia subordinata all’esistenza di riscontri secondo i canoni di cui all’art. 192, 3° comma, c.p.p., trattandosi di prova dichiarativa proveniente da terzi, formatasi al di fuori del contraddittorio e non sempre, anzi difficilmente, suscettibile di controllo da parte dell’accusato.

Pur con i limiti della tecnica normativa innanzi rilevati e quelli inerenti alla stessa

formulazione delle singole disposizioni – talora ridondanti, generiche e prive del necessario raccordo sistematico anche con le disposizioni vigenti – lo schema di riforma segna una svolta culturale di notevole portata destinata ad incidere in maniera più che significativa sulla definizione dei poteri e dei doveri connessi alle diverse situazioni soggettive processuali. Esso, infatti, traccia una ben diversa fisionomia dei rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria e non trascura altri profili attinenti al giudice ed all'imputato/indagato riguardati sul piano di razionalizzazione e maggiore accelerazione dei tempi del processo, nella logica del principio di ragionevole durata del processo e di quello complementare di superfluità del giudizio, posti a fondamento della semplificazione delle forme e dell'anticipazione degli epiloghi delle indagini.

L'intervento riformatore, infatti, ridefinisce i criteri di determinazione della competenza del giudice (art. 1), che risultano non del tutto chiari, particolarmente farraginosi, anche per l'introduzione del concetto di *dimora provvisoria*; nozione labile e di incerta definizione applicativa. Risulta condivisibile, invece, l'ampliamento della cognizione della Corte d'Assise ai delitti di cui agli artt. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p.; ma soprattutto, l'attribuzione ad essa della trattazione dei giudizi abbreviati inerenti al nuovo catalogo dei delitti di cui al novellato art. 5 c.p.p.

Aumentano, poi, le ipotesi di astensione e di ricusazione del giudice, mediante l'ampliamento del concetto di "*ragioni di grave convenienza*" di cui all'art. 36, 1° comma, lett. *h*), c.p.p. – aggiunto anche all'art. 37, 1° comma, c.p.p.

La modifica appare di difficile applicazione, attesa la prevedibile difficoltà di individuazione del requisito del "fondato motivo di pregiudizio all'imparzialità del giudice", che al pari di tutti i concetti elastici, lascia ampi margini alla discrezionalità di chi sarà chiamato ad esercitare il controllo sulla sua sussistenza. Di maggiore portata sono le modifiche (artt. 3 e 5) in tema di compiti della polizia giudiziaria, dei suoi rapporti con il pubblico ministero, della libertà di iniziativa investigativa e l'esercizio dei successivi poteri da parte dell'organo dell'accusa, anche in relazione alla durata delle indagini preliminari, alla proroga del termine ed alla loro durata massima.

Sono numerose al riguardo le novità, sia in relazione alla nuova definizione configurazione delle sezioni di polizia giudiziaria ed all'allentamento dei rapporti di dipendenza dall'autorità giudiziaria (art. 3), con parziale ripristino dei vincoli gerarchici interni agli ordinamenti delle diverse forze di polizia con riguardo alla progressione di carriera ed ai trasferimenti o rimozioni dagli uffici; sia, sul piano più strettamente procedimentale, con riferimento all'attività di iniziativa e di ricezione della notizia di reato, dello svolgimento delle successive attività di accertamento dei reati e di assicurazione delle fonti di prova, al di fuori degli attuali vincoli posti dalle previe direttive del pubblico ministro.

In tal senso sono rimarchevoli, tra le altre, le modifiche degli artt. 330, 335, 348,

354 c.p.p. e degli artt. 11, 1° comma, 14, 1° e 2° comma, d.lg. 28.7.1989, n. 271, nonché dell'art. 370 c.p.p. che estende la delega del pubblico ministero anche all'espletamento degli interrogatori e dei confronti cui partecipi la persona sottoposta alle indagini in *status detentionis*; come lascia intendere la nuova formulazione: modifica per nulla condivisibile in quanto esclude il pur necessario grado di tutela dell'intervento esclusivo dell'autorità giudiziaria nei confronti di chi si trovi *in vinculis*.

Risulta di tutta evidenza, quindi, la decisa svolta culturale impressa dal legislatore, e non sembrano del tutto condivisibili le critiche alle novità normative. Invero se è indubbio il rischio che la nuova fisionomia processuale della polizia giudiziaria renda più permeabile l'attività investigativa alle influenze del potere esecutivo, pur tuttavia l'immutato obbligo di riferire la notizia di reato (art. 347 c.p.p.) – anche se affievolito in quanto sganciato dalla tempestività in ragione della soppressione dell'avverbio “*prontamente*” – e la conservata titolarità del pubblico ministero in ordine alla conduzione delle indagini mediante direttive o deleghe, sembrano antidoti sufficienti contro detto pericolo. Oltretutto, le modifiche in parola traducono sul piano del diritto positivo la realtà effettuale che vede le indagini più complesse, effettuate principalmente dai diversi organi di polizia investigativa – ormai di fatto principali se non esclusivi esecutori delle attività di registrazione e di trascrizione delle intercettazioni telefoniche presso impianti esistenti presso le loro strutture – o da consulenti esterni che in concreto orientano e condizionano le scelte degli organi dell'accusa.

A tanto aggiungasi che il più ampio potere di iniziativa riconosciuto alla polizia giudiziaria consente anche – mediante una sorta di effetto domino – di ridurre i tempi delle indagini e della successiva fase eventuale, atteso che una prima verifica investigativa e di raccolta di elementi conoscitivi per un verso consentirà la riduzione del carico inerte dei procedimenti pendenti presso le Procure; per altro verso garantirà soprattutto le persone offese di reati meno gravi ma a significativa offensività patrimoniale, un più rapido accertamento dei fatti reato ed una remora per i possibili autori, oggi di fatto impuniti per effetto delle note lungaggini tra iscrizione della notizia di reato ed espletamento e conclusione delle indagini.

Una decisa svolta culturale improntata alla medesima logica è segnata dalla nuova formulazione dell'art. 326 c.p.p., secondo cui il pubblico ministero “*assume le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale tenuto conto anche dei risultati delle indagini della polizia giudiziaria*”; principio che cristallizza il rafforzamento della funzione della polizia giudiziaria nella ricostruzione del fatto storico, le cui evenienze conoscitive condizionano addirittura l'esercizio dell'azione penale.

Ed ancora più significativa è in tale direzione la previsione di un sottosistema normativo relativo ai procedimenti a citazione diretta nei quali è accentuato il ruolo della polizia giudiziaria in ordine all'esercizio dell'azione penale.

In tale ambito (art. 7), oltre alla specificità dell'iscrizione della notizia di reato (art. 335 *bis* c.p.p.) assume rilievo l'esplicita attribuzione alla polizia giudiziaria del potere di procedere – dopo averne informato il pubblico ministero – di compiere “*di propria iniziativa tutti gli atti di indagine necessari per la ricostruzione del fatto e per l'individuazione del colpevole*” e di riferirne “*al pubblico ministero con relazione scritta entro il termine di sei mesi*” (art. 347 *bis* c.p.p.); nonché quello di procedere – previa autorizzazione (e non più su delega) del pubblico ministero – “*al compimento di accertamenti tecnici irripetibili ovvero di interrogatori o di confronti cui partecipi la persona sottoposta alee indagini*” (art. 347 *ter* c.p.p.).

Indubbiamente il nuovo tessuto normativo ribalta in maniera espressa la logica del codice del 1988, e rafforza in maniera consistente il potere di iniziativa investigativa della polizia giudiziaria, prevedendo esplicitamente che essa proceda alla ricostruzione del fatto; al punto che già dopo la ricezione della relazione il pubblico ministero deve valutare se richiedere l'archiviazione della notizia di reato o formulare le richieste di cui all'art. 405, 1° co., c.p.p., salvo che non ravvisi la necessità di ulteriori indagini.

La previsione della relazione scritta richiama alla mente il nefasto rapporto di polizia giudiziaria del processo scritto del codice del 1930 e desta serie preoccupazioni sul rischio di un pericoloso ritorno alla cultura inquisitoria.

Pur tuttavia, a guardarle con la lente della prassi, in realtà le modifiche in discorso strappano il velo di ipocrisia che accompagna visioni meramente dogmatiche sul ruolo effettivamente svolto dall'organo dell'accusa e dalla polizia giudiziaria.

È sufficiente ricordare in proposito che già oggi, e non solo per i reati dei procedimenti a citazione diretta, la polizia giudiziaria orienta e condiziona le indagini con le c.d. “informative” scritte, che il più delle volte contengono gli esiti delle indagini, la ricostruzione del fatto e l'individuazione dei possibili responsabili.

In concreto, quindi, dette modifiche riflettono la situazione già esistente. Ciò che conta, invece, è che sia evitata la possibile deriva inquisitoria e che venga mantenuto fermo il principio del doppio fascicolo, con conseguente impermeabilità – secondo le regole vigenti – del fascicolo del dibattimento alle conoscenze acquisite nella fase delle indagini, sì da garantire un giudice ed un giudizio “imprejudicati” rispetto all'attività investigativa.

Desta preoccupazione e non è condivisibile, invece, l'attribuzione alla polizia giudiziaria del potere di procedere ad interrogatori od a confronti della persona sottoposta alle indagini, anche se *in vinculis*, analogamente a quanto previsto dal nuovo art. 370 c.p.p. in relazione, però ad atti delegati; sicché valgono le considerazioni già svolte al riguardo.

Nella prospettiva dello schema del disegno di legge il ruolo del pubblico mini-

stero muta anche in relazione alle regole della competenza dell'ufficio (art. 1), alle modalità della richiesta di misura cautelare personale (art. 3) ed all'esercizio dell'azione penale (art. 6).

Nel complesso è indubbio un considerevole *revirement* normativo rispetto alle origini, determinato da note distorsioni della prassi, ma che per taluni versi affonda le radici nel principio di ragionevole durata del processo, nella prospettiva della sua valenza soggettiva a tutela del diritto di libertà personale e di altri diritti fondamentali dell'individuo.

In tale ambito la nuova disciplina prevista dall'innovato art. 54 *bis* c.p.p. offre un criterio di soluzione di possibili conflitti tra uffici del pubblico ministero, con una formula ancora una volta, però, vaga e generica (situazioni eccezionali, pregiudizio o pericolo di ledere il prestigio degli uffici), che non offre sicura garanzia rispetto all'esercizio del potere discrezionale riconosciuto al procuratore generale presso la Corte di Cassazione. Altrettanto discutibile è il rinvio al criterio fissato dall'art. 11 c.p.p. per l'individuazione dell'ufficio competente, di difficile applicazione nel caso di più procure in conflitto tra loro, con conseguenti spostamenti a catena in ragione delle relative regole tabellari.

Tende invece al rafforzamento della gerarchizzazione dei rapporti tra sostituti e procuratore capo l'introduzione, all'art. 291 c.p.p., del comma 1 *ter* che traduce in norma processuale quella ordinamentale di cui all'art. 3, d.lg. 20.2.2006, n. 106, estendendone gli effetti oltre la regolamentazione dei problemi interni alla Procura, quasi in risposta anticipata al recente indirizzo interpretativo delle Sezioni unite, volto ad escludere effetti processuali alla disposizione dell'ordinamento giudiziario.

La modifica si pone, quindi, in linea di continuità con le garanzie processuali predisposte da tale ultimo ordinamento, assegnando effettività alla norma che regola i rapporti interni alla Procura, per l'adozione di provvedimenti incidenti su un bene costituzionalmente protetto, mediante la previsione specifica della sanzione di inammissibilità della richiesta di misura cautelare personale, priva dell'*assenso scritto del procuratore della Repubblica ovvero del procuratore aggiunto o del magistrato appositamente delegati*.

Rispondono, poi, a criteri di semplificazione delle forme e dei tempi, le modifiche inerenti alla chiusura delle indagini preliminari, alla durata delle medesime ed all'avocazione che incidono sui tempi e sui modi di esercizio dell'azione penale (art. 6), regolamentando i relativi poteri del pubblico ministero, nell'ottica della ragionevole durata del processo.

In tale ambito è apprezzabile la previsione del controllo *ex officio* da parte del giudice sull'iscrizione della notizia di reato e, quindi, sulla durata delle stesse al momento della conclusione (art. 405, *nuovo* 2° comma, c.p.p.).

Altrettanto condivisibile è la maggiore incisività del controllo in tema di requisiti della richiesta di proroga dei termini delle indagini, soprattutto per la prescri-

zione dell'esposizione dei motivi specifici che giustificano la richiesta sulla base delle indagini già svolte. In tal modo, benché la previsione sia sfornita di sanzione processuale sul piano delle statuizioni esplicite, tuttavia essa segna una chiara inversione di tendenza in direzione garantista, volta a dissuadere – almeno sul piano disciplinare – il ricorso a formule di stile, che nella prassi impediscono qualunque controllo sulla prosecuzione a tempo indeterminato di indagini spesso riconducibili alla colpevole inerzia dell'inquirente, con serio pregiudizio della concentrazione e della completezza delle indagini preliminari.

Nel medesimo solco di snellimento o di eliminazione di inutili formalità si iscrivono le modifiche dell'art. 415, comma 1 *bis*, c.p.p., con eliminazione dell'attuale obbligo dell'avviso di conclusione delle indagini in caso di richiesta di archiviazione o di invio alla persona indagata dell'informazione di garanzia di cui all'art. 389 c.p.p. o di altro atto equipollente.

Anche se tale ultima previsione non tiene conto della sostanziale differenza tra la *discovery* oggi contemplata al termine delle indagini e la mera comunicazione dell'esistenza di un procedimento penale, tuttavia l'attuale vanificazione del deposito degli atti ai fini della richiesta di archiviazione e del compimento di integrazione delle indagini da parte dell'organo dell'accusa a richiesta della persona indagata, sono ampiamente compensate dalla *discovery* per l'udienza preliminare e della possibilità, in quella sede, di proporre richiesta di definizione anticipata del processo.

In linea con la finalità di coniugare l'accelerazione dei tempi processuali e la semplificazione delle forme con la tutela giurisdizionale delle garanzie processuali si pone, altresì, la nuova disciplina dell'archiviazione e del correlato potere di avocazione delle indagini da parte del procuratore generale, unitamente alla riduzione dei tempi di durata delle indagini preliminari.

L'anticipazione delle indagini ulteriori da parte del g.i.p. prima della fissazione dell'udienza consentirà al giudice di disporre l'integrazione degli elementi di indagine ancor prima del contraddittorio, sì da evitare inutili lungaggini meramente formali; l'intervento del giudice per la fissazione di un termine per la formulazione delle richieste di cui all'art. 405, 1° comma, c.p.p. rappresenta a sua volta un'apprezzabile garanzia giurisdizionale per la parte privata (art. 413 c.p.p.), in caso di prolungata inerzia del procuratore generale che abbia proceduto all'avocazione delle indagini per mancato esercizio dell'azione penale.

Di particolare spessore è, poi, la modifica dei presupposti della richiesta di archiviazione. In linea di continuità evolutiva della disposizione introdotta dall'art. 3, l. 20.2.2006, n. 46, il nuovo comma 1 *bis* dell'art. 405 c.p.p. prescrive che essa venga formulata *quando l'ordinanza cautelare è stata annullata per mancanza di gravi indizi di colpevolezza e non sono stati acquisiti ulteriori elementi a carico della persona sottoposta ad indagini*. La previsione è accompagnata anche dalla sanzione della nullità della richiesta di rinvio a giudizio o del decreto di citazione a

giudizio in caso di inosservanza della disposizione; nullità che, salvo migliore approfondimento, dovrebbe rientrare tra quelle di cui all'art. 178, 1° comma, lett. b), c.p.p., in quanto inerente all'esercizio dell'azione penale.

Si tratta di una modifica che inevitabilmente susciterà critiche al pari di quelle sollevate all'indomani dell'approvazione dell'omologa disposizione di cui alla legge n. 46/2006. Pur tuttavia essa ci pare condivisibile nella misura in cui si accantonino pregiudizi sul tradizionale valore assoluto ed immutabile dei dogmi giuridici in favore dell'apertura del diritto positivo, secondo la visione di una nuova dogmatica, sensibile a criteri metagiuridici di giustizia materiale, sulla base di principi valorativi istituzionalizzati nella norma costituzionale.

In tal senso il principio di ragionevole durata del processo (art. 111, 2° comma, Cost.), riguardato anche come garanzia soggettiva ad un processo equo entro un termine ragionevole (art. 6, 1° §, C.E.D.U.) dà fondamento giuridico ed assiologico alla modifica in parola, che inibisce l'esercizio dell'azione penale in presenza di annullamento dell'ordinanza cautelare per mancanza di gravi indizi di colpevolezza.

Oltretutto la previsione risponde anche a criteri di coerenza razionale del sistema, atteso che secondo la consolidata giurisprudenza, i gravi indizi di cui all'art. 273 c.p.p. sottendono una minore valenza probatoria rispetto a quelli da porre a fondamento di una decisione del giudizio ordinario; sicché è consequenziale che la dichiarata insussistenza del quadro indiziario cautelare, in assenza di *ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini*, comporti che non venga esercitata l'azione penale per quei reati vulnerati dall'annullamento; tanto in coerenza anche con il principio di non superfluità del processo – enunciato a suo tempo dalla Corte Costituzionale (sent. n. 88 del 1991), proprio con riferimento all'art. 126 disp. att. c.p.p. – che è complementare al principio di ragionevole durata del processo.

La formulazione del nuovo comma 1 *bis* dell'art. 405 c.p.p. risolve, altresì, il contrasto interpretativo circa l'obbligo di richiesta di archiviazione anche in caso di giudicato cautelare che non sia connesso ad una pronuncia della Corte di Cassazione. L'esclusione di tale ultimo requisito risponde al criterio di parità di trattamento per situazioni analoghe, atteso che non muta la fisionomia del giudicato cautelare determinato dall'inerzia dell'organo dell'accusa nei confronti del provvedimento ablativo della misura cautelare.

Lo schema di riforma non trascura, peraltro, di rafforzare il diritto di difesa, anche se con disposizioni sparse e non sempre coerenti quanto a collocazione ed a criteri di raccordo sistematico.

A tale riguardo è eccentrica la previsione del nuovo comma 1 *bis* dell'art. 108 c.p.p. nell'ambito delle disposizioni sulla competenza del giudice e sulla risoluzione dei conflitti tra uffici del pubblico ministero (art. 1). Non si comprende, altresì, la predisposizione del così breve termine a difesa in caso di nomina del

difensore ai sensi dell'art. 97 c.p.p., se posta in relazione alla opportuna previsione (art. 6, lett. *n*) – del tutto nuova – di un termine ampio di trenta giorni in caso di modifica dell'imputazione (art. 423, comma 2 *bis*, c.p.p.), cui è correlato il diritto all'integrazione probatoria ai sensi dell'art. 422 c.p.p.

Risultano apprezzabili, viceversa, il nuovo potere (art. 5) attribuito al difensore di ottenere dal giudice l'accompagnamento della persona informata dei fatti che si sottragga indebitamente alle indagini difensive (comma 11 *bis* dell'art. 391 *bis* c.p.p.); il diritto del difensore di informare il proprio assistito e scambiare informazioni con altri difensori sullo stato delle indagini dell'autorità giudiziaria (comma 1 *ter* dell'art. 391 *bis* c.p.p.); il diritto della persona indagata, e, quindi, della difesa – a semplice richiesta, integrabile nei dieci giorni successivi con adeguata motivazione – di ottenere che si proceda ad incidente probatorio piuttosto che ad accertamenti tecnici, salvo il ritardo comprometta l'utile compimento degli stessi. L'introduzione di un ulteriore comma all'art. 481 c.p. cui viene ricondotta l'ipotesi di infedele comportamento del difensore nel corso delle indagini difensive risolve, poi, la controversa qualificazione del difensore nel compimento delle indagini difensive, sancendone la qualità di esercente un servizio di pubblica necessità, in linea con le osservazioni della dottrina fortemente critiche con quella giurisprudenza che è incline, invece, ad attribuire al professionista la qualità di pubblico ufficiale.

Il diritto di difesa riceve, poi, ulteriore tutela dalle modifiche in tema di prova (art. 4), anche se ovviamente le modifiche riguardano in larga parte tutte le parti del processo.

Il combinato disposto dei nuovi due commi dell'art. 190 c.p.p. segna un ulteriore salto di qualità culturale. Infatti, se la lettura del primo comma sembra assegnare un valore meramente pedagogico ed enunciativo al riconoscimento del diritto dell'imputato a confrontarsi con quanti siano i veicoli probatori a suo carico *e di ottenere l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore*, in condizioni di parità con il pubblico ministero, in linea con la garanzia prevista dall'art. 111, 3° comma, Cost., la prescrizione del 2° comma ne rende concreta la portata innovativa.

Invero, tale ultima disposizione prescrivendo che il giudice decide con ordinanza *senza ritardo ed a pena di nullità ammette le prove ad eccezione di quelle vietate dalla legge e di quelle manifestamente irrilevanti*, assicura la certezza del diritto delle parti e, quindi, dell'imputato, alla prova – diretta e contraria – mediante la previsione di una garanzia ineludibile, tanto più se posta in relazione con il combinato disposto di cui al riformulato art. 495, 1° comma, c.p.p., che oggi richiama l'intero art. 190 c.p.p.

Sicché la sanzione della nullità si traduce nel potere di controllo del giudizio di ammissibilità della prova nel successivo giudizio di impugnazione e viene a colmare il vuoto di tutela effettiva del procedimento probatorio in rapporto a

decisioni interlocutorie sulla prova, che oggi è affidata al macchinoso ed insufficiente meccanismo di impugnazione predisposto dall'art. 586 c.p.p.

A tale accresciuto potere di controllo corrisponde la coerente accentuazione degli oneri di allegazione delle parti, cui viene fatto carico (art. 468, 1° comma, c.p.p.) di corredare le liste testimoniali con l'indicazione delle *specifiche circostanze su cui deve vertere l'esame e della relazione tra le persone ivi elencate e il fatto da provare*. È evidente la sottesa finalità di razionalizzare il diritto alla prova entro confini che ne impediscano l'abuso in rapporto alla nuova formulazione dell'art. 190 c.p.p. e consentano al giudice la delibazione *in limine litis*, e, quindi, il giudizio sulla manifesta irrilevanza degli elementi di prova prospettati; concetto che contiene quello di superfluità degli stessi, che non compare più nella disposizione in esame.

Attiene alla prova, anche se collocata a confine delle disposizioni in tema di chiusura delle indagini preliminari (art. 6), la modifica dell'art. 430 c.p.p., che pone un limite all'attività integrativa di indagine *dopo la pronuncia dell'ordinanza prevista dall'art. 495*. Questa, infatti, è consentita solo in caso di fonti di prova *noviter repertae* o sopravvenute e sempre che *sulla base di elementi nuovi emersi nel corso del processo si rendono necessari ulteriori accertamenti*.

La correlata previsione del previo contraddittorio tra le parti e della necessità dell'integrazione di indagini, quali condizioni del giudizio di ammissibilità, è rafforzata dalla sanzione dell'inutilizzabilità che accentua l'impugnabilità della decisione probatoria ed il tipo di controllo nei successivi gradi di giudizio.

Per tale via dovrebbe porsi fine al dilagante fenomeno delle indagini del pubblico ministero che in maniera surrettizia, avendo ad oggetto fonti di prova già note o addirittura già esaminate in precedenza, eludendo il precetto di cui agli artt. 468 e 495 c.p.p. ed i canoni di completezza e ed i limiti di durata massima delle indagini preliminari, proseguono anche in costanza della celebrazione del dibattimento, con conseguente pregiudizio del diritto di confutazione dell'imputato, chiamato a difendersi nei confronti di elementi di accusa indebitamente resi noti solo in udienza.

Alla logica del doppio binario appartiene, poi, la modifica dell'art. 238 *bis* c.p.p. che distingue il regime di prova per i delitti del crimine organizzato o di maggiore allarme sociale, secondo canoni ormai diffusi, ma che non sembrano ragionevoli, atteso che la distinzione in parola dovrebbe valere per i mezzi di ricerca della prova, ma non per i criteri del ragionamento decisorio.

Sono dettate, poi, da ragioni di semplificazione e di eliminazione di forme superflue le modifiche della disciplina delle impugnazioni (art. 8), quali l'introduzione del comma 1 *ter* all'art. 610 c.p.p. in ordine ai casi di inammissibilità del ricorso per cassazione – già presenti nell'attuale regime processuale – da dichiarare *senza le formalità previste dal comma 1*, e cioè senza l'adozione del particolare rito camerale ivi previsto.

Di maggiore rilievo è, invece, la previsione del nuovo combinato disposto di cui agli artt. 544, comma 3 *ter*, e 568 *bis*, che incide sulla configurazione della struttura della motivazione della sentenza nell'ipotesi di mancata presentazione della dichiarazione di impugnazione nei confronti di sentenza non contumaciale, da proporre nei tre giorni dalla lettura del dispositivo.

Viene introdotto, cioè, un regime di impugnazione per i giudizi non contumaciali, verosimilmente determinato dalla presunzione normativa che l'imputato presente – o da ritenersi tale – al giudizio abbia conoscenza dell'*iter* processuale e delle relative acquisizioni probatorie.

In tali ipotesi (art. 568 *bis* c.p.p.) il potere di impugnazione deve essere esercitato, a pena di decadenza, nei tre giorni successivi alla decisione, con la conseguenza che la relativa motivazione è limitata ad una *concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la sentenza è fondata* (art. 544, 1° comma, c.p.p.), oggi prevista solo per le motivazioni contestuali alla sentenza.

La conseguente accelerazione della redazione della motivazione delle decisioni, che spesso ed indebitamente allunga i tempi del processo, dà conto dell'apparente ritorno alla passata distinzione tra dichiarazione e motivi di impugnazione, e trova giustificazione nella sottesa finalità di conseguire la ragionevole durata del processo.

Tende, infine, a porre parziale ed insufficiente rimedio al diffuso ed ormai patologico fenomeno di pronunce del giudice di legittimità contrastanti a distanza di breve tempo, l'introduzione del comma 1 *bis* all'art. 618 c.p.p., che impone alla sezione semplice della Cassazione di rimettere alle Sezioni unite il ricorso nel caso ritenga di dissentire dal *più recente principio di diritto con il quale le Sezioni unite hanno risolto un contrasto tra le singole sezioni*. Novità certamente condivisibile, almeno come tendenziale recupero dei compiti di nomofilachia della Corte di Cassazione, anche se secondo una visione non ingessata dell'interpretazione del diritto ma suscettibile di mutamenti giustificati da meditate ed orientate riflessioni, sì da non contraddire la certezza del diritto in ordine alla regolamentazione delle future situazioni soggettive.

Di particolare rilievo, infine, è l'introduzione (art. 9) della lett. e) all'art. 630 c.p.p., che, correlata alle modifiche degli artt. 631, 633 e 634 c.p.p., raccoglie l'istanza ormai avanzata da tempo circa il riconoscimento del diritto alla revisione nei casi di condanna dello Stato per violazione dell'art. 6, § 3, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, quale *summa* delle fondamentali garanzie soggettive processuali, *naturalia* del giusto processo. La modifica, però, già discutibile per la fissazione di termini giugulatori per la proposizione dell'istanza di revisione alla Corte d'Appello, risulta poco attenta al complessivo quadro normativo convenzionale, poiché non tiene conto della riconosciuta incidenza delle violazioni dei Protocolli della Convenzione europea e delle altre Convenzioni che sempre più frequentemente vengono poste a fonda-

mento delle condanne dello Stato per infrazione delle regole del giusto processo convenzionale.

Tirando le somme.

Le novità introdotte dal disegno di legge approvato il 6 febbraio, segnano una decisa svolta culturale, che coniuga un apparente ritorno al passato – nella mutata fisionomia del ruolo del pubblico ministero nell'espletamento delle indagini preliminari e nell'esercizio dell'azione penale – con una prospettiva garantista sottesa ai principi del giusto processo, soprattutto a quello della ragionevole durata del processo, che sta alla base di gran parte delle modifiche improntate alla semplificazione delle forme ed alla accelerazione dei tempi del processo.

Le modifiche, più che a finalità ideologiche o politiche di una sorta di controriforma tendono a porre riparo a distorsioni della prassi conseguenti alla strisciante deriva inquisitoria incoraggiata anche dalla cultura della "sicurezza", che richiede maggiore efficienza al processo, secondo canoni di maggiore prontezza della risposta punitiva dello Stato, espressi in maniera quasi spasmodica dai numerosi interventi originati dall'incessante sovrapporsi di leggi eccezionali o "d'occasione" sotto le vesti dei c.d. "pacchetti sicurezza".

In tale scenario trova spiegazione l'apparente paradosso del fenomeno circolare per il quale l'inflazione legislativa determina la sovraesposizione del pubblico ministero e la fortuna di un diffuso diritto penale giurisprudenziale di stampo premoderno, che a loro volta stimolano l'esasperata attività legislativa, nel sotteso intento di porre riparo ai guasti della prassi e di ingabbiare in più angusti schemi il potere discrezionale del pubblico ministero e del giudice, e di dettare i tempi e le cadenze della giustizia penale più celere in funzione di assicurazione dell'opinione pubblica sulla punizione dei colpevoli.

La previsione di controlli sull'esercizio dei poteri inquirenti e giurisdizionali introdotta dal disegno di legge rappresenta, perciò, un'apprezzabile linea di tendenza, che tiene conto di una più generale esigenza dell'ordinamento, ma non sembra sufficiente a garantire il principio di stretta legalità processuale sul piano dell'effettività.

Infatti, lo scarto tra regole probatorie del giusto processo ed un diritto penale sostanziale contrassegnato dalla costruzione di fattispecie penali connotate da indeterminatezza semantica tipica dell'assenza di tassatività e dall'elezione per il diritto penale d'autore, comportano *ab imis* la crisi della funzione giurisdizionale.

L'attenuazione dei vincoli di diritto penale sostanziale connessi alla tassatività, alla materialità dell'azione ed all'offensività dell'evento si traduce, cioè, nella sensibile riduzione degli spazi di verificabilità e di falsificabilità delle ipotesi di reato formulate dall'accusa. Sicché le regole del ragionamento probatorio e di quello decisorio risultano, di fatto, svuotate del contenuto di garanzia, a tutto discapito dell'effettività del principio del contraddittorio, quale regola semantica di ricerca della verità nel modello del giusto processo.

In definitiva, il pur apprezzabile slancio garantista del recente provvedimento di riforma sarà destinato a cadere nel vuoto se ad esso non farà seguito la consapevolezza che l'attuale crisi del sistema giustizia richiede di porre termine alla schizofrenia legislativa, che pretende di costruire un modello processuale costituzionalmente orientato e ad un tempo di accentuare le linee di un diritto penale sostanziale sempre più lontano dal principio di stretta legalità sostanziale.

Alfredo Bargi

IL PUNTO SU ...

Emergenza continua e nuove linee di politica criminale **(Trascrizione dell'Intervento al Convegno** **«L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità» – Bari 29.11.2008)** **di Alfredo Gaito**

Ordinario di Procedura penale nell'Università di Roma "La Sapienza"

Dice il presidente Tranchina «ognuno si assuma le sue responsabilità». Io non mi sottraggo, chi mi conosce sa che io vivo di paradosso, nella professione sono sicuramente un avvocato scomodo che non fa sconti a nessuno, nell'accademia sono una voce altrettanto scomoda, normalmente provocatore.

Dice l'ottimo amico Garofoli «non credo più nei convegni». Da parecchio tempo sono diventato scettico anche io, ma non si può fare di tutta l'erba un solo fascio.

Non sono qui in veste di befana, ma credo di dovergli «regalare» un po' di caramelle e un po' di carbone. L'approccio sarebbe errato se si riferisse, invece, all'inutilità di comprendere il nuovo. Mentre se la piegatura polemica si atteggia in funzione critica dell'inutilità di stare sempre a sentire i soliti noti che parlano e ripetono da anni le stesse cose in tutti i convegni allora Garofoli ha ragione.

Come che sia, la dimensione di denuncia sottesa alle parole di Enzo Garofoli va recepita con sensibilità, e dev'essere colta da tutti gli operatori concreti della giustizia: gli avvocati per i vari corsi di aggiornamento e preparazione, gli accademici, i magistrati. Perché mi pare che con queste parole, che in questa dimensione colgono nel segno, si denuncia un fenomeno devastante che è quello del fallimento di un certo segmento della dogmatica universitaria e tradizionale. Questa presa di coscienza, però, è piuttosto tardiva: in effetti, il problema parte da lontano, e non è questione di pacchetti criminalità, sicurezza o quant'altro. Parte da lontano e cioè da quando, anziché sforzarsi di comprendere i fenomeni nuovi della giustizia pe-

nale (rivado con il pensiero al 1988, 1989, 1990) e quindi rimettersi sui testi o anzi mettersi per la prima volta sul codice Vassalli e cercare di razionalizzarlo, si pensò invece di fare editoria da *istant book*, stemperando nel nuovo gli schemi vecchi che avrebbero dovuto essere abbandonati e che invece sono stati perpetuati nei nostri manuali e nei codici, un po' per incapacità, un po' per pigritia, un po' per interesse economico.

Io credo, vent'anni dopo, che sia ora di voltare pagina, avviando una profonda revisione di questo modo di fare didattica. È urgente il recupero del metodo, dell'approfondimento dogmatico, della visione a tutto campo, dell'originalità, dello spirito critico. È stato provocatorio l'amico Enzo nel suo esordio, quando si è domandato se ci fossero anche dei pregi, o solo dei difetti in questa legislazione che si colloca tra le cosiddette legislazioni estive.

Allora guardate, io credo che almeno un merito queste riforme estive – e non parlo solo della legge n. 125, parlo delle norme sulla spazzatura napoletana, ad esempio – io credo che un merito ce l'abbiano: ci costringono di nuovo a ragionare, direi con un approccio un po' diverso, comparatistico.

A prima lettura, si tratta di norme mal fatte. I processual-civilisti quando si trovano di fronte ai termini non perentori, non stabiliti a pena di «decadenza», parlano di termini canzonatori. Ecco: l'impressione, ed è quello che i primi commentatori hanno scritto, è che anche queste disposizioni siano ingannevoli per le aspettative della generalità del pubblico, per la gente e per noi operatori.

Forse non è così, ma per verificarlo occorre riporre nel cassetto i manuali correnti della procedura penale, recuperare i testi dei vecchi saggi, di quelli che nell'*incipit* dei loro volumi spiegavano le tecniche di interpretazione della norma processuale. Garofoli parlava prima della necessità di riaggiornare il manuale; io segnalo, al proposito, l'ultimo editoriale dell'*Osservatorio del processo penale*. È una lezione per tutti noi, perché nonostante il moltiplicarsi degli scritti di penalisti, di magistrati, di avvocati e di universitari su questa materia, è rimasto oscuro un aspetto fondamentale, di metodo di base e non di mera esegesi: ma si tratta davvero di norme velleitarie perché sono prive di sanzione? o la prospettiva potrebbe essere altra e diversa? «Quello che mi ha colpito sopra ogni cosa – scrive Simona Sagnotti – è la difficoltà incontrata da alcuni dei colleghi, a individuare le diverse tipologie normative e il regime di invalidità in caso di inosservanza».

Il punto è centrale, ed è appunto di metodo, ma un metodo che ormai noi non abbiamo più, come se fosse fuori moda o comunque un inutile impaccio per chi è troppo preso dall'esegesi dell'immediato. Il punto nodale di queste "riforme balneari" è, ad esempio, all'art. 2 della legge n. 125, allorché si cambiano le norme sul direttissimo e giudizio immediato già evocate dall'amico Garofoli. Il Pubblico Ministero, quando l'arresto in flagranza è già stato convalidato, procede al giudizio direttissimo. Bene i relatori ai convegni e i tanti autori dei tanti commenti a prima lettura si stanno impegnando per spiegare come cambia il regime della prova a seguito di questo direttissimo obbligatorio, come cambiano i termini. Dopodiché abbiamo che le parole «il Pubblico Ministero può chiedere» sono sostituite dalle seguenti: «salvo che ciò pregiudichi gravemente le indagini, il Pubblico Ministero chiede». È quindi un giudizio direttissimo para-obbligatorio, che va a recuperare quella antica dizione (alcuni la ricorderanno), del vecchio art. 502 del c.p.p. 1930, circa la non necessità di speciali indagini, problema arduo da definire (dovettero intervenire Corte Costituzionale e Sezioni Unite).

E lo stesso è a dirsi per il giudizio immediato: il Pubblico Ministero non più «può chiedere» il giudizio immediato, ma «richiede» il giudizio immediato. Non mi si dica che è lo stesso. Io torno alla vecchia circolare Craxi sull'interpretazione della legge, in cui si scandì l'obbligo di interpretare tutti i verbi all'indicativo come se fossero all'imperativo (sull'uso dell'indicativo, acute le intuizioni di Grispigni il quale, ancor prima che Austin scoprisse i performativi e Carcaterra le norme costituite, già aveva compreso e razionalizzato che le norme espresse all'indicativo sono costitutive e costruttive).

Quindi abbiamo delle norme in cui si stabiliscono altrettante situazioni di dover essere per il Pubblico Ministero, e però è mancata la indicazione di una sanzione esplicita. E ieri sera con Marzaduri ci interrogavamo: sì, potrebbe esserci un'invalidità generale discendente dal sistema, ma poi che succede del giudizio direttissimo non inscenato ritualmente che avrebbe dovuto essere iniziato entro i noti termini di legge?

Non voglio invadere terreni di altrui spettanza, ma per la selezione e l'accelerazione dei processi addirittura, non si dice che qualcuno deve, mentre piuttosto viene stabilito uno scopo da raggiungere, nel senso che è assicurata in maniera assoluta la priorità di una determinata serie di processi. Attenzione: può darsi che quell'elenco sia non condivisibile, ma atteniamoci per un momento a valutare la tecnica. Quali sono gli effetti? E se quel risultato, per cui poi sono scandite una serie di tappe, non è assicurato, che succede? Ecco, è su questo terreno che i filosofi e i teorici dell'interpretazione del diritto stanno impartendo una bella lezione. Ci spiega Simona Sagnotti (nel già evocato Editoriale): «A quale sotto-tipologia appartengono le norme in oggetto? Mi sentirei di dire: tanto alle norme di conformazione, quando quelle di validità. *Nulla quaestio* sulle prime. È evidente che tali disposizioni mirano a strutturare gli uffici, quelli giudiziari nella fattispecie, mediante la regolazione dell'ordine dei processi. Meno evidente è che queste norme sono anche di validità. A ben guardare, l'es-

sere sprovviste di sanzioni esplicite, fatta eccezione per una mera sanzione disciplinare, fa comprendere quali conseguenze siano ipotizzabili a seguito della loro inosservanza: l'invalidità degli atti prodotti. L'interpretazione esposta si fonda sia su un'analisi linguistica del testo normativo, sia su un'analisi logica del medesimo: il legislatore non usa mai l'espressione "si deve" o "è obbligatorio" o "è tenuto", utilizza invece espressioni quali "è assicurata la priorità". Questa norma costituisce sé stessa, ossia, dicendo "è assicurata", assicura direttamente. Altro non è che una norma di validità, sono perciò da considerare nulli tutti gli atti in loro violazione». Sia chiaro. Io non postulo che questa sia l'unica spiegazione possibile; dico però che questo è l'approccio sistematicamente e dogmaticamente corretto del non penalista. Rievocando Filippo Grisigni, antico Maestro del passato, che già negli anni Quaranta aveva enunciato una mirabile ricostruzione logico-sistematica della norma processuale penale, verrebbe da dire piuttosto che è l'unico approccio logico ortodosso.

I più tra noi sono oggi maggiormente impegnati sull'esegesi spicciola della disposizione che non a inquadrare la normativa nuova nel sistema complessivo che la circonda, ma nessuna norma può mai essere letta da sola, perché fa sempre parte di un qualcosa di più grande; e non a caso l'analogia non è vietata in materia di procedura penale e in caso di "buchi"... mi pare che il tenore dell'art. 12, 2° comma, disp. prel. c.c., sia chiaro e non abbia bisogno di chiose ulteriori.

Per l'effetto, se l'angolo di visuale viene spostato dallo specifico problema innescato dalla norma singola alle intenzioni del legislatore, allora forse il giudizio collettivamente e aprioristicamente negativo, potrebbe esser suscettibile di cambiamento.

Perché io devo dire una cosa (e me ne assumo la responsabilità): i risultati indotti da questa normativa nuova possono piacere o meno, ma il metodo scandisce una novità rilevante: i politici si riappropriano del diritto delle scelte, laddove fino ad oggi, almeno dai tempi di "Tangentopoli", tutto era stato

delegato alle scelte dei magistrati. Il che aveva condotto – come ben noto – a una sorta di regionalizzazione della giustizia penale (si pensi alla circolare Zagrebelsky a Torino), con buona pace dei sacrosanti principi costituzionali dell'uguaglianza e dell'obbligatorietà dell'azione penale. So perfettamente che con le norme più recenti, entrate in vigore dieci giorni fa, alcuni fatti sono reato soltanto in Campania: così spargere la spazzatura sulla strada comporta in Campania l'arresto in flagranza, ma non altrove; opinabile forse la discriminazione, ma per lo meno vi è "certezza", trattandosi di una legge di ambito locale.

Vi invitavo a distinguere fra risultati e metodo. Io personalmente apprezzo il metodo, di riappropriarsi, cioè, da parte dell'autorità politica delle facoltà di indirizzo; nutro perplessità sulle scelte effettuate in concreto. Sì ma, diceva già Napoleone, «l'intendenza seguirà». Forse cominciando con questo metodo qualcosa potrebbe cambiare.

Altra cosa opinabile nel metodo. Si sono individuate – indorando la pillola, per farcele subire – una serie di emergenze che davvero emergenza propriamente non sono:

a) emergenza criminalità organizzata, per modificare e inasprire il regime delle misure di prevenzione, ma l'emergenza mafia nasce nel '65, è ormai incarnata nel nostro tessuto sociale ordinamentale, non credo si possa parlare di emergenza; emergenza immigrazione;

b) emergenza stragi del sabato sera, e si sono introdotte anche delle modifiche al codice della strada;

c) emergenza spazzatura, ma anche quella non era certo attuale.

Ecco forse se si fosse parlato di "urgenza di risolvere" potrebbe esser meglio.

Si è però sbandierato il vessillo dell'emergenza, dicevo, per far subire queste riformine, che hanno un filo rosso che le accomuna.

A me pare che gli apparenti risultati siano gli strumenti per conseguire altro.

Io non so se il legislatore intende sul serio risolvere il problema dei tempi della giustizia, spesso lunghi, sempre mal utilizzati, con

gli artt. 2 *bis* e 2 *ter* della legge n. 125. Questi però sono sicuramente lo strumento per conseguire un risultato ulteriore, quello sì oggetto della nuova politica criminale di questo governo, che legittimamente la persegue (non so se condivisibile o meno, ma compito di un governo è proprio e anche quello di dirigere e decidere): il tendenziale ridimensionamento delle scelte e dell'autonomia decisoria del Pubblico Ministero nel processo penale.

Non so se questo è giusto o sbagliato, ce lo diranno poi i risultati prossimi futuri.

Mi sembra che questo obiettivo venga perseguito attraverso la prescrizione del giudizio direttissimo obbligatorio e del giudizio immediato obbligatorio entrambi in correlazione diretta allo stato di detenzione dell'imputato, con la preclusione a proseguire le indagini nel caso in cui la cassazione sancisca l'insussistenza dei gravi indizi. Nella prospettiva della ricezione delle opzioni endoprocessuali del pubblico ministero pesa anche il divieto di giudizio immediato in caso di sopravvenuta insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza.

Lo *status libertatis* dell'imputato viene utilizzato dal nuovo "legislatore estivo" per cominciare a ridurre gli ambiti di discrezionalità del Pubblico Ministero.

Sarebbe stato politicamente scorretto farlo in altri modi, sicché si è operato all'interno del processo.

E laddove le scelte del P.M. non sono direttamente ridimensionate, si è praticata un'operazione volta a ridurre gli effetti delle scelte comunque lasciate al Pubblico Ministero: anche in questa prospettiva va inquadrata la soppressione del patteggiamento in appello, operazione che quale effetto riflesso ha determinato un marcato profilo di danno ingiustificato per alcuni imputati. Non sto dicendo che vorrei mantenere il patteggiamento in appello, bensì che trovo eticamente inappropriata la mancanza di una disposizione transitoria. Sta di fatto che al momento dell'entrata in vigore della legge nuova soppressiva vi erano appelli pendenti e la legittima aspettativa degli imputati appellanti ad un patteg-

giamento, perché secondo l'*id quod plerumque accidit* in casi analoghi si era sempre patteggiato e all'improvviso non è stato più consentito.

Passando ad altro: sono stati introdotti nuovi criteri di distribuzione e selezione degli affari penali nel processo che, alla stregua dei primi studi editi, dovrebbero valere solo per il giudizio di primo grado; forse con qualche dubbio per il giudizio d'appello, ma credo che questo sia in fase di risoluzione; ma tutti son all'unanimità granitici nell'escludere che ciò valga in Cassazione. Ma un approccio *ad excludendum* del genere non mi convince. Ecco allora l'attualità dell'interrogativo: in caso di violazione di questa normativa, quali sono gli effetti? Secondo Simona Sagnotti, che fa buon uso delle categorie della teoria generale del diritto, la risposta va articolata in modo sano in termini di invalidità. Beh, per le scelte sbagliate del Pubblico Ministero, che ha il divieto di introdurre il giudizio immediato o che non pratica il giudizio direttissimo obbligatorio, io direi che la introduzione di qualunque altra forma processuale dovrebbe determinare l'inammissibilità, in quanto tentato esercizio di una domanda da parte di chi non è legittimato.

Vedremo che cosa stabilirà la giurisprudenza. Ci dovrà essere un confronto dialettico, al quale non siamo più abituati.

L'altro aspetto (che in apparenza non incide sul Pubblico Ministero, ma nella realtà sappiamo perfettamente che è così): nei grossi uffici giudiziari ogni Pubblico Ministero è collegato con due G.I.P. Il legislatore, per ora solo per la Campania e per i fatti concernenti i rifiuti ed i reati di criminalità organizzata connessi, ha reciso il cordone ombelicale dell'accoppiamento Pubblico Ministero-G.I.P. ed ha istituito il controllo da parte del giudice. Qui forse si sono uniti due moventi di politica criminale, si è anche preso atto che in materia di rifiuti si andavano a toccare poteri forti (non ministri, ma governatori e sindaci). A me pare che il G.I.P. collegiale rifletta pari pari la struttura del tribunale dei ministri: una sorta di tribunale dei ministri per amministratori locali. Se fos-

se plausibile questa prospettiva, sarebbe stata compiuta una equiparazione per lo meno di situazioni sostanziali.

In prospettiva generale e di fondo: c'è da interrogarsi se possano essere legittimamente ascritte nella politica criminale scelte improvvise e non sempre coerenti, Verrebbe francamente da rispondere di no, sol che si vada col pensiero ai grandi razionalizzatori del tema. D'altronde, in una situazione di mancanza perdurante pluriennale di qualsia-

si linea strategica accentrata, anche questi primi sussulti sCOORDINATI vanno colti con favore, pur se con qualche riserva.

Certo ha ragione Garofoli, quando chiede dov'è la coerenza? Perché solo per la Campania e solo per i reati connessi allo smaltimento dei rifiuti e non per tutte le altre regioni e anche per altre categorie di reati che siano tipizzate con certezza? Ma questa sarebbe un'altra storia, da riservare alla prossima puntata.

Mutamenti territoriali e giurisdizione penale dello Stato (nella dottrina e nella giurisdizione italiana)

di Augusto Sinagra

*Ordinario di Diritto dell'Unione europea
nell'Università di Roma "La Sapienza"*

1. *Introduzione.* – Il problema della esercitabilità della giurisdizione penale dello Stato in rapporto a mutamenti territoriali è stato oggetto di specifica attenzione e di studio in Italia negli anni immediatamente successivi alla feroce occupazione da parte delle bande slavo-comuniste dei territori delle Province italiane di Pola, di Fiume e di Zara (oltre che di altri territori dell'altra Istria, della Provincia di Gorizia e delle isole e della costa dalmatica pure sottoposti alla sovranità italiana) a far data dall'ultimo periodo della guerra fino al 3 maggio 1945 (ma anche ben oltre) con la occupazione della città di Fiume da parte delle dette sanguinarie bande slavo-comuniste.

Maggiore studio e attenzione sono stati rivolti, ovviamente, a tale problema da parte della giurisprudenza e della dottrina dopo la firma del cosiddetto *trattato di pace* del 10 febbraio 1947 (che non fu, come si sa, un trattato bensì un *diktat* violento, e che comunque non portò la pace e né può dirsi essa oggi esistente), e dunque dal 16 settembre del 1947, data della sua entrata in efficacia.

Il problema consiste, in breve, nella esercita-

bilità della giurisdizione penale dello Stato (italiano, per quel che ora interessa) per la perseguibilità di delitti commessi su territori già sottoposti alla sovranità italiana e poi ceduti ad altra sovranità statuale (e cioè alla Repubblica Socialista Federativa di Jugoslavia) dopo, come detto, il periodo di feroce occupazione slavo-comunista che in nessun modo, e per evidenti ragioni, consentiva l'esercizio della giurisdizione (men che mai penale) italiana nei territori occupati; né la giurisdizione fu esercitata dall'occupante in applicazione dell'allora vigente legge nazionale italiana, come disciplinato dal diritto internazionale (MIGLIAZZA, *L'occupazione bellica*, Milano, 1949, e CAPOTORTI, *L'occupazione nel diritto di guerra*, Napoli, 1949).

Ciò non avvenne, si ripete, per evidenti ragioni consistenti nel fatto che quella giurisdizione avrebbe dovuto esercitarsi, pur dove-rosamente, nei confronti proprio di quegli slavo-comunisti responsabili di eccidi efferati, numericamente incalcolabili e preordinati in esecuzione di un chiaro disegno genocidiale in danno della popolazione italiana di

quelle Regioni prima occupate e poi cedute alla sovranità statale jugoslava.

Il lungo decorso del tempo dagli anni immediatamente successivi alla cessazione delle ostilità e alla entrata in efficacia del cosiddetto *trattato* di pace, ha naturalmente rarefatto i casi coinvolgenti il problema di cui ora si discute. E ciò per le più differenti ragioni: la morte dei responsabili, il disinteresse o la morte dei parenti delle vittime, l'intervento di differenti provvedimenti di clemenza adottati in Italia a cominciare dal 1944, e a beneficio di quei cittadini o stranieri, che venivano mandati esenti dalle conseguenze penali delle loro azioni in quanto ritenute connesse alla finalità della cosiddetta "liberazione" [i diversi provvedimenti di clemenza succedutisi nel tempo sono: r.d. 5 aprile 1944, n. 96 (c.d. *amnistia Togliatti*); d.p.r. 19 dicembre 1953, n. 922; d.p.r. 11 luglio 1959, n. 460; d.p.r. 4 giugno 1966, n. 332]. A ciò deve aggiungersi, ed è appena il caso di dirlo, quante volte e in quali numerose occasioni tali provvedimenti di clemenza furono inappropriatamente applicati per l'effetto di una interpretazione anche consapevolmente abnorme perché assolutamente ingiustificata, della *politicità* del delitto, che costituiva il criterio conduttore dei detti, numerosi provvedimenti di clemenza succedutisi nel tempo.

Il problema si è riproposto di recente dinanzi alla Corte d'Assise, alla Corte d'Assise d'Appello di Roma, e dinanzi alla Corte di Cassazione, in occasione del processo promosso a carico di tre individui accusati di diversi fatti omicidiari in danno di cittadini italiani presenti in quelle Regioni.

Tale vicenda processuale si è conclusa con la sentenza della Corte di Cassazione, sez. I, del 20.3.2004, n. 175/2004, confermativa del preteso principio di diritto formulato dalla prima Corte d'Assise d'Appello di Roma con sentenza del 15 aprile 2003, n. 26/2003. Come prima si è accennato, il problema consiste nella corretta interpretazione dell'art. 6 del vigente codice penale italiano e, dunque, nel valutare se sia o meno esercitabile, senza richieste o autorizzazioni da parte dell'auto-

rità politica rappresentata dal Ministro della Giustizia, la giurisdizione penale italiana nei confronti di persone non residenti in territorio italiano, e per delitti commessi ed esauriti nei loro effetti, cioè interamente commessi in territorio sottoposto alla giurisdizione italiana al momento della loro commissione; territorio poi ceduto ad altra sovranità statale, come nel caso deciso e concluso dalla Corte di Cassazione italiana con la sentenza prima richiamata (PANNAIN, *Nozione di reato commesso nel territorio dello Stato*, in RIDPP, 1935, 203 ss.).

Mentre la prima Corte d'Assise di Roma con sentenza dell'11 ottobre 2001, n. 24/2001, faceva cattivo governo dell'amnistia concessa con d.p.r. n. 460/1959, così dichiarando non doversi procedere contro O.P. (unico imputato rimasto in vita nelle more del processo) e così riconoscendo esplicitamente la esercitabilità della giurisdizione penale italiana per i plurimi fatti omicidiari commessi a Fiume nel maggio del 1945, la prima Corte d'Assise d'Appello di Roma e poi la Corte di Cassazione, con le richiamate sentenze, hanno dichiarato non potersi procedere nei confronti dell'imputato, in quanto hanno ritenuto cessata la giurisdizione dell'Autorità giudiziaria italiana per effetto della cessione del "*locus commissi delicti*" ad altra sovranità statale in conseguenza dell'entrata in efficacia del cosiddetto *trattato* di pace deciso a Parigi il 10 febbraio 1947, ancorché tale cessione di sovranità territoriale fosse intervenuta in un momento successivo a quello di commissione dei delitti; e dunque attraverso una erronea interpretazione dell'art. 6 del vigente codice penale italiano, che costituisce oggetto delle presenti riflessioni (TRAPANI, *Legge penale*, II, *Limiti spaziali*, in EG, XVIII, 1990, 1 ss.).

2. *L'Ordinanza del Tribunale di Roma in sede di riesame, del 2.7.1996 e le principali sentenze della Corte di Cassazione. L'art. 6 c.p. e l'ipotesi di delitto realizzatosi parte in territorio ceduto e parte in territorio rimasto alla sovranità dello Stato cedente.* – Giova premettere che già il Tribunale di Roma, in sede di riesame, pronunciandosi sull'appello pro-

posto il 22.5.1996 dal p.m. avverso l'Ordinanza del 14.5.1996 con la quale il G.I.P. aveva respinto la richiesta di applicazione della misura cautelare della custodia in carcere per O.P., aveva affermato la sussistenza della giurisdizione del giudice penale italiano con argomentazioni che trovano riscontro positivo nel codice penale e che sono confortate dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti.

Il Tribunale penale di Roma, in sede di riesame, con l'ordinanza del 2.7.1996 aveva correttamente rilevato che *l'art. 6 c.p. considera il reato come commesso nel territorio dello Stato, da cui deriva la punibilità del reo secondo la legge italiana, allorché l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero ivi si è verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione.*

Unico requisito, dunque, per la assoggettabilità alla giurisdizione penale italiana è pertanto quello dell'essersi realizzato in territorio italiano uno degli elementi costitutivi del fatto-reato: azione (od omissione) od evento.

Al riguardo, nessun dubbio vi può essere – come ricordano le Sezioni Unite penali della Corte Suprema di Cassazione nella sentenza del 24 novembre 1956 (*Salomone*) – nel senso che a seguito del *trattato di pace* tra l'Italia e le *Potenze Alleate e Associate*, la cessazione della sovranità italiana nella Regione istriana e di Fiume e nella Regione dalmatica era stata prevista per la data di entrata in vigore del *trattato* (16 settembre 1947), per cui certamente fino a tale data detti territori sono rimasti soggetti alla sovranità italiana con la conseguenza che per ogni eventuale infrazione di carattere penale commessa in quelle zone sorgeva e permaneva incondizionatamente a favore dello Stato italiano la corrispondente potestà giurisdizionale.

Né può sostenersi, come ritenuto dalle Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione con una precedente e remota sentenza del 2 luglio 1949 (*Schwend*), che i reati commessi su parte del territorio nazionale, successivamente ceduto ad altro Stato, devono considerarsi come commessi in territorio straniero

con conseguente (sopravvenuta) impossibilità di esercizio della giurisdizione italiana.

Così argomentando, infatti, si confonde l'esercizio in concreto della potestà punitiva – non più possibile sul territorio ceduto – (e della quale si dirà più avanti), con l'esercizio della giurisdizione che non viene meno in quanto si fonda sull'applicabilità della legge penale italiana, per essere stato il reato commesso *ratione temporis* in territorio nazionale.

Nessuna norma, infatti, né di carattere interno e né di carattere internazionale, prevede che l'applicabilità della legge penale italiana, ai sensi dell'art. 6 c.p., sia soggetta a condizione risolutiva per il caso che il *locus commissi delicti* sia trasferito successivamente alla sovranità di altro Stato (*SINAGRA, I fatti, la legge, la giustizia*, in BALLARINI-MICICH-SINAGRA, *La rivoluzione mancata. Terrore e cospirazione del partito comunista in Italia dalle stragi del 1945 alla abiura di Tito del 1948*, Roma, 2006, 117 ss.).

È ben vero che la giurisdizione *fa passaggio* con la sovranità territoriale, ma è evidente – anche per le conseguenti ed inammissibili eventuali impunità che ne potrebbero diversamente conseguire – che tale principio esplica la sua operatività per il futuro e non già per il passato: cioè per i fatti avvenuti successivamente al *passaggio* della sovranità territoriale, e non già per i fatti verificatisi precedentemente; solo in tal senso può avere ragione e significato l'espressione *quando* contenuta nel secondo comma dell'art. 6 del codice penale.

Tale pacifico principio di diritto interno ed internazionale trova conferma nella ipotesi della nave battente bandiera italiana nel caso in cui a bordo della stessa venga commesso un delitto nel corso della navigazione, e in acque internazionali. La giurisdizione del giudice italiano, in relazione a quel delitto, è indiscutibile così come dispone il 2° comma dell'art. 4 c.p. che, come il codice della navigazione, riconduce la nave al territorio dello Stato ai fini della legge penale, e ciò anche nel caso in cui tale nave per un motivo qualsiasi dovesse successivamente cambiare

bandiera dismettendo quella italiana. In tale ipotesi certamente non verrebbe meno la giurisdizione del giudice italiano in relazione ai fatti avvenuti nel tempo in cui la nave batteva bandiera italiana ed era considerata come territorio dello Stato e dunque soggetta alla legge penale italiana (cfr., sul punto, CARBONE, *Legge della bandiera e ordinamento italiano*, Milano, 1970).

A tutto ammettere, vi sarebbe da considerare anche l'ipotesi che il territorio su cui sono stati consumati i delitti non sia *passato integralmente di mano*. Tale rilievo acquista valore con riferimento all'art. 6 c.p., nella parte in cui questo prevede che il reato si considera commesso nel territorio dello Stato anche nel caso di parziale *svolgimento* del medesimo in territorio italiano.

A tal proposito è utile evidenziare il caso in cui parte della *complessiva e unitaria condotta criminosa* si sia sviluppata anche in territorio ancora soggetto alla sovranità dello Stato cedente.

Nel caso di specie, ora considerato, è storicamente accertato che l'attività delle bande slavo-comuniste diretta a *distaccare* le Province italiane dell'Istria, della Venezia Giulia e della Dalmazia dall'Italia e ad organizzare la programmazione e l'esecuzione delle stragi, si è svolta contestualmente in tutta l'area giuliana, istriana e dalmatica e quindi sia nella parte del territorio poi ceduto alla Jugoslavia nel 1947, prima, e nel 1975 poi, con il Trattato di Osimo, che in quella rimasta tutt'oggi all'Italia.

3. *Principio di territorialità della legge penale ed evoluzione del diritto internazionale e del diritto penale interno.* – È utile evidenziare ancora che lo sviluppo del diritto internazionale e nazionale degli ultimi decenni ha evidenziato in modo inconfutabile la tendenza a privilegiare la esigenza di repressione dei crimini di guerra e contro l'umanità, facendo passare in secondo piano il principio della territorialità e anche della irretroattività della legge penale incriminatrice (VASSALLI, *I crimini di guerra*, in *La giustizia internazionale penale*, Milano, 1995, 87 ss.; ID., *I delitti contro l'umanità e il problema della loro pu-*

nizione, *ibidem*, 9 ss.; in precedenza, e in generale, cfr. SPERDUTI, *Crimini internazionali*, in *ED*, XL, 339 ss.). Tale rilievo necessita, per essere meglio valutato, di un riscontro più completo che faccia riferimento alla connessione fra *controllo* politico del territorio ed esercizio della giurisdizione, per la quale il richiamato, consolidato orientamento conferma il superamento di tale legame nel momento in cui il crimine *internazionale* sia tale da violare i principi generali e le norme di *jus cogens* del diritto internazionale.

Occorre sottolineare come la norma internazionale che impone agli Stati il perseguimento dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità, è norma positivamente esistente nella coscienza giuridica collettiva degli Stati; e ciò indipendentemente da ogni rapporto o connessione tra tempo e *locus commissi delicti* e sovranità territoriale dello Stato che esercita la sua giurisdizione penale. Al contrario, nel caso in cui fosse riconosciuta come esatta la opposta tesi, il processo di Norimberga, il processo di Tokio, il processo di Venezia (quest'ultimo, come è noto, voluto dall'Autorità di occupazione inglese a carico del Feld-Maresciallo Kesserling e del Generale Jödl), e le statuizioni di condanna pronunciate da tali Tribunali sarebbero da considerare solo come abusi e sopraffazioni delle *Potenze Alleate ed Associate*.

La norma internazionale prima individuata era – per i motivi fin qui esposti e per quanto in seguito verrà detto – già radicata sicuramente nella coscienza giuridica della Comunità internazionale degli Stati.

A conferma del fondamento dell'orientamento ora accennato, deve dirsi che è pacifica la perseguibilità del delitto di genocidio pur in assenza di un preteso criterio di stretto collegamento tra giurisdizione dello Stato ed esercizio della sovranità territoriale sui luoghi di commissione dei fatti costitutivi di tale delitto, riconoscendosi in tal modo, per quest'ultimo, il fondamento per così dire *universale* della sua perseguibilità a prescindere dal *locus commissi delicti*, da parte di ogni Stato (che ha l'obbligo di perseguire il delitto), essendo l'interesse al perseguimento

degli autori del reato *de quo*, un interesse non limitato all'ambito *sociale* di ogni singolo Stato individualmente considerato, bensì interesse *sociale* di tutta la Comunità internazionale degli Stati; per tali motivi, ogni Stato ha l'obbligo di tutelare l'interesse generale della Comunità internazionale laddove – come nel caso del genocidio e di ogni altro delitto contro l'umanità – venga coinvolto il fondamento stesso e la difesa dell'ordine pubblico internazionale (RONZITTI, *Genocidio*, in *ED*, XVIII, 578 ss.).

Giova, al riguardo, riportare quanto precisato dal Tribunale militare di Roma con sentenza n. 322 del 22.7.1997 (depositata il 13.9.1997) resa nel procedimento a carico degli *ex* Ufficiali tedeschi Erich Priebke e Karl Hass per i fatti avvenuti in Roma il 24.3.1994 in località *Cave Ardeatine*, che afferma il principio della perseguibilità penale fuori da ogni collegamento giurisdizione-sovrànità territoriale in ragione del *locus commissi delicti*, e indipendentemente dal fatto che lo Stato la cui giurisdizione si attiva sia lo Stato per così dire *parte lesa* del delitto.

In modo conforme si è pronunciata la Corte d'Appello di Lione (imputato Klaus Barbie, che si era rifugiato e che risiedette per moltissimi anni in Bolivia con il falso nome di Hans Altman) con sentenza del 1985, la quale ha stabilito che, in caso di reati contro l'umanità (che comprendono l'assassinio, lo sterminio, la deportazione della popolazione civile, nonché la persecuzione per ragioni politiche e razziali, *codificati* poi – tra l'altro – dall'art. 6 dell'Accordo di Londra dell'8 agosto 1945, istitutivo del Tribunale di Norimberga, e che sono pacificamente considerati come principi generali essenziali sempre esistiti dell'ordinamento internazionale), uno Stato è autorizzato – anzi, obbligato – a perseguire i responsabili di tali delitti, in qualsiasi momento e luogo commessi.

Un caso emblematico di perseguimento di un responsabile di tali crimini indipendentemente da ogni collegamento tra *locus commissi delicti* e giurisdizione dello Stato, è quello relativo ad Adolf Heichman. Lo Stato di Israele perseguì, catturandolo al di fuori

dei propri confini (in Argentina), il responsabile e conseguentemente giudicandolo e condannandolo (Corte Suprema di Israele, sentenza del 29 maggio 1962, in *International Law Reports*, 36, 1968, specificamente, 303 s.). Con riguardo al processo di Tel Aviv, a carico di Heichman, al momento della commissione dei delitti addirittura non esisteva neppure lo Stato (Israele) che ha poi esercitato l'azione penale (con conseguente implicita affermazione della sussistenza della propria giurisdizione in relazione ai fatti contestati), in conformità non soltanto alle statuizioni del suo ordinamento nazionale, ma anche – e prima – in conformità alle preesistenti disposizioni normative del diritto internazionale dovutamente richiamate e poi recepite nell'ordinamento giuridico nazionale israeliano.

È utile, inoltre, richiamare l'ordinanza del 6 maggio 1994 del Giudice Istruttore del Tribunale di Grande Istanza di Parigi (in *RDIn*, 1995, 707 ss.) con cui il giudice francese ha affermato la perseguibilità dei delitti contro l'umanità commessi nella *ex* Jugoslavia (dunque, successivamente al 1990) da soggetti comunque non presenti sul territorio francese.

È dunque evidente che i delitti contro l'umanità, vengono considerati dal diritto internazionale e da quello interno, che al primo deve adeguarsi, perseguibili anche a prescindere dal fatto che uno Stato abbia *mai* esercitato la sua sovranità sul territorio su cui gli stessi sono stati perpetrati. E poiché quella parte del diritto internazionale che afferma la attivazione della competenza di ogni Stato a conoscere di tali delitti ha ormai da tempo natura espressiva di norme generali fondamentali, queste ultime sono automaticamente rilevanti ed applicabili nell'ordinamento italiano *ex art. 10 Cost.*, e già prima della promulgazione della Costituzione, a prescindere dall'esigenza di far richiamo a strumenti internazionali aventi lo stesso oggetto (cioè, accordi o convenzioni).

4. *Giurisdizione penale e realizzazione in concreto della pretesa punitiva dello Stato.* – Tutto ciò premesso, va ora rilevata, sotto diverso

aspetto, l'infondatezza della tesi secondo la quale in tanto può sussistere ed è esercitabile la giurisdizione penale dello Stato, solo in quanto a questa corrisponda la possibilità in concreto di realizzare la pretesa punitiva dello Stato stesso.

L'art. 6 del codice penale italiano va inteso nel senso di considerare i reati come commessi nel territorio dello Stato, in quanto l'azione e l'evento che li costituiscono è ivi avvenuta. Infatti, l'inciso *commesso nel territorio dello Stato* (2° comma dell'art. 6 c.p.) ha necessariamente una valenza sia spaziale che temporale, in quanto un'azione o un *evento* è tale in quanto abbia una sua dimensione sia nello spazio che nel tempo. In questo senso va intesa la locuzione *quando* presente nel 2° comma dell'art. 6 del codice penale.

Perciò, quando il legislatore dice *che il reato si considera commesso nel territorio dello Stato quando l'azione o l'omissione che lo costituisce è ivi avvenuta in tutto o in parte*, vuole fare riferimento sia allo spazio (territorio dello Stato) sia al tempo (territorio dello Stato nel momento della commissione del fatto-reato). Ad avvalorare tale interpretazione è la *vis* attrattiva della giurisdizione italiana di cui sono permeate tutte le norme sostanziali e procedurali che disciplinano la competenza.

Da una visione unitaria di queste norme si ricava la *ratio* comune che il legislatore ha assunto nel disciplinare una materia così importante: la prevalenza, cioè, della giurisdizione italiana anche nel caso in cui il momento di collegamento con l'ordinamento dello Stato sia di minima importanza, come nel caso in cui, per quanto riguarda i reati continuati, l'azione delittuosa sia solo cominciata in Italia o ivi si sia verificato solo l'evento (ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte generale, a cura di Conti, Milano, 1995, 46 ss., oltre che 104 ss.). A maggior ragione quando il reato si sia interamente verificato in territorio italiano, dal suo primo atto integrativo della fattispecie fino alla sua intera consumazione.

Non vi sarebbe quindi alcun motivo di mettere in discussione il fondamento e la eserci-

tabilità di una giurisdizione che *ictu oculi* appare certa.

Nel senso indicato si è espressa con molta chiarezza la Corte di Cassazione a Sezioni Unite penali con la sentenza del 24 novembre 1956 (SALOMONE, in *GP*, 1957, II, 795), la quale ha ritenuto che ai fini dell'applicazione dell'art. 6 c.p. *si debba tener conto del rapporto di sovranità esistente nel momento in cui il reato è stato commesso*, onde la punibilità per il reato sussiste anche se successivamente questo rapporto sia venuto meno. La sentenza appena richiamata, essendo successiva a quelle contrarie di cui si dirà, e provenendo dalle Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione, risolve nel senso ora indicato la questione della esistenza o meno della giurisdizione penale del giudice italiano nel caso di mutamenti della sovranità territoriale dello Stato.

Inoltre, bisogna ricordare che il clima storico e politico in cui furono emesse le iniziali sentenze della Corte di Cassazione, forse non permetteva un diverso orientamento, dato il loro carattere eminentemente politico e dato che l'Italia usciva sconfitta da una guerra che le aveva sottratto parte del suo territorio, e si trovava in condizioni di debolezza politica interna ed internazionale, oltre che in stato di comprensibile confusione circa l'esatto inquadramento giuridico – politicamente condizionato – dei rapporti tra esercizio della giurisdizione e sovranità territoriale.

Al contrario, non appena si uscì fuori da questo stato di *soggezione psicologica* – conseguente a quella politica – nei confronti degli Stati vincitori della guerra (si veda la sentenza del 1956, prima richiamata), la Corte di Cassazione fu più libera di svolgere correttamente la sua funzione nomofilattica avendo come unico punto di riferimento la lettera e lo spirito della legge (art. 6 c.p.) e la sua esatta interpretazione e collocazione sistematica.

5. *La giurisprudenza della Corte di Cassazione che ritiene precluso l'esercizio della giurisdizione penale in conseguenza della cessione territoriale del locus commissi delicti ad altra sovranità statale, ancorché con riguardo a de-*

litti commessi anteriormente alla cessione di sovranità. – In contrario, si citano talune sentenze della Corte di Cassazione, dando loro un significato e presentandole in maniera tale da farle apparire come aderenti alla tesi contestata della cessazione della giurisdizione italiana, dimenticandosi però di evidenziare il fatto – tra l'altro (altre considerazioni saranno svolte in prosieguo) – che nessuna di queste sentenze ha avuto come oggetto reati gravi come l'omicidio plurimo e pluriaggravato (C., S.U., 2 luglio 1949, *Schwend*; C., sez. II, 15 febbraio 1950, *Albers*; C., S.U., 23 febbraio 1963, *Belisari*; C., S.U., 17 giugno 1950, *Pelarin*).

La sentenza del 1949 (*Schwend*) è stata severamente criticata dalla quasi totalità della dottrina giusinternazionalistica e penalistica per le lacune e le imprecisioni in essa contenute. Tali lacune ed imprecisioni si sostanziano, in particolare, nel fatto che in essa si è assunto quasi come un dogma il principio di *territorialità* del diritto penale italiano e non sono state prese in considerazione tutte le numerosissime ed autorevolissime voci contrarie (in dottrina, tra i tanti, MORELLI, *Trasferimenti di territorio e giurisdizione penale*, in GP, III, 98-112; CANSACCHI, *Cessione di territorio e giurisdizione penale*, in AP, 1949, II, 529 ss.; SANTORO, *Legge penale italiana, giurisdizione e cessione di parti del territorio nazionale*, in FI, 1950, II, 74 ss.: tutti drasticamente critici nei confronti della sentenza *Schwend*).

Una ulteriore lacuna rilevabile *ictu oculi* nella sentenza del 1949 è rappresentata dal fatto che i giudici della Corte di Cassazione non si sono posti il problema del diritto transitorio. Si vuole fare riferimento alla circostanza che, fermo (per ipotesi) il principio del simultaneo passaggio della giurisdizione con la sovranità, tale ragionamento è stato fatto valere anche per il caso in cui la sovranità dello Stato sul territorio è cessata *dopo* la commissione del reato, senza alcuna ulteriore precisazione in merito.

6. *L'errore interpretativo di fondo dell'art. 6 c.p.* – Tutto ciò premesso, giusta le considerazioni fin qui svolte, è ora possibile corret-

tamente intendere l'errore interpretativo consistente nell'assunto secondo cui interessato alla repressione sarebbe dal punto di vista territoriale, lo Stato italiano se ed in quanto il reato è commesso nei limiti *attuali* della sovranità territoriale italiana, e secondo cui l'art. 6 del codice penale non farebbe riferimento alla sovranità del tempo della commissione del fatto illecito, ma alla sovranità del tempo in cui l'interesse statale italiano alla repressione, sia in tutte le sue fasi che in una fase soltanto, si manifesta.

Premesso quanto già detto in ordine alla valenza sia spaziale che temporale attribuita dall'art. 6 c.p. alla commissione dei delitti, quest'ultimo articolo, inteso come sostenuto dalla opposta tesi, non avrebbe allora ragion d'essere, in quanto coinciderebbe con l'art. 3 dello stesso codice, e ne costituirebbe dunque un inutile duplicato.

L'art. 3 del codice penale, infatti, statuisce che *la legge italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato*, significando tale obbligatorietà sia il dovere di non violare le norme, sia la condizione di sottostare alle conseguenze della loro violazione ed ai mezzi per applicarle (col processo).

Lo stesso significato nella contestata prospettazione, verrebbe attribuito all'art. 6 c.p., che diverrebbe, come è già stato detto, un inutile duplicato dell'art. 3 c.p.

Al contrario, l'art. 6 del codice penale distingue temporalmente la commissione del reato e l'esercizio della pretesa punitiva dello Stato, individuando il momento in cui il reato è stato commesso e quello in cui lo Stato che ha posto quelle norme che si intendono violate esercita la propria potestà punitiva attraverso il processo penale: *chiunque commette un reato nel territorio dello Stato* (Fiume al momento della commissione degli omicidi costituiva parte del territorio italiano) è *punito secondo la legge italiana* (tranne alcune eccezioni che non trovano, nel caso di specie, alcun spazio di applicazione), e cioè secondo la legge del tempo della commissione dei reati. Per cui, il primo accertamento che il giudice deve effettuare consiste nell'indi-

duare il luogo dove è stato commesso il reato. Nel caso in oggetto tale luogo era certamente in Italia. Inoltre, il giudice deve individuare conseguentemente la legge applicabile e tale legge non può che essere quella italiana. Questo è il vero ed unico significato attribuibile al 1° e 2° co. dell'art. 6 c.p.

Collegare l'esercizio della giurisdizione penale come espressione massima della sovranità dello Stato rivolta a tutelare l'ordinato vivere del corpo sociale, alla conseguenza che non essendovi tale possibilità di disciplina sociale non vi sarebbe base, ragione e Stato, è un'affermazione priva di ogni fondamento (per utili riflessioni, cfr. ZICCARDI, *Intorno ai limiti della legge e della giurisdizione penale italiana*, in *RIDP*, 1950, 462 ss.).

A tal proposito è necessario sottolineare che, persa da parte dell'Italia la sovranità su quei territori sui quali furono commessi i delitti, ben permangono – in particolar modo nel caso di delitti particolarmente efferati – le conseguenze di quei delitti in capo ai parenti delle vittime e agli scampati che ancora oggi vivono su quella parte di territorio rimasta all'Italia. D'altro canto, non si può non considerare che il collegamento tra le esigenze di difesa sociale e l'esercizio della giurisdizione statale è ugualmente esistente anche se la giurisdizione dello Stato si risolve nella protezione di interessi generali che la Comunità internazionale ha riconosciuto e riconosce meritevoli di tutela e che ciascuno Stato è tenuto ad assicurare.

Nel caso in cui si intendesse ritenere insussistente la giurisdizione quando non fosse possibile realizzare in concreto la pretesa punitiva dello Stato, sarebbe sufficiente osservare che l'art. 9 c.p., consentendo la esercitabilità della giurisdizione in presenza di una richiesta del Ministro della Giustizia (è il caso dell'omicidio in Somalia di Ilaria Alpi e Miran Hrovatin, ovvero dei cosiddetti *desaparecidos* in Argentina per i quali vi è stata appunto richiesta del Ministro della Giustizia), non per questo diviene certa la successiva realizzabilità in concreto della pretesa punitiva dello Stato.

In proposito, è il caso di ricordare, per inci-

so, che la *richiesta* del Ministro della Giustizia si pone come sola *condizione di procedibilità* e non già come *condizione di sussistenza della giurisdizione penale dello Stato*.

Da ciò discende in maniera incontestabile che la scelta legislativa di fondo rilevabile dal codice penale vigente non è quella della stretta territorialità della giurisdizione, dato che in questi casi la pretesa punitiva dello Stato si realizza attraverso l'istituto dell'extradizione che, per quanto ora interessa, verrebbe privato di ogni significato nonché di ogni utilità, in conseguenza della sostanziale inesistenza che deriverebbe di tutte quelle disposizioni del codice penale che prevedono condizioni e requisiti per la esercitabilità della giurisdizione nazionale italiana.

Se è vero che, per rimanere all'ipotesi, la richiesta del Ministro della Giustizia si pone come condizione di procedibilità, proprio questo conferma la sussistenza della giurisdizione fuori da ogni infondato criterio di stretto collegamento territoriale come diversamente si pretende, con tutte le abnormi conseguenze che dalla tesi contestata discenderebbero.

È in questa prospettiva che acquista ulteriore conferma e validità la proposta interpretazione dell'art. 6 c.p. secondo cui la giurisdizione penale italiana va individuata non soltanto *ratione loci* ma anche *ratione temporis*, dovendosi avere riguardo al momento della commissione del delitto.

Nello stesso senso si è pronunciato un'autorevole dottrina, la quale ha affrontato in maniera articolata e completa il problema del rapporto tra l'esercizio della giurisdizione penale ed il territorio dello Stato (MORELLI, 97).

Occorre concordare nel senso che la nostra legislazione penale contiene un gruppo di norme le quali o per una specifica determinazione in esse contenuta o, più frequentemente, in quanto vengono integrate con le disposizioni formulate, in termini generali, dagli artt. 6, 9 e 10 c.p., prendono in considerazione un certo collegamento fra il fatto e lo Stato (non interessa qui se come elemento costitutivo del reato o come condizione di

punibilità). Tale collegamento è talvolta un collegamento obiettivo e, più particolarmente, territoriale, in quanto si concreta nella circostanza che il fatto sia commesso nel territorio dello Stato (artt. 6, 270, 274, 288, 295, 297, 299 c.p.).

Altre volte il collegamento è subiettivo e ha riguardo, cioè, al soggetto autore del fatto od al soggetto leso. Il criterio di collegamento subiettivo generalmente utilizzato è la cittadinanza, sia come criterio destinato a funzionare subordinatamente all'assenza del collegamento territoriale, come avviene per l'art. 9 (cittadinanza dell'autore) e per l'art. 10 (cittadinanza del soggetto leso), sia come criterio autonomo, destinato a funzionare incondizionatamente (artt. 242, 246, 269). Criteri subiettivi diversi dalla cittadinanza sono la dimora (art. 250) e la residenza (art. 4, 1° comma, per l'ipotesi di apolidia, art. 274, 2° comma).

Le norme penali, così come prendono in considerazione dati collegamenti fra i fatti contemplati e lo Stato, così possono dare una certa rilevanza all'assenza di un dato collegamento. Si hanno così norme le quali contemplano l'ipotesi di fatto commesso all'estero (artt. 8, 9, 10, 269, 293), di fatto commesso da uno straniero (artt. 27, 10, 246, 2° comma), di fatto commesso a danno di uno straniero (artt. 9, 3° comma, 10, 2° comma) (con specifico riguardo a tali ipotesi, cfr. CARACCIOLI, *L'incriminazione da parte dello Stato straniero dei delitti commessi all'estero e il principio di stretta legalità*, in RIDPP, 1962, 973 ss.).

Le norme che, come gli artt. 6, 9 e 10 c.p. subordinano, con formulazione generale, la punibilità di un fatto ad un dato collegamento fra il fatto stesso e lo Stato sembrerebbero dirette a delimitare l'ambito della giurisdizione penale, cioè a compiere una funzione analoga a quella che, rispetto alla giurisdizione civile, è esplicita dagli artt. 2 ss. c.p.c. Ma l'analoga è soltanto apparente. I citati articoli del codice di procedura civile contengono norme aventi natura processuale dirette propriamente a delimitare la giurisdizione dello Stato, cioè a determinare le liti che

dai giudici italiani possono essere decise. Invece gli artt. 6, 9 e 10 c.p., non diversamente dagli altri articoli, sparsi nello stesso codice, che si riferiscono ad un collegamento obiettivo o subiettivo con lo Stato, attribuiscono al previsto collegamento una funzione di diritto sostanziale, la quale si concreta in una delimitazione della sfera di efficacia delle norme materiali e non già in una delimitazione della giurisdizione penale.

L'assenza, in concreto, del collegamento richiesto importa che il fatto non è contemplato dalla norma penale e pertanto non costituisce reato. Più che di mancanza di giurisdizione dovrebbe, in ogni caso, parlarsi di impossibilità di una sentenza di condanna. Al contrario, l'assenza dei collegamenti indicati nell'art. 4 c.p.c. non tocca per nulla l'esistenza del rapporto, in quanto rapporto giuridico rilevante per l'ordinamento italiano, escludendo soltanto che sul rapporto stesso possa esercitarsi il potere giurisdizionale dei giudici italiani.

Con l'accenno che si è fatto alla natura ed alla funzione dei criteri di collegamento che sono di solito utilizzati in materia penale, non si vuole affermare che la giurisdizione penale sia del tutto illimitata, nel senso che essa si estenda, in ogni caso, a tutti i fatti che sono contemplati dalle norme materiali; non si vuole negare cioè in maniera assoluta l'esistenza di norme dirette propriamente a limitare la giurisdizione penale come tale, senza influire sulla sfera di efficacia delle norme materiali. Può dubitarsi se una norma limitatrice della giurisdizione risulti dagli artt. 9 e 10 c.p. in quanto questi articoli pongono la condizione della presenza dell'autore del fatto nel territorio dello Stato, ovvero se si tratti anche qui di un elemento attinente al diritto sostanziale.

Ma sembra certo che un vero e proprio limite alla giurisdizione penale debba ravvisarsi nella norma con cui l'ordinamento italiano si è adattato alla norma internazionale circa l'immunità diplomatica in materia penale; tale immunità si concreta infatti nella esenzione dalla giurisdizione e non pure dalla legge penale, considerando la qualità di agente di-

plomatico non già una condizione preclusiva del reato, ma soltanto una condizione soggettiva che importa impedimento all'esercizio dell'azione penale.

Le norme penali che contemplano la presenza o la assenza di un dato collegamento rispetto allo Stato italiano configurano di solito il collegamento o la sua assenza come una circostanza non già estrinseca al fatto, ma a questo inerente. Ciò comporta che, per una determinazione che deve ritenersi implicitamente, ma sicuramente, contenuta nella norma, la circostanza stessa va accertata avendosi riguardo al momento in cui il fatto è compiuto. La presenza o l'assenza del previsto collegamento assume così il carattere di circostanza non suscettibile di variazione nel tempo quali che siano le variazioni che vengono a subire gli elementi da cui la circostanza stessa risulta. Perciò il mutamento di uno di questi elementi (come la cittadinanza o la sovranità sul territorio) non produce le conseguenze che altrimenti si verificherebbero. Conseguenze che, quando si tratta di norma diretta a subordinare ad un certo collegamento la punibilità del fatto si concreterebbero, per quello che si è detto, nella estinzione del reato e non già semplicemente nella estinzione della giurisdizione.

L'affermato carattere di invariabilità si rileva in primo luogo nei criteri di collegamento subiettivi. Così, per le norme che si riferiscono alla ipotesi di fatto compiuto da un cittadino o a danno di un cittadino, deve ritenersi decisiva la cittadinanza posseduta dall'autore e dal soggetto leso al momento in cui il fatto è compiuto. Lo *status civitatis* anteriore è irrilevante, salvo che per i delitti contro la personalità dello Stato per i quali, in virtù di una apposita disposizione (art. 242, 3° comma), il criterio della cittadinanza dell'autore può concretarsi non solo nella cittadinanza italiana posseduta al momento del fatto, ma anche in quella posseduta anteriormente. Del pari irrilevante è l'eventuale perdita della cittadinanza intervenuta dopo il compimento del fatto. È evidente che un fatto compiuto da un cittadino o a danno di un cittadino non cessa di essere tale per

la ragione che, successivamente al fatto, la cittadinanza italiana dell'autore o del soggetto leso sia venuta meno. Lo stesso dicasi per la dimora (art. 250) e per la residenza (artt. 4, 1° comma, e 274, 2° comma). Egualmente al momento del compimento del fatto bisogna riferirsi per accertare, anziché la presenza, l'assenza, prevista da una norma, del collegamento subiettivo della cittadinanza. Un fatto commesso da uno straniero o a danno di uno straniero rimane fatto commesso da uno straniero o a danno di uno straniero anche se, successivamente al fatto, l'autore o il soggetto leso abbia acquistato la cittadinanza italiana.

Non diversamente si comporta il collegamento obbiettivo del luogo di compimento del fatto. Questo collegamento inerisce al fatto ancora più intimamente della cittadinanza e degli altri criteri subiettivi; criteri che si riferiscono al fatto solo mediamente, cioè attraverso il soggetto che si trova col fatto in una data relazione. Ciò per quanto riguarda uno dei termini del collegamento, e cioè il fatto. Ma, se si considera l'altro termine, che è lo Stato, si nota che, come nel criterio della cittadinanza, così in quello del luogo di compimento del fatto, il legame con lo Stato è costituito da un elemento che, in sé considerato, può estinguersi: come può cessare la cittadinanza dell'autore del fatto o del soggetto leso, così può venir meno l'appartenenza al territorio dello Stato del luogo in cui il fatto è stato compiuto. Ma una tale circostanza è sprovvista di qualsiasi rilevanza ai fini delle norme ora in esame.

L'art. 6 c.p. pone il principio generale che subordina l'applicabilità della legge penale italiana alla condizione, ed alla sola condizione, che il fatto sia commesso nel territorio dello Stato italiano; e prosegue al secondo comma precisando la relazione che deve intercorrere fra il fatto ed il territorio dello Stato perché il fatto possa considerarsi ivi commesso; relazione che consiste nella circostanza che nel territorio dello Stato sia avvenuta, in tutto o in parte, l'azione o l'omissione, ovvero si sia verificato l'evento che ne è la conseguenza. Ora, sebbene l'art. 6 c.p. non

lo dica espressamente, risulta chiaramente dallo stesso modo in cui è configurato il criterio di collegamento adottato, che l'appartenenza al territorio dello Stato (inteso secondo la definizione datane dall'art. 4, 2° comma) del luogo in cui il fatto deve, alla stregua del secondo comma dell'articolo in questione, intendersi commesso, va accertata con riferimento al momento del compimento del fatto (si vedano, sul punto, specificamente, le importanti considerazioni di SANTORO, *Giurisdizione penale*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, 1067 ss.).

Lo stesso si dica di tutte le altre norme che si sono ricordate e che, al pari dell'art. 6, prendono in considerazione la circostanza che il fatto sia commesso nel territorio dello Stato. Conseguentemente, se il fatto è stato commesso in un luogo che, al momento del compimento del fatto, faceva parte del territorio dello Stato, la successiva perdita della sovranità su quel luogo non ha rilevanza alcuna ai fini delle norme penali di cui si tratta; non determina, in particolare, l'estinzione del reato (da ultimo, in letteratura, conformemente al nostro punto di vista, cfr. DELL'ISOLA, *Cessioni di sovranità territoriale ed esercizio della giurisdizione penale italiana*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2008, 30, 179 ss.). Correlativamente, un fatto compiuto in un luogo che, al momento del fatto, non apparteneva al territorio dello Stato, deve continuare a considerarsi come fatto commesso all'estero (ai fini delle norme penali che prendono comunque in considerazione una tale circostanza) anche se successivamente lo Stato viene ad acquistare la sovranità su quel territorio.

Si intende che a diversi risultati dovrebbe pervenirsi ove esistessero speciali norme derogative, le quali potrebbero essere norme di adattamento al trattato internazionale da cui il mutamento territoriale dipende. Ma il *trattato di pace* di Parigi del 10 febbraio 1947 non contiene disposizioni derogatorie al riguardo, né in un senso e né in altro.

Quanto al trattato di San Germano del 10 settembre 1919, ricordato dalla Corte di Cassazione nella sentenza del 2 luglio 1949

(*Schwend*), è vero che esso contiene, all'art. 45, alcune disposizioni concernenti l'esercizio della giurisdizione nei territori ceduti all'Italia; ma nessuna di queste disposizioni riguarda il trattamento da farsi, nell'ordinamento italiano ed in quello austriaco, ai reati commessi nei detti territori anteriormente alla cessione. Tali reati perciò, anche in seguito all'ordine di esecuzione del trattato (decreto-legge del 6 ottobre 1919, n. 1804), continuano ad essere disciplinati, nell'ordinamento italiano, come reati commessi all'estero (art. 4 ss. c.p. 1889).

Del pari inesatto è il riferimento fatto dalla Corte di Cassazione all'art. 22 del Trattato del Laterano del 1929.

In primo luogo, questo articolo non contiene una delega di giurisdizione, ma semplicemente contiene la possibilità della delega, da darsi dalla Sante Sede caso per caso o in modo permanente. In secondo luogo, oggetto della prevista delega non sono i delitti commessi nel territorio dello Stato Città del Vaticano quando questo apparteneva ancora allo Stato italiano, ma i delitti che, successivamente alla formazione dello Stato della Città del Vaticano (e quindi alla entrata in vigore del relativo trattato), fossero commessi nel territorio del nuovo Stato. Si tratta, come si vede, di una disposizione che non si trova in alcuna necessaria relazione con la perdita, da parte dello Stato considerato beneficiario della eventuale delega, del territorio nel quale il delitto deve essere commesso per rientrare nel novero di quelli per cui la delega è prevista.

Non è quindi per l'art. 22 del Trattato del Laterano, ma solo perché tale trattato non contiene alcuna disposizione che esiga una deroga delle generali norme italiane in materia, che un reato, che fosse stato commesso in territorio vaticano anteriormente al trattato, avrebbe dovuto continuare ad essere considerato, nell'ordinamento italiano, come reato commesso in Italia (alla stregua dell'art. 3 del codice penale del 1889).

Né può, con la Corte di Cassazione, ritenersi che anche indipendentemente da apposite disposizioni, l'impossibilità che lo Stato ce-

dente continui ad esercitare la propria giurisdizione penale in ordine a fatti commessi prima della cessione, nel territorio ceduto (cioè, per altro aspetto, conservi a tali fatti la qualifica di reati) derivi dalla stessa perdita della sovranità sul luogo di compimento del fatto.

La cessione di una porzione di territorio da uno Stato ad un altro importa semplicemente, per il primo, l'impossibilità di esercitare la giurisdizione nell'ambito del territorio ceduto, cioè di esplicarvi la propria attività giurisdizionale e di compirvi gli atti coercitivi che sono con essa connessi. Non rileva per nulla alcun obbligo internazionale per lo Stato cedente di astenersi dal sottoporre alle proprie norme penali i fatti che si trovino in una data relazione col territorio ceduto, in particolare i fatti che in tale territorio furono in precedenza compiuti.

Il territorio ceduto, per quanto riguarda i fatti ivi compiuti dopo la cessione, non si trova in una posizione diversa da quella di ogni altro territorio straniero; e si sa che allo Stato è dallo stesso diritto internazionale consentito, sia pure subordinatamente alla esistenza di un qualche collegamento, di sottoporre alle proprie norme penali fatti commessi all'estero. In una posizione diversa il territorio ceduto si trova solo rispetto ai fatti in esso commessi prima della cessione; ciò per la semplice ragione che si tratta di fatti commessi nel territorio dello Stato cedente e non già all'estero. L'esercizio della giurisdizione penale in ordine a tali fatti, da parte dello Stato cedente, trova così, anche dal punto di vista del diritto internazionale, la giustificazione più sicura (al riguardo, si vedano LEVI, *Diritto penale internazionale*, Milano, 1949; DEAN, *Norma penale e territorio*, Milano, 1963; PAGLIARO, *Legge penale. b) Legge penale nello spazio*, in EG, XXIII, 1973, 1054 ss.; FROSALI, *Territorialità della legge penale*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973; MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte generale, Padova, 1988, in particolare 872 ss.). Si è notata la diversità di funzione fra le norme che subordinano la punibilità del fatto ad un dato collegamento con lo Stato e le norme

che delimitano la giurisdizione in materia civile. Tuttavia, un rapporto tra i due gruppi di norme può essere suggerito da una certa analogia di struttura, in quanto anche le norme sui limiti della giurisdizione utilizzano, per i propri fini, dati collegamenti con lo Stato, nel senso che sottopongono alla giurisdizione dello Stato le liti che con questo sono in certo modo collegate.

Dei criteri di collegamento indicati, in funzione di criteri di giurisdizione, dall'art. 4 c.p.c., alcuni non sono suscettibili di estinzione. Presentano, in particolare, questo carattere taluni criteri che consistono nel collegamento di un fatto con lo Stato, e precisamente col territorio dello Stato, ed hanno l'effetto di sottoporre alla giurisdizione dello Stato le liti che si trovano con quel fatto in una data relazione. Tali sono il criterio del luogo di apertura della successione e quello del luogo in cui è avvenuto il fatto da cui è sorta l'obbligazione (art. 3, n. 2, c.p.c.). Questi criteri, al pari di quelli utilizzati dalle norme penali che si sono esaminate, si concretano in circostanze inerenti al fatto e quindi da accertarsi con riferimento al momento in cui il fatto è avvenuto. Conseguentemente, la successiva perdita della sovranità italiana sul luogo in cui si è aperta la successione o si è verificato il fatto da cui l'obbligazione ha avuto origine, non estingue la giurisdizione italiana sulle liti che sono determinate in base a quei criteri. Né, correlativamente, sorge la giurisdizione italiana se, trovandosi quel luogo, al momento del fatto, in territorio estero, venga su di esso successivamente ad estendersi la sovranità italiana.

Altri criteri di giurisdizione si concretano invece in circostanze suscettibili di variazioni nel tempo. Tali sono la cittadinanza ed anche alcuni criteri che si concretano in un collegamento (sobbiettivo od obiettivo) della lite col territorio dello Stato: residenza, domicilio, luogo ove si trova la cosa. Questi collegamenti possono venir meno tanto per il fatto che la residenza o il domicilio siano trasferiti all'estero o all'estero sia trasportato il bene (mobile), quanto per il fatto che il luogo di residenza, di domicilio o di situazione

della cosa cessi di far parte del territorio italiano. In ogni caso, il venir meno del collegamento ha come conseguenza l'estinzione della giurisdizione in ordine al rapporto contenzioso.

Questa conseguenza, tuttavia, non si verifica in ordine ai processi pendenti al momento del mutamento; ciò per il principio della *perpetuatio jurisdictionis* sancito nell'art. 5 c.p.c.; principio che deve ricevere integrale applicazione nel caso in cui, nel corso del processo, venga meno la circostanza su cui la giurisdizione si fonda. Ma, a proposito del principio della *perpetuatio jurisdictionis*, occorre tener presente: 1) che questo principio ha ragione di essere soltanto per quei criteri di giurisdizione che si concretano in circostanze suscettibili di estinguersi e che esso perciò non viene per nulla in considerazione quando la giurisdizione si fonda su circostanze non passibili di variazione, come il luogo di apertura della successione o il luogo del compimento del fatto da cui è sorta l'obbligazione; 2) che il principio stesso ha una portata limitata, consistente nell'impedire l'estinzione della giurisdizione solo nel caso che il mutamento intervenga dopo la domanda, senza perciò escludere che la estinzione si abbia ove il mutamento avvenga anteriormente.

Risulta da ciò come non sia pienamente appropriato riferirsi al principio della *perpetuatio jurisdictionis*, per risolvere la questione specifica dell'ammissibilità dell'esercizio della giurisdizione penale in ordine a fatti commessi in territorio successivamente ceduto alla sovranità di altro Stato.

Secondo la Corte di Cassazione, un argomento a favore della tesi che nega la possibilità di esercizio della giurisdizione penale in ordine a quei fatti sarebbe fornito appunto dalla pretesa inapplicabilità, già affermata dalle Sezioni Unite civili, del principio della *perpetuatio jurisdictionis* nel caso di mutamento territoriale. In realtà, ove si volesse pur argomentare per analogia, bisognerebbe riferirsi unicamente a quei criteri di giurisdizione che, al pari dei criteri di collegamento adottati dalle norme penali, si concretano in circostanze inerenti ad un dato fatto e, come

tali, non suscettibili di variazione. Ma, rispetto a questi criteri di giurisdizione, appunto per il loro carattere di invariabilità, del principio della *perpetuatio jurisdictionis* non può neppure parlarsi, mancando lo stesso presupposto del suo funzionamento, consistente precisamente nel venir meno della circostanza su cui il criterio di giurisdizione si concreta. E a tacer del fatto che l'applicazione analogica del principio della *perpetuatio jurisdictionis*, dovrebbe portare alla sola conseguenza che l'azione penale, promossa prima della cessione territoriale, potrebbe essere proseguita anche dopo.

È invece possibile, dopo la cessione territoriale, promuovere l'azione penale per un reato commesso anteriormente nel territorio ceduto, reato da considerarsi commesso nel territorio dello Stato: ciò per ragioni analoghe a quelle per cui, del tutto indipendentemente dal principio della *perpetuatio jurisdictionis*, è possibile, dopo la cessione, proporre in base all'art. 4, n. 2, c.p.c., una domanda relativa ad una successione ereditaria aperta, prima della cessione, nel territorio ceduto o ad una obbligazione sorta da un fatto ivi avvenuto prima della cessione territoriale ad altro Stato (esattamente nei termini riportati si esprime MORELLI, 97 ss.).

7. *Ancora sul legittimo esercizio della giurisdizione e l'esecuzione del giudicato penale.* – Da ultimo, occorre tenere ben presente, ancor più chiarendo tale aspetto del problema, che non può disconoscersi il fondamento di legittima esercitabilità della giurisdizione, riconnettendo l'esercitabilità alla possibilità di realizzazione in concreto da parte dello Stato della sua potestà e della sua pretesa punitiva. Non si tratta di due aspetti del medesimo problema, ma si tratta di due problemi ben distinti e senza che tra i due esista qualsiasi nesso di collegamento o, diversamente, di interdipendenza (per la generale problematica relativa al *locus commissi delicti*, cfr., in generale, SINISCALCO, *Locus commissi delicti*, in ED, XXIV, 1974, 1051 ss.).

Non solo significherebbe, come già si è detto, privare di senso e di ragione l'istituto estradizionale; non solo significherebbe, più

in generale, negare la giurisdizione in tutti i casi in cui per le più diverse ragioni non fosse possibile per lo Stato esercitare in concreto la sua pretesa punitiva, ma significherebbe anche – ancorché in linea di paradosso – negare il fondamento della giurisdizione in tutti i casi in cui si potesse prevedere, per le ragioni e per le situazioni più differenti, l'impossibilità dell'esecuzione del giudicato.

Al contrario, proprio il rilevante numero di convenzioni internazionali in materia di estradizione e di cooperazione giudiziaria penale tra gli Stati, indicano che in tal modo gli Stati intendono assicurarsi gli strumenti necessari per l'esecuzione del giudicato penale, con ciò presupponendo all'evidenza il fatto che la giurisdizione può essere esercitata, nei casi e per le fattispecie che ora interessano, indipendentemente da una autonoma ed effettiva capacità dello Stato di realizzare in concreto e – si ripete – autonomamente la propria pretesa punitiva nell'ambito del proprio territorio.

In tal senso non ci sembra di poter condividere quella pur autorevole dottrina, secondo cui, ai sensi dell'art. 6 c.p., il concetto di territorio italiano si riferirebbe al momento della repressione e non a quello della commissione del fatto illecito; e ciò perché anche a voler riferire – ciò che si contesta – l'art. 6 c.p. alla sovranità del tempo in cui l'interesse statale (italiano) alla repressione si manifesta, ciò non significa e non esclude che tale interesse si possa manifestare in qualsiasi momento ancorché nei limiti temporali della prescrizione del delitto: tale pur autorevole dottrina sovrappone, all'evidenza, il concetto di interesse dello Stato alla repressione (che può ben rimanere immutato nel tempo e per il tempo in cui il "vulnus" portato dal delitto colpi la comunità sociale dello Stato), al concetto della capacità dello Stato di esercitare in concreto la propria pretesa punitiva che, come detto, è questione ben diversa e del tutto autonoma (in questo senso, QUADRI, *Sulla punibilità in Italia dei delitti commessi nei territori ceduti*, in *Studi critici di diritto internazionale*, 1, *Diritto internazionale privato*, I, Napoli, 1958, 425 ss.).

A conclusione di quanto fin qui detto, sostenere che è unicamente la giurisdizione dello Stato subentrante nella sovranità territoriale quella competente a perseguire i delitti precedentemente commessi, non appare condivisibile sotto tre diversi aspetti dato che, *in primo luogo*, la legge penale dello Stato subentrante potrebbe non prevedere quei fatti come delitti, che così rimarrebbero impuniti; *in secondo luogo* la giurisdizione penale dello Stato subentrante sarebbe, questa sì, certamente non esercitabile per il solo rilievo dell'inesistenza di qualsiasi collegamento logico tra la nuova giurisdizione e i fatti accaduti in un momento precedente al sopravvenire della nuova sovranità: in altri termini, lo Stato subentrante pretenderebbe di essere stato presente già in un momento in cui era sicuramente assente; *per ultimo*, a tutto ammettere, niente può precludere l'esercizio alternativo o concorrente della giurisdizione dello Stato cedente il territorio e della giurisdizione dello Stato subentrante nella sovranità territoriale (comunque nel limite del principio del *ne bis in idem*, ove – specialmente pattizamente convenuto tra i due Stati, e nessun accordo sul punto è mai intervenuto con la Jugoslavia, prima, o con la Croazia e la Slovenia, dopo).

In fatto, comunque, va rilevato che lo Stato subentrante nella sovranità territoriale – a Jugoslavia prima e la Croazia poi – non ha esercitato e né in atto esercita (e né mai eserciterà per ovvie e non commendevoli ragioni) la sua giurisdizione penale per il perseguimento dei delitti in questione.

La Corte di Cassazione affrontando il problema in oggetto, e ricordando le sentenze del 2 luglio 1949 (*Schwend*), del 20 maggio 1950 (*Raze* e altri), del 17 giugno 1950 (*Formisano*), del 27 maggio 1961 (*Zeimer*) e del 23 febbraio 1963 (*Belisari*) mostra di non avere compreso il senso delle sentenze richiamate (C., S.U., 27.5.1961, *Zeimer*, RFI, 1962, *Competenza penale*, n. 27). È vero, infatti, che tali sentenze hanno affermato che con il passaggio di sovranità territoriale, per l'effetto di un trattato di pace, *passa di mano* anche l'esercizio della giurisdizione, ma è

evidente che l'idea di giurisdizione richiamata nelle citate sentenze, è intesa erroneamente come anche comprensiva dell'esercizio in concreto della potestà punitiva dello Stato; in altri termini, della esercitabilità del giudicato penale.

La sentenza del 20 marzo 2004, n. 175/04, ultima in argomento della Corte di Cassazione, sez. I, sostiene, poi, che essa è conforme "a quanto affermato dagli studiosi del diritto internazionale" e intende riferirsi, ovviamente, con tale locuzione a *tutti* gli studiosi di diritto internazionale. La sentenza, tuttavia, non dice chi essi siano e né può dirlo per la sola e semplice ragione che, al contrario, tutti gli studiosi di diritto internazionale (ad eccezione del Quadri), come anche di diritto penale, affermano il contrario di quanto sostenuto in sentenza (oltre a MORELLI, 97 ss., giova riportare le chiare riflessioni di CANSACCHI, 527).

8. *Il pensiero di Quadri.* – Unica eccezione, unico punto di vista divergente e conforme all'asserito "principio di diritto" di cui alla sentenza citata da ultimo, è rappresentato dal Quadri (nota a sentenza C., S.U., 2 luglio 1949, Schwend, in *Giur. Compl. C. Cass.*, 1949, 1306). L'illustre Autore, rimarcando la sua istintiva attitudine alla dissonanza e alla singolarità, afferma che "da che mondo è mondo" con il passaggio di sovranità territoriale si trasferirebbe anche l'esercitabilità della giurisdizione penale da parte dello Stato cedente il territorio per i delitti commessi sul territorio ceduto anche se commessi prima della cessione territoriale.

Pur con tutto il rispetto per il pensiero del comune Maestro, deve pur dirsi che, anche aderendo in modo convinto al criterio di un riferimento rigoroso al dato fenomenico, per quel che riguarda la scienza del diritto internazionale, l'affermazione "da che mondo è mondo", da un canto non è espressiva di un criterio giuridico e, d'altro canto, dovendo il diritto internazionale tenere massimamente in conto i dati della prassi, l'affermazione non corrisponde alla realtà di questi. Va aggiunto, d'altra parte, che il punto di vista dell'illustre Autore ora in commento,

è molto datato nel tempo e trae spunto da una sentenza della Corte di Cassazione del lontano 1949; egli, dunque, non poteva inoltre tenere conto della successiva evoluzione del diritto internazionale generale e convenzionale, oltre che della evoluzione del diritto penale che ha visto un costante processo di erosione del criterio rigoroso della territorialità della legge penale.

Evidentemente, la indiscussa autorità scientifica e la ben nota fascinazione argomentativa dell'illustre Autore ha suggestionato non solo la prima Corte d'Assise d'Appello di Roma, ma anche la Corte di Cassazione con la sentenza in questione (20 marzo 2004, prima citata), inducendo l'una e l'altra in un grave errore interpretativo dell'art. 6 c.p., oltre che dei pertinenti principi di diritto internazionale molto genericamente indicati in sentenza e che, ove conosciuti e ben intesi, avrebbero dovuto condurre i giudici di merito e di legittimità ad una decisione di segno opposto e rispettosa della lettera e dello spirito dell'art. 6 del codice penale italiano.

Dire che (in ragione di una malintesa esigenza di "opportunità" conducente a negare la sussistenza dell'esercitabilità della giurisdizione penale dello Stato per le fattispecie che ora interessano), la esercitabilità della giurisdizione richiederebbe "la disponibilità *in loco* di una struttura investigativa per la ricerca delle prove, di una struttura di supporto per la esecuzione di tutti gli adempimenti connessi alla celebrazione del dibattimento", significa fare un'affermazione certamente non giuridica e certamente, del pari, non conferente.

Basti considerare che, secondo l'abnorme e molto superficiale ragionamento della Corte di Cassazione nella sentenza in oggetto, non sarebbe possibile esercitare la giurisdizione penale da parte dello Stato italiano neppure in tutti gli altri casi (oltre che per quanto dispone l'art. 6 c.p.) nei quali il vigente codice penale prevede la perseguibilità dei delitti commessi all'estero dal cittadino o dallo straniero.

Ancor più si rimane allibiti allorché in sentenza si afferma pure, per negare la sussistenza della giurisdizione nazionale, che nei casi ora considerati manca “un apparato coercitivo per assicurare la esecuzione dei provvedimenti emessi nell’ambito del processo”: ben raramente è dato imbattersi in un tale macroscopico errore della giurisprudenza di legittimità che, nel caso ora esaminato dal quale trae spunto il presente studio, in modo sorprendente, approssimativo e superficiale, confonde – giova ancora ribadirlo – l’esercizio della giurisdizione – che è una cosa – con la realizzabilità in concreto della pretesa punitiva dello Stato – che è altra cosa.

Così pure, e come già si è detto, affermare che lo Stato cedente “non ha più interesse ad assicurare la tutela dei diritti dei cittadini di quel luogo, salvo situazioni di carattere eccezionale”, significa, da un canto, dire cosa radicalmente erronea e contrastante con le consolidate evoluzioni di principi generali e fondamentali di diritto internazionale, oltre che di principi generali di diritto penale comuni agli ordinamenti giuridici nazionali della generalità (in stragrande maggioranza) degli Stati e, d’altro canto, richiamando la possibilità di avvalersi degli artt. 7, 8, 9 e 10 c.p.p. e, relativi alla punibilità dei reati commessi all’estero dal cittadino italiano o dallo straniero, significa ritenere inesistente l’art. 6 c.p. italiano.

Ne consegue che la Corte di Cassazione, per un verso, è venuta meno alla sua funzione nomofilattica e, per altro verso, ha assunto una indebita e abnorme funzione modificativa, anzi abrogativa, della legge penale. Interpretare l’art. 6 c.p. nel senso che occorre aver riguardo “non già al momento della commissione del fatto, ma a quello della repressione e quindi all’effettivo esercizio del potere giurisdizionale”, rappresenta un gravissimo e sorprendente errore, per tutte le ragioni prima esposte, commesso proprio da chi – la Corte di Cassazione – dovrebbe assicurare la esatta e uniforme interpretazione della legge senza confondere in modo così superficiale e irriflessivo, si ripete ancora una volta, esercizio della giurisdizione penale ed

esecuzione in concreto del giudicato di condanna.

Gli stessi rilievi ora svolti valgono per la decisione resa dalla I Corte d’Assise d’Appello di Roma il 15 aprile 2003, n. 26 (confermata dalla Corte di Cassazione) che, al di là di affermazioni inconferenti e integrative di palesi fuor d’opera (emblematico il rilievo secondo cui “il trascorrere degli anni” avrebbe fatto “venir meno il sentito problema della perdita del territorio già italiano”: è davvero atto di arroganza che una sentenza come tale resa in nome del Popolo italiano, pretenda di attribuire a questo valutazioni e sentimenti riferibili solo alla scarsa sensibilità di qualche giudice, con azzardate affermazioni estemporanee del tutto contrastanti con la realtà), svolge le medesime argomentazioni riprese, poi, dalla Corte di Cassazione e già prima ampiamente criticate. Argomentazioni che pretendono di fondarsi su precedenti giurisprudenziali dei giudici di legittimità, lontani nel tempo e, peraltro, inesattamente interpretati (oltre alle sentenze citate nella sentenza dalla Corte di Cassazione ora in esame, e prima indicate, si fa riferimento a C., sez. III, 10.10.1953, Pilloli; C., S.U., 10.10.1953, Zeiner; C., S.U., 23.2.1963, Zeiner; C., sez. I, 3.11.1954, Soppelsa).

Anche la Corte d’Assise d’Appello confonde tra esercizio della giurisdizione e realizzabilità in concreto della pretesa punitiva dello Stato cedente il territorio (sempre con riguardo ai delitti commessi sul territorio ceduto, prima della cessione).

Richiamando la autorevole dottrina prima citata del Quadri secondo il quale “la pretesa punitiva a titolo territoriale, per i fatti commessi nel territorio ceduto prima della cessione, è affare esclusivo dello Stato successore”, la sentenza dei giudici di appello aggiunge che tale principio, oltre che autorevolmente formulato, “deve ritenersi universale in quanto così affermato da tutte le trattazioni di diritto internazionale”: sarebbe interessante sapere su quali “trattazioni” i giudici di appello abbiano condotto i propri studi (se mai ne hanno condotti con riguardo al problema in esame). Ciò perché nessuna tratta-

zione di diritto internazionale contiene una affermazione del genere censurato che, peraltro, allorché fa riferimento alla “pretesa punitiva a titolo territoriale” ha riguardo all’evidenza alla realizzazione in concreto della pretesa punitiva e non all’esercizio della giurisdizione penale. Tanto che l’autorevole ma solitaria dottrina citata allorché parla di esecuzione della “condanna” tradisce, come si è detto, il riferimento logico solo al momento della realizzazione in concreto della pretesa punitiva dello Stato.

Va ancora segnalato, contrariamente al punto di vista espresso da quella autorevole dottrina, che l’art. 6 c.p. a proposito della locuzione in essa contenuta (“quando”) la riferisce esplicitamente al momento della commissione del fatto-reato. Dunque, è errato affermare che “l’art. 6 fa riferimento alla sovranità del tempo in cui l’interesse statale italiano alla repressione si manifesta”, onde “Il concetto di territorio italiano si riferisce, cioè, al momento della repressione non a quello della commissione del fatto illecito” (nota a sentenza C., S.U., 2 luglio 1949, *Schwend*, cit.). Lascia francamente interdetti la ulteriore considerazione presente nella sentenza di appello, che vorrebbe essere “giuridica” ma non lo è e dovrebbe essere estranea allo svolgimento argomentativo di una sentenza, secondo cui il criterio della territorialità sarebbe giustificato dalla “possibilità che l’esplicazione di una attività delicata come quella repressiva si svolga in modo corrispondente per cui celebrare un processo magari contumaciale e senza esito perché nessuna convenzione di estradizione potrà essere invocata equivale a uno sterile esercizio di attività giurisdizionali senza alcuna conseguenza per il condannato”.

A parte la misteriosità dell’affermazione secondo cui “nessuna convenzione di estradizione potrà essere invocata”, data la esistenza proprio per il caso di specie della Convenzione europea di estradizione, firmata a Parigi il 13 dicembre 1957 (cui, poi, aderì la Croazia dopo il suo accesso all’indipendenza), bisogna pur dire che il pensiero dei giudici di appello sarebbe stato meglio e più

sinteticamente espresso da Louis Maximilien de Robespierre: senza forza non c’è processo!

Il punto di vista qui sostenuto fu espresso in modo assolutamente chiaro nella Ordinanza del Tribunale di Roma in sede di riesame del 2 luglio 1996, n. 800: *Così argomentando, infatti, si confonde l’esercizio della potestà punitiva – non più possibile sul territorio ceduto – con l’esercizio della giurisdizione, che non viene meno in quanto si fonda sull’applicabilità della legge penale italiana, per essere stato il reato commesso in territorio nazionale al tempo della sua consumazione.*

Nessuna norma, infatti, né di carattere interno né di carattere internazionale, prevede che l’applicabilità della legge penale italiana, ai sensi dell’art. 6 c.p., sia soggetta a condizione risolutiva per il caso che il locus commissi delicti sia trasferito successivamente ad altro Stato.

9. *La posizione della Avvocatura Generale dello Stato e l’esatta interpretazione dei precedenti della giurisprudenza di legittimità.* – A maggior chiarimento, va rilevato molto più semplicemente che, come fu osservato dalla Avvocatura Generale dello Stato (memoria del 5 gennaio 1998 del Vice Avvocato Generale dello Stato Paolo Di TARSIA DI BELMONTE, presentata nell’ambito del procedimento penale poi conclusosi con la sentenza della C., sez. I, 20.3.2004, n. 175), “dire il diritto” ed “applicare la sanzione” sono due aspetti così connessi a tutto il sistema giuridico e così diversi (basti pensare alla somma distinzione: accertamento e condanna, cognizione ed esecuzione, ecc.), che non è ragionevole pensare che il legislatore, proprio nel momento saliente della definizione dei criteri di applicazione del diritto penale italiano, abbia peccato di superficialità, omettendo di aggiungere “purché territorio italiano sia anche quando si procede a carico del reo” o espressione analoga, o abbia inteso quell’“è punito secondo la legge italiana” come se vi fosse aggiunto “purché il territorio sia ancora dello Stato”. Così scarsa attenzione alla distinzione sarebbe stata dimostrata da quello stesso legislatore che, quando ha ritenuto di

doversi riferire alla fase dell'esecuzione, all'esercizio effettivo dello *jus puniendi*, ho ha detto univocamente: a cos'altro si riferisce, infatti, la condizione della presenza del reo nello Stato (artt. 9 e 10 c.p.) cui è subordinata la sua punizione?

Sotto altro profilo, giova ribadire che la scelta legislativa di fondo, dunque, che emerge dal codice penale vigente non è quella della stretta territorialità della giurisdizione, poiché nei casi considerati e nel caso in oggetto la pretesa punitiva in concreto dello Stato si realizza attraverso lo strumento proprio dell'estradizione che, per quanto ora interessa, verrebbe privato di ogni significato in conseguenza della pretesa e sottintesa sostanziale inesistenza di tutte quelle disposizioni del codice penale che prevedono condizioni e requisiti per la esercitabilità della giurisdizione penale nazionale italiana.

Venendo a taluni dei precedenti giurisprudenziali richiamati dalla Corte di legittimità, val la pena considerare che è quanto meno significativo che la decisione sulla quale fondamentalmente si basa la tesi contrastata, quella delle Sezioni Unite penali del 2 luglio 1949 (*Schwend*) concerneva un reato di rapina; che quella della II Sezione del 15 febbraio 1950 (*Albers*) che ha ravvisato la sussistenza della giurisdizione italiana in quanto il reato di collaborazione militare con le Forze Armate tedesche è stato considerato reato contro la personalità dello Stato, si è limitata a richiamare, senza un rigo di commento, la precedente sentenza della Sezioni Unite; che quella delle Sezioni Unite penali del 23 febbraio 1963 (*Belisari*) concerneva un delitto di malversazione e che ha sostenuto il difetto di giurisdizione – si trattava in quel caso di stabilire se il giudice italiano potesse giudicare di una impugnazione proposta contro sentenza di un tribunale non più italiano – affermando l'inapplicabilità del principio del *perpetuatio iurisdictionis*; che, viceversa, quella delle Sezioni Unite del 17 giugno 1950 (*Pellarin*) aveva affermato l'esatto contrario; che, infine, quella delle Sezioni Unite penali del 24 novembre 1956 (*Salomone*) relativa ad un reato di bigamia,

appare sentenza tutt'altro che di *confine* o marginale.

Si vuole dire, cioè, non solo che nessuna delle citate decisioni ha mai dovuto affrontare reati particolarmente gravi e disumani, ma, soprattutto, che la *traccia* giurisprudenziale che prende le mosse dalla sentenza del 1949 è tutt'altro che omogenea; tutt'altro che priva di contraddizioni; tutt'altro che esente da imprecisioni e lacune, di tal che non è mancato un diffuso dissenso in dottrina.

10. *Il problema dal punto di vista del diritto intertemporale. L'art. 6 c.p. in quanto "entità razionale". Critica.* – Un rilievo ulteriore e specifico va formulato a proposito della famosa sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite penali del 1949, resa nel caso *Schwend*, e a proposito di quelle altre pronunce che a questa si sono ispirate. Si tratta del problema intertemporale o di diritto transitorio.

Ammesso, infatti, per mera ipotesi, che quel principio di simultaneo passaggio della giurisdizione con la sovranità sia cogente o che, avendo dignità di norma generalmente riconosciuta, si sia verificata la sua automatica immissione nell'ordinamento italiano, non per ciò solo può dirsi che esso operi anche per i casi in cui la sovranità dello Stato sul territorio sia cessata *dopo* la commissione di un reato.

Quel principio infatti, dato per esistente, non può essere esteso a fattispecie di questo tipo in cui il momento di collegamento con l'ordinamento interno si era già realizzato quando sul territorio lo Stato aveva ancora sovranità, se è vero che il potere di *jus dicere* sorge per una condotta criminosa e *da quando* questa si realizza. Sono perciò puntuali le considerazioni impennate su una domanda, non fatta, ma evidente: resterebbe allora impunito il reato, posto che lo Stato cessionario non aveva all'epoca della commissione, né sovranità e né giurisdizione sul territorio?

È evidente la petizione di principio contenuta nella sentenza *Belisari* (Sez. Un. pen. del 23.2.1963): *per quanto concerne poi le norme del diritto positivo penale interno, è sufficiente ricordare l'art. 6 c.p. il quale, stabilendo che*

è punito secondo la legge penale italiana chiunque commetta un reato nel territorio dello Stato, pone in evidenza il concetto dell'intima connessione fra giurisdizione e territorio nazionale. E non varrebbe obiettare che proprio in base all'articolo 6 suddetto dovrebbe essere punito secondo la legge italiana chi si è reso autore di un reato in un territorio che, al momento del fatto, apparteneva all'Italia.

Invero l'art. 6 c.p. va considerato nella sua entità razionale, nel senso che il concetto di territorio italiano va riferito al momento della repressione, non a quello della commissione del fatto illecito e pertanto, perché si renda applicabile la legge italiana, occorre che il territorio in cui è stato commesso il reato sia attualmente sotto la sovranità dello Stato.

Al contrario, la sentenza, di segno opposto, del 24.11.1956 (Sez. Un. pen., Salomone), così rileva: Il Salomone, avendo commesso un fatto previsto come reato dalla legge italiana, in un territorio su cui, all'epoca del fatto medesimo, si espandeva sicuramente la potestà di imperio dello Stato italiano, deve ritenersi soggetto alle conseguenze punitive previste dall'ordinamento giuridico penale di quest'ultimo (art. 3 cod. pen.).

Il problema investe il punto se un reato, già punibile incondizionatamente all'epoca della sua commissione, resti tale nel caso che il territorio su cui fu consumato diventi estero; in altri termini, se il locus commissi delicti possa continuare a ritenersi tale nei confronti dell'ordinamento giuridico penale, nonostante l'avvenuto mutamento di sovranità sul territorio in cui l'illecito venne commesso. Fissato il quesito nei termini anzidetti, le Sezioni Unite ritengono che ai fini della assoggettabilità alle norme punitive italiane, giusto il disposto ex art. 3 c.p., bisogna tener conto del rapporto di sovranità vigente sul territorio all'epoca della commissione del reato. Eventuali spostamenti territoriali, in seguito verificatesi, non impediscono che la pretesa punitiva statale, sorta nel momento stesso in cui l'illecito venne commesso si spieghi nel modo più ampio ed incondizionato.

11. La incondizionata perseguibilità dei delitti contro l'umanità. – Un aspetto precedente-

mente evocato merita una più approfondita considerazione. Ci si riferisce alla incondizionata perseguibilità dei delitti contro l'umanità, senza limiti di tempo né di spazio (imprescrittibilità dei reati, universalità dello *jus puniendi*, inefficacia del principio *nullum crimen sine praevia lege*, ecc.) (si veda, in proposito, VASSALLI, *I delitti contro l'umanità e il problema della loro punizione*, in *La giustizia internazionale penale*, Milano, 1995, 9 ss.; ID., *La definizione dei delitti contro l'umanità*, in *La giustizia internazionale penale*, Milano, 1994, 61 ss.). È preliminare a ciò valutare se i fatti di cui al procedimento penale concluso con la sentenza del 20 marzo 2004 della I Sezione penale della Corte di Cassazione possono considerarsi delitti che, per il modo come sono stati commessi, per l'assenza di accettabili giustificazioni (in senso tecnico di *scriminanti*) per le atrocità documentate, per la vastità e natura del disegno criminoso, per l'elevatissimo numero delle vittime, calcolabili in centinaia, se non in migliaia, abbiano natura appunto di delitti contro l'umanità oggi comunque e dovunque perseguibili; e non solo da oggi ma già con la *lex Gabinia* del 64 a.C. che consentì l'esercizio dell'*imperium* senza limiti spaziali o temporali nei confronti dei pirati cilici.

Questi tipi di reato, caratterizzati come sono da una perseguibilità senza limiti e condizioni, non hanno bisogno di alcuna previsione espressa negli ordinamenti interni degli Stati, bastando che consti della loro natura: significative a tal proposito le norme di diritto internazionale, tutte ispirate alla perseguibilità incondizionata, talmente senza eccezione per gli Stati e le loro organizzazioni, da doversi riconoscere che qui effettivamente ci si trova di fronte ad uno *jus cogens* secondo la precisa definizione dell'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Il *Patto* internazionale relativo ai diritti civili e politici (New York, 16.12.1966, legge italiana di ratifica del 25.10.1977, n. 881) stabilisce all'art. 5, 2° comma, che "Nessuna restrizione o deroga a diritti fondamentali dell'uomo vigenti in qualsiasi Stato parte del presente Patto in virtù di leggi, convenzioni, regola-

menti o consuetudini, può essere ammessa col pretesto che il presente Patto non li riconosce o li riconosce in minor misura". A sua volta l'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Roma, 4.11.1950, legge italiana di ratifica del 4.8.1955, n. 848) afferma che "Nessuno può essere condannato per un'azione od omissione che, nel momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo la legge nazionale o internazionale. Parimenti non può essere inflitta una pena più grave di quella che sarebbe stata applicata al tempo in cui il reato è stato consumato"; mentre, sintomaticamente, il secondo comma afferma che "Il presente articolo non vieterà il giudizio o la punizione di una persona colpevole di una azione od omissione che, al momento in cui è stata commessa, era ritenuta crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili". Tale norma è espressamente ribadita dall'art. 15 dell'atto internazionale di New York del 1977 succitato, che a sua volta così si esprime: "Nessuno può essere condannato per azioni od omissioni che, al momento in cui venivano commesse, non costituivano reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Così pure, non può essere inflitta una pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso. Se posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne".

Anche in questo caso il secondo comma contiene una riserva: "Nulla nel presente articolo preclude il deferimento a giudizio e la condanna di qualsiasi individuo per atti od omissioni che, al momento in cui furono commessi, costituivano reati secondo i principi generali del diritto riconosciuti dalla comunità delle Nazioni".

La conseguenza che se ne trae è che non esiste per questo tipo di reati il divieto della retroattività fondato sul canone del *nullum crimen sine praevia lege* riferito alla necessità di una previsione da parte dell'ordinamento statale della fattispecie penale, poiché i reati

contro il genere umano sono tali *da sempre*. Da questo punto di vista si può anzi dire addirittura che il concetto della retroattività non tanto è mal posto, quanto che il principio non è violato, perché da sempre lo *jus gentium*, il diritto internazionale, prevede e punì quelle condotte.

Lo sviluppo del diritto internazionale e nazionale degli ultimi decenni evidenzia, d'altronde, la tendenza a privilegiare la esigenza di repressione dei crimini contro l'umanità (cfr., in generale, SPERDUTI, *Crimini internazionali*, in ED, XI, 339 ss.).

Il rilievo necessita, per esser valutato appieno, di un riscontro più completo che faccia riferimento alla connessione fra "controllo" del territorio ed esercizio della giurisdizione, per la quale l'orientamento consolidato conferma il superamento di tale legame quando il crimine internazionale commesso sia tale da violare lo *jus cogens*.

In proposito, è significativo che la norma internazionale "penale" che impone agli Stati il perseguimento dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità è norma sempre esistita – come si è detto – nella coscienza giuridica collettiva degli Stati (si vedano, al riguardo, gli scritti di VASSALLI, *I crimini di guerra*, in *La giustizia internazionale penale*, Milano, 1995, 87 ss.; NUNZIATA, *Il Tribunale internazionale per i crimini nella ex Jugoslavia. Un modello per una generale giurisdizione internazionale penale*, in GP, 1995, III, 232 ss.).

A conferma di quanto ora esposto, è utile riportare quanto si legge nella sentenza n. 322 del 22 luglio 1997 del Tribunale militare di Roma resa nel processo a carico di Erich Priebke e Karl Hass: *Deve constatarsi, così come risulta dalla Convenzione adottata dall'Assemblea delle Nazioni Unite con risoluzione 2391 (XXIII) del 26 novembre 1968, che in nessuna delle dichiarazioni solenni, atti e convenzioni volte a perseguire e a reprimere i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità sono stati previsti limiti di tempo e va altresì rilevato come nella medesima Convenzione si sia voluto affermare in diritto internazionale il principio dell'imprescrittibilità dei crimini di*

guerra e dei crimini contro l'umanità, e di assicurarne l'applicazione universale.

L'art. 6, 2°, lett. b) e c), dello Statuto del Tribunale militare internazionale per la punizione dei grandi criminali di guerra delle Potenze dell'Asse definiva crimini di guerra e crimini contro l'umanità, tra gli altri, l'omicidio volontario e ogni altro atto disumano commesso ai danni di una qualsiasi popolazione civile, prima o durante la guerra.... con la risoluzione n. 94 (i) dell'11 dicembre 1946 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite confermava formalmente i principi di diritto internazionale riconosciuti dallo Statuto del Tribunale di Norimberga e dalla sentenza di detto Tribunale; infine, nel giugno - luglio 1950 la Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite adottava il testo dei "Principi di diritto internazionale riconosciuti dallo Statuto e dalla Sentenza del Tribunale di Norimberga" recependo, al Principio vi, le suindicate ipotesi di crimini di guerra e di crimini contro l'umanità.

Tale essendo la regolamentazione di diritto internazionale, deve d'altra parte escludersi che nel caso di specie essa non possa comunque operare nel diritto interno in ragione dell'inammissibile retroattività di una norma che comporterebbe una sanzione penale.

È evidente che il costante processo di universalizzazione del diritto penale, fuori da ogni angusto criterio di territorialità, trova conferma nelle univoche evoluzioni dei pertinenti principi di diritto internazionale che hanno trovato riscontro nei ricordati, rilevanti e significativi precedenti giurisprudenziali [ai quali va aggiunta l'Ordinanza del 6 maggio 1994 del giudice istruttore del Tribunale di Grande Istanza di Parigi (in *RDI*, 1995, 707 ss.), con la quale si è affermata la perseguibilità di analoghi delitti contro l'umanità commessi nella ex Jugoslavia da soggetti non presenti sul territorio francese; e ciò indipendentemente da ogni atto politico di autorizzazione o di richiesta da parte del Ministro della Giustizia].

Consegue ancor più l'evidente errore in cui è incorsa la Corte di legittimità italiana la quale, sotto diverso profilo, ha svolto argomen-

tazioni non soltanto erronee ma anche inconferenti.

Le norme di *jus cogens* prima richiamate sono automaticamente operative nell'ordinamento giuridico italiano per effetto di quel "trasformatore permanente" rappresentato dall'art. 10 della Costituzione; e, per la loro natura confermata dai dati della prassi e dai precedenti giurisprudenziali internazionali, già presenti nell'ordinamento giuridico italiano ancor prima della entrata in vigore della Costituzione.

E i fatti genocidiali e i crimini contro l'umanità costituivano e costituiscono oggetto di corrispondenti norme di *jus cogens* già prima dell'entrata in vigore della Convenzione internazionale per la repressione del genocidio. 12. *Conclusioni.* – In conclusione, il testo dell'art. 6 c.p. ("chiunque commette un reato nel territorio dello Stato....") non sembra lasciare margini a dubbi in ordine alla rilevanza ai fini della punibilità della pura e semplice appartenenza al territorio statale del luogo del reato: è cioè il solo fatto della commissione nel territorio statale che determina la punibilità, senza che sia lecito introdurre altri elementi di collegamento col territorio stesso, diversi da quello costituito dal *locus commissi delicti*.

In altri termini, la dizione della norma suggerisce immediatamente una lettura nel senso del significato decisivo della commissione del reato e del suo *momento* ai fini della punibilità, posto che ogni azione, come quella espressa dal verbo "commettere", si caratterizza non solo per la sua collocazione spaziale ma, ineliminabilmente, anche per quella temporale.

Il dato testuale sembra, del resto, coerente espressione di consolidate e ricordate concezioni penalistiche e internazionali.

Si deve, dunque, affermare che la ragione per cui il legislatore sanziona penalmente un certo comportamento risiede nell'offesa che esso arreca ad interessi collettivi di particolare rilievo e nel connesso allarme sociale che esso suscita: il comportamento, cioè, in quanto causa di offesa e allarme, deve essere sanzionato penalmente una volta che sia sta-

to posto in essere (e conseguentemente si siano verificati offesa ed allarme), ed è ineludibile la sua persecuzione penale in quanto si sono realizzati *tutti* i presupposti per l'operatività della norma incriminatrice.

In tale ottica appare del tutto irrilevante il fatto che il *locus commissi delicti*, successivamente sia divenuto territorio estero, in quanto il comportamento è già stato realizzato, l'offesa agli interessi collettivi è già stata portata, l'allarme sociale si è già verificato: in altre parole, gli interessi tutelati ne sono rimasti già interamente lesi e tanto basta per

l'operatività della sanzione e quindi per l'attivazione dell'attività statuale volta alla sua applicazione, vale a dire l'esercizio della giurisdizione.

Appare in definitiva incoerente con la *ratio* della politica incriminatrice e della persecuzione penale affidarne la realizzazione ad un elemento estemporaneo e temporalmente casuale quale è il momento di attivazione del processo, in relazione alla possibilità, verificatasi nella specie, che in quel momento il *locus commissi delicti* non apparteneva più al territorio dello Stato e, dunque, alla sua sovranità.

DECISIONI IN PRIMO PIANO

Incostituzionalità dell'art. 268 c.p.p. per violazione del diritto di difesa

La Corte costituzionale interviene nel controverso campo delle intercettazioni, stabilendo che «l'art. 268 c.p.p. è costituzionalmente illegittimo nella parte in cui, a seguito di provvedimento applicativo di una misura cautelare, fondato su trascrizioni sommarie di registrazioni di comunicazioni telefoniche o ambientali, non prevede il diritto del difensore di accedere direttamente alle registrazioni

in possesso del pubblico ministero, ottenendone copia mediante trasposizione su nastro magnetico» (C. Cost., 10.10.2008, n. 336).

Le osservazioni di seguito riportate, oltre a ricostruire il percorso storico in materia, non trascurando di sottolineare gli effetti della pronuncia su un altro settore, oggi sempre più d'attualità nelle indagini: l'informatica.

Osservazioni

di *Gianmichele Pavone*

“I difensori devono avere il diritto incondizionato ad accedere, su loro istanza, alle registrazioni poste a base della richiesta cautelare del Pubblico Ministero e non presentate a corredo di quest'ultima, in quanto sostituite dalle trascrizioni, anche sommarie, effettuate dalla polizia giudiziaria”. Questo è quanto ha sancito la Corte Costituzionale (C. Cost., 10.10.2008, n. 336) nel giudizio di legittimità promosso dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Catanzaro con ordinanza del 22 dicembre 2005 (ordinanza del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Catanzaro del 22.12.2005, scritta al n. 570 del registro ordinanze 2006 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 50, prima serie speciale, dell'anno 2006), durante un processo a carico di un soggetto accusato dei delitti di associazione di stampo mafioso (art. 416 *bis* c.p.) e usura (art. 644 c.p.).

Nei confronti dell'indagato era stata applicata la misura della custodia cautelare in carcere sulla base di elementi desunti dalle intercettazioni telefoniche e ambientali, che il Pubblico Ministero richiedente aveva sottoposto al giudice in sede di misura cautelare solo in base alle trascrizioni operate dalla polizia giudiziaria (c.d. brogliacci d'ascolto). Il suddetto organo giudicante, chiamato a valutare l'istanza di revoca o sostituzione della misura cautelare disposta, aveva eccepito l'illegittimità costituzionale dell'art. 268 c.p.p., con riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui consentiva alla pubblica accusa di non depositare o comunque di non mettere a disposizione dell'indagato e del suo difensore – qualora ne avessero fatto richiesta – le registrazioni di comunicazioni telefoniche poste a fondamento della misura cautelare personale già eseguita. Nel procedimento di applicazione delle mi-

sure cautelari, il pubblico ministero presenta al giudice la propria richiesta in forma scritta, avviando così una procedura coperta dal segreto istruttorio e svolta all'insaputa dell'indagato e del suo difensore, perché per essere efficace, il provvedimento deve essere eseguito a sorpresa.

Con la richiesta, il Pubblico Ministero deve presentare gli "elementi su cui si fonda" (art. 291, 1° comma, c.p.p.). L'espressione usata, incentrata sulla locuzione "elementi", oltre ad essere di problematica traduzione sul piano normativo, esclude che il pubblico ministero abbia l'obbligo di porre a disposizione, prima del giudice per le indagini preliminari e poi del tribunale del riesame, l'intero fascicolo delle indagini contenente tutti gli atti compiuti o, comunque, gli atti nella loro integralità. La formulazione lessicale adoperata dal legislatore, sta a significare che, a seconda dei casi, possono o debbono essere portati a conoscenza del giudice tutti gli atti del procedimento la cui efficacia probatoria rilevi ai fini della richiesta cautelare, e non solo prove in senso stretto. Il termine in questione alluderebbe, peraltro, anche a stralci degli atti d'indagine. Sul punto la giurisprudenza ritiene possibile e lecito l'oscuramento di parte dei verbali a mezzo di *omissis*, al fine di garantire il segreto che permane in questa fase processuale nella prospettiva di evitare la compromissione delle indagini ancora in corso (in tal senso, C., sez. II, 9.2.2006, n. 7610; C., sez. VI, 7.10.1998, n. 2900).

La l. 8 agosto 1995, n. 332, pur non avendo modificato la struttura del procedimento applicativo, ha introdotto un importante "correttivo" che ha reso leggermente più incisivo il contraddittorio in favore dell'indagato. Si tratta, infatti, dell'obbligo per il pubblico ministero di presentare al giudice "tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate" (art. 291, 1° comma, c.p.p.), ma ciò presuppone che questi sia in grado di valutare se da un atto di indagine possa ricavarsi un elemento di prova a favore, tale da dimostrare anche soltanto l'attenuazione di una esigenza cautelare. La stessa legge ha imposto al giu-

dice di depositare immediatamente, con l'ordinanza applicativa della misura, anche la richiesta del pubblico ministero e gli "atti presentati con essa" (art. 292, comma 2 *ter*, c.p.p.), notificando l'avviso di deposito al difensore nelle forme consuete. Tuttavia la stessa disposizione non sortisce l'efficacia sperata poiché non è previsto un termine per tale notifica, con la conseguenza che questa potrebbe – in astratto – essere effettuata successivamente all'interrogatorio di garanzia, durante il quale non potrà essere esplicitata pienamente l'attività difensiva (le vere deduzioni difensive potranno, quindi, essere presentate soltanto nella fase del giudizio di riesame).

Sull'argomento, nel 2005, si sono pronunciate le Sezioni Unite (C., S.U., 28.6.2005, n. 26798) della Corte di Cassazione, ribadendo che l'omesso deposito delle richieste del pubblico ministero e degli atti allegati "compromette ingiustamente il diritto di difesa e pertanto determina la nullità dell'interrogatorio [...] ai sensi degli artt. 178, lett. c), 180 e 182 c.p.p., nullità a regime intermedio che deve essere eccepita al compimento dell'atto, ossia dell'interrogatorio" [al contrario, parte della giurisprudenza (tra tutte: C., sez. II, 12.2.1997, Riccioli), sosteneva che il deposito in cancelleria della richiesta del pubblico ministero, degli atti con esso presentati e delle ordinanze dispositive delle misure, previsto dall'art. 293, 3° comma, c.p.p., non dovesse necessariamente precedere l'interrogatorio da effettuarsi ai sensi dell'art. 294 e neppure dovesse avere luogo con carattere di immediatezza, né l'inosservanza di tale adempimento avrebbe potuto costituire, in difetto di espressa previsione, causa di nullità alcuna, dal momento che l'attività difensiva è comunque garantita dal tempestivo avviso prescritto dal comma 4 del predetto art. 294, nonché delle modalità stesse dell'interrogatorio, che deve svolgersi secondo lo schema fissato dall'art. 65 c.p.p., di per sé idoneo ad assicurare la compiuta conoscenza di elementi in relazione ai quali deve essere impostata la risposta difensionale].

A fronte di questa discrezionalità nella selezione degli "elementi su cui la richiesta si fonda", sussiste per il pubblico ministero

l'obbligo di una trasmissione completa ed integrale degli "elementi a favore dell'imputato" – per i quali si presuppone che abbia svolto attività di indagine con lo stesso rigore con cui ha ricercato elementi volti ad avvalorare l'ipotesi di colpevolezza (art. 358 c.p.p.) – nonché le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate (C., sez. V, 16.6.2004, n. 3950). Anche in questo caso, la terminologia adoperata dal legislatore è la stessa: si parla di "elementi" lasciando – anche da un punto di vista lessicale – spazio alla libera interpretazione circa la loro entità e rilevanza processuale. La mancata trasmissione al giudice procedente degli atti contenenti elementi favorevoli all'indagato [con la stessa tipologia di nullità, pertanto, è sanzionata la mancata trasmissione delle eventuali memorie difensive già depositate (C., sez. I, 3.2.2005, n. 11524; C., sez. I, 13.2.1998, n. 895); l'obbligo non sussiste in capo al pubblico ministero, invece, quanto a quelle presentate successivamente alla richiesta di applicazione di misura cautelare (C., 28.7.1998, Finocchiaro)], seppure in mancanza di espressa previsione di sanzione processuale (GAROFOLI, *Diritto processuale penale*, Milano, 2008, 248), per la dottrina determina una nullità a regime intermedio dell'ordinanza applicativa della misura coercitiva.

Il legislatore, pertanto, ha adottato una soluzione di compromesso opportunamente calibrata, da un lato sulla facoltà del pubblico ministero di non allegare alla richiesta gli elementi a carico non necessari per giustificare la misura cautelare, e, dall'altro, sull'obbligo di inoltrare al giudice tutti gli elementi favorevoli all'imputato, poiché in questo caso la relativa *discovery* non potrebbe arrecare alcun pregiudizio alle indagini. È evidente che il pubblico ministero, che svolge la sua attività nel rispetto del segreto istruttorio, ha margini di movimento svincolati dal controllo del magistrato. La pubblica accusa, infatti, beneficia del potere di selezionare gli atti raccolti durante le indagini e di conseguenza il giudice, non conoscendo l'intero fascicolo, ha una cognizione limitata al momento di accertare se vi siano o meno i presupposti che consentano l'applicazione di una determinata

misura cautelare. La *ratio* va rinvenuta nel fatto che il legislatore ha ben presente che le garanzie di difesa vanno correlate con la contrapposta esigenza che il pubblico ministero non sia tenuto ad una completa, sovente intempestiva e deleteria [già il ministro della difesa Conso al tempo della riforma della l. 332/1995 aveva mostrato le proprie perplessità perché: "proprio in un impianto di processo accusatorio o para-accusatorio non trova giustificazione che la *discovery* avvenga troppo presto" (Atti Cam., XI leg., disc., sed. 1.12.1993, 20885)] *discovery* nei confronti della controparte. Certo appare difficile stabilire il punto di equilibrio tra atti a sorpresa ed esercizio del diritto di difesa (NUZZO, *Considerazioni sugli elementi a favore dell'imputato nel procedimento cautelare*, in CP, 1998, 172), ma quest'ultimo sul piano dei valori costituzionali, "deve essere limitato solo in presenza della necessità di evitare l'assoluta compromissione di esigenze prioritarie nell'economia del processo, che per la loro natura potrebbero risultare vanificate dal contraddittorio anticipato, e salvo sempre il successivo recupero della dialettica processuale attraverso gli strumenti di controllo di volta in volta previsti" (C. Cost., 26.5.1994, n. 219). E proprio in questi termini si era espressa di recente la Suprema Corte nella sentenza n. 168 del 6.2.2008, ribadendo che – salvo che per gli elementi a favore dell'indagato – non sussiste alcun obbligo per il pubblico ministero di trasmettere tutti gli atti di indagine compiuti, nella loro integralità, in quanto al contrario egli può selezionare, "con discrezionalità non censurabile", il materiale indiziario da sottoporre al vaglio del giudice e che ritenga necessario ai fini dell'accoglimento della richiesta di applicazione di misura cautelare. Egli può arrivare a sottoporre solo stralci degli stessi, atteso che tale sistema non impedirebbe – secondo la valutazione della cassazione – lo svolgimento del contraddittorio, e può perfino omettere la presentazione di alcuni documenti (nel caso in esame: i verbali d'interrogatorio reso dalle persone offese innanzi al pubblico ministero, il verbale di una denuncia, l'ordinanza di custodia cautelare e la richiesta di rinvio a giudizio), avendo rilevato come basti riportare le dichia-

razioni nel corpo della richiesta di applicazione della misura formulata dal pubblico ministero al giudice per le indagini preliminari, in modo che la lettura della stessa consenta al giudice la completa cognizione delle dichiarazioni sudette.

Quanto detto sin qui acquista maggiore valenza con riferimento alle intercettazioni telefoniche (C., 12.7.1996, Cannizzaro; C. 20.6.2002, Douzi, in *GDir*, 2002, *dossier* n. 9, 60) o ambientali (C., 1.4.1992, Donnarumma, in *CP*, 1993, 2348). Fino ad oggi, infatti, si riteneva che la *discovery* potesse essere limitata alle sole conversazioni utilizzate per formulare l'istanza, fermo restando il menzionato dovere – ipotetico – del Pubblico Ministero di esibire anche gli elementi oggettivamente favorevoli all'indagato. Non si riteneva necessaria (C., 21.1.1999, Vitale, in *CP*, 2000, 1714) l'allegazione a fini cautelari dei verbali delle operazioni o dei nastri di registrazione sonora, ovvero audiovisiva ex art. 89 disp. att. La misura, pertanto, poteva essere richiesta sulla base del semplice riassunto in “appunti di p.g.” (C., 15.2.1996, D'Ariello, in *Mass. Uff.*, 203998), ovvero delle semplici trascrizioni, senza la necessità di allegare anche la registrazione fonografica. Il deposito degli atti e delle trascrizioni integrali – non coperte dagli *omissis* – poteva essere posticipato fino alla fine delle indagini, per non pregiudicarne l'esito, ma ritardando e quindi compromettendo talvolta irrimediabilmente l'esercizio delle facoltà difensive.

Al riguardo, inoltre, è controverso il rilievo del difetto di allegazione del decreto di autorizzazione delle intercettazioni, ma l'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene che la richiesta della misura possa legittimamente proporsi, senza che sia necessario allegare anche i decreti autorizzativi, la cui esibizione è prevista specificamente soltanto in relazione alla fase di deposito ex art. 268, 4° comma, c.p.p. (C., 27.3.2000, Giusti Rodriguez, in *CP*, 2001, 570; C., 13.10.1999, Sommella, *ivi*, 2001, 1293; C., 28.4.1999, Bollo, in *GP*, 2000, III, 368), perché il g.i.p. che dispone la misura non ha ragione alcuna di dubitare circa l'esistenza e la legittimità del pregresso provvedimento autorizzativo

(emesso dal suo stesso ufficio e magari dallo stesso g.i.p.) (C., sez. VI, 13.12.2002, Arcieri, in *CP*, 2004, 186). Per contro, un diverso orientamento giurisprudenziale, sostiene la necessità di allegare tutti gli atti che costituiscono il presupposto della legittimità dell'attività di indagine su cui si fonda l'istanza di coercizione, ivi compresi i decreti di autorizzazione e quelli di proroga delle intercettazioni, al fine di valutare eventuali cause di inutilizzabilità (C., 11.1.1995, Presta; C., 27.3.1997, Zagaria, in *ANPP*, 1998, 290). Nonostante siano intervenute le Sezioni Unite a definire il contrasto, affermando che il divieto di utilizzazione ex art. 271 si estende sino alla fase delle indagini preliminari, con la conseguenza che i decreti e le relative proroghe devono essere allegate alla richiesta del pubblico ministero dinanzi al Giudice per le indagini preliminari ed in sede di riesame, e che il giudice deve essere messo in condizione di verificare la legittimità delle intercettazioni al fine di valutare l'utilizzabilità del risultato (C., S.U., 27.3.1996, Monteleone, in *CP*, 1996, 2913), permangono tuttora le su accennate divergenze giurisprudenziali.

La situazione è cambiata con la sentenza della Corte Costituzionale in commento, che è intervenuta a consolidare il diritto di difesa dell'indagato, già pregiudicato da una spesso sconsiderata intromissione nelle sue comunicazioni telefoniche (e quindi nella sua vita privata), tema sul quale si è a sufficienza dibattuto e polemizzato, anche relativamente ad un recente intervento legislativo sul punto (disegno di Legge: “*Norme in materia di intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali. Modifica della disciplina in materia di astensione del giudice e degli atti di indagine. Integrazione della disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*”, Consiglio dei Ministri, 13 giugno 2008). L'istanza *de libertate* sulla quale era chiamato a provvedere il Giudice per le indagini preliminari di Catanzaro concerneva una persona ristretta nella libertà personale in base al tenore di comunicazioni che, secondo la difesa dell'indagato, sarebbero state travisate per effetto di una trascrizione sommaria, erronea ed incom-

pleta. Situazioni come questa sono all'ordine del giorno, perché per le operazioni di trascrizione delle registrazioni – siano esse telefoniche o ambientali – si richiedono competenze tecniche, non solo in tema di acustica e di distorsioni audiofoniche, ma anche di interpretazione linguistica, in special modo quando si ha a che fare con soggetti che parlano uno dei diecimila dialetti italiani (si pensi alla recentissima vicenda di Gravina e alle conversazioni tra Pappalardi e la compagna), o peggio una lingua straniera. Sono rilevanti le intonazioni della voce, le pause, che, a parità di trascrizione dei fonemi, possono mutare notevolmente il senso di una conversazione. Tutto ciò rende indispensabile l'intervento di un perito, dotato di competenze tecniche, meglio ancora se terzo rispetto alle parti.

In tema di garanzie difensive, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 192 del 1997, era già intervenuta a censurare l'art. 293, 3° comma, c.p.p., come modificato dall'art. 10 della l. n. 332/1995, nella parte in cui non prevedeva la facoltà per il difensore di estrarre copia dei documenti depositati con la richiesta del Pubblico Ministero, perché la mera conoscenza non accompagnata da tale possibilità rappresentava una ingiustificata limitazione del diritto di difesa – che invece deve potersi esplicare in tutta la sua ampiezza – ai fini di una adeguata assistenza in sede di interrogatorio.

Secondo il giudice rimettente, la disciplina delle operazioni di intercettazione, era in contrasto con la su citata sentenza della Corte Costituzionale, e di conseguenza, così com'era, violava sia l'art. 3 della Costituzione, vale a dire il principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge; sia l'art. 24, cioè il diritto di difendersi provando; sia il principio di parità tra accusa e difesa, e comunque il diritto dell'indagato a veder realizzate nel più breve tempo possibile le condizioni necessarie per preparare la propria difesa, *ex art.* 111.

Il diritto di difendersi provando, peraltro, non risulta garantito dal 3° comma del suddetto art. 268, che prescrive solo il deposito degli atti trasmessi con la richiesta cautelare, atti che la pubblica accusa non è tenuta ad integrare con l'inserimento dei supporti delle registrazioni.

Secondo la Corte Costituzionale, neppure è sufficiente ricorrere all'art. 116 c.p.p. che disciplina il rilascio di copie di atti processuali, giacché tale norma, interpretata congiuntamente all'art. 43 disp. att., attribuirebbe solo una "possibilità" di ottenere copia, giacché la richiesta deve essere valutata dal giudice, che autorizza il rilascio. In realtà esprimendosi in questi termini, il Giudicante smentisce se stesso e la Costituzione, perché il 1° comma dell'art. 116 prevede che chiunque vi abbia interesse può ottenere il rilascio a proprie spese di copie e l'"autorizzazione" richiamata nell'art. 43 delle disposizioni di attuazione si ricollega al secondo comma, che non prevede alcun provvedimento autorizzativo e stabilisce solo a quale organo giudicante spetti materialmente il compito di rilasciare tale copia. Inoltre lo stesso art. 43 ci dice che tale autorizzazione non è richiesta laddove vi sia un "espresso riconoscimento" in capo al richiedente del diritto al rilascio di copie, estratti o certificati di atti. L'organo giudicante fa notare che tale previsione non avrebbe senso se vi fosse un diritto indiscriminato al rilascio di copia, ma – a nostro avviso – per quanto riguarda l'indagato *nulla questio*: tale diritto è riconosciuto espressamente dall'art. 111 Cost., che sancisce il diritto di difendersi provando e, di conseguenza, la facoltà di estrarre copia, che di tale diritto è un'esplicazione indispensabile (come stabilito dalla stessa Corte Costituzionale, con sentenza n. 192 del 1997).

L'intervenuta "pubblicazione" della prova dopo l'esecuzione del provvedimento restrittivo porrebbe le parti processuali su un piano di sostanziale parità, mentre in base alla disciplina dell'art. 268, il Pubblico Ministero, manterrebbe in via esclusiva la possibilità di accedere alla fonte primaria della prova. L'esigenza di tutela del segreto investigativo o della riservatezza delle persone coinvolte nell'attività di intercettazione, non bastano, in questo caso, per bilanciare il sacrificio delle garanzie difensive e, peraltro, sono oggetto di doglianze le sole allegazioni poste a fondamento del provvedimento cautelare, il cui contenuto è già stato rivelato a seguito della

presentazione da parte dell'organo inquirente delle trascrizioni effettuate dalla p.g.

Con la sentenza n. 336 del 2008, la Corte Costituzionale ha stabilito che – fermo restando il normale *iter* procedurale ex art. 268 e la pure legittima dilazione del termine per il deposito degli atti accordata dal giudice (ma sempre non oltre la chiusura delle indagini preliminari), per evitare “gravi pregiudizi” alle indagini – in caso di incidente cautelare, il Pubblico Ministero è facultato a depositare solo i “brogliacci” e non le registrazioni, come ribadito da costante ed uniforme giurisprudenza, ma gli stessi sono e restano una “rappresentazione grafica” del contenuto di prove acquisite mediante registrazione fonica (*ex plurimis*: C., n. 4892 del 2003). L'ascolto diretto delle conversazioni non può essere surrogato dalle trascrizioni effettuate, senza contraddittorio dalla polizia giudiziaria, le quali possono essere, per esplicita previsione normativa, sommarie.

Ovviamente, rileva la Corte, in assenza di una trascrizione peritale, l'interesse difensivo si appunta sull'accesso diretto ogni qualvolta si possa dubitare della genuinità della trascrizione operata dalla polizia giudiziaria (controversa è anche la questione relativa alle procedure di registrazione e di ascolto in ambienti esterni alla Procura della Repubblica; si vedano sul punto C., sez. IV, 28.2.2005, Littera; C., sez. I, 31.5.2006, n. 19139; C., sez. IV, 12.7.2007, Valeri; C., sez. II, 5.3.2008, Bruno).

La soluzione prospettata dal rimettente, vale a dire un ampio deposito successivo all'esecuzione del provvedimento coercitivo, non è necessaria e non è stata accolta. Parimenti problematico si rivelerebbe un deposito delle sole comunicazioni poste ad oggetto della richiesta, perché si risolverebbe in una regola processuale nuova e anomala, riguardando atti non presentati al giudice e sarebbe curato da un soggetto diverso dal magistrato che provvede direttamente (*ex art. 293, 3° comma, c.p.p.*) al deposito degli atti sui quali ha fondato la propria decisione.

Pertanto, considerando l'interesse costituzionalmente protetto nel conoscere direttamen-

te le registrazioni poste alla base del provvedimento eseguito e non trasmesse con la richiesta cautelare, questo può essere assicurato con la previsione del diritto incondizionato dei difensori di accedere, su loro istanza, alle registrazioni (limitatamente a quelle poste alla base della richiesta di misura cautelare) custodite dal Pubblico Ministero e di ottenere una copia della traccia fonica mediante trasposizione su nastro magnetico.

Il diritto di difendersi provando esige che vi sia la possibilità di servirsi degli elementi che più si addicono alla strategia difensiva; il diritto di replica, in tale ottica, perché sia correttamente esplicato, deve rivolgersi ad atti integralmente considerati e non a stralci trascritti ed inglobati nella richiesta di un pubblico ministero che volutamente copre con *omissis* tutto quello che non è funzionale alla propria richiesta, ma che agli occhi del difensore dell'indagato potrebbe ben rappresentare un elemento – non necessariamente a favore – ma anche solo “diverso” dal *fil rouge* che unisce le allegazioni del pubblico ministero. Una trascrizione – come già detto – è solo una rappresentazione grafica, spesso frutto di una interpretazione ovviamente di parte e talvolta erronea (come nella vicenda di Catanzaro), di una traccia audio che, in tal forma considerata, costituisce una prova. Il difensore potrà, d'ora in avanti, fare eseguire una nuova trascrizione, incaricando un perito di parte, per verificare se i brogliacci redatti dalla polizia giudiziaria e presentati dal pubblico ministero siano realmente rispondenti al vero o varino per sfumature interpretative o – paradossalmente, nella peggiore delle ipotesi – sono totalmente difforni dalla traccia audio. Prima dell'intervento della Corte Costituzionale, l'equilibrio tra le parti processuali risultava notevolmente sbilanciato a favore della pubblica accusa e vedeva impotente la difesa privata a fronte di dinieghi – codificati ma non legittimi – nell'ottica della tutela delle indagini in corso. Grazie a questa pronuncia si è fatto finalmente un passo avanti nel consolidamento delle garanzie di difesa aggiungendo al processo penale un importantissimo tassello di civiltà giuridica.

La sentenza in commento ha naturali ripercussioni anche in un altro settore che non va trascurato: l'informatica.

I giudici della Suprema Corte hanno fatto riferimento solo alle "intercettazioni telefoniche ed ambientali", dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 268 c.p.p. nella parte in cui non prevede la possibilità per il difensore di accedere (estraendone copia) solo alle "tracce foniche" mediante "registrazione su nastro magnetico".

A ben vedere questa formulazione sembrerebbe lasciare prive di tutela le operazioni relative ai "flussi di comunicazioni informatiche o telematiche", rilevanti anche più dei mezzi classici di comunicazione, e per i quali il codice prevede la possibilità di fornire copia su "idoneo supporto" (ex art. 268, 8° comma, c.p.p.).

Tuttavia, a nostro avviso, si tratta di una semplice svista, giacché la controversia era nata con riferimento alla possibilità di accedere solo alle comunicazioni telefoniche classiche. Non è invece ipotizzabile una volontaria esclusione delle comunicazioni telematiche dal campo di applicazione della sentenza in commento, giacché "maneggiando" materiale informatico si rischia maggiormente di incorrere in errori di "interpretazione" nella ricostruzione dei comportamenti delinquenziali. Lo scambio di dati e comunicazioni per mezzo di internet o di altra tipologia di reti intranet ha assunto oggi rilevanza giuridica maggiore rispetto alle comunicazioni telefoniche o postali un tempo oggetto primario di attenzione da parte del Legislatore.

Basti pensare alla facilità con la quale, senza spese di sorta, o con costi irrisori, è possibile comunicare con l'altro lato del pianeta, trasmettendo e ricevendo in tempo reale immagini, filmati, comunicazioni verbali e documenti. Qualunque organizzazione criminale o qualunque latitante all'estero può, senza troppa fatica, mantenere contatti ed intrattenere rapporti che sarebbero suscettibili di intercettazione, e conseguente individuazione sul territorio, se venissero impiegati i tradizionali apparati di comunicazione, ma che, trasportati dal *mare magnum* delle reti informatiche, diventano evanescenti e non gestibili dagli organi di giustizia.

L'espressione generica che adoperiamo, "comunicazione informatica", peraltro, sintetizza varie condotte diverse tra loro: chiamate internazionali, fax, e-mail e traffico telefonico VoIP. Qualora venissero scambiati dei documenti digitalizzati (oppure e-mail), di questi rimarrebbe traccia nel computer "ricevente" con maggiori probabilità che nel computer "mittente". In questo caso, lo strumento previsto dall'ordinamento, ed impiegato non di rado, è il sequestro delle periferiche di archiviazione di massa e dei supporti di archiviazione di altro tipo (DVD, CD, FloppyDisk, PenDrive), ma non sempre l'operazione va a buon fine, giacché in commercio è facile reperire software in grado di eliminare ogni traccia dei file archiviati sull'hard disk.

Nel caso del traffico telefonico digitalizzato con tecnologia VoIP, o veicolato da programmi di messaggistica istantanea dotati di webcam e microfono, la possibilità di recuperare informazioni preziose ai fini investigativi diventa pressoché nulla.

Una procedura di intercettazione operata in un settore così delineato comporta una raccolta di dati indiscriminata e pregiudizievole per la sfera privata del soggetto "controllato". Durante il trasferimento tra un computer e l'altro, infatti, i dati vengono prima codificati e poi decodificati a mezzo di segnali digitali con linguaggio binario. Di conseguenza è possibile visualizzare il contenuto dei file solo al momento della creazione e al momento della ricezione su di un computer che ricomponga nuovamente tali dati in immagini, testi, ecc. Le differenze rispetto ad un'intercettazione telefonica classica sono lapalissiane: mentre con riferimento a quest'ultima già al momento dell'ascolto è possibile rilevare la maggiore o minore pertinenza delle comunicazioni ed eventualmente stralciare ciò che non è rilevante (all'atto della verbalizzazione sommaria), intercettando le comunicazioni informatiche, invece, necessariamente vengono raccolte tutte le comunicazioni in ingresso o in uscita su di un determinato computer, con tutto ciò che ne consegue in termini di *privacy*; la c.d. navigazione nella rete internet mette in contatto – portando in questo modo gli organi investigativi a delineare ipotesi di

concorso – più soggetti inconsapevoli o incauti [si pensi ai virus che effettuano c.d. *redirect* su siti che commercializzano materiali di tipo pornografico o pedopornografico o ai c.d. *popup* (finestre che pubblicizzano prodotti di vario genere) che appaiono senza che il soggetto abbia fatto alcunché, durante la visualizzazione di pagine di contenuto diverso]; per quanto riguarda i soli documenti digitali, sono sì riconducibili ad un determinato IP (che identifica il computer mittente o destinatario di dati oggetto di intercettazione) (C., sez. IV, 9.11.2005, n. 4214), ma certamente sono privi di firma e possono essere compilati da soggetti terzi (utilizzatori diversi della stessa postazione o *hacker* informatici) (C., sez. IV, 29.11.2005, n. 4481), a meno che non si faccia ricorso alla c.d. “firma digitale” (C., sez. IV, 29.11.2005, n. 4481) oppure non si tratti di documenti in forma cartacea nell’originale, ma digitalizzati mediante apparecchiature fotografiche o scanner (eppure anche in quest’ultimo caso può ipotizzarsi un’indebita ingerenza di un soggetto terzo non autorizzato all’invio).

I flussi telematici richiederebbero, pertanto, e sempre salvo libero convincimento del giudice, di essere supportati da ulteriori elementi di prova (C., sez. IV, 29.11.2005, n. 4481).

Le comunicazioni informatiche intercettate, inoltre, devono essere registrate su supporti non modificabili, per evitare che vi sia difformità tra il contenuto originale delle comunicazioni telematiche e quello delle riproduzioni (C., sez. IV, 29.11.2005, n. 4481).

Da tutto ciò si evince che anche per le intercettazioni di flussi telematici le operazioni di polizia non possono e non devono essere svincolate da controlli garantistici. Possiamo quindi affermare che in questo caso, come per le intercettazioni più ricorrenti (telefoniche ed ambientali), sarà ovviamente applicabile il principio sancito nella sentenza in commento ed ai difensori sarà consentito di estrarre copia dei flussi informatici, su idoneo supporto, allo scopo di verificare la correttezza delle ricostruzioni operate dagli organi investigativi.

La CEDU su Punta Perotti: dopo la demolizione degli immobili, quella dei principi in materia di confisca dei terreni abusivamente lottizzati?

La Corte europea dei diritti dell’uomo si pronuncia sul caso di Punta Perotti ritenendo che lo Stato italiano abbia violato gli artt. 1 e 7 CEDU (C. Dir. Uomo, sez. II, 20.1.2009, Causa Sud Fondi S.r.l. e altre 2 c. Italia).

Le articolate osservazioni che seguono consentono una serie di riflessioni in ordine alla confisca di terreni lottizzati abusivamente.

Osservazioni di Alessandro Dello Russo

La Corte Europea ha accolto la domanda dei ricorrenti sotto due profili:

1) per la violazione dell’articolo 7 della Con-

venzione Europea dei Diritti dell’Uomo, secondo cui «nessuno può essere condannato per una azione od omissione che, nel mo-

mento in cui è stata commessa, non costituisce reato secondo il diritto nazionale o internazionale»;

2) per la violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1, secondo cui: «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale».

Ciascuna questione merita un'adeguata riflessione.

1. *Violazione dell'art. 7.* – In merito la decisione si fonda sul presupposto secondo cui: – “la confisca controversa si traduca in una pena”, di tal che trova applicazione il principio fondamentale secondo cui deve essere sempre ed inderogabilmente assicurata “una protezione effettiva contro le azioni penali, le condanne e le sanzioni arbitrarie”; – il giudizio celebrato in ambito nazionale si è concluso con “assoluzione nei confronti dei rappresentanti delle società ricorrenti, accusati di lottizzazione abusiva”, avendo proprio il Giudice precedente riconosciuto che “la base giuridica del reato non rispondeva ai criteri di chiarezza, accessibilità e prevedibilità” ragion per cui “era impossibile prevedere che sarebbe stata inflitta una sanzione; – “a livello interno la definizione di «amministrativa» data alla confisca controversa, permette di sottrarre la sanzione in questione ai principi costituzionali che regolano la materia penale”, tra i quali quello secondo cui “un elemento morale è sempre necessario”; – anche a livello internazionale, l'interpretazione logica dell'art. 7 della Convenzione “esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato”.

Il ragionamento della Corte internazionale è, quindi, di carattere quasi sillogistico:

– la confisca è una sanzione penale;

– sia l'ordinamento italiano che quello internazionale stabiliscono che non può infliggersi alcuna sanzione penale se non vi sia stata da parte dell'autore coscienza e volontà di commettere un reato;

– la ricorrenza di tale ultima condizione è stata esclusa nel caso di specie esclusa da parte del Giudice nazionale che ha mandato assolti gli imputati per mancanza dell'elemento psicologico;

– solo la (“arbitraria”) qualificazione della confisca come sanzione amministrativa (e non già come sanzione penale) ha consentito di eludere tali superiori principi, così tuttavia determinando violazione dell'art. 7.

Orbene, avendo la Corte Costituzionale ribadito che “le disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione che ad esse attribuisce la Corte europea dei diritti dell'uomo, integrando uno degli obblighi internazionali cui si riferisce il precetto costituzionale, possono assumere il rango di fonte integrativa del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117 Cost., primo comma, determinando l'incostituzionalità della legge ordinaria con essa contrastante” (C. Cost., 24.10.2007, n. 348), dovrebbe conseguentemente dedursi che la nostra Corte di Cassazione sarà ben presto chiamata a valutare l'attuale persistente validità dell'ormai granitico orientamento secondo cui solo ed esclusivamente “il caso di assoluzione per insussistenza del fatto” esclude l'irrogazione della misura (tra le più recenti, C., sez. III, 21.11.2007, n. 9982).

La CEDU è infatti categorica nell'escludere che, in caso di assoluzione per difetto dell'elemento psicologico, l'irrogazione della confisca sia conforme ai principi internazionali.

2. *Violazione dell'art. 1 del Protocollo 1.* – In proposito la Corte ha tenuto in primo luogo a precisare che i diritti rispettivamente tutelati dall'art. 7 e dall'art. 1 “hanno un oggetto diverso”.

Nel merito, invece, i Giudici di Strasburgo hanno perentoriamente affermato che “la confisca dei terreni e degli edifici di cui le ricorrenti erano proprietarie ha costituito

una ingerenza nel godimento del loro diritto al rispetto dei beni”.

Ciò in quanto l'articolo 1 del Protocollo n. 1 contiene tre norme distinte: – “la prima, che si esprime nella prima frase del primo comma e riveste un carattere generale, enuncia il principio del rispetto della proprietà;

– la seconda, contenuta nella seconda frase dello stesso comma, riguarda la privazione della proprietà e la sottopone ad alcune condizioni;

– la terza, contenuta nel secondo comma, riconosce agli Stati il potere, tra l'altro, di regolamentare l'uso dei beni conformemente all'interesse generale”.

Orbene il caso in esame è stato ricondotto alla seconda ipotesi, trattandosi di “fattispecie in cui la confisca è stata disposta a seguito di una assoluzione”.

Poiché dunque la seconda parte del primo comma dell'art. 1 “autorizza una privazione di proprietà solo «nelle condizioni previste dalla legge»”, la Corte ha inteso verificare se, nel caso al suo vaglio, “sia stato mantenuto un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo”.

Cosa non avvenuta, avendo i Giudici europei in primo luogo ribadito che “la confisca inflitta ai ricorrenti non aveva alcuna base legale” (per mancanza dell'elemento psicologico, n.d.a.) “ai sensi della Convenzione”.

Non solo.

La Corte ha altresì ritenuto che il provvedimento di confisca abbia altresì determinato la “rottura del «giusto equilibrio» che deve regnare tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e gli imperativi della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, tenendo ben presente che ci deve essere un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito”.

E ciò non solo in forza della più volte riconosciuta “buona fede” degli imputati, ma anche in sulla scorta di altre due (interessanti) considerazioni.

La prima attiene alla proporzionalità della misura, laddove è stato ritenuto che “la por-

tata della confisca (85% di terreni non edificati), in assenza di un qualsiasi risarcimento, non si giustifichi rispetto allo scopo annunciato, ossia mettere i lotti interessati in una situazione di conformità rispetto alle disposizioni urbanistiche.

Ad avviso della Corte, infatti, “sarebbe stato ampiamente sufficiente demolire le opere incompatibili con le disposizioni pertinenti e dichiarare inefficace il progetto di lottizzazione”.

Il secondo ed ultimo (*last but non least*, tanto per rimanere in ambito internazionale) fattore di rottura dell'equilibrio è stato infine individuato nella circostanza – definita “paradossale” (*paradoxal*, testualmente in sentenza) – secondo cui proprio il Comune di Bari, ossia il soggetto “responsabile di avere accordato i permessi di costruire illegali, è l'organismo che è divenuto proprietario dei beni confiscati”.

Se, dunque, fino a questo momento la pronuncia di condanna era saldamente, quanto, principalmente ancorata all'intervenuta assoluzione per difetto dell'elemento psicologico (a sua volta costituente presupposto indefettibile per la ravvisata violazione dei principi comunitari) tale ultima circostanza potrebbe invece estendere notevolmente la portata e gli effetti della decisione, rendendo necessaria una ulteriore rivisitazione della disciplina della confisca da tempo avallata dalla Suprema Corte di Cassazione.

Si richiama sul punto l'attenzione del lettore. A mente dell'art. 44, 2° comma, legge n. 380/2001, “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. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione”.

In forza della nota giurisprudenza secondo cui la contravvenzione di lottizzazione abusiva è fattispecie “a consumazione alternativa, potendo il reato realizzarsi sia per il difetto di autorizzazione, sia per contrasto con le prescrizioni della legge o degli strumenti ur-

banistici" (C., S.U. 28.11.2001, Spiga), indistintamente in sede penale è stata disposta confisca sia per l'uno che per l'altro caso.

Fatto sta che, nell'affermare tali principi, la S.C. non è stata fornita convincente spiegazione in merito all'evidente discrasia riveniente dalla lettura congiunta delle norme che disciplinano l'attività lottizzatoria.

In particolare è noto che l'art. 30, 7° e 8° comma, del T.U.E., prevedono che, "nel caso in cui il dirigente del competente ufficio comunale accerti l'effettuazione di lottizzazione di terreni a scopo edificatorio senza la prescritta autorizzazione ... le aree lottizzate sono acquisite di diritto al patrimonio disponibile del comune".

Ebbene, in forza del già ribadito principio secondo cui la confisca è una sanzione amministrativa irrogata dal giudice penale in via suppletiva rispetto alla P.A. (cfr., in proposito, C., sez. III, 7.7.2004, n. 38728), ne dovrebbe automaticamente conseguire che, in sede penale, il provvedimento di confisca rimarrebbe comunque vincolato ai parametri previsti per l'esercizio del relativo potere in via amministrativa e, in particolare, a quelli di cui all'art. 30 a mente del quale, come visto, il provvedimento ablatorio può essere adottato solo ed esclusivamente in caso di lottizzazione "senza la prescritta autorizzazione".

In una simile prospettiva l'impianto normativo si mostra certamente coerente ed omogeneo.

Ogni qualvolta infatti il privato, senza autorizzazione, sposti l'autorità amministrativa competente (Comune) dai propri poteri di pianificazione territoriale, la porzione di suolo abusivamente lottizzata viene, per l'effetto, "riconsegnata" al Comune, così da poterne ripristinare la sovranità di cui era stato illegittimamente spogliato.

Non può dirsi la stessa cosa per il caso contrario.

Laddove, infatti, sia stato proprio il Comune ad autorizzare quel tipo di intervento urbanistico, ritenendolo conforme alle proprie scelte di pianificazione territoriale, un provvedimento che spogli il privato della proprie-

tà del suolo per trasferirla al soggetto che aveva autorizzato l'intervento è stato dalla CEDU definito "*paradoxal*" e, quindi, ritenuto contrario ai principi stabiliti dall'art. 1 del Protocollo 1.

3. *Conclusioni.* – Volendo quindi utilizzare una metafora vicina al caso che ha originato la controversia *de qua*, non vi è quindi dubbio che la piattaforma su cui una giurisprudenza più che decennale ha costruito un solido blocco in materia di lottizzazione abusiva, possa aver subito più di un colpo dalla pronuncia in oggetto.

In forza di quanto prima osservato, infatti, dovrebbe essere sottoposto a nuova prova di resistenza innanzi tutto il principio secondo cui la confisca dei suoli abusivamente lottizzati può accedere anche ad una sentenza di assoluzione per insussistenza dell'elemento psicologico.

Ma, come visto, sembra che la Corte Europea abbia detto anche qualcosa di più rispetto alla peculiarità del caso costituita dall'intervenuta assoluzione degli imputati perché il fatto non costituisce reato.

Prima fra tutte, l'affermazione di carattere generale secondo cui la confisca, quale sanzione penale, soggiace a tutti i parametri di legalità imposti a livello costituzionale ed internazionale.

Non solo.

La Corte ha pure osservato come, più che con la confisca, l'interesse alla disciplina del territorio si coordinerebbe assai meglio con la tutela del diritto di proprietà con l'ordine di demolizione delle opere irregolarmente edificate.

Inutile in proposito aggiungere che, nell'attuale disciplina, l'ordine di demolizione è subordinato alla emissione di una sentenza di condanna (art. 31, 9° comma, T.U.E.).

Ma, soprattutto, la CEDU ha ritenuto che la confisca non può essere irrogata, neppure dal Giudice penale, laddove la lottizzazione sia stata preventivamente autorizzata dal Comune.

Rebus sic stantibus, i principi sanciti in sede europea sembrano incompatibili con quelli ripetutamente ribaditi in ambito nazionale

non solo nei processi di lottizzazione abusiva conclusisi con assoluzione degli imputati perché il fatto non costituisce reato (pochi) ma anche per tutti gli altri in cui la lottizzazione, pur preventivamente assentita dal Comune, è stata ciò nonostante ritenuta illegittima dal Giudice penale (tanti), ovvero in cui

è comunque intervenuto proscioglimento per intervenuta prescrizione (tantissimi). Se così fosse ognuno vede concretizzarsi la possibilità che il pur solido blocco giurisprudenziale cui si è fatto prima cenno, rischi di venir giù come i palazzi oggetto di demolizione.

Sull'inefficacia delle decisioni domestiche per accertata violazione dell'equo processo

La Corte di cassazione riafferma l'ineseguità delle sentenze interne in contrasto con quelle della Corte europea dei diritti dell'uomo (C., sez. VI, 12.11.2008, Drassich).

A seguire le motivazioni della Corte di legittimità e la requisitoria del Procuratore generale.

Le motivazioni della Cassazione

Ritenuto in fatto

1. La Corte d'Appello di Venezia con ordinanza del 4 giugno 2008, provvedendo come giudice dell'esecuzione su un ricorso proposto da Mauro Drassich, ha dichiarato "la ineseguità *ex art. 670 c.p.p.* del giudicato costituito dalla sentenza 12 giugno 2002 della Corte d'Appello di Venezia e ciò in esclusivo riferimento alla pena di otto mesi di reclusione quale aumento per la continuazione a titolo di corruzione *ex art. 319 c.p.p.*" e ha ordinato "la trasmissione del ricorso per cassazione del Drassich contro la sentenza 12 giugno 2002 della Corte d'Appello di Venezia alla Corte di Cassazione".

La Corte d'Appello, nonostante la sua sentenza fosse divenuta esecutiva dopo il rigetto del ricorso per cassazione, ha ritenuto in tal modo di dare parziale attuazione alla sentenza 11 dicembre 2007 della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo cui la Corte di Cassazione, nel rigettare il ricorso e contestualmente nel riquilibrare *ex officio* i fatti di

corruzione "per un atto contrario ai doveri d'ufficio", oggetto dell'originaria imputazione, nel più grave reato di corruzione "in atti giudiziari", ebbe a violare l'art. 6, §§ 1 e 3 lett. a) e b) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo posti a presidio del processo equo.

2. Nell'ordinanza è descritta la specifica vicenda processuale e l'epilogo del giudizio di legittimità.

La Corte d'Appello di Venezia dichiarò Mauro Drassich – in accoglimento dell'impugnazione del pubblico ministero contro la sentenza di primo grado con la quale Drassich fu condannato per i delitti di falso ideologico e solo per alcuni fatti di corruzione – responsabile anche degli ulteriori episodi di corruzione "per atti contrari ai doveri d'ufficio" e, unificati tutti i reati nel vincolo della continuazione, lo condannò alla pena di tre anni e otto mesi di reclusione.

Con la sentenza 4 febbraio 2004, la Corte di Cassazione, attribuita ai fatti la diversa defi-

nizione giuridica di corruzione "in atti giudiziari", rigettò il ricorso proposto da Drassich, non dichiarando estinti i reati per prescrizione, in ragione di tale più grave qualificazione.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, adita da Mauro Drassich, ha ritenuto la lesione del diritto del ricorrente a essere informato in modo dettagliato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico nonché il suo diritto a disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa, e ha poi precisato che, in assenza di richieste di equo soddisfacimento da parte del ricorrente, l'avvio di un nuovo procedimento o la riapertura del procedimento su richiesta dell'interessato rappresenta in linea di massima un modo adeguato di porre rimedio alla violazione con testata.

3. La Corte d'Appello ha disatteso le deduzioni difensive, secondo cui la Corte europea avrebbe giudicato iniquo l'intero processo nazionale, e ha posto in rilievo che la pronuncia *de qua* ha giudicato iniquo il processo nazionale perché la Corte di Cassazione *ex officio* ha dato al fatto una definizione giuridica diversa da quella ritenuta nelle due sentenze di merito.

4. Mauro Drassich ha proposto ricorso per cassazione deducendo che erroneamente la Corte d'Appello ha ritenuto la condanna pronunciata nei suoi confronti ineseguibile solo con riferimento alla pena di otto mesi di reclusione, stabilita quale aumento per la continuazione con i reati di corruzione.

Nel ricorso si precisa che tale aumento fu disposto dal giudice d'appello che, in accoglimento dell'impugnazione proposta dal pubblico ministero, ritenne Drassich colpevole di ulteriori otto episodi di corruzione, rispetto a quelli per i quali fu già condannato in primo grado e dei quali fu ritenuta la continuazione con i reati di falso. Ne discende che la pena di otto mesi di reclusione, per la quale era stato dichiarato ineseguibile il titolo esecutivo, non comprende la pena per i reati di corruzione per i quali vi fu condanna in primo grado.

Si precisa, inoltre, che nella sentenza di pri-

mo grado non è distinta la pena per i reati di falso da quella inflitta per gli episodi di corruzione. Unica certezza è la pena base di un anno e otto mesi di reclusione applicata per il più grave reato di falso, e, per tal motivo, la pena da dichiarare valida avrebbe dovuto essere solo quest'ultima.

Il ricorrente ripropone quanto rappresentato alla Corte d'Appello e cioè che la Corte europea ha riscontrato la violazione dell'art. 6 della Convenzione per iniquità dell'intera procedura, con la conseguenza che è l'intero giudizio a essere stato invalidato. Pertanto, la Corte d'Appello avrebbe dovuto dichiarare invalida e inefficace la sentenza di condanna emessa nei confronti di Drassich.

Con una successiva memoria il ricorrente ha chiesto, in via subordinata, la "riapertura del procedimento" davanti alla Corte di Cassazione e la dichiarazione di "estinzione del reato per prescrizione, annullando il capo di imputazione concernente i reati di corruzione a suo tempo ascritti al Drassich".

Considerato in diritto

1. Non è più oramai da revocare in dubbio che sia patrimonio comune della scienza giuridica, della giurisprudenza costituzionale e di legittimità la "forza vincolante" delle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo, sancita dall'art. 46 della Convenzione, là dove prevede che "Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti" e poi ancora che per realizzare tale risultato "la sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l'esecuzione". Altrettanto uniforme è la posizione – il cui fondamento specifico è nella norma racchiusa nell'art. 13, collocato nel Titolo I "Diritti e libertà", là dove è attribuito a "ogni persona i cui diritti e libertà riconosciuti dalla ... Convenzione siano violati ..." il "... diritto ad un effettivo ricorso" – secondo cui il definitivo accertamento di una violazione fa sorgere il diritto della persona di essere posta in condizione di avvalersi di uno strumento giuridico interno volto a ottenere la *restitutio in integrum*.

Tangibili e concreti indici rivelatori dell'esigenza di adeguarsi a tale dovere imposto in via primaria al legislatore emergono dall'inserimento della lett. *a bis*) nell'art. 5, comma 3, della legge n. 400 del 1988, ad opera dell'art. 1, legge 9 gennaio 2006, n. 12 che introduce tra i compiti del Presidente del Consiglio dei ministri il dovere di promuovere "gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano" e di comunicare "tempestivamente alle Camere le medesime pronunce ai fini dell'esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari permanenti e presenta[re] annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle suddette pronunce".

È dovere primario, dunque, del legislatore quello di prevedere strumenti giuridici per la concreta esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano rilevato, nei processi penali, violazioni dei principi sanciti dall'art. 6 della Convenzione. Non può che essere condiviso e fatto proprio il pressante invito rivolto al legislatore formulato dalla Corte costituzionale, dopo avere concluso per la declaratoria di infondatezza della questione di legittimità dell'art. 630, comma I, lett. *a*) c.p.p., nella parte in cui esclude dai casi di revisione " ... l'impossibilità di conciliare i fatti stabiliti a fondamento della sentenza ... con la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia accertato l'assenza di equità del processo ... " (sentenza n. 129 del 2008).

È dovere, anch'esso primario, della giurisdizione verificare, mediante la corretta e rigorosa applicazione dei criteri ermeneutici, se la disciplina processuale abbia già una regola che, in considerazione dei contenuti e della specificità del caso, renda percorribile l'attuazione di un *decisum del giudice europeo*.

2. La specificità del *decisum* nei confronti di Drassich è di chiara evidenza: incide sul caso concreto come regola di sistema di un "giudizio equo" e non postula, dunque, una "revisione" della sentenza resa all'esito del giudizio di merito.

La vicenda, sulla quale questa Corte è chiamata a pronunciarsi, si caratterizza per l'assoluta diversità rispetto a quelle per le quali l'attuazione del *dictum* della Corte europea pone in discussione il giudizio di merito, come nei casi del giudizio in contumacia.

In particolare, il mancato riconoscimento del diritto dell'imputato di interloquire sulla diversa definizione giuridica del fatto corruttivo ha inciso sull'esito del ricorso per cassazione nel senso che ha impedito la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione; estinzione che avrebbe dovuto essere dichiarata se l'accusa, nel suo inquadramento giuridico, non fosse stata modificata.

Per dare esecuzione alla pronuncia della Corte europea si rende necessario non un nuovo giudizio di merito, ma solo il rispetto della garanzia del contraddittorio anche sulla diversa definizione del fatto che il giudice di legittimità ha operato *ex officio*.

Ciò che si chiede e di "rescindere" la sentenza resa all'esito di un "giudizio di legittimità iniquo" è di eliminare l'anomalia già individuata e definita, mettendo in condizione l'imputato e la sua difesa di esercitare il diritto di interloquire sulla diversa definizione giuridica del fatto.

2.1. La sentenza europea riveste inoltre particolare importanza per la sua duplice natura: l'una diretta a incidere sul caso concreto con la *restitutio in integrum* del giudizio di legittimità ed entro i limiti indicati; l'altra, di rendere immanente nel nostro ordinamento il principio del contraddittorio su ogni profilo dell'accusa, anche nel giudizio di legittimità.

È stata cioè evidenziata una violazione di sistema relativa al principio del giusto processo configurato nell'art. 6, § 3, lett. *a*) e *b*) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Per la Corte europea, il "processo equo" impone che l'imputato, una volta informato dell'accusa, e cioè dei fatti e della qualificazione giuridica a essi attribuita, deve essere messo in grado di discutere in contraddittorio su ogni profilo che li investe. Contraddittorio che deve essere garantito anche là dove l'ordinamento come nel caso

italiano – riconosca al giudice il potere di dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nella imputazione *ab origine* ascritta all'imputato.

Il sistema va integrato con la regola enunciata dalla Corte di Strasburgo custode della corretta interpretazione delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; il *decisum* del giudice nazionale di legittimità deve essere "resciso" nella parte in cui non ha attuato la regola di sistema imposta dalla Convenzione.

Spetta però al giudice nazionale il compito di "rescindere" formalmente la sentenza pronunciata all'esito del giudizio di legittimità, allo scopo di rinnovare tale ultimo segmento processuale nel senso indicato dalla Corte europea.

3. Affinché il *dictum* europeo possa integrare la regola processuale interna si impone però la verifica di compatibilità di essa con le norme della Costituzione.

Decorre, al riguardo, ricordare che il Giudice delle leggi ha anzitutto statuito che l'art. 117, 1° co., della Costituzione per quanto riguarda la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, rispetto agli altri trattati internazionali, ha la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa.

Ciò importa che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della Convenzione europea vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione. La Corte costituzionale inoltre ha affermato che le norme della Convenzione europea, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, non sono immuni dal controllo di legittimità costituzionale del Giudice delle leggi: si tratta infatti di norme che integrano il parametro costituzionale e rimangono pur sempre a un livello *sub* costituzionale, e per le quali è necessario che siano conformi a Costituzione, e il relativo controllo deve sempre ispirarsi al

ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, 1° comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti, contenuta in altri articoli della Costituzione (C. cost. nn. 348 e 349 del 2007).

La completa operatività delle norme interposte, dunque, deve superare lo scrutinio della loro compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano.

3.1. Quanto alla regola di sistema, la Corte europea ha ritenuto che nel giudizio *de quo* è «stato leso il diritto del ricorrente a essere informato in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico nonché il suo diritto a disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare l'accusa».

Non è da revocare in dubbio che la regola – racchiusa nel 1° comma dell'art. 521 del codice di procedura penale – caratterizzi una funzione indefettibile del giudice, quella della corretta qualificazione giuridica del fatto e delle relative conseguenze sanzionatorie. Regola che diviene ancor più cogente nel giudizio di legittimità perché da contenuto e significato alla funzione della Corte di cassazione chiamata ad assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge».

La regola è indefettibile. mentre il modulo operativo è emendabile.

Nel giudizio di legittimità, l'applicazione dell'art. 521, 1° comma, c.p.p. nel senso indicato dalla Corte europea appare conforme al principio epistemologico statuito dall'art. 111, 2° comma, per il quale "... ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti al giudice ...", principio che non investe soltanto "la formazione della prova" ma anche ogni questione che attiene la valutazione giuridica del fatto commesso.

Si impone una interpretazione della norma *de qua* adeguata ai principi costituzionali richiamati e al *decisum* del giudice europeo.

Il giudice ordinario – statuisce il Giudice delle leggi – deve interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione

internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme e, qualora ciò non sia possibile ovvero si dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", il giudice deve proporre la relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, 1° comma, della Costituzione (C. cost. n. 349 del 2007).

3.2. Ad avviso del Collegio, non vi è la necessità di un intervento additivo della Corte costituzionale per stabilire che l'imputato e il difensore devono e possono essere messi in grado di interloquire sulla eventualità di una diversa definizione giuridica del fatto la dove essa importi conseguenze in qualunque modo deteriori per l'imputato così da configurare un suo concreto interesse a contestarne la fondatezza.

Tanto è accaduto nel caso di specie, in cui la diversa definizione giuridica del fatto ha comportato la mancata declaratoria di estinzione per prescrizione del reato enunciato nell'imputazione.

La norma va applicata e interpretata nel senso che la qualificazione giuridica del fatto diversa da quella attribuita nel giudizio di merito, riconducibile a una funzione propria della Corte di Cassazione, richiede, però, una condizione imprescindibile per il suo concreto esercizio: l'informazione di tale eventualità all'imputato e al suo difensore. Informazione che, qualora manchi una specifica richiesta del pubblico ministero, va formulata dal Collegio con un atto che ipotizzi tale eventualità.

La regola di attuazione dei principi del "processo equo", che la Corte europea ha ritenuto racchiusi nelle norme di Convenzione, si pone in linea con il principio imposto dal richiamato secondo comma dell'art. 111 della Costituzione e nel processo civile trova riscontro nell'art. 384, 3° comma, c.p.p. (nel testo sostituito dall'art. 2, d.lg. 2 febbraio 2006, n. 40), ai sensi del quale "Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti

un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione".

3.3. Quanto alle modalità di intervento sui casi concreti la Corte europea ha rilevato che, in mancanza di richiesta di equo soddisfacimento «l'avvio di un nuovo procedimento o la riapertura del procedimento su richiesta dell'interessato rappresenta in linea di massima un modo adeguato di porre rimedio alla violazione contestata».

Si è già detto, è compito primario del legislatore prevedere strumenti giuridici per la concreta esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano rilevato, nei processi penali, violazioni dei principi sanciti dall'art. 6 della Convenzione. Si è però posto in rilievo che il giudice ha il dovere di ricercare, in considerazione della specificità della violazione, le modalità di *restitutio in integrum*.

Nel precedente § 2 è stata posta in risalto la specificità del *decisum* della Corte e la sua incidenza sui casi concreti che non postula una "revisione" della sentenza resa all'esito del giudizio di merito. Qui, l'innocenza del giudizio di legittimità si è realizzata con la modificazione *ex officio* della definizione giuridica del fatto il cui principale effetto è stato il permanere della condanna, cancellata dalla declaratoria di estinzione del reato.

Del resto, la Corte costituzionale, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità delle disposizioni in tema di revisione nella parte in cui non prevedevano la riconducibilità a tale istituto delle decisioni penali della Corte di Cassazione per errore di fatto, ha sottolineato che l'istituto della revisione è un « modello del tutto eccentrico rispetto alle esigenze da preservare nel caso di specie, avuto riguardo: sia alla diversità dell'organo chiamato a celebrare tale giudizio (la corte di appello); sia alla duplicità di fase (rescindente e rescissoria) che ne contraddistingue le cadenze; sia alle stesse funzioni che tale istituto è chiamato a soddisfare nel sistema» (sentenza n. 395 del 2000).

Nella recente sentenza n. 129 del 2008, poi,

è la Corte costituzionale a porre in rilievo che il legislatore «... per soddisfare le esigenze e le lacune poste in luce nella pronuncia richiamata – ha introdotto, con l'art. 625 *bis* c.p.p., un nuovo istituto per rimuovere gli effetti di quel tipo di errori commessi dalla Corte di Cassazione, denominandolo significativamente "ricorso straordinario per errore materiale o di fatto"; ed assegnandogli una collocazione sistematica ed una disciplina avulse (e logicamente "alternative") rispetto a quelle che caratterizzano la revisione».

In tal modo, definito il contesto nel quale si chiede di intervenire, ad avviso del Collegio, lo strumento giuridico idoneo a dare attuazione alla sentenza europea può essere quello del ricorso straordinario contro le sentenze della Corte di Cassazione, previsto dall'art. 625 *bis* c.p.p.

Questa norma – sebbene realizzata per colmare vuoti di tutela definiti e tassativi, errore materiale o di fatto – ampiamente giustifica un ragionamento "per analogia", non incorrendo nei divieti posti dall'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale.

Anzitutto, non si è in presenza di una norma penale incriminatrice e, in ogni caso, il ragionamento che si vuole sviluppare per similitudine conduce a effetti *in bonam partem*. La norma inoltre non si caratterizza per eccezionalità rispetto al sistema processuale, poiché realizzata per colmare un vuoto normativo dovuto all'inadeguatezza della precedente disciplina a tutelare anomalie e violazioni riconducibili al diritto di difesa, pur configurabili con ordinarietà nel giudizio di legittimità.

Ragionamento per similitudine, dunque, che conduce ad applicare all'ipotesi *de qua* uno strumento giuridico modellato sull'istituto introdotto dall'art. 625 *bis* c.p.p.

Si è in presenza di situazioni analoghe nel senso che l'elemento che le accomuna è l'identità di *ratio*: rimediare, oltre che a veri e propri errori di fatto, a violazioni del diritto di difesa occorse nell'ambito del giudizio di legittimità e nelle sue concrete e fondamentali manifestazioni che rendono invalida per iniquità la sentenza della Corte di Cassazio-

ne. Per di più, nel caso specifico, si è in presenza di violazione affermata dalla Corte europea; violazione che trova la sua immediata tutela nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel citato art. 111, 2° comma, della Costituzione.

In conclusione, vi è una parziale "rimozione" del giudicato, nella parte in cui esso si è formato nel giudizio di legittimità mediante un *vulnus* al diritto di difesa, che si è tradotto in una "iniquità" della sentenza, "iniquità" che non è scaturita da preclusioni processuali addebitabili al ricorrente, bensì dal "governo" del processo da parte del giudice.

Mette conto – a completamento dell'area degli argomenti giuridici – che nel bilanciamento di valori costituzionali, da un lato, quello della funzione costituzionale del giudicato e, dall'altro, quello del diritto a un processo "equo" e a una decisione resa nel rispetto di principi fondamentali e costituzionali posti a presidio del diritto a interloquire sull'accusa, non può che prevalere quest'ultimo; e proprio la prevalenza di quest'ultimo valore ha determinato il legislatore a introdurre il ricorso straordinario *ex* art. 625 *bis* c.p.p. contro le sentenze della Corte di Cassazione. In conclusione, la revoca della sentenza 4 febbraio 2004 di questa Corte per un caso non espressamente previsto dalla legge è soluzione raggiunta con l'utilizzazione del criterio ermeneutico dell'analogia *legis*, che si traduce nella regola che legittima la risoluzione di casi non previsti dalla legge con l'applicazione a essi della disciplina prevista per casi simili. La revoca della sentenza va limitata al *decisum* relativo ai fatti corruttivi qualificati come reati di corruzione in atti giudiziari *ex* art. 319 *ter* c.p.

Va disposta una nuova trattazione del ricorso proposto da Mauro Drassich contro la sentenza 12 giugno 2002 della Corte d'Appello di Venezia, limitatamente al punto della diversa definizione giuridica data al fatto corruttivo rispetto a quella enunciata nell'imputazione e poi ritenuta dai giudici di merito.

P.Q.M.

Revoca la sentenza della Corte di Cassazione

del 4 febbraio 2004, n. 23024 nei confronti di Mauro Drassich, limitatamente ai fatti corruttivi qualificati come reati di corruzione in atti giudiziari *ex art. 319 ter c.p.* e dispone

che si proceda a nuova trattazione del ricorso contro la sentenza della Corte d'Appello di Venezia in data 12 giugno 2002.

La requisitoria del Procuratore generale di *Eugenio Selvaggi*

Premessa. – La Corte d'Appello di Venezia, con ordinanza in data 4 giugno 2008, nel dichiarare “l'ineseguibilità *ex art. 670 c.p.p.* del giudicato costituito dalla sentenza 12 giugno 2002 della Corte d'Appello di Venezia e ciò in esclusivo riferimento alla pena di otto mesi di reclusione quale aumento per continuazione a titolo di corruzione *ex art. 319 codice penale*” ha ordinato “la trasmissione del ricorso per cassazione del Drassich contro la sentenza 12 giugno 2002 della Corte d'Appello di Venezia alla Corte di Cassazione”.

Questo requirente osserva quanto segue.

L'antefatto. – Una breve sintesi della vicenda processuale che ha portato all'emissione della ordinanza in questione appare indispensabile. Con la sentenza n. 23024 del 4 febbraio 2004, la Corte di Cassazione, decidendo sul ricorso proposto da Drassich avverso la sentenza della Corte d'Appello di Venezia del 12 giugno 2002 (con la quale era stata in parte riformata la sentenza di primo grado, in parziale accoglimento dell'impugnazione proposta dal P.M., con estensione del giudizio di responsabilità per il reato di corruzione anche ad altri episodi per i quali in primo grado il Drassich era stato invece mandato assolto con formule diverse), rigettava, tra l'altro, il ricorso medesimo con il quale era stato richiesto di dichiarare la prescrizione del reato di corruzione. Riteneva, in particolare, la Cassazione di dovere riqualificare il reato di corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio come reato di corruzione in atti giudiziari; al riguardo rilevava che tale riqualificazione, espressione dell'istituzionale funzione di nomofilachia, non poteva consi-

derarsi in violazione del principio del divieto di *reformatio in peius*, atteso che detto principio, per costante giurisprudenza del giudice di legittimità, riguarda esclusivamente il trattamento sanzionatorio; trattamento che, nel caso di specie, non era stato toccato. Dalla diversa qualificazione giuridica operata era conseguita la non prescrizione del reato. *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.* – Con la sentenza in data 11 dicembre 2007 la Corte europea dei diritti dell'uomo (adita dal Drassich) ha ritenuto la violazione -nel corso del procedimento nazionale nei confronti del Drassich- dell'art. 6 della Cedu, paragrafo 3, lett. *a* e *b*, che prescrive un processo equo.

Rileva la Corte europea che il principio del giusto processo – come scolpito nell'art. 6 Cedu, paragrafo 3, lett. *a* e *b* – implica che l'imputato sia informato non solo del motivo dell'accusa, cioè dei fatti materiali attribuitigli, ma anche, e in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data a tali fatti, di tal che egli possa discutere in contraddittorio della (nuova) accusa là dove, come nel caso di specie, l'ordinamento consente una diversa qualificazione del reato ad opera del giudice. La questione della prevedibilità o meno da parte dell'imputato della modifica (rilevante ai fini della ravvisabilità o meno della lesione del diritto di difesa) nel caso di specie è risolta dalla Corte europea in senso negativo rilevando che il reato di corruzione in atti giudiziari è reato autonomo e non circostanza aggravante (secondo l'affermazione contenuta nella sentenza della cassazione *sub iudice* a Strasburgo, conformemente del

resto alla giurisprudenza di legittimità), che richiede un elemento intenzionale specifico in ordine al quale non è stata data alla difesa la possibilità di confrontarsi. Nel caso di specie, segnala poi la Corte europea, la diversa qualificazione giuridica dei fatti corruttivi ha avuto luogo al momento della deliberazione della Corte di Cassazione e in nessuna fase precedente tale possibilità era stata evocata, dal P.M. o dal giudice; inoltre non può sostenersi la irrilevanza della decisione che ha negato l'intervenuta prescrizione del reato di corruzione così come contestata, riposando nello stesso contenuto decisorio la dimostrazione della prova contraria.

Ricorda finalmente la Corte europea (punto n. 46) che "quando la Corte conclude che un privato è stato condannato all'esito di un procedimento inficiato da inosservanza delle esigenze dell'art. 6 della Convenzione, un nuovo processo o una riapertura del procedimento, su richiesta dell'interessato, rappresenta in linea di principio un mezzo appropriato per porre rimedio alla violazione contestata".

Da qui la procedura di incidente di esecuzione attivata dal ricorrente e la decisione della Corte d'Appello oggetto del presente ricorso. La Corte territoriale, aderendo a giurisprudenza recente della cassazione (sez. I, 18 giugno 2006, Somogyi; Id., 1° dicembre 2006, in proc. Dorigo), nel dichiarare l'ineseguitabilità del giudicato *ex art. 670* del codice di rito, limitatamente alla parte della sentenza di condanna che attiene al reato di corruzione, direttamente toccato dalla decisione della Corte europea, ha rinviato alla Cassazione il ricorso perché si provveda a dare attuazione alla pronuncia della Corte europea; il riferimento è al punto n. 46 della decisione prima citato (in sostanza "avviare un nuovo procedimento per porre rimedio alla violazione contestata").

Va preliminarmente rilevato, quanto al punto dispositivo dell'ordinanza da ultimo riportato (testualmente: "ordina la trasmissione del ricorso per cassazione di Drassich contro la sentenza 12/6/2002 della Corte d'Appello di Venezia alla Corte di Cassazione"), come sia problematico individuarne il quadro normativo di riferimento.

A prescindere dalla considerazione da taluno avanzata che dalle pronunce di ineseguitabilità del tipo di quelle prima citate consegue la anomala figura di una sentenza che rimane ferma, cioè vive ed esiste nell'ordinamento ma che non può ricevere esecuzione (situazione invero non del tutto al di fuori dal novero delle cose che possono accadere: si pensi ad esempio alla sentenza straniera riconosciuta in Italia ai sensi della Convenzione di Strasburgo del 1983, alla quale non si possa tuttavia dare esecuzione perché l'interessato, prima che il trasferimento sia stato eseguito vi abbia rinunciato) tanto che taluno ha fatto ricorso all'efficace espressione di sentenza collocata in un "limbo processuale", la disposta (ri)trasmissione alla Corte di Cassazione del ricorso a suo tempo proposto dal Drassich e rigettato dalla stessa Corte con pronuncia del 4 febbraio 2004 sembrerebbe dovere essere considerato atto abnorme, siccome emesso al di fuori delle attribuzioni alla corte territoriale assegnate quale giudice dell'esecuzione e comunque al di fuori degli schemi processuali previsti dal codice di procedura penale; la conseguenza sarebbe che esso dovrebbe essere dichiarato irricevibile. Non è senza significato che la stessa corte territoriale (punto 8.4 dell'ordinanza) affermi che "non è certo compito di questa Corte... indicare quali possano essere i rimedi processuali attualmente percorribili per dare pratica attuazione nell'ordinamento processuale nazionale alla decisione della Corte europea" ricordando peraltro come "recenti tentativi di reperire nelle norme dettate in tema di revisione lo strumento processuale per assicurare tale risultato non abbiano trovato alcun seguito dal momento che la Corte costituzionale, con sentenza 16-30 aprile 2008 n. 129, ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità dell'art. 630, 1° comma, lett. a cod. proc. pen. sollevata dalla Corte d'Appello di Bologna che decideva però quale giudice della revisione e non della esecuzione, come la Corte veneta oggi". La Corte costituzionale appunto, nella sentenza citata, dopo avere ricordato diverse proposte di origine parlamentari tese a introdurre

meccanismi di adeguamento alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha menzionato il disegno di legge n. 1797 presentato al Senato il 18 settembre 2007 e recante "disposizioni in materia di revisione del processo a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, con il quale viene introdotto un titolo IV-*bis* nel libro IX del codice di procedura penale, destinato a disciplinare un'ipotesi di revisione "speciale" delle sentenze di condanna quando la Corte europea ha accertato la violazione di taluna delle disposizioni di cui all'art. 6, paragrafo 3 della Cedu, e ha concluso, nel pervenire a una declaratoria di infondatezza della questione proposta, di non potersi "esimere dal rivolgere al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 Cedu". Appare superfluo aggiungere che si condivide, in principio, tale auspicio, a fronte della perdurante inerzia del legislatore, che si traduce in una trasgressione dell'obbligo previsto dall'art. 46 della Convenzione e quindi costituisce una condotta qualificabile come flagitante diniego di giustizia. Va, comunque, rilevato che la corte territoriale, come risulta dalla parte motiva del provvedimento in questione (punto 8.5), ha disposto la trasmissione del "vecchio" ricorso proposto dal Drassich perché sia iniziato "un nuovo procedimento per porre rimedio alla violazione contestata". Più precisamente l'ordinanza così si esprime: "quello che peraltro sembra, pur con tutte le perplessità del caso, l'unico modo per assicurare la giusta tutela delle ragioni del Drassich, e cioè l'ottenimento di un provvedimento di estinzione del reato per prescrizione che solo appare effettivamente e totalmente restitutorio e riparatorio della iniquità pronunciata in sede europea, è che la Corte di Cassazione, davanti alla quale l'iniquità si è determinata, sia messa concretamente in grado di ripararvi e di "avviare un nuovo procedimento per porre rimedio alla violazione contestata" (come si

esprime la sentenza della Corte europea in atti); l'originario ricorso proposto dal Drassich contro la sentenza 12/6/2002 della Corte d'Appello di Venezia va inviato perciò alla Corte di Cassazione che dovrà farsi carico della individuazione del mezzo processuale attraverso il quale dare pratica attuazione ai dettati della Corte Europea" (punto 8.5 cit.). Va per inciso detto che, se pure l'ordinanza in questione sembra porsi nella linea segnata dal giudice di legittimità, secondo cui l'incidente di esecuzione è un rimedio finalizzato all'esame delle questioni concernenti non già la legittimità del titolo bensì la sua eseguibilità, come si desume chiaramente dall'art. 670 del codice (cfr. C., sez. V, 9 gennaio 1998, n. 2862, Zagami, in *CP*, 1999, 1155 – solo massima –), è stato da taluno prospettata la possibilità – per assicurare una piena espansione delle garanzie individuali in aderenza alle decisioni della Corte europea – ad esempio di procedere alla revoca *ex art.* 669 del codice di procedura penale della sentenza vulnerata dalla decisione della Corte di Strasburgo dichiarando l'inesistenza di un effettivo titolo esecutivo (così la requisitoria della Procura generale nel procedimento sul ricorso Cat Berro).

Sta di fatto che con l'ordinanza in questione la Corte di Cassazione viene investita per valutare e percorrere possibili itinerari nella direzione di una *restituito in integrum* che, nel caso di specie, viene individuata nel "ri-facimento del processo". Sicché prima di dichiarare eventualmente irricevibile, con i provvedimenti consequenziali, l'ordinanza della Corte veneta, occorre verificare se nell'ordinamento siano individuabili meccanismi che consentano di ottenere quella *restituito in integrum* che la sentenza della Corte europea postula.

Al riguardo va preliminarmente rilevato che dal sistema convenzionale deriva per le Parti contraenti l'obbligo di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea. E, ancora preliminarmente, senza che sul punto occorra attardarsi ulteriormente, che si tratta di un obbligo di risultato, essendo riservata agli Stati la scelta sui mezzi per raggiungerlo, co-

me ha ribadito il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa con la Raccomandazione R (2000) 2 (in *DPP*, 2000, 391). Può discutersi se destinatario di tale obbligo sia il legislatore oppure (anche) i giudici nazionali; peraltro la Raccomandazione – pur rivolta alle “Parti contraenti” – è generica in proposito, sottolineandosi “che spetta alle competenti autorità dello Stato condannato decidere quali misure siano più appropriate per assicurare una *restituito in integrum*, tenendo conto dei mezzi disponibili nell'ordinamento interno”. Detto altrimenti: occorre verificare se l'(le pieghe dell')ordinamento consenta di reperire un meccanismo idoneo; quindi anche a livello di interpretazione giurisprudenziale. Non è senza significato che, a fronte dell'inerzia dello Stato italiano ad introdurre al proprio interno meccanismi appropriati ed adeguati (come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale nella decisione prima citata), gran parte degli Stati aderenti alla convenzione, in materia di “rifacimento del processo” per violazione dell'art. 6 Cedu, o hanno previsto apposita disciplina (ventisei Stati; l'Ucraina, però, non ha esteso la previsione al processo penale mentre sette Stati l'anno resa applicabile anche ai processi civili e amministrativi) o hanno raggiunto lo stesso risultato attraverso l'interpretazione giurisprudenziale (otto Stati).

L'ultima considerazione a farsi in via preliminare è che la *restituito in integrum* vuol dire – secondo la costante interpretazione degli organi europei, cioè Corte e Comitato dei ministri – ripristino della situazione precedente alla violazione (*status quo ante*). Si tratta di verificare se la Corte di Cassazione possa accogliere l'invito rivoltole dalla Corte d'Appello di Venezia.

La mancanza di meccanismi adeguati a rimediare alle violazioni accertate dalla Corte europea, specie in tema di giusto processo, costituisce certo circostanza che non deprime a favore dello Stato italiano. Anche ammettendo che l'obbligo di conformarsi al *decisum* europeo non sia diretto solo al legislatore ma allo Stato nel suo complesso, quindi anche ai giudici, resta il fatto che, mentre a

volte la *restituito in integrum* è possibile per tale via, altre volte ciò non è possibile perché, come ha evidenziato la Corte costituzionale con la sentenza n. 129/2008, varie sono le possibilità, sul piano politico-legislativo e su quello tecnico, per pervenire al risultato che si intende raggiungere. Ad esempio il caso in cui, in ipotesi, la Corte europea ritenga una fattispecie incriminatrice lesiva del diritto di liberamente manifestare il proprio pensiero è diverso da quello in cui la Corte accerti una violazione del giusto processo con riferimento all'equità complessiva della procedura, perché nel primo caso si tratta di espungere una conseguenza della violazione convenzionale mentre in quest'ultimo caso non resta che “rifare” il processo e tuttavia è evidente che ciò sarà possibile solo se l'ordinamento appresta meccanismi atti a renderlo possibile. E il ricorso a interpretazioni “creative” (più che espansive o in analogia, di per sé da non respingere) potrebbe configurare una commistione di funzioni e attribuzioni che trovano nella Carta costituzionale la loro ripartizione. Le osservazioni prima svolte sono del tutto appropriate con riferimento al caso in esame. Non solo sembrerebbe difficile individuare la norma che la cassazione dovrebbe o potrebbe applicare ma resterebbe problematico anche “costruire” il relativo procedimento: nel caso che interessa, infatti, la violazione – così come accertata a Strasburgo – si è realizzata nel giudizio di cassazione ed è dubbio che il principio del giusto processo richiamato dalla Corte europea possa essere applicato davanti al giudice di legittimità (occorrendo che sia contestata al ricorrente la diversa qualificazione del fatto e che lo stesso sia messo in condizioni di difendersi). Peraltro il caso di specie presenta specificità che lo collocano in una posizione per così dire intermedia, almeno dal punto di vista sostanziale, rispetto a quelli sopra esemplificativamente riferiti: qui infatti la violazione accertata ha la sua origine nella (al momento della) deliberazione della sentenza da parte della cassazione; insomma la violazione e la sua causa sono puntualmente individuate, così come circoscritta è la conseguenza della

violazione (la mancata applicazione della prescrizione del reato).

Sicché, se quanto detto inizialmente sembra indurre quindi a concludere nel senso dell'irricevibilità del ricorso, tuttavia proprio la specificità del caso impone di verificare se l'ordinamento precluda in maniera assoluta una *restituito in integrum* che, nella vicenda che interessa, deve realizzarsi davanti alla stessa Corte di Cassazione. Non è escluso, cioè, che il fatto che la violazione sia stata riscontrata come avvenuta nel corso del giudizio di cassazione consenta di confinare problema e possibile soluzione in un ambito ristretto, in qualche misura maggiormente "gestibile" a livello interpretativo.

In tale prospettiva ci si deve chiedere se il sistema consenta il ricorso a doti di coraggio e immaginazione in una vicenda che evidenzia problematiche meritevoli di essere attentamente prese in considerazione; naturalmente nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento e del suo sistema complessivo.

La sostanza della decisione della Corte europea è che c'è stata violazione perché la diversa qualificazione del fatto è intervenuta *ex abrupto* e l'interessato non ha potuto interloquire.

L'appunto non è infondato ed anzi è pienamente condivisibile né abbisogna di ulteriore elaborazione. Può peraltro ricordarsi che nella *Relazione al Progetto preliminare* del nuovo codice di procedura penale (p. 119) *sub* art. 514 (ora, appunto, art. 521) si legge, con riferimento alla considerazione che la possibilità di modificare in sentenza la qualificazione del fatto avrebbe potuto sacrificare le esigenze della difesa, che una soluzione avrebbe potuto essere quella di inserire "la previsione di un dovere del giudice di rendere nota preventivamente la decisione di modificare la qualificazione giuridica, consentendo la discussione sul punto": ciò avrebbe, "però comportato un dispendio di attività probabilmente eccessivo, e il rischio, in pratica, di indurre il giudice a conformarsi in ogni caso al *nomen iuris* contestato". Dal che è testimonianza che i redattori del codice del 1988 si sono posti il problema del rispet-

to del contraddittorio, ritenendo tuttavia di risolverlo nel modo detto. Alla luce della giurisprudenza europea enunciata nel caso Drassich, si può dire, a posteriori, che la soluzione adottata risulta obbiettivamente non in linea con il principio indicato dal legislatore delegante che all'art. 2 della legge delega (n. 81/1987) ha imposto l'adeguamento alle norme delle convenzioni internazionali relative ai diritti della persona e al processo penale e l'attuazione del giusto processo.

Ci sono strumenti per rimediare a questa ingiustizia?

Sicuramente non pare applicabile il rimedio della revisione, peraltro non attivato nel caso di specie, e comunque non prospettabile neppure in caso di rigetto o di declaratoria di abnormità con riferimento al presente procedimento, e ciò con riferimento alla sentenza della Corte costituzionale citata.

Neppure sembra possibile fare riferimento al disposto dell'art. 619 del codice di procedura penale.

Resta da valutare la percorribilità del 625 *bis*. Credo non possa essere messo in dubbio che con questa norma è stata introdotto un caso di "rimessa in discussione" della decisione della cassazione, con possibile revoca di parte del relativo dispositivo. E' vero che si fa riferimento all'errore di fatto, cioè di un errore "di percezione"; ma è anche vero che nella sentenza C. Cost. n. 395/2000 – che appunto ha suggerito la modifica introdotta con la novella del 2001 – il quadro di riferimento era dato dalla compromissione del diritto del cittadino, costituzionalmente garantito, a fruire del controllo di legittimità. Quello, però, che qui viene contestata (dalla Corte europea) è una giurisprudenza che ammette la possibilità di diversamente riqualificare il fatto anche nel giudizio di legittimità e che è stata ritenuta in violazione del giusto processo nella misura in cui non viene data all'interessato la possibilità di interloquire (il che accade, appunto, nel giudizio in cassazione). Si ritiene pertanto che il caso di specie possa essere ricondotto all'ipotesi disciplinata dall'art. 625 *bis*. Si tratterebbe di un'interpretazione espansa, e tuttavia diretta

alla rimozione di incompatibilità o contrasto tra giudicati emessi da una corte suprema nazionale e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo la quale ultima, per quanto concerne l'interpretazione della convenzione (nel caso di specie: il principio del giusto processo) è stata individuata come quella originariamente e autoritativamente assegnataria del relativo compito interpretativo (v. sentenze C. Cost. nn. 348 e 349). Tant'è che in caso di contrasto, pur non essendo il giudice nazionale abilitato a disapplicare la legge in contrasto con la Cedu, deve tuttavia sollevare questione di legittimità costituzionale; il giudice delle leggi ha poi precisato che il quadro di riferimento sarà la convenzione europea "così come interpretata dalla Corte europea".

Sembra perciò a questo requirente di dovere chiedere alla Corte di Cassazione di disporre, ai sensi dell'art. 625 *bis* del codice di procedura penale, così intendendo il disposto dell'ordinanza della Corte d'Appello di Venezia che ha dato ingresso al presente procedimento, essendo applicabili limiti e termini indicati nel 2° co. dell'articolo in questione solo quando siano le parti a chiedere la correzione, correggersi il dispositivo della sentenza emessa dalla Corte di Cassazione in data 4 febbraio 2004 sul ricorso proposto dal Drasich con conseguente declaratoria di prescrizione del reato di corruzione in atti contrari ai doveri di ufficio.

Ad analoga conclusione si dovrebbe pervenire ove si ritenesse versarsi in questione attinente all'esecuzione (quindi all'interno dell'incidente di esecuzione proposto davanti alla Corte d'Appello di Venezia): la corte territoriale ben avrebbe potuto decidere sul punto, senza trasmettere il "vecchio" ricorso alla Corte di Cassazione per "un nuovo giudizio", alla luce del *decisum* della Corte europea. Il non averlo fatto non impone alla Corte di Cassazione di rinviare il procedimento alla corte territoriale, essendo possibile provvedere direttamente, secondo i principi generali, alla declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione.

In subordine, ove la Corte di Cassazione non

intenda accogliere le richieste appena fatte, si chiede che voglia sollevare questione di legittimità costituzionale che viene qui di seguito esposta.

Si osserva preliminarmente che, con le sentenze nn. 348 e 349/del 2007, la Corte costituzionale ha fatto propria una posizione (che, tra quelle che ricostruiscono il sistema delle fonti, può essere definita intermedia) che individua nella Cedu norme interposte (attraverso il richiamo dell'art. 117) ai fini del giudizio di costituzionalità. Da ciò deriva che: *a*) il giudice non può disapplicare la norma interna pretesamente in contrasto con quella convenzionale; *b*) il giudice deve sollevare la questione di legittimità costituzionale; *c*) la norma di riferimento non è né l'art. 10 né l'art. 11 Cost, bensì l'art.117, come risulta dalla modifica del 2001; la Cedu, però, entra *sostanzialmente* a fare parte del parametro di costituzionalità delle norme interne ("come interpretata dalla Corte europea", dice la Corte costituzionale con espressione assai impegnativa, posto che in altri ordinamenti, come quello del Regno Unito che con l'*Human Rights Act* del 2003 ha recepito la Cedu al proprio interno, tale obbligo di adesione è reso da quella, più generica – e ragionevole –, "tenuto conto").

La disposizione da impugnare è quella dell'art. 521 del codice di procedura penale nella misura in cui è ritenuto applicabile, secondo la giurisprudenza della cassazione, anche al giudizio di legittimità (quindi con possibilità di procedere a una diversa qualificazione giuridica del fatto nel giudizio davanti alla corte di cassazione).

Può dubitarsi della legittimità costituzionale di tale disposizione, così come interpretata, atteso che, a differenza di quanto avviene nel giudizio di merito, all'esito del quale all'imputato è riservato il diritto di proporre impugnazione, il giudizio di cassazione costituisce l'ultima istanza mentre la diversa qualificazione del fatto può intervenire -come è stato nel caso di specie- "a sorpresa", senza che l'interessato abbia potuto interloquire e senza che alla relativa decisione possa interporre impugnazione. Ebbene, la Corte euro-

pea dei diritti dell'uomo, con la sentenza Drassich (ma non solo: v. anche I.H. c. Austria, 20 aprile 2006, in *Cass. pen.*, 2006, 3832), ha affermato appunto che tale sistema non è conforme al principio del giusto processo, così come interpretato dalla stessa Corte europea. Da qui un contrasto delle norme interne prima citate con la Cedu, art. 6 (quale norma interposta) e, direttamente, con l'art. 117 Cost. Quanto alle norme costituzionali risultano vulnerate anche quelle di cui agli artt. 3 (discriminandosi tra imputati, a seconda che la diversa qualificazione sia operata in una fase che contempli fasi o gradi successivi nei quali il diritto di difesa possa essere efficacemente esercitato), 24 (diritto di difesa) e 111 (giusto processo) della Carta fondamentale.

Evidente appare la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

Sembra anche sussistere la rilevanza della questione stessa: se la Corte europea ha ritenuto che "un nuovo procedimento o la riapertura del procedimento su richiesta dell'in-

teressato rappresenta in linea di massima un modo adeguato di porre rimedio alla violazione contestata"; se dal sistema convenzionale nasce l'obbligo per lo Stato di uniformarsi alle decisioni della Corte europea; se dall'omesso adeguamento deriva una nuova violazione della convenzione; se, come nel caso di specie, la violazione è stata accertata per il fatto che si è proceduto a una diversa qualificazione giuridica del fatto senza avere dato all'imputato un'adeguata occasione per confrontarsi con tale modificazione dell'originaria contestazione e tale negativa conseguenza deriva dalla ritenuta possibilità – conformemente alla giurisprudenza di legittimità – di operare tale diversa qualificazione per effetto della ritenuta applicabilità dell'art. 521 c.p.p. anche nel giudizio di legittimità, sembra di potere concludere nel senso della rilevanza della questione relativa all'interpretazione che poggia sulla disposizione citata e che ammette la possibilità di una diversa qualificazione giuridica del fatto anche in una fase o in un momento nei quali nessun contraddittorio è possibile.

La sanatoria dell'inutilizzabilità nel giudizio di rinvio

Secondo la Cassazione «*nel giudizio di rinvio le parti non possono dedurre per la prima volta, e il giudice non può rilevare, cause di inutilizzabilità non ritualmente proposte nel primo ricorso per cassazione*» (C., sez. II, 3.12.2008, Pettinato).

L'autore critica le limitazioni al diritto all'effettività dell'impugnazione che, aderendo al principio espresso dalla decisione, verrebbero a crearsi.

Osservazioni

di Filippo Giunchedi

1. La consapevolezza che le regole processuali costituiscano «regola superiore [e] limite al potere della magistratura» (NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in RIDPP, 1995, 650) costituisce il punto da cui muovere per

commentare una recente decisione della Corte di Cassazione tendente a porre un limite cronologico alla possibilità per le parti di eccepire e per il giudice di rilevare la prova inutilizzabile. Consci che giudicare una perso-

na, oltre che attività estremamente complessa, sconta i limiti del sistema in cui si opera, l'unica via di fuga possibile è quella di rispettare scrupolosamente le regole processuali: «la caccia val più della preda» (CORDERO, *Diatribes sul processo accusatorio*, in *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, 220). 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. Venendo al punto controverso, l'interpretazione delle norme deve sempre condursi in funzione dell'unità formale e sostanziale del sistema che, a sua volta, deve riaffermarsi in ogni norma: la norma è efficace in quanto coerente con il contesto processuale in cui si colloca, riflettendone gli ideali e le finalità. E se nel nostro processo all'archetipo della prova legale sono state affiancate le parole «verità» e «libertà», significa che la volontà del legislatore delegante era (e resta) quella di creare un modello probatorio resistente alle pulsioni della collettività e recalcitrante rispetto ad un legislatore onnivoro di quelle norme che ne costituiscono il fondamento e la garanzia. E ciò, a maggior ragione, deve valere per quella giurisprudenza creativa che tende ad annichilire i principi fondamentali del giusto processo, in quanto il «giusto risultato» può essere garantito solo dal «giusto metodo».

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. 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»).

Appesantire il modello con deroghe, come quella creata dalla Cassazione (oltre alla decisione in esame cfr. C., sez. V, 3 ottobre 2006, Caruso ed altri, in *Mass. Uff.*, 235015; C., sez. VI, 3 maggio 2006, Di Mauro, *ivi*, 234649; C., sez. I, 18 aprile 2006, Marine ed altri, *ivi*, 235274), va controcorrente rispetto alle altre scienze che, invece, tendono alla semplificazione delle forme.

2. 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 e il libero convincimento del giudice deve essere depurato da tutto quanto non rispondente ai canoni di legalità richiesti dalla legge. La topografica codicistica molto opportunamente prevede una «trilogia normativa» che evidenzia il processo logico che deve compiere il giudice durante il procedimento probatorio: «Diritto alla prova» (art. 190), «Prove illegittimamente acquisite» (art. 191) e «Valutazione della prova» (art. 192), nel senso che il giudice può ammettere solo le prove che hanno richiesto le parti e che sono rispondenti ai requisiti di legalità, rilevanza e non superfluità con divieto di utilizzo di tutte quelle in antitesi con questi paradigmi; effettuata questa operazione il giudice può procedere alla valutazione delle prove. Gli ultimi due passaggi valgono anche nei giudizi di controllo ad una pregressa decisione, posto che il procedimento probatorio termina con il momento valutativo ed anche perché il legislatore ha previsto la possibilità che fino a che la reg Giudicanda non sia divenuta *res iudicata* tutto quanto illegittimamente acquisito debba essere espunto dal fascicolo (è il principio che venne coniato da C., S.U., 25.2.1998, Gerina, in *CP*, 1998, 1951; C., S.U., 13.7.1998, Citaristi, *ivi*, 1999, 112). Nulla di nuovo d'altronde, essendo conforme al perimetro normativo dell'art. 191 c.p.p. in quanto «soltanto la decisione definitiva compie ed esaurisce, col giudizio, la valutazione della prova, [per cui] altrettanto evidente è, da sembrare quasi superfluo il doverlo ricordare in questa sede, che la Corte di Cassazione non partecipa come protagonista, né al procedimento formativo, né a quello acquisitivo del-

la prova, né è preposta alla valutazione intrinseca del risultato probatorio, ma ciò non significa che il suo doveroso sindacato di legittimità si debba tradurre in una negazione dello stesso allorquando abbia ad oggetto la formazione, l'acquisizione e la valutazione della prova [in quanto] la Corte di Cassazione è abilitata proprio nell'ambito e nei limiti del sindacato di legittimità, a verificare le modalità con le quali una prova si è formata, si è acquisita, si è utilizzata e come si è espressa la valutazione da parte del giudice di merito, secondo i parametri fissati dall'art. 606, lett. e), c.p.p.» (C., S.U., 13.7.1998, Citaristi, cit.).

3. Le basi argomentative da cui muovono i giudici di legittimità sono legate ai principi del giudicato progressivo e dalla conseguente preclusione a dedurre questioni non attinte dalla decisione di annullamento.

Nel giudizio di rinvio l'art. 627, 4° co., c.p.p. prevede espressamente un limite alla proposizione delle questioni relative alla nullità, anche assolute, e all'inammissibilità, lasciando perciò aperta la possibilità di farlo in relazione alle cause di inutilizzabilità, il che appare coerente con la differenziazione operata dal legislatore e tesa a garantire la legalità della prova come in maniera ortodossa hanno specificato le Sezioni unite partendo dal presupposto che «il divieto di utilizzazione della prova in termini di operatività assoluta [...] non è affatto sanabile [...] e può essere rilevato dal giudice di legittimità oltre il *devolutum* a norma dell'art. 609, 2° comma, c.p.p. e addirittura nel giudizio di rinvio dopo l'annullamento *ex* art. 627, 4° comma, c.p.p. a differenza della nullità anche assoluta e dell'inammissibilità, beninteso salvo che sul punto non si sia formato il giudicato parziale secondo il disposto dell'art. 624, 1° comma, c.p.p.» (C., S.U., 21.6.2000, Tammaro, in *CP*, 2000, 3259).

Il limite, quindi, è costituito dal giudicato parziale o progressivo e riguarda quelle parti della sentenza che, se non impugnate, acquistano il carattere dell'irrevocabilità. L'aspetto controverso è legato al significato da attribuire all'inciso «parti della sentenza» in quanto mutano le prospettive a seconda che si faccia riferimento ai capi o ai soli punti della sentenza. Ed è ovvio

che le questioni processuali relative alla prova afferiscono ai punti della sentenza e non ai capi per i quali è ammissibile la possibilità di formazione di un giudicato parziale. Ogni altra e diversa soluzione precluderebbe la possibilità di espungere delle prove non conformi al dettato legislativo e allo spirito del sistema accusatorio. È vero che le Sezioni unite sulle questioni specifiche tendono ad obliterare la soluzione più restrittiva (C., S.U., 19.1.2000, Tuzolino, in *CP*, 2000, 2697; C., S.U., 26 marzo 1997, Attinà, *ivi*, 1997, 2684; C., S.U., 19.1.1994, Celerini, *ivi*, 1994, 2027; C., S.U., 11.5.1993, Ligresti, *ivi*, 1993, 2499; C., S.U., 23.11.1990, Agnese, *ivi*, 1991, I, 728) a è altrettanto vero che le cadenze argomentative che sostengono tali decisioni paiono concludere nel senso di una preclusione verso forme di sanatorie dell'inutilizzabilità (perentorio in tal senso DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 117) in quanto se «con il termine "parti della sentenza" l'art. 545 c.p.p. 1930 – norma integralmente riprodotta nell'art. 624 c.p.p. 1988 – ha inteso, dunque, fare riferimento a qualsiasi statuizione avente un'autonomia giuridico-concettuale e, quindi, non solo alle decisioni che concludono il giudizio in relazione ad un determinato capo di imputazione, ma anche a quelle che nell'ambito di una stessa contestazione individuano aspetti non più suscettibili di riesame», le conseguenze in termini di paralisi del controllo non possono essere estese ad un aspetto che la fisionomia del processo pretende non essere soggetto ad alcuna forma di sanatoria. Con ciò si intende affermare che capi o punti della decisione viziati da una prova assunta *contra legem* non possono recedere per esigenze di sistema o per necessità di pace sociale.

Sul piano sistematico è innegabile un collegamento causale tra l'annullamento della sentenza da parte della Cassazione e il conseguente giudizio di rinvio, ma la premessa non implica l'azzeramento dell'autonomia del giudizio di rinvio rispetto al giudizio di legittimità, tanto che questo gode di una propria autonomia e la «prova del nove» è costituita dalla dimensione probatoria che lo disciplina con i vasti poteri

istruttori che sono stati riconosciuti dal legislatore al giudice del rinvio (DINACCI, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, 9; e, più specificamente, ID., *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di rinvio*, in CP, 2007, 3508) che, a mente dell'art. 627, 2° comma, «decide con gli stessi poteri che aveva il giudice la cui sentenza è stata annullata, salve le limitazioni stabilite dalla legge». La disciplina del giudizio di rinvio non prevede preclusioni per rilevare l'inutilizzabilità. Una lettura ortodossa del combinato disposto del 2° e 4° comma dell'art. 627, semmai, è legata al porre una preclusione solo in riferimento ai capi della decisione che non siano stati oggetto di annullamento e che costituiscono il c.d. giudicato parziale passibile di essere posto in esecuzione o, più correttamente, l'«esaurimento del potere decisorio» (così, esattamente, DINACCI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di rinvio*, 3512). Quindi è solo il capo della sentenza non oggetto di rinvio che costituisce il limite alla cognizione del giudice del rinvio, ma non anche le questioni devolute, soprattutto quando queste sono, come nel caso dell'inutilizzabilità, insuscettibili di sanatoria. E non osta a ciò il fatto che il principio di diritto costituisca l'aspetto «devolutivo» in quanto la questione non può trattarsi in maniera disarticolata con le «altre emergenze processuali» (sempre, condivisibilmente, DINACCI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di rinvio*, 3526), anche perché la premessa della questione di diritto è costituita da un fatto storico sul quale inevitabilmente intervengono le prove quale elemento dimostrativo dell'asserzione con conseguente possibilità per i capi ancora oggetto della regiudicanda di essere travolti dalla sanzione prevista per le prove non conformi al modello processuale. Altro aspetto da considerare è il limite all'impugnabilità delle decisioni emesse nel giudizio rescissorio disciplinate dall'art. 628 c.p.p. che pone limiti solo ai motivi precedentemente esaminati dalla Cassazione, lasciando aperto il campo alle altre, sempre che non si sia incorsi in decadenze. Peraltro, nella risoluzione della questione in esame non si può prescindere dalla circostanza che il giudizio

di rinvio e la conseguente impugnazione di legittimità riguarda un giudizio *de libertate*; dal che la quasi scontata considerazione della devoluzione totale al Tribunale del riesame dell'intera vicenda, resa possibile tanto dalle peculiarità del «contesto d'indagine» ad esso spettante, quanto dalla preclusione ai soli motivi sui quali si è pronunciata nella fase rescindente la Suprema Corte (MONACO, *Disorientamenti interpretativi e questioni applicative*, in *Le impugnazioni penali*, Trattato diretto da Gaito, Torino, 1998, 786 ss.).

4. In conclusione si ritiene che le argomentazioni giuridiche poste a fondamento della decisione annotata non possono essere condivise per l'interpretazione coerente del sistema in cui operano, ove al diritto delle impugnazioni non può mai essere disgiunto quello delle prove, in quanto se è pur vero che il legislatore deve porre un limite indiscriminato alle impugnazioni onde evitare che ogni lite diventi un focolaio cronico, allo stesso tempo non può recedere di fronte alle esigenze di giustizia sostanziale che richiedono che la regiudicanda sia sterilizzata da tutto quanto non afferito in modo ortodosso ai protocolli di causa. E se il legislatore ha ritenuto che fino a quando il processo è in corso sia possibile effettuare questa operazione di depurazione dei *materialia iudicii*, non sussistono ragioni per limitare il controllo di legalità della prova al giudizio di rinvio. Ogni altra interpretazione tesa a reprimere il legalizzato procedimento probatorio si porrebbe in evidente antitesi con la celebrazione di un processo giusto, ove alle garanzie tradizionali (diritto ad un giudice terzo ed imparziale, diritto alla prova e alla controprova, ecc.) non possono non affiancarsi quei diritti conseguenti che, in via sussidiaria e a recupero della legalità violata, consentono una corretta rivisitazione della regiudicanda senza limiti alle *chances* di azionare efficaci meccanismi di controllo (GAITO, *Gli scrupoli del legislatore per l'effettività dei controlli sulla correttezza del metodo probatorio*, in GAITO, *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, Torino, 2006, 265 ss.) che se «strozzati» in nome di ben altri (secondari) principi, rischiano di risolversi in una mera lustra esterna.

D'altronde, il filone culturale al quale si associa la sentenza in esame tende ad offrire un criterio interpretativo contrastante con quelli che sono i paradigmi imposti a livello di teoria generale del processo che inibiscono ogni forma di integrazione in mancanza di una lacuna normativa. L'interpretazione «creativa» opera solo quando si renda necessario applicare ad un istituto un principio giuridico o una norma sovraordinata tendente a colmare una volontà normativa presente nel sistema, ma non invece quando sia finalizzata a «ridimensionare» un principio generale a fondamento dell'accertamento processuale. Nel caso specifico, nel processo penale si verifica proprio l'esatto contrario: l'inutilizzabilità può essere eccepita o rilevata in ogni stato e grado del procedimento e i toni del giudizio di rinvio non prevedono limitazioni di sorta, essendosi premurato il legislatore di specificare le eccezioni costituite da nullità e inammissibilità, senza possibilità di incidere *in malam partem* in ipotesi non previste (GAITO-GIUNCHEDI, *La decadenza per via giu-*

risprudenziale dal diritto costituzionale al giudice naturale, in GiC, 2002, 3376).

La questione, peraltro, investe la tematica dei diritti costituzionali soggettivi, tra cui quello di difesa che trova un'articolazione nel diritto al giusto processo che impone, sul fronte della prova, il diritto alla prova legale – il cui referente normativo più vivido è costituito dall'art. 526 c.p.p. – incompatibile con la possibilità di sanatorie e decadenze (C., S.U., 27 marzo 1996, Sala, in CP, 1996, 3268).

Allo stesso modo, seguendo il ragionamento della Cassazione, è d'uopo interrogarsi sull'utilità di una preclusione-sanatoria all'interno delle parti annullate della sentenza che andrebbe a ripercuotersi sul giudizio rescissorio erodendo il diritto all'effettività dell'impugnazione, risultando controcorrente rispetto alla tendenza ad ampliare i rimedi revocatori come dimostrano i vari disegni di legge finalizzati ad estendere i casi di revisione nell'ipotesi di violazione delle regole del giusto processo.

La “nuova” competenza per i reati in materia di smaltimento dei rifiuti

L'istituzione con d.l. 23.5.2008, n. 90, conv. con modif., in l. 24.7.2008, n. 123, di un tribunale collegiale competente sulle richieste di misure cautelari, personali e reali, nei procedimenti riferiti alla gestione dei rifiuti ed ai reati in materia ambientale in Campania e dei reati connessi ex art. 12 c.p.p. (per un commento “a prima lettura” cfr. CENCI, *Il*

decreto-legge sui rifiuti in Campania: indagini e procedure cautelari verso nuovi equilibri, in questa Rivista, 2008, n. 2, 9) è sfociata nel conflitto di competenza sollevato dal G.I.P. di Napoli e risolto dalla Cassazione a favore del G.i.p. distrettuale (C., sez. I, 14.10.2008, conf. comp. in proc. Borea ed altro).

Le motivazioni della Cassazione sul conflitto di competenza

1. – Con ordinanza, deliberata il 4 giugno 2008 e depositata il 5 giugno 2008, il giudice per le indagini preliminari del tribunale di

Sant'Angelo dei Lombardi, nel disporre il sequestro preventivo del deposito “di stoccaggio di rifiuti speciali e pericolosi”, sita in

località Nerico del Comune di Calitri, a carico di Borea Giovanni e di Yurkiv Halya, indagati pel concorso nel reato previsto e punito dagli artt. 110 c.p. e 256, 2° comma, del d.lg. 3 aprile 2006, n. 152, ha, contestualmente declinato la propria competenza ai sensi dell'art. 27 c.p.p., in favore del Tribunale di Napoli, in composizione collegiale e in funzione di giudice regionale per le indagini preliminari, motivando che il reato rientrava nel novero di quelli attribuiti alla competenza del giudice distrettuale a' termini dell'art. 3 del d.l. 23 maggio 2008, n. 90.

2. – Resiste alla declinatoria il Tribunale di Napoli, in composizione collegiale e in funzione di giudice distrettuale per le indagini preliminari, con ordinanza del 23 giugno 2008, colla quale propone conflitto negativo di competenza, sostenendo che “nonostante l'ampia formula usata dal legislatore di urgenza” (oltre alle particolari fattispecie di reato introdotte dal decreto legge cit. ai sensi dell'art. 2, 5°, 9° e 10° comma) la istituita competenza funzionale del giudice regionale per le indagini concerne in via generale elusivamente le ipotesi di reato “nelle quali si configurino, quali elementi costitutivi o circostanziali, condotte amministrative da considerarsi come essenziali o connesse, in termini di stretta funzionalità, alla attività di gestione dei rifiuti nella Regione Campania ovvero in grado di interferire sulla medesima gestione”, nonché i reati ambientali intrinsecamente idonei ad assumere rilievo ai fini degli interventi e delle iniziative necessarie per affrontare l'emergenza rifiuti della Campania, “ove riferibili al ciclo dei rifiuti [già] gestito delle Autorità Commissariali e, ora, dal Sottosegretario”, e i reati connessi a norma dell'art. 12 c.p.p., laddove il reato ipotizzato a carico degli indagati “esula radicalmente dalla tipologia delle condotte criminose” in questione, trattandosi di un deposito abusivo di pneumatici, di batterie esauste di veicoli e di mezzi industriali.

3. – Il conflitto negativo, ammissibile in rito, alla stregua delle contrapposte declinatorie della competenza – in ordine all'incidente cautelare – del collegio e del giudice delle

indagini preliminari deve essere risolto nel senso della affermazione della competenza del Collegio.

L'art. 3, 2° comma, del d.l. 23 maggio 2008, n. 90, convertito nella l. 14 luglio 2008, n. 123 – in relazione a quanto assume rilievo nella sede del presente scrutinio di legittimità – concentra, richiamando il comma precedente, in relazione ai reati previsti dalla norma, le competenze dei giudici per le indagini preliminari e della udienza preliminare di tutti i tribunali di distretto di Napoli e di Salerno (comprese le competenze distrettuali previste dall'art. 328, comma 1 *bis*, c.p.p.) in seno al Tribunale di Napoli; istituisce presso il Tribunale del capoluogo di Regione un nuovo organo giudiziario: il collegio dei giudici per le indagini preliminari; e gli attribuisce la competenza funzionale a deliberare sulle richieste di misure cautelari personali e reali nei procedimenti relativi ai reati contemplati nel 1° comma.

Quanto al profitto oggettivo, la nuova competenza regionale è determinata dal concorso:

a) del criterio territoriale, in funzione del luogo di commissione, delimitato dal territorio della Regione Campania;

b) del criterio cronologico, in funzione della commissione dei reati nell'arco di tempo compreso nel periodo di durata dello stato di emergenza, stabilito ai sensi della legge 24 febbraio 1992, n. 225, colla espressa previsione della ultrattività della competenza. per detti reati, pur dopo il “*termine dello stato emergenziale*” (art. 3, 9° comma, del decreto legge cit.);

c) del criterio funzionale – alternativamente concorrente col precedente – della pendenza del relativo procedimento alla data del 23 maggio 2008, per i reati commessi prima della deliberazione dello stato di emergenza, salvo che già il Pubblico Ministero abbia esercitato l'azione penale;

d) del criterio assiologico del bene giuridico protetto, annoverando la disposizione “*i reati consumati o tentati, relativi alla gestione dei rifiuti*”, i “reati in *materia ambientale*”, nonché (con le limitazioni *infra* indicate) i reati connessi a norma dell'art. 12 c.p.p.

A fronte della formulazione – invero più ampia – del testo del primo comma dell'art. 3 del decreto legge (*sciliet*: "reati riferiti alla gestione dei rifiuti ed ... in materia ambientale nella regione Campania nonché a quelli ad essi connessi a norma dell'art. 12 del codice di procedura penale), il legislatore in sede di conversione ha meglio precisato e ritagliato l'ambito oggettivo della competenza regionale accentrata, mediante inserzione dell'inciso: "attinenti alle attribuzioni del Sottosegretario di Stato, di cui all'art. 2" del decreto.

Secondo i primi commenti, censiti in dottrina, il legislatore avrebbe introdotto, con la precisata disposizione, la nuova categoria della c.d. "connessione qualitativa".

Comunque, per quanto, più specificamente assume rilievo in relazione alla materia del conflitto in esame e, certamente, errata la tesi del Collegio napoletano, secondo il quale, l'inciso in parola comporterebbe l'effetto di circoscrivere drasticamente la competenza accentrata ultradistrettuale ai soli reati previsti dal decreto legge cit. ai sensi del 5°, 9° e 10° comma dell'art. 2, nonché nell'ambito dei "reati in materia ambientale" e dei "reati riferiti alla gestione dei rifiuti" alle sole condotte che specificamente ineriscano all'esercizio delle attribuzioni del Sottosegretario di Stato.

Nessun apprezzabile fondamento giuridico ha, innanzi tutto, la prospettazione della (supposta) *ratio legis*, individuata dal Collegio dei giudici per le indagini preliminari nella finalità di "fornire al Sottosegretario di Stato un unico interlocutore sotto il profilo giudiziario".

La "interlocuzione" *de qua* appare, infatti, espressione affatto nebulosa e inconsistente; non ne è dato comprendere il contenuto, la funzione e, soprattutto, la compatibilità con l'assetto della articolazione costituzionale tra i poteri dello Stato, alla stregua del fondamentale principio della loro separazione.

L'accentramento delle competenze dell'autorità giudiziaria, siccome stabilito dalla legge, risponde, piuttosto, alla più plausibile finalità (ritenuta e perseguita dal legislatore) di potenziare in tal modo – anche mediante

gli interventi organizzativi, sinergici contemplati dal 7° comma dell'art. 3 cit. – l'efficacia della azione della Giustizia nel contesto dello "stato emergenziale" della Regione. Si tratta, appunto, di straordinarie misure di notevole portata di "redistribuzione dei magistrati in servizio" (anche attingendo alle dotazioni organiche della Magistratura militare) e "di riallocazione del personale amministrativo", espressamente previste proprio "al fine di potenziare gli uffici giudiziari di Napoli in funzione delle aumentate esigenze derivanti dalla applicazione della norma" sull'accentramento della competenza regionale. Tanto contraddice la tesi – estremamente riduttiva dell'ambito della sua competenza – sostenuta dal Collegio dei giudici per le indagini preliminari.

Invero, in relazione alla determinazione della ridetta competenza, fa nozione – rilevante pel regolamento del conflitto in esame – dei "reati riferiti alla gestione dei rifiuti", deve essere intesa, a fronte della generate previsione, contenuta nel 1° comma dell'art. 2 del decreto legge cit., nel senso della inclusione nella categoria in parola di tutte le fattispecie, contravvenzionali e delittuose contemplate dal d.lg. 3 aprile 2006, n. 152 (nel capo I del titolo VI) alla Parte IV, intitolata, appunto: "Norme in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati".

Con riferimento a tale ambito, infatti, il legislatore ha esercitato, ai sensi della ridetta norma, l'intervento straordinario, nel cui contesto si collocano, per l'appunto, le disposizioni derogatrici – temporaneamente e per i soli distretti campani – delle norme ordinarie sulla competenza dei giudici e sulle attribuzioni degli uffici del Pubblico Ministero.

Orbene, alla stregua delle considerazioni che precedono circa la esatta ermeneutica della norma in esame, è decisivo il rilievo che le condotte ascritte agli indagati, in relazione all'esercizio del deposito di stoccaggio di rifiuti speciali e pericolosi nel territorio del comune di Calitri, risultano pertinenti alla materia in questione, trattandosi del reato

previsto dall'art. 256, 2° comma, del Capo I, Titolo VI risulta pacifico il concorso degli altri criteri: territoriale e temporale – trova applicazione la disposizione derogatrice della competenza ordinaria.

Conseguono l'affermazione della competenza del Collegio dei giudici per le indagini preliminari, istituito presso il Tribunale di

Napoli e la trasmissione degli atti al suddetto Ufficio.

P.Q.M.

Dichiara la competenza dell'Autorità giurisdizionale di cui all'art. 3, 2° comma, del d.l. 23 maggio 2008, n. 90, convertito nella l. 14 luglio 2008, n. 123, cui dispone trasmettersi gli atti.

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

Confisca

Cass., sez. III, 24.10.2008 (dep. 17.11.2008), n. 42741, Pres. Lupo, Rel. Lombardi, ric. Silvicoli e altri

L'interpretazione costituzionalmente compatibile dell'art. 44, 2° comma, del d.p.r. n. 380 del 2001 esclude dall'ambito di operatività della norma la possibilità di confiscare beni appartenenti a soggetti estranei alla commissione del reato di lottizzazione abusiva, dei quali sia accertata la buona fede. Non rileva in proposito la natura amministrativa della confisca, in quanto per le sanzioni amministrative gli artt. 2 e 3 della l. n. 689/1981 escludono criteri di responsabilità oggettiva, richiedendo quale requisito essenziale di legalità per la loro applicazione, l'esistenza di una condotta che risponda ai necessari requisiti soggettivi della coscienza e volontà dell'agente e sia caratterizzata, quanto meno, dall'elemento psicologico della colpa.

Cass., sez. I, 4.12.2008, dep. 27.1.2009, n. 3712, Pres. Silvestri, Rel. Corradini, ric. Maj e altro

Nonostante la preminenza dell'interesse pubblico alla confisca di un bene non possa giustificare, in linea di massima, il sacrificio inflitto al terzo in buona fede, titolare di un diritto reale sullo steso, in quanto la sua posizione è protetta dal principio della tutela dell'affidamento incolpevole, l'art. 61 della l. n. 1089/1936 dichiara nulli di pieno diritto tutte le convenzioni, le alienazioni e gli atti giuridici in genere aventi ad oggetto beni vincolati di interesse storico e artistico. È legittima, dunque, la confisca di tali beni disposta con il provvedimento di archiviazione, in quanto irrilevante la buona fede dell'acquirente finale e l'esistenza di un primo acquisto del bene a titolo originario nelle forme dell'asta pubblica.

Cass., sez. I, 9.1.2009, dep. 21.1.2009, n. 2489, Pres. Silvestri, Rel. Canzio, ric. De Filippo

A norma dell'art. 445, 2° comma, la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle

parti "salve diverse disposizioni di legge, è equiparata a una sentenza di condanna", per cui, in assenza di un'esplicita espressione contraria, il riferimento alla posizione soggettiva del "condannato" per un delitto di contrabbando aggravato di cui al secondo alinea del 2° comma dell'art. 12 *sexies* del d.l. n. 306/1992, ricomprende, nella sua sintetica formulazione letterale, sia la persona a cui carico sia stata pronunciata sentenza, sia quella nei cui confronti sia stata applicata la pena richiesta.

Sequestro penale

Cass., sez. I, 4.12.2008, dep. 27.1.2009, n. 3718, Pres. Silvestri, Rel. Corradini, ric. Minin

Ai sensi dell'art. 12 del d.lg. n. 109/2007, recante "Misure per prevenire, contrastare e reprimere il finanziamento del terrorismo e l'attività dei paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale, in attuazione della direttiva 2005/60/CE", spetta al Comitato di Sicurezza finanziaria presso il Ministero delle Finanze di provvedere al congelamento delle risorse economiche pericolose e alla successiva custodia e gestione di esse. Nel caso in cui i beni congelati siano pure sottoposti a sequestro o confisca penali, alla custodia e alla gestione provvede l'autorità giudiziaria competente, mentre nel caso in cui il sequestro o la confisca siano revocati, la custodia e la gestione dei beni già sottoposto al congelamento rientra nella competenza dell'Agenzia del Demanio.

Prova

Cass., S.U., 25.9.2008, dep. 15.1.2009, n. 1149, Pres. Carbone, Rel. Marasca, ric. Magistris

La sanzione di inutilizzabilità della prova, prevista per le dichiarazioni rese dal collaboratore di giustizia dopo il termine di centotanta giorni dalla manifestazione di volontà di collaborare, opera esclusivamente nel dibattimento.

Sentenza

Cass., S.U., 27.11.2008, dep. 23.1.2009, n. 3287, Pres. Carbone, Rel. Fiale, ric. Rotunno
Il potere sostitutivo attribuito al presidente del Tribunale dagli artt. 426, 2° comma, e 599, 4° comma, c.p.p., non attiene soltanto alla sottoscrizione ma deve ritenersi esteso anche alla redazione integrale della sentenza decisa da un giudice monocratico.

Ingiusta detenzione

Cass., S.U., 30.10.2008, dep. 29.1.2009, n. 4189, Pres. Gemelli, Rel. Visconti

La riparazione per ingiusta detenzione spetta in caso di durata della custodia cautelare superiore alla misura della pena inflitta con la sentenza di primo grado, cui poi abbia fatto seguito una sentenza di appello dichiarativa dell'estinzione del reato per prescrizione.

Errore di fatto

Cass., sez. V, 12.11.2008, dep. 11.12.2008, n. 45807, Pres. Lattanzi, Rel. Carcano, ric. D.M. L'art. 6, § 3, lett. a) e b) C.e.d.u., impone che l'imputato, una volta informato dell'accusa e, cioè dei fatti e della qualificazione giuridica a

essi attribuita, deve essere messo in grado di discutere in contraddittorio su ogni profilo che li investe. Riconosciuta dalla Corte europea la non equità del giudizio per il mancato riconoscimento del diritto dell'imputato di interloquire sulla diversa definizione giuridica del fatto attribuita con la decisione di legittimità, al *decisum* del giudice europeo deve darsi attuazione rimuovendo il giudicato e revocando la sentenza di legittimità che ha operato la diversa qualificazione.

Riservatezza

Cass., sez. V, 27.11.2008, dep. 17.12.2008, n. 46509, Pres. Marasca, Rel. Sandrelli, ric. Longo e altri

Commette i reati di abuso d'ufficio ex art. 323 c.p. e di interferenza illecita nella vita privata ex art. 615 *bis* c.p. l'ufficiale di p.g. che, dopo avere eseguito una misura cautelare, consenta l'ingresso di cronisti e fotografi nell'abitazione dell'arrestato, permettendo, in tal modo, di visitare i locali e di scattare fotografie dei luoghi e delle cose che vi sono contenute.

Il conflitto tra le Procure di Salerno e Catanzaro

di Giuseppe Di Federico

Leggendo le notizie sul conflitto tra le procure della Repubblica di Salerno e Catanzaro, sul reciproco sequestro di atti giudiziari operati per il tramite di gruppi contrapposti di Carabinieri, sulle reciproche e gravissime accuse che rimbalzano da una procura all'altra, mi è venuto in mente quanto detto al recente convegno sulla giustizia del Partito Democratico da un notissimo dirigente di lungo corso dell'Associazione Nazionale Magistrati, il Dott. Bruti Liberati. Ci ha detto che le conflittualità generate dall'operato della magistratura nell'applicare la legge sono fisiologiche in democrazia. Ha specificato che è pertanto del tutto fisiologico che dalle iniziative giudiziarie vengano colpiti uomini politici e messi in crisi i governi democraticamente eletti. Ha testualmente aggiunto che "l'iniziativa della magistratura non deve incontrare limiti". Molto chiara, seppure implicita, la riaffermazione della piena legittimità e valenza democratica dell'avviso di garanzia recapitato a mezzo stampa al Presidente Berlusconi dalla Procura di Milano nel 1994, delle iniziative della Procura di Salerno che, colpendo il Ministro Mastella, hanno determinato quest'anno la caduta del Governo Prodi, di tutte quelle iniziative giudiziarie di tangentopoli che hanno trascinato nel fango della gogna giudiziaria molti cittadini e politici poi risultati innocenti (da ultime anche le assoluzioni degli On. Gava e Mannino). Da parte sua nessuna riflessione sul fatto che le moltissime iniziative giudiziarie che si concludono dopo anni con la piena assoluzione di cittadini non hanno mai determinato, a differenza di altri paesi democratici, nessuna forma di responsabilità per

chi quelle iniziative ha assunto senza avere sufficienti elementi di prova. Bruti Liberati ha quindi concluso il suo discorso con un monito rivolto a tutti noi. Parafrasando una frase di Humphrey Bogart ci ha detto: "è l'indipendenza della magistratura, bellezza, e non ci puoi fare niente!". A me sembra che questa arrogante affermazione di potere, di un potere insindacabile, se deve valere per gli uomini politici e per la caduta di governi legittimamente eletti, debba conseguentemente valere anche per le iniziative giudiziarie assunte dalle Procure di Catanzaro e Salerno. Anche per quelle iniziative bisognerebbe limitarsi a dire "è l'indipendenza della magistratura, bellezza, e non ci puoi far niente!", e lasciare quindi che la "giustizia" anche in questo caso faccia il suo corso senza interferenze e per tutto il tempo necessario alla nostra macilenta macchina giudiziaria. Poiché questa volta le iniziative dei pubblici ministeri riguardano e "delegittimano" le istituzioni giudiziarie e la magistratura, invece, sembra che la correttezza delle iniziative giudiziarie da loro assunte e le loro responsabilità debbano essere immediatamente accertate, senza attendere gli esiti giudiziari delle iniziative da loro intraprese.

Sia ben chiaro, non voglio certamente dire che anche in questo caso le responsabilità e le decisioni dei pubblici ministeri debbano essere insindacabili. Voglio invece dire che il problema della trasparenza e della responsabilizzazione delle iniziative del pubblico ministero per le scelte che egli compie nell'effettuare le indagini e nell'iniziativa penale deve essere affrontato non solo con riferimento alle iniziative della procure e dei pub-

blici ministri di Salerno e Catanzaro ma, invece, in termini generali perché riguarda tutti noi. Riguarda il fatto che in Italia ciascun pubblico ministero può, anche di sua iniziativa, indagare su ciascuno di noi per reati che ritiene (più o meno giustificatamente) siano stati da noi commessi, utilizzare senza limiti di spesa le forze di polizia e gli strumenti di indagine che ritiene più adeguati. Se dopo molti anni risulta che le iniziative dei P.M. erano prive di sufficienti elementi probatori o addirittura prive di qualsiasi giustificazione, il P.M. non ne porta comunque alcuna responsabilità. Nulla conta che la sua iniziativa abbia procurato danni irreversibili a cittadini innocenti (economici, sociali, politici, alla sua famiglia, alla sua salute), nulla conta che la sua iniziativa giudiziaria abbia gravato le casse dello Stato di ingenti spese prive di giustificazione. Il P.M. può con immancabile successo ed in ogni circostanza sostenere che il principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale lo aveva costretto ad agire. Questo principio Costituzionale cioè, pur essendo di fatto inapplicabile (in tutti i paesi reati sono troppo numerosi per essere tutti perseguiti), formalmente legittima qualsiasi atto discrezionale del P.M. trasformandolo formalmente in un "atto dovuto", e come tale insindacabile a prescindere dai danni che genera sul piano dei diritti civili, dei costi della giustizia e della sua efficienza. Va subito aggiunto che l'episodio del conflitto tra i magistrati delle procure di Salerno e Catanzaro evidenzia anche un'altra anomalia del nostro sistema giudiziario, strettamente collegata al principio di obbligatorietà dell'azione penale. Avendo formalmente imposto a tutte le procure ed a tutti i pubblici mini-

steri l'impossibile compito di perseguire efficacemente tutti i reati, il nostro Costituente ne ha anche tratto la "logica" conseguenza che non vi era alcun bisogno di creare un sistema unitario e gerarchico dell'assetto del P.M., e neppure un soggetto istituzionale che fosse politicamente responsabile del suo coordinamento e delle politiche pubbliche in materia criminale. L'assetto unitario e gerarchico del P.M. su base nazionale è invece caratteristica comune a tutti gli altri paesi democratici, ove un conflitto come quello tra le procure di Salerno e Catanzaro non si sarebbe potuto verificare non solo perché gli ambiti di discrezionalità dei P.M. sono regolati e responsabilizzati ma anche perché avrebbe trovato preventiva soluzione e/o coordinamento al livello gerarchico più elevato, distrettuale o nazionale.

Una postilla. Il conflitto tra le procure di Salerno e Catanzaro è solo il più eclatante esempio della conflittualità che da molti anni caratterizza la vita delle nostre procure della Repubblica e che trae, anch'essa, origine dalla peculiari caratteristiche di assetto del nostro P.M. Ricorrenti sono, infatti, stati i casi di aspri conflitti tra gruppi di pubblici ministeri all'interno delle singole procure, generati anche dai diversi orientamenti in materia di indagini e di rilevanza dei diversi tipi di reato (ad esempio nelle procure di Palermo e della stessa Catanzaro nel 2005). Di regola gli interventi del CSM in materia sono stati inefficaci e tardivi, anche perché l'appartenenza a diverse correnti dei P.M. in conflitto ha spesso generato in seno al CSM, paralizzanti e prolungate contrapposizioni tra i rappresentanti delle loro rispettive correnti.

Nota a margine

Spesso "certe" opinioni – soprattutto quando provengono da profondi conoscitori dei fenomeni di volta in volta interessati – non

riescono a trovare facile divulgazione, come invece l'importanza del tema trattato richiederebbe. È quello che è accaduto per l'arti-

colo del prof. Di Federico, che ha dovuto peregrinare ospitalità in varie testate giornalistiche prima di vederlo pubblicato.

Per completezza di informazione, riteniamo opportuno pubblicare anche la lettera con la quale l'Autore accompagnava l'articolo.

Caro Direttore,

Le sarei grato se volesse pubblicare l'articolo che Le invio in allegato. Debbo tuttavia segnalare che il mio scritto è già stato rifiutato da due giornali. Se, data la priorità da me accordata a due altre testate, Lei decidesse di non pubblicarlo avrebbe tutta la mia comprensione.

Sarò presuntuoso, ma ritengo che le ragioni per cui il mio articolo è stato rifiutato non siano da ricercarsi né nell'irrelevanza del suo contenuto né nella sua forma espositiva: siano piuttosto da rinvenirsi nel merito delle cose dette e nel modo con cui le dico.

Il primo rifiuto mi è venuto da un giornale pubblicato a Milano, che ha ampia diffusione nazionale e che spesso in passato ha pubblicato miei articoli (ampiamente commentati dai suoi lettori in termini altamente laudativi).

Probabilmente la cosa che questa volta non piaceva era che io criticassi duramente quanto detto da un procuratore aggiunto proprio della Procura della Repubblica di Milano. Meglio non correre rischi!

Nel secondo caso si tratta di un giornale con sede a Roma, di non grande circolazione ma apprezzato da lettori di orientamento riformista. Non mi hanno neanche risposto per farmi sapere se interessava, e comunque non l'hanno pubblicato. In questo caso mi riesce un po' più difficile immaginare le cause. Ma forse non si differenziano di molto da quelle dell'altro giornale. Criticare in forma diretta, circostanziata e senza giri di parole gli orientamenti dogmatici della magistratura organizzata e di uno dei suoi leader più noti, rappresentare le cause delle gravi disfunzioni che ne derivano per il nostro apparato giudiziario e per i diritti civili del cittadino, tutto ciò è cosa che non porta bene.

Voglia gradire i miei migliori saluti

Giuseppe Di Federico

PS. Se possibile, mi farebbe piacere che pubblicasse anche questa mia lettera. Ma forse chiedo veramente troppo...

Sull'omessa *vocatio* dell'imputato per la prosecuzione del giudizio di primo grado sospeso *di Giuseppe Di Trocchio*

Nella vicenda specifica la Corte territoriale non aveva applicato correttamente la normativa processuale stabilita a pena di nullità, avendo escluso del tutto illegittimamente la sussistenza del vizio della citazione dell'imputato, dedotto con un articolato motivo di appello.

Specificamente.

1.1. – «All'udienza del 6.11.2003 il Tribunale aveva disposto la sospensione del giudizio in conseguenza della trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale. Dichiarata da quest'ultima manifestamente infondata la prospettata eccezione di incostituzionalità, con decreto dell'11.1.2005 il Presidente di Sezio-

ne fissava la trattazione del processo per l'udienza del 22.3.2005, mandando alla cancelleria "per le notifiche e comunicazioni di rito del presente provvedimento".

All'udienza del 22.3.2005, rilevato tra l'altro che non era stata possibile la notifica all'imputato B presso il domicilio dallo stesso precedentemente eletto in F, il Tribunale rinviava il processo al 16.5.2005 disponendo "nuova notifica della fissazione dell'odierna udienza per ...B".

In data 5.4.2005 veniva notificato all'imputato B, presso lo studio del difensore ai sensi dell'art. 161 c.p.p., il solo estratto del verbale dell'udienza del 22.3.2005, ma non anche il

decreto presidenziale dell'11.1.2005 e l'originario decreto che dispone il giudizio, così come invece avvenuto per tutte le altre parti. Ciò posto, nessun dubbio che, dopo la sospensione disposta il 6.11.2003, il giudizio è stato ripreso ed esaurito con la sentenza qui impugnata in assenza di regolare *vocatio in iudicium* dello stesso Sig. B.

Al riguardo è opportuno precisare che, come già ha avuto modo di evidenziare la Suprema Corte di Cassazione, con riferimento alla particolare forma di “sospensione del giudizio” a norma dell'art. 23, 2° comma, l. 11.3.1953, n. 1, “*non sono state dettate norme specifiche per regolare gli strumenti attraverso i quali si determinano lo stato di quiescenza del processo e l'impulso alla sua ripresa: ma ciò perché il legislatore ha inteso implicitamente rinviare a quelli già esistenti*”; di conseguenza, con particolare riferimento al processo penale “*ciò significa, per il codice ora vigente, che il presidente (della corte di appello) emette un nuovo ordine di citazione (ai sensi dell'art. 601 c.p.p.). E non potrebbe essere diversamente, non disponendo il giudice che solleva la questione di costituzionalità né del potere di fissare contestualmente un'udienza per la continuazione del processo (essendo tra l'altro del tutto ignaro del tempo occorrente per la decisione da parte della Corte Cost.) né di operare altrimenti al fine di evitare l'emissione di un nuovo decreto di citazione*” (così C., sez. V, 27.11.1992, Carlotto).

In simili casi, dunque, la “ripresa” del giudizio non può che avvenire mediante la emissione – e ovviamente notificazione – di un nuovo ordine di citazione a giudizio; vale a dire di un atto contenente tutti i requisiti indicati dall'art. 601 c.p.p. per il giudizio di appello, dall'art. 552 c.p.p. per il giudizio dinanzi al Tribunale in composizione monocratica nei casi di citazione diretta, e dall'art. 429 c.p.p. nel caso di giudizio disposto a seguito di udienza preliminare.

Del resto, che proprio quello ora indicato sia il più corretto *iter* procedimentale da seguire è dimostrato dalla circostanza che, cessata la causa di sospensione, per far “riavviare” il

presente processo il Presidente del Tribunale aveva fatto notificare a tutte le parti il proprio decreto di fissazione dell'udienza del 22.3.2005 unitamente all'originario decreto che disponeva il giudizio. Ma tali atti non sono mai stati ritualmente notificati all'imputato B, né presso il proprio domicilio eletto né presso il proprio difensore di fiducia.

Deve pertanto ritenersi che è stata del tutto omessa la citazione del Sig. B per il nuovo giudizio fissato dopo la pronuncia da parte della Corte Costituzionale; cosicché per tale successiva fase processuale non è stato garantito l'“*intervento*” del predetto imputato, con conseguente nullità, ai sensi dell'art. 179, 1° comma, c.p.p., di tutti gli atti compiuti in tale fase e della sentenza pronunciata all'esito della stessa».

1.2. – La Corte d'Appello ha escluso la sussistenza della eccepita nullità osservando (pag. 11 della sentenza): che l'ufficiale giudiziario, non avendo trovato presso il domicilio dichiarato dal B “*alcuno a cui consegnare la copia degli atti, ha notificato copia del presente (?) atto al B nel suo domicilio, in busta chiusa e sigillata spedendone copia in piego raccomandato a.r. dall'Ufficio Postale di F*”; che però “*l'Ufficio notifiche omise di completare il procedimento di notifica; ossia omise la notifica dell'atto al difensore del B a norma dell'art. 161 codice di procedura penale*”; che il Tribunale “*verificata la incompletezza della notifica per l'udienza del 22 marzo 2005, dispose che venisse completata la notifica dell'atto per l'udienza successiva fissata per il 16 maggio 2005... attraverso la notifica dell'estratto verbale a cura della cancelleria*”; che, infine, tale estratto “*venne notificato per l'appunto il 15 aprile 2005 al legale fiduciario del B a norma dell'art. 161 codice di procedura*”, cosicché “*la citazione al giudizio per la ripresa del processo dopo la sospensione, a parere della Corte, è stata dunque correttamente disposta ed eseguita*”.

L'erroneità di simile conclusione è tuttavia quanto mai evidente, non risultando conforme né alla normativa di riferimento né ai riscontri oggettivi in atti.

1.3. – Ed invero, dalla documentazione ac-

quisita al fascicolo dibattimentale risulta che l'ufficiale giudiziario, nella impossibilità di consegnare l'atto presso il domicilio eletto ad alcun dei soggetti a ciò legittimati, il 21.1.2005 ha provveduto alla notificazione mediante spedizione di piego raccomandato "ex art. 170 c.p.p."

Ma tale piego non è mai stato consegnato ad alcuno perché restituito in quanto "*dettomi trasferito dal portiere*", come annotato sull'avviso di ricevimento alla data del 22.1.2005.

Orbene, giusta gli artt. 7-8, l. 20.11.1982, n. 890, la notificazione a mezzo del servizio postale si ha per eseguita con la "*consegna* (del) *piego a mani proprie del destinatario*", ovvero a persona con esso convivente od al portiere; inoltre, si ha per eseguita alla data di rifiuto di ricezione da parte di uno dei soggetti legittimati, ovvero, infine, "*decorsi dieci giorni*" dalla spedizione dell'avviso di avvenuto deposito del plico presso l'ufficio postale ovvero dalla data di ritiro dello stesso, ove anteriore.

All'evidenza, però, nel caso di specie non è rimasta integrata alcuna delle situazioni a fronte delle quali la notificazione a mezzo posta "*si ha per eseguita*".

Per contro, l'avvenuta constatazione della sopravvenuta insussistenza di qualsiasi attuale collegamento tra il destinatario dell'atto e l'indirizzo ove era stata tentata la notifica (constatazione compendiata nella annotazione "*dettomi trasferito dal portiere dello stabile*"), integra la situazione di cui al 3° comma dell'art. 170 c.p.p., a mente del quale "*qualora l'Ufficio postale restituisca il piego per irreperibilità del destinatario, l'ufficiale giudiziario provvede alle notificazioni nei modi ordinari*".

Pertanto, risultando incontestabile che la impossibilità di consegna del piego a fronte dell'avvenuto trasferimento del destinatario equivale senz'altro ad accertare la "*non reperibilità*", e quindi la "*irreperibilità*", dello stesso destinatario all'indirizzo indicato sul piego da notificare, ne consegue che la notificazione dell'atto, a questo punto, doveva essere correttamente eseguita con le modali-

tà di cui all'art. 161, 4° co., c.p.p., ovvero sia mediante consegna dell'atto al difensore.

A quest'ultimo, tuttavia, non è mai stato notificato l'atto originariamente destinato all'imputato, vale a dire il decreto presidenziale 11.1.2005 di rifissazione del processo unitamente all'originario decreto che dispone il giudizio; al difensore è stato invece notificato, in data 5.4.2005, esclusivamente l'estratto del verbale dell'udienza 22.3.2005, che indiscutibilmente è atto non certo equivalente a quello di cui era dovuta la notificazione all'imputato.

1.4. – Nessun dubbio, pertanto, che nel caso di specie risulta omessa la citazione del B per il giudizio, non essendo mai stato notificato allo stesso, ovvero ad altro soggetto legittimato o al suo difensore ex art. 161 c.p.p., il decreto con il quale venne disposta la ripresa del dibattimento dopo la sua sospensione.

Parimenti nessun dubbio che la rilevata "*omissione*" integra nullità riguardante l'intervento dell'imputato nel giudizio, ai sensi dell'art. 178, lett. c), c.p.p.; con gli effetti invalidanti di cui al successivo art. 179.

In ogni caso, la rilevata nullità sarebbe quantomeno da considerare "*a regime intermedio*" ex art. 180 c.p.p., come già affermato dalla Suprema Corte con la sentenza sez. IV, 1.4.2004, Scuderi, in *Mass. Uff.*, 229678. Nella quale, proprio con riferimento alle conseguenze della omessa notificazione all'imputato del provvedimento con l'indicazione della data per la prosecuzione del dibattimento sospeso a seguito dell'invio degli atti alla Corte Costituzionale, si ritiene che simile vizio integra "*nullità a regime intermedio ai sensi dell'art. 180*" c.p.p.; con la precisazione, in motivazione, che ove simile nullità "*si sia verificata nel giudizio*", la stessa "*può essere rilevata sino alla deliberazione della sentenza del grado successivo*".

Pertanto, considerato che nel caso di specie la dedotta nullità si è senz'altro verificata nell'*arco processuale* individuabile come *giudizio di primo grado*, la stessa risulta eccepita del tutto tempestivamente con i motivi di appello.

1.5. – Peraltro, in considerazione della assenza di chiari approdi interpretativi circa le puntuali modalità con le quali si deve procedere alla “*ripresa*” del giudizio dopo la sua sospensione a seguito di trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale, nonché circa

le conseguenze processuali derivanti dall’eventuale mancata osservanza di tali modalità procedimentali, la questione appare senz’altro di speciale importanza tale da richiedere l’assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, *ex art. 610, 2° comma, c.p.p.*

DOCUMENTI

L'inaugurazione dell'Anno giudiziario. Le Relazioni

a) del Ministro della Giustizia Angelino Alfano

Sig. Presidente della Repubblica, Sig. Presidente del Senato;
Sig. Presidente della Camera;
Sig. Presidente del Consiglio dei Ministri;
Sig. Presidente della Corte Costituzionale;
Sig. Presidente emerito della Repubblica (Scalfaro);

S. Eminenza Cardinal Vallini;

Sig. Vice Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura; Rappresentanti delle Istituzioni Civili e Religiose,

Sig. Presidente della Suprema Corte di Cassazione,

Sig. Procuratore Generale;

Sig. Presidente del Consiglio Nazionale Forense; Magistrati tutti,

Signori Avvocati,

Dirigenti e dipendenti tutti del Ministero della Giustizia,

Autorità, religiose civili e militari Signori e Signori

Per la prima volta, da Ministro della Giustizia, ho l'alto onore di prendere la parola in quest'Aula, Tempio del diritto e simbolo della giustizia italiana.

Desidero, anzitutto, ringraziare pubblicamente il Signor Presidente della Repubblica, Capo dello Stato, Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura e garante dell'unità nazionale, per le parole di saggezza istituzionale che ha avuto modo di pronunciare, anche in questi ultimi mesi, in materia di giustizia.

La ringrazio pubblicamente, signor Presidente – oggi più di ieri – per la preziosa opera svolta quale irrinunciabile punto di riferimento istituzionale.

Ho ascoltato con particolare attenzione la relazione del Signor Presidente della Corte,

che ci consegna un'analisi sobria e lucida in questa Udienda solenne, che va considerata non una semplice cerimonia, ma un'importante occasione di verifica e confronto sull'attuale stato del servizio giustizia nel nostro Paese oltre che un fecondo contributo di idee.

I dati esposti presentano ancora una volta un bilancio gravemente deficitario in linea di massima sovrapponibile a quello degli scorsi anni.

Non aggiungo nulla agli eloquenti dati forniti dal Presidente Carbone se non una considerazione: dietro ciascuno di quei processi, dietro ciascuno di quei fascicoli vi è almeno una persona.

Vi è una vittima del reato che aspetta giustizia, vi è un cittadino che ha posto allo Stato una istanza di giustizia e attende una risposta.

Ecco perché i numeri dicono tanto ma non dicono pienamente della sofferenza che una giustizia negata provoca.

Il quadro delle inefficienze e dei ritardi del sistema giudiziario Italiano che abbiamo appena ascoltato sembra assumere le vesti di un inestricabile nodo gordiano. Una matassa che, nell'impressionante mole dei procedimenti pendenti, ha determinato un insostenibile debito giudiziario dello Stato nei confronti dei cittadini.

Eppure così è, sebbene non dovrebbe essere. Lavoreremo, dunque, perché così non sia più.

Recuperare efficienza, credibilità e fiducia nel sistema giudiziario italiano è una questione vitale per la democrazia, un vero e proprio imperativo categorico per tutte le istituzioni.

Il livello di inadeguatezza raggiunto dalla macchina giudiziaria non permette più di concentrarsi per il superamento di questa o quell'altra emergenza.

Necessita un approccio di sistema ed è quello che stiamo coltivando.

Qui, infatti, si tratta di recuperare la dignità giudiziaria del Paese in quanto tale.

Per tali ragioni, investiti delle responsabilità che il popolo sovrano ci ha assegnato, non intendiamo rassegnarci alla catastrofe annunciata da tante Cassandre.

Possiamo e dobbiamo consegnare a tutto il Paese un sistema giudiziario efficiente, equo, in grado di distribuire con tempestività i torti e le ragioni delle parti litiganti; in grado di proteggere adeguatamente i cittadini dalle grandi aggressioni della criminalità organizzata ma anche dalle insopportabili violenze quotidiane.

In questa luogo, meglio che in qualsiasi altro posto, ben si può dire che non c'è democrazia senza diritto così come non c'è civiltà senza giustizia.

La conservazione dell'esistente non è, dunque, più ipotizzabile ed è confortante constatare che ciò, ogni giorno che passa, diventa patrimonio comune di tutti i cittadini.

L'obiettivo è anzitutto quello di ridare con urgenza dignità alla giustizia civile, individuando le opportune soluzioni per eliminare il gigantesco macigno dei procedimenti arretrati per poi avviarsi ad un regime di ragionevole durata che non può più attendere oltre.

Per troppo tempo la giustizia civile è rimasta la sorella povera del sistema giudiziario a causa dello straordinario ed assorbente impatto mediatico esercitato nell'opinione pubblica dal processo penale. Il processo civile, ne siamo convinti, non esercita presso la grande stampa ed anche presso alcuni segmenti dell'opinione pubblica la suggestione del processo penale che, occupandosi delle libertà personali, produce emozioni e passioni. Ciononostante, abbiamo ritenuto di cominciare la nostra agenda giustizia dal processo civile in quanto esso è lo scrigno che custodisce e protegge tanto i diritti della per-

sona, quanto le libertà economiche, quei diritti e quelle libertà così ben garantite dalla prima parte della nostra Costituzione ed il cui effettivo dispiegarsi spesso trova la necessità di un intervento giurisdizionale.

D'altra parte la giustizia civile medesima è uno degli elementi del *ranking*, dell'affidabilità internazionale, dell'attrattività internazionale degli investimenti per un Paese.

Per tali ragioni il Governo ha varato un importante progetto di riforma della giustizia civile con l'obiettivo di accelerare i processi e semplificare i riti. La riforma è già stata approvata dalla Camera ed è all'esame del Senato.

Quanto al settore penale, stiamo lavorando ad un diritto processuale autenticamente giusto, rispettoso al contempo delle esigenze investigative e della dignità della persona, soprattutto se estranea all'investigazione e, tuttavia, coinvolta in quella che troppo spesso diventa una gogna mediatica tanto invincibile quanto insopportabile.

Stiamo lavorando affinché il processo sia rapido e sia giusto, consapevoli che un processo giusto con una sentenza tardiva è comunque ingiusto.

Per converso, un processo rapido ma che non abbia in sé – effettivamente – tutte le garanzie del giusto processo, non può che approdare anch'esso ad una decisione ingiusta.

Stiamo lavorando ad un sistema che sappia individuare i magistrati chiamati a dirigere gli uffici per le specifiche attitudini organizzative e per le autentiche capacità gestionali. Per fare funzionare la giustizia occorre illuminare con luce nuova l'art. 110 della Costituzione che assegna "... al Ministro della giustizia l'organizzazione ed il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia".

Occorre ripristinare il binomio potere/responsabilità in riferimento al rapporto tra Governo e magistrati. Ancor più specificatamente tra il Ministro, evocato nell'art. 110 della Costituzione, e la magistratura. Non si può chiedere, cioè, al Ministro della Giustizia di essere responsabile del servizio giustizia senza che lo stesso abbia potestà organiz-

zative effettive, seppur senza mai violare il sacro recinto dell'autonomia della giurisdizione. Un potere del governo senza una sua responsabilità sarebbe inaccettabile, ma una responsabilità senza potere sarebbe sommaramente ingiusta e, alla lunga, foriera di gravissimi squilibri costituzionali.

Nessuno tema che ciò possa costituire un surrettizio strumento per una qualche forma di controllo dei magistrati, poiché consideriamo inviolabile il perimetro della giurisdizione nel quale i magistrati svolgono – in assoluta autonomia ed indipendenza – la loro funzione.

Ma il punto è che l'autonomia e l'indipendenza non possono scindersi dall'efficienza del servizio che i magistrati devono rendere ai cittadini e che questa efficienza deve essere non soltanto tempestivamente verificata ma anche supportata da un efficace modello organizzativo del servizio.

In questa prospettiva, si collocano i nostri programmi di innovazione digitale.

Si tratta di interventi che faciliteranno la comunicazione tra avvocati, cittadini, imprese e uffici giudiziari attraverso l'uso di *internet*, in condizioni di piena sicurezza sia esterna che interna al sistema, utilizzando quanto di meglio offre oggi la tecnologia della protezione dei dati informatizzati.

Inoltre, attraverso altri progetti (c.d. *best practices* e *C.A.F.*) coltiviamo l'ambizione di diffondere le migliori formule organizzative affinché le pratiche più virtuose diventino prassi quotidiana di tutti gli uffici giudiziari. Ciò premesso, la qualità dell'uditorio rende superfluo fare specifici cenni sugli interventi normativi già varati.

Mi siano però consentite due eccezioni: mi riferisco innanzitutto all'immediata risposta del Governo al problema della copertura delle sedi disagiate.

Siamo fiduciosi che gli incentivi, anche economici, garantiti dalla nuova normativa possano stimolare adeguatamente molti magistrati ad accettare l'idea che il Paese ha necessità della loro opera nelle sedi meno ambite, ove proprio l'esperienza professionale

già maturata consente di meglio affrontare le gravi emergenze di quei circondari.

In secondo luogo, voglio ricordare gli incisivi interventi in materia di legislazione antimafia che – avviati con decreto già nel primo Consiglio dei Ministri – sono stati ulteriormente rafforzati in sede di conversione parlamentare e vedranno il loro completamento con l'approvazione del disegno di legge in materia di sicurezza in discussione al Senato.

Si tratta, senza tema di smentita, del più significativo intervento di contrasto alla criminalità organizzata da almeno tre lustri.

Al centro del sistema vi è la ferma volontà di aggredire – ovunque si nascondano – i patrimoni mafiosi.

Un ulteriore cambio di passo, che ha già preso l'avvio, è quello relativo al controllo della spesa, azione questa oggi viepiù imprescindibile, attesa la progressiva contrazione delle risorse disponibili.

In questa direzione, un cospicuo recupero di risorse finanziarie ci aspettiamo dal Fondo Unico Giustizia che abbiamo potenziato, ampliato e modificato in modo da garantirne la funzionalità.

Dopo questa prima fase di rodaggio, a regime, questo razionale sistema di utilizzo delle risorse finanziarie, che la stessa attività giudiziaria produce, metterà finalmente a disposizione della Giustizia notevoli risorse sino ad oggi ingiustificatamente non utilizzate.

Attraverso tali risorse contiamo di procedere alla nuova configurazione delle aree professionali di appartenenza del personale, con la conseguente doverosa valorizzazione delle specifiche professionalità acquisite.

Siamo infatti consapevoli che la riforma della giustizia passa anche per la ritrovata motivazione dei lavoratori del settore.

Quanto alla materia penitenziaria, è nota come l'imminente esaurimento dei livelli di capienza massima sostenibile dalle strutture carcerarie impone l'adozione di misure straordinarie.

Al riguardo, nel Consiglio dei ministri del 23 gennaio 2009 si è proposta l'adozione di misure acceleratorie dei procedimenti amministrativi per realizzare nuove carceri, perché

la politica di governo di contrasto alla criminalità organizzata non trovi un freno nella scarsa capienza degli istituti di detenzione e per assicurare una migliore condizione di vita della popolazione detenuta.

Siamo infatti consapevoli che una persona può essere privata della libertà, ma mai della sua dignità di uomo.

Vi è, poi, un nemico non convenzionale ed occulto della giustizia. È un nemico che stiamo combattendo con le armi della fiducia e, talvolta, dell'entusiasmo.

Questo nemico è la rassegnazione. La rassegnazione all'inefficienza, la rassegnazione alle polemiche, la rassegnazione allo *status quo*.

Per questo mi permetto di ricordare ai magistrati che le polemiche sui rapporti tra politica e magistratura, così come le pur stimolanti discussioni sugli assetti costituzionali ed ordinamentali suscitano l'interesse degli addetti ai lavori, ma non sempre coinvolgono quel popolo italiano nel cui nome ogni giorno, tra mille difficoltà che nessuno intende negare, voi amministrate la giustizia pronunciando le vostre decisioni.

Così come mi permetto di ricordare agli avvocati che anche da loro il Paese si attende un generoso contributo.

Sono consapevole, infatti, che senza la vostra collaborazione le notifiche *on line*, il processo civile telematico, la dematerializzazione del fascicolo processuale penale, il rilascio di copie in forma digitale, diventerebbero obiettivi difficilmente raggiungibili.

Il cittadino utente è primariamente interessato ad ottenere una risposta in tempi ragionevoli alla sua istanza di giustizia, a non subire ingiuste intrusioni nel sacro recinto della sua persona e nella sua vita privata (se non in casi eccezionali, sulla base di ragioni serie e motivate), a vedersi riconosciuto colpevole o proclamato innocente al termine di un processo che gli offra adeguate garanzie sostanziali ed effettive.

Certo il compito è arduo e come sempre soltanto una leale collaborazione tra tutte le istituzioni, soltanto un grande lavoro di squadra, potrà superare le difficoltà tecniche ed anche quelle politiche che si frappongono al raggiungimento di questi così ambiziosi risultati.

Una squadra coesa di cui fanno parte i Magistrati, gli Avvocati, il personale amministrativo, le Forze dell'Ordine, il Parlamento, il Governo.

Una squadra che si chiama Stato, una squadra ove non è accettabile che ciascuno giochi soltanto per se stesso o peggio, manifesti precocetta sfiducia verso gli altri protagonisti della partita.

Occorre guardare tutti insieme al bene del Paese, che – ricordiamolo – è il Paese di Innerio e Beccaria, di Mortati e Canelutti, di Sacta e Livatino.

Miglioriamo, dunque, la giustizia, facciamolo insieme. Miglioreremo l'Italia.

Vi ringrazio.

b) del Primo Presidente della Cassazione Vincenzo Carbone (stralcio)

Il ruolo della Corte di cassazione.

«La Cassazione si va evolvendo, in questi anni, rispetto alla funzione tradizionale di organo di “suprema” istanza per la singola controversia (c.d. *jus litigatoris*) e di organo del riparto della giurisdizione. Infatti, la parola “suprema” non compare nell'intestazione, anche perché la funzione dello *jus dicere* si esplica all'interno di un “circuito di Corti supreme”, in Italia e in Europa.

In Italia, ciascuna Corte suprema del “circuito” è responsabile, nel suo ambito, del servizio Giustizia, a partire dalla Corte Costituzionale; a ciò si aggiunga il necessario dialogo con la Corte di Giustizia delle Comunità europee, con la Corte Europea dei diritti dell'uomo e con le Corti di Cassazione degli altri Paesi europei. Come si dirà, nel Réseau delle Corti di Cassazione europee, l'Italia, di recente, ha assunto la vice-presidenza e la

partecipazione al Consiglio di Amministrazione.

Oggi, la Cassazione si va configurando soprattutto come titolare della funzione di "indirizzo" interpretativo, costituzionalmente orientato (c.d. *jus constitutionis*), che risponde a nuove finalità al passo con i tempi.

Tra queste: – la definizione di indirizzi chiari e stabili per scoraggiare il contenzioso preteztuoso e ridurre la durata dei processi; – l'enunciazione di principi di indirizzo "nell'interesse della legge" e non solo delle parti; – la creazione e la garanzia del "diritto vivente" rilevante per la Corte Costituzionale e per le Corti sovranazionali; – il deciso contrasto al recente fenomeno del c.d. "abuso del processo".

La Giustizia come servizio – buon andamento ed efficienza.

«La riflessione deve muovere dalla conferma di una doverosa premessa metodologica: la Giustizia va concepita non come "potere", ma come "servizio" (il "servizio Giustizia"), nel senso più elevato dell'espressione, al quale si chiede, in primo luogo, funzionalità ed efficienza.

Un servizio da valutare nel suo contesto e in considerazione dei suoi utenti, i cui costi e i cui problemi non sono da considerare asintotici, ma finalizzati ad accrescere il benessere dei cittadini, l'affidabilità istituzionale, la crescita e la competitività del Paese, nel contesto europeo e mondiale. E come in ogni servizio che si rispetti, vi è bisogno di un momento in cui si "dia conto" agli utenti del suo andamento, delle carenze che si riscontrano, dei problemi in atto e delle possibili soluzioni degli sforzi per raggiungere lo scopo alla luce dei principi costituzionali del diritto di difesa, di ragionevole durata, del "giusto processo" di cui al rinnovato art. 111 Cost.

Il Capo dello Stato, nel Suo discorso del 17 dicembre 2008 (alle Alte Magistrature della Repubblica), ha autorevolmente precisato che si tratta di un "servizio da rendere ai diritti e alla sicurezza dei cittadini". La Giustizia, infatti, equilibrando le passioni, gli interessi, i poteri, riparando i torti e i pregiu-

dizi, sanzionando le omissioni, gli errori e le violazioni, deve contribuire alla tranquillità ed alla fiducia, senza le quali nessun progresso è possibile.

Per svolgere il suo ruolo, la Giustizia non dev'essere ferma e statica, ma deve consapevolmente proiettarsi in avanti con un bilanciamento dinamico tra esigenze contrapposte, divenire il centro mobile di una società alla ricerca continua di libertà e legalità. E il ruolo non è facile in un contesto che vede, all'esterno, l'assottigliarsi delle risorse del pianeta, la crisi finanziaria ed economica mondiale, la revisione dei dati geopolitici, enormi migrazioni, preoccupanti conflitti e, all'interno, la necessità di riassetare, restaurare, riforgiare la struttura delle Istituzioni per renderle moderne, funzionali ed efficaci, necessità che si scontra con l'innata propensione a mantenere le cose così come sono, specie in una congiuntura di bilancio estremamente difficile».

La Giustizia e il suo contesto.

«La Giustizia non costituisce, dunque, un sistema a sé stante, legato alla soluzione di una moltitudine di singole "controversie-monadi", da risolvere esclusivamente *inter partes*, senza una proiezione più generale.

La riflessione deve muovere, allora, dalla giusta collocazione della Giustizia "nel suo contesto", altrimenti si rischia di cadere nell'autoreferenzialità.

In sua assenza, qualsiasi riflessione diviene astratta e sterile, priva di capacità analitica e critica, inidonea all'individuazione di azioni e misure correttive delle disfunzioni individuate.

I caratteri fondamentali della Giustizia sui quali occorre soffermarsi sono tre: – la Giustizia come funzione necessaria: senza la funzione di *jus dicere* è lo stesso Diritto a trovarsi privo di sostanza e di effettività, a non poter svolgere la sua funzione ordinante, di garanzia dei diritti, di regolazione degli interessi, di soluzione dei conflitti, di condizione per l'affermazione dei valori fondamentali e per lo sviluppo dell'economia; – la Giustizia come servizio essenziale per la collettività, sia nel suo insieme, sia per ciascuno dei suoi

membri; sia sul piano strutturale, sia sul piano funzionale; un servizio da svolgere in modo da assicurare sì la soluzione di una moltitudine di singole controversie, ma anche da garantire l'affidabilità istituzionale, la crescita e la competitività del Paese; – la Giustizia come sistema aperto: un insieme organizzato di diversi elementi, che interagiscono fra di loro e si condizionano a vicenda. Occorre dunque esaminare e comprendere queste interazioni per valutare sia il peso di ciascun elemento, sia i vantaggi e gli svantaggi connessi al funzionamento di ciascuno di essi all'interno dell'insieme».

La Giustizia come sistema aperto.

«Riflettere sulla Giustizia “come sistema” significa applicare anche ad essa le ipotesi che la teoria organizzativa ha formulato sul piano generale per lo studio dei fenomeni complessi: occorre considerare contestualmente fenomeni di causazione multipla – non riconducendo, quindi, tutti i fenomeni ad unica causa, ma tenendo conto di tanti diversi fattori – e di interrelazione complessa di forze, che possono di volta in volta variare il loro orientamento e la loro collocazione.

La Giustizia è, peraltro, un sistema aperto, perché interagisce anche con l'esterno, con l'ambiente circostante e questa interazione coinvolge sia l'insieme nel suo complesso, sia i singoli elementi. Questo “scambio” con l'esterno è, allo stesso tempo, una fonte di legittimazione e di alimentazione del sistema Giustizia, che non può e non deve essere autoreferenziale, ma può divenire anche una fonte di distorsione del sistema, quando l'ambiente esterno finisce per condizionare eccessivamente il sistema o per piegarlo strumentalmente ad interessi particolari, che oscurano il perseguimento dell'interesse generale. È importante, allora, avere ben chiaro quali sono le parti strategiche del sistema, quale sia la natura delle loro relazioni interne e quali sono i processi che, all'interno come all'esterno, svolgono la fondamentale funzione di connessione infrasistemica e di connessione fra il sistema e il contesto nel quale si inserisce e favoriscono l'adattamento del sistema che, come tutti gli insiemi complessi, è

soggetto a continua evoluzione. La considerazione della Giustizia come un sistema aperto richiede che si individuino le direttrici delle interazioni con l'ordinamento circostante, ricordando che, nel terzo millennio, questo ordinamento non è più solo nazionale, ma ha assunto una dimensione globale (che rievoca, in termini naturalmente moderni ed aggiornati, la distinzione fra *local jurisprudence* e *universal jurisprudence* di Jeremy Bentham).

L'ultima considerazione “di contesto” riguarda il crescente grado di integrazione tra gli ordinamenti, con le Regioni e le Autonomie territoriali, con l'Europa, con le Organizzazioni Internazionali.

Il fenomeno del pluralismo dei sistemi giuridici domina ormai la scena. Norme, principi, regole ed istituti che si rinvencono comuni nei diversi ordinamenti, per rispondere a problemi e questioni che nessun ordinamento nazionale è in grado di risolvere da solo. La dimensione ordinamentale moderna non è più strutturata dalla gerarchia – di norme e di ordinamenti – ma piuttosto dalla integrazione, a volte parziale, a volte più intensa, che coinvolge poteri pubblici e individui, istituzioni ed imprese, e, *last but not least*, le Corti e i Giudici. L'impossibilità di porre i diversi ordinamenti lungo una scala gerarchica rende necessari, infatti, la creazione e lo sviluppo di strumenti di cooperazione, che consentano la comunicazione, la circolazione, la soluzione condivisa. Le Corti ed i Giudici, e fra essi per l'Italia la Corte di Cassazione, sono stati e sono un fattore decisivo di incontro e di dialogo, di condivisione, di integrazione e di cooperazione. Proprio il diritto europeo, che costituisce oggi l'esperienza più avanzata e consolidata di un diritto integrato sovranazionale, si è sviluppato con un originale mix fra la tradizione continentale del diritto scritto e la tradizione anglosassone del *judge made law* e forse proprio per questa sua natura ibrida è stato capace di adattarsi ad un contesto in continua evoluzione e di escogitare soluzioni originali per problemi che superavano i confini e i mezzi degli ordinamenti nazionali singolar-

mente presi e che non potevano essere risolti con gli strumenti tradizionali del diritto internazionale. Il dialogo fra la Corte di Giustizia e le Corti nazionali ha consentito di sviluppare il diritto europeo anche in assenza di uno Stato europeo e di assicurare comunque un sistema monistico all'interno del quale la dialettica fra principi comuni e regole particolari è costantemente controllata in sede giurisdizionale.

Il *judicial dialogue* che ha caratterizzato la formazione del diritto europeo si riproduce oggi nella dimensione globale: la globalizzazione giuridica trova nella "comunità dei Giudici" un importante fattore di sviluppo, consolidamento e adattamento, proprio perché i Giudici possono, allo stesso tempo, condividere e applicare alcuni principi universali e comuni e trovare le soluzioni più adeguate ed idonee per i singoli casi. Il dialogo fra universalità del diritto e localismo giuridico consente alla dimensione globale di non essere uniforme, ma di assumere comunque via via sempre più caratteri unitari, come è ormai evidente per il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali. La moltiplicazione delle fonti del diritto, sia all'interno che all'esterno dell'ordinamento nazionale, produce una nuova ed inedita regolazione, caratterizzata da asimmetrie, da ampi spazi di scelta, ma anche da rilevanti incertezze.

Le Corti sempre più spesso, a fronte di tale fenomeno, tendono ad assumere un ruolo fondamentale come attori che garantiscono l'unità giuridica dell'ordinamento nazionale e che controllano la circolazione di norme, regole ed istituti provenienti "dall'esterno". Esse assicurano, poi, il collegamento fra l'ordinamento di appartenenza e gli altri ordinamenti, regolando l'interazione fra di essi mediante l'applicazione ai singoli casi di principi generali comuni e universali. E anche, è bene ricordarlo, mediante la disapplicazione delle norme nazionali che non siano conformi a quelle sovranazionali: gli esempi relativi alle norme del Trattato europeo e alle norme della CEDU quali parametri di validità delle norme nazionali sono ormai numerosi. Que-

sta dialettica fra unità e differenziazione, fra universalità e localismo, così necessaria e connaturata alla globalizzazione giuridica, consente allo stesso tempo la circolazione di regole e istituti nuovi e diversi e il mantenimento di regole ed istituti comuni e condivisi: il principio del giusto processo accomuna e lega tutti i Giudici, mentre la libertà di circolazione – delle merci, delle persone, dei capitali, dei servizi – consente la disseminazione e il trapianto di strutture giuridiche diverse relative ad attività e diritti. Non è un caso, allora, che le Corti – specie quelle dei Paesi membri dell'Unione europea – facciano parte di "reti" all'interno delle quali comunicano direttamente, si scambiano esperienze, condividono orientamenti».

Crisi della Giustizia e abuso del processo.

«Se l'«offerta di Giustizia», pur con i problemi evidenziati, non è differente da quella degli altri Paesi, ben diversa è la situazione della «domanda di Giustizia». La moltiplicazione abnorme dei procedimenti pendenti deriva, in misura considerevole, dalla mancanza, in Italia, di qualsiasi meccanismo di «filtro» alla rilevanza e alla qualità delle controversie che possono essere portate dinanzi al Giudice.

La quantità di risorse che ciascun procedimento impegna è indipendente dalla sua rilevanza, sociale od economica, e l'accesso alla Giustizia si rivela così, illusorio, perché – come si è evidenziato all'inizio – la stessa facilità di accesso diventa la causa prima di blocco del sistema. A ciò si aggiunga che la gestione dei procedimenti è oggi di tipo pulviscolare: la stessa questione viene riproposta infinite volte, impegnando ogni volta l'intero meccanismo di soluzione della controversia, in modo che eventuali risposte non omogenee diventino fonti di ulteriori controversie. Si produce, così, al tempo stesso, uno spreco di risorse e la produzione di orientamenti contraddittori, che aumentano l'incertezza e diventano ulteriori fattori di moltiplicazione del contenzioso.

Un'ulteriore caratteristica del nostro tempo è il passaggio dall'abuso del diritto all'abuso del processo, per il raggiungimento di scopi

diversi dalla soluzione della lite o per conseguire vantaggi economici.

Si assiste sempre più spesso, infatti, ad un fenomeno di distorsione nell'utilizzo del processo, non più come strumento per risolvere una controversia ed accertare la regola applicabile al caso concreto, ma piuttosto come strumento di dilazione dei tempi nell'adempimento di obbligazioni e, ancor peggio, di strumento volto ad assicurare utilità del tutto estranee alla funzione del processo stesso. Se la tutela dell'interesse sostanziale è la ragione della attribuzione della *potestas agendi* e ne segna il confine, l'esercizio dell'azione in forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela attribuita configura abuso del processo e lede il principio del giusto processo, inteso come risposta alla domanda della parte. L'abuso della situazione sostanziale, in quanto attuata nel e tramite il processo si risolve in abuso dello stesso e viola il precetto dell'art. 111 Cost. Il principio, affermato in riferimento al divieto di frazionamento giudiziale di un credito unitario – derivante dalla regola generale di correttezza e buona fede nei rapporti obbligatori, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. – si arricchisce di un ulteriore profilo di contrarietà allo stesso art. 111 Cost. dal punto di vista della ragionevole durata del processo. L'effetto inflattivo, riconducibile alla possibile moltiplicazione dei giudizi, lede la ragionevole durata per l'evidente antinomia tra la moltiplicazione dei processi e il contenimento della loro durata.

Si realizza così per la Giustizia, come per altri beni pubblici, il fenomeno dei "free riders": soggetti che usufruiscono di un bene pubblico – il cui costo è sostenuto da tutta la collettività – estraendone utilità private ed aggravando, quindi, il costo per gli altri soggetti. Nel caso di specie, tale costo non deriva soltanto dallo spreco di risorse che un ricorso distorto allo strumento del processo comporta, ma anche da un ulteriore e forse più grave effetto: la moltiplicazione di controversie produce, infatti, un intasamento del sistema, che non solo eroga il servizio ad un costo più alto di quello dovuto, ma spesso non riesce

neanche più ad erogare il servizio in tempi ragionevoli.

L'illusione di un accesso del tutto indiscriminato al servizio Giustizia si traduce, così, in effetti, in una restrizione del servizio per chi ne ha davvero bisogno e nella distrazione di un bene pubblico dalla sua vera e propria funzione.

Anche per la Giustizia occorrerebbe, dunque, affrontare, come è stato fatto sulla base della teoria delle scelte collettive per altri servizi e beni pubblici, il problema delle condizioni per la fruizione del bene pubblico stesso, conciliando l'ampiezza dell'accesso con misure volte ad evitare un uso distorto del bene ed un'appropriazione parziale dei vantaggi del servizio».

Crisi della Giustizia e Foro.

«Il dato numerico relativo agli avvocati in Italia risente, invero, di una rilevante oscillazione ove si raffrontino gli iscritti al Consiglio degli Ordini Forensi d'Europa, il CCBE (Conseil des Barreaux Européens – Council of Bars and Law Societies of Europe), con gli iscritti alla Cassa nazionale forense (al 31 dicembre 2007, gli iscritti al CCBE erano 213.081, a fronte dei 136.750 e 143.976 iscritti alla Cassa nazionale forense, rispettivamente, alla fine del 2007 e del 2008).

L'inagevole reperimento di un dato univoco, dimostra, peraltro, la necessità di una riforma della professione forense che non trascuri, tra l'altro, la mera gestione degli elenchi dei singoli Ordini in diretto collegamento con l'Ordine nazionale, con la Cassa di previdenza forense e con il CCBE. Muovendo dal dato fornito dalla Cassa nazionale forense, aggiornato al 31 dicembre 2008, vi sono 143.976 iscritti, di cui 41.931 iscritti all'Albo speciale degli avvocati cassazionisti, 313 avvocati dell'INPS, 253 avvocati dell'INAIL ed altri avvocati di enti pubblici), oltre 389 tra avvocati e procuratori dello Stato.

Fa comunque riflettere il dato complessivo, fornito dal CCBE, del numero degli avvocati italiani comparato al numero degli avvocati europei: solo l'Italia supera la soglia dei 200.000 avvocati (più del 30% del totale europeo calcolato dal CCBE), mentre gli altri

Paesi si attestano ben al di sotto di questa cifra (la Spagna con 154.953, la Germania con 146.910, il Regno Unito con 139.789, seguite dalla Francia con solo 47.765 avvocati).

Il divario aumenta, e di molto, se si considerano gli avvocati patrocinanti dinanzi alle Corti di suprema istanza: in Italia vi sono 41.921 cassazionisti, ma manca l'albo nazionale con le condizioni di assunzione che non sia il mero dato anagrafico, in Francia essi sono solo 95 (Cour de cassation, Annuaire 2008, pp. 149-153) e in Germania, al 1° agosto 2007, appena 44 (www.Bundesgerichtshof.de). Significativa l'esperienza tedesca: il numero degli avvocati non è previsto espressamente, tuttavia sussiste una specifica procedura di selezione per l'abilitazione al patrocinio dinanzi al Bundesgerichtshof (artt. 164 e ss. della legge federale sull'avvocatura – Bundesrechtsanwaltsordnung [BRO] approvata il 1° agosto 1959), tramite una selezione effettuata da un comitato (Wahlausschuss) composto dal Presidente del Bundesgerichtshof, dai presidenti delle dodici sezioni civili della Corte, da membri del consiglio federale dell'ordine degli avvocati e dai membri del consiglio dell'ordine degli avvocati abilitati al patrocinio dinanzi al Bundesgerichtshof. Sulla proposta di designazione formulata dal suddetto comitato decide il Ministro della Giustizia. Con recente ordinanza (Bundesverfassungsgericht, Beschluss 27.02.2008, 1 BvR 1295/07) la Corte costituzionale federale ha dichiarato la legittimità costituzionale di tale disciplina, sottolineando, in particolare, che l'obbligo degli avvocati abilitati di concentrare la loro attività esclusivamente sui processi in materia civile dinanzi al Bundesgerichtshof ed il limitato numero degli stessi, garantiscono la loro perfetta conoscenza della giurisprudenza del Bundesgerichtshof e la loro elevata qualificazione giuridica e consente loro di esercitare una funzione di garanzia e promozione della giurisprudenza al più alto livello. L'ordinanza riconosce altresì la funzione di filtro esercitata dagli avvocati abilitati al patrocinio dinanzi al Bundesgerichtshof. Ulteriori ele-

menti di riflessione provengono dal confronto di questi dati con il numero di Magistrati e notai, nei quali l'Italia non si discosta di molto dalla media europea: nel 2008, si hanno “soltanto” 4.675 Notai e 8.359 Magistrati (così ripartiti: 6.242 giudicanti e 2.117 requiranti).

In un libero mercato di servizi, la moltiplicazione del numero degli operatori è sempre un dato positivo. Ma nel caso della Giustizia gli avvocati da un lato offrono un servizio alle parti, dall'altro lo richiedono al sistema pubblico. Occorre, allora, valutare, anche avvalendosi dell'esperienza degli altri Paesi, fino a quando tale abbondanza di operatori sia davvero funzionale a dar voce alle giuste pretese dei cittadini, e quando invece l'assenza di un numero chiuso (come accade per Notai e Giudici) non comporti, invece, un *surplus* di domanda di Giustizia, rispondente non più solo, e non più tanto, alle suddette pretese.

Tale *surplus* ricade a carico del sistema, e potrebbe costituire una delle cause per le quali le risorse destinate dall'Italia risultano insufficienti rispetto ad altri Paesi con analogo “offerta” di Giustizia ma con ben minore, e più “filtrata”, “domanda”.

Nessun intervento di riorganizzazione della Giustizia appare credibile se si concentra solo sullo stock di processi esistente e non si fa carico di porre filtri – equi ed efficaci – al *flow* dei nuovi accessi».

Crisi della Giustizia e Magistratura.

«La crisi di fiducia nella Giustizia deriva, come si è già detto, anche da cause interne alla Magistratura. Si tratta di pochi e isolati casi, ma che purtroppo hanno una rilevanza clamorosa, anche per l'enfasi mediatica che inevitabilmente li circonda. C'è stato un cambiamento di rotta, ma l'impegno deve essere ampliato, rafforzato e condiviso da tutti.

In più di un caso, si avverte la carenza, o l'insufficienza, di quello che dovrebbe essere un “costume comune” di tutti i Giudici, che abbia alla sua base la responsabile condivisione di valori etici e comportamenti istituzionali da assumere come propri, caratteristi-

ci, inviolabili e inscindibilmente connessi alla stessa funzione giudiziaria.

Quello del Giudice è un “mestiere” difficile: immersi nel mondo, nel “contesto” sociale, per assicurare la Giustizia con altruismo e con sacrificio, ma senza anelare a fama e potere. In primo luogo, il Giudice deve evitare “tentazioni mediatiche”.

Le Juge ne parle que de son siège: il Giudice comunica all'esterno il proprio lavoro attraverso la qualità e la tempestività dei provvedimenti che emana, non grazie alla popolarità delle trasmissioni cui partecipa o delle interviste che rilascia.

Queste esternazioni personali rischiano di costituire, nella maggior parte dei casi, fonte di equivoci, se non di possibili strumentalizzazioni, perché forniscono a queste dichiarazioni, non istituzionali, una notorietà maggiore di quella rivolta alle decisioni del Magistrato, e fanno perdere di vista la finalità propria dell'attività giudiziaria che è quella di pervenire, con solerzia e tempestività, ad una decisione che sia – ma che anche appaia – *super partes*, pronunciata nell'ambito del processo, e non al di fuori di esso.

Certo, come abbiamo già avuto modo di rilevare, con il conforto di altri autorevoli interventi, oltre a un più rigoroso richiamo dei Giudici ai propri doveri di riservatezza, occorrerebbe, contestualmente, evitare la realizzazione di veri e propri “processi mediatici”, simulando al di fuori degli uffici giudiziari, e magari anche con la partecipazione di Magistrati, lo svolgimento di un giudizio mentre è ancora in corso il processo nelle sedi istituzionali.

La Giustizia deve essere trasparente, ma deve svolgersi nelle sedi proprie, lasciando ai media il doveroso ed essenziale compito di informare l'opinione pubblica, ma non di sostituirsi alla funzione giudiziaria.

Un'altra disfunzione deriva dal considerare, talvolta, l'esercizio della giurisdizione alla stregua dell'esercizio di un “potere”, con la conseguente distrazione dal senso del servizio pubblico che sempre deve accompagnarci. Vi sono vari modi in cui tale disfunzione si realizza, ad esempio: – come esercizio di

potere nei confronti delle parti, che devono alla fine “subire” passivamente le inefficienze o la pigrizia di alcuni nella conduzione del processo; – come esercizio di potere nei confronti di altri colleghi, come dimostrano purtroppo casi recenti di scontri, tutti interni alla Magistratura, ai quali mai avremmo voluto assistere; – come esercizio di potere nei confronti della società, come avviene nei casi di “auto-indagini” condotte solo nel perseguimento di una personale ricostruzione accusatoria. A tale grave problematica corrisponde, però, una duplice e altrettanto grave incapacità del sistema. Da un lato, un'incapacità degli altri poteri pubblici di migliorare l'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, fino ad arrivare a casi di rottura del principio di legalità, che inducono lo stesso sistema a spingere i Magistrati ad una impropria funzione di “supplenza”. Dall'altro, un'incapacità di provvedere sollecitamente, in sede disciplinare, nei confronti del Magistrato che sbaglia, sì da restituire all'indipendenza della Magistratura il ruolo di valore essenziale di rilievo istituzionale e non di opaco scudo posto a difesa di privilegi corporativi. Solo così si realizza la migliore garanzia contro ogni tentazione di assoggettamento della Magistratura ad altri e diversi poteri.

Non mancano, poi, manifestazioni di una sorta di “narcisismo autoreferenziale”, che induce, tra l'altro, all'emanazione di quelle che il compianto collega Borré definiva “sentenze corsare”, le quali si pongono in palese e talvolta immotivato contrasto con consolidati indirizzi giurisprudenziali. Ciò, da un lato, costringe le parti – se ancora possibile – ad un ulteriore, defatigante grado di giudizio e, dall'altro, aumenta l'incertezza e anche il degrado istituzionale.

Vi è, poi, il rischio di “carriere parallele”. Ritengo che una permanenza temporanea al servizio delle Istituzioni pubbliche possa arricchire il bagaglio culturale e professionale del Giudice e costituire una costruttiva esperienza. Ma il fatto che vi siano colleghi, anche non pochissimi, ai quali la disciplina vigente – tra le pieghe delle varie regole e nell'assenza di considerazione dei periodi già trascorsi –

consente di restare collocati fuori ruolo per molti e molti anni, sottraendosi così per buona parte della loro carriera ai fondamentali compiti istituzionali, rischia di trasformare tale costruttiva esperienza in una sorta di “carriera parallela”, alla quale non dovrebbe accedersi tramite il concorso in Magistratura. Ma la causa a mio avviso più grave di tutte – poiché è anche la più diffusa, la meno avvertita, la più giustificata – risiede nella mancanza, nell’ambito della Magistratura, di una cultura diffusa dell’organizzazione e dell’efficienza, che si affianchi alla cultura del Diritto. Troppo spesso il Magistrato, ancora oggi, continua intimamente a ritenere di dover essere solo un bravo giurista, non anche un efficiente dispensatore del servizio. Il meglio è spesso nemico del bene; il riconoscere Giustizia tardivamente equivale spesso a non riconoscerla; la realizzazione di sentenze ponderose, dotte e giuridicamente impeccabili, ma cronicamente tardive, è grave quanto la perpetrazione di un’ingiustizia. Come diceva De Nicola “giustizia lenta non è giustizia”. La mancanza di una cultura di direzione dell’ufficio, di imposizione di regole più efficienti, di prevenzione e sanzione dei ritardi, di informatizzazione del lavoro, ci induce a considerare come eccezionali i risultati – noti come *best practices*, anche in sede internazionale – ottenuti da alcuni uffici giudiziari grazie ad un’efficace organizzazione laddove tali risultati dovrebbero costituire, invece, la regola, e cioè la conseguenza naturale di un’applicazione diffusa, negli uffici giudiziari, del principio di buon andamento dell’amministrazione di cui all’art. 97 della Costituzione. Come per tutte le organizzazioni complesse, occorre accettare sino in fondo la logica di sistema e di servizio della Giustizia, con la conseguente condivisione ed implementazione di modelli organizzativi volti ad assicurare la funzionalità e l’efficienza dell’attività giudiziaria, ed evitare invece il doppio rischio dell’anomia organizzativa – che consente a ciascuno di sottrarsi a logiche di funzionamento collettivo per perseguire percorsi individuali – e della burocratizzazione, attenta solo alle “voci di dentro” della corporazione

e non alle esigenze e alle aspettative dei cittadini e della collettività».

Crisi e rimedi culturali ricavabili dal sistema: gli artt. 24 e 111 Cost.

«Alla crisi della Giustizia si cerca molto spesso di rispondere con tentativi di riforme che riguardano ora il processo, ora l’ordinamento, ora il governo del sistema nel suo complesso. Le riforme hanno un’importanza centrale, e devono certamente essere portate a compimento se si vuole uscire dalla difficile situazione in cui ci si trova. Tuttavia, occorre francamente riconoscere che esistono due rimedi che sono indipendenti dalla introduzione di nuove discipline ma che devono essere necessariamente considerati indipendentemente da ogni tipo di riforma.

Il primo rimedio attiene alla necessità di una “cultura della giurisdizione”, pregiudiziale anche al profilo ordinamentale e a quello processuale.

Il secondo rimedio, di cui si parlerà ampiamente oltre, attiene al modo stesso di concepire il servizio Giustizia e alla sua organizzazione. Le riforme delle strutture e dell’organizzazione sono necessarie, ma la loro capacità di operare dipende anche da una loro adeguata comprensione e condivisione; in una parola, dalla cultura che li accompagna. La suddetta “cultura della giurisdizione” va intesa come adeguata comprensione di tutte le implicazioni possibili della affermazione della sua autonomia e qualità. La sua presenza può consentire di anticipare nei comportamenti misure che saranno poi messe a regime dall’intervento legislativo e di realizzare compiutamente previsioni normative una volta approvate, che senza quella cultura rischiano di rimanere “sulla carta”. Cultura della giurisdizione significa, naturalmente, centralità del giudizio prima ancora che dei Giudici; centralità della funzione esercitata rispetto a coloro che, in un certo momento storico, ne sono protagonisti. Questo rilievo non costituisce il portato di una opzione personale o di una certa interpretazione del quadro ordinamentale, ma, a ben vedere, la conseguenza specifica di una attenta lettura dello stesso quadro costituzionale. È, quindi,

questo quadro a dirci in che cosa consiste e come si articola la cultura della giurisdizione. Il punto di partenza di ogni discorso non può che essere costituito dall'art. 24 Cost., anzi da una sua nuova lettura adeguata ai tempi. La norma non a caso richiamata fra i principi fondamentali garantisce che non c'è pienezza della tutela giurisdizionale se non si fornisce protezione a tutte le situazioni soggettive sostanziali, diritti e interessi legittimi. Il che vale a dire che le protezioni sostanziali rischiano di rimanere senza effetto se non c'è un adeguato sistema giurisdizionale che li trasforma in tutele effettive. Questo sistema concerne una funzione unitaria, anche se riguarda situazioni soggettive diverse e distinte organizzazioni della tutela giurisdizionale. Primato della giurisdizione significa pertanto non solo accesso alla tutela giurisdizionale, ma comunicabilità di queste tutele, attraverso anche la *translatio iudicii*.

Se l'art. 24 Cost. insegna che la centralità della giurisdizione costituisce un principio fondamentale della Repubblica, l'art. 111 indica come si articola e come si realizza questo primato.

Questo collegamento si declina in almeno tre aspetti: – il “giusto processo” (art. 111, 1° comma, Cost.) e non l'azione, pubblica o privata, “attua” la funzione giurisdizionale, anche se l'azione è necessaria per il suo esercizio. Per restituire la giusta priorità dei valori costituzionali occorre allora ripristinare, culturalmente prima ancora che giuridicamente, il “primato del giudizio”, della sentenza, rispetto alle richieste delle parti, anche se pubbliche; – la “cultura della giurisdizione” colora di un ruolo nuovo anche la funzione delle parti (art. 111, 2° comma, Cost.); la norma, infatti, assegna sia al Giudice che alle parti la responsabilità della giurisdizione, e suppone quindi che la coscienza di questa funzione (*jus constitutionis*) non sia oscurata dalla gestione della singola lite (*jus litigatoris*); – il processo è per le parti, esso è tuttavia anche per i cittadini, per la comunità. Se la definizione della lite in ultima istanza riguarda l'utilità della parte, la *regula juris*, l'affermazione del principio di diritto in

quella stessa lite da parte di una Corte suprema (art. 111 Cost., 6° e 7° comma) riguarda tutti i cittadini e la comunità nel suo complesso, che deve poter contare – per un tempo ragionevole – sulla “solidità” di quel principio e sul suo rispetto da parte dei Giudici di prima istanza.

Il primo collegamento decisivo è quello con l'art. 111, 1° comma, Cost.: è il “giusto processo” e non l'azione, pubblica o privata, che “attua” la funzione giurisdizionale, anche se l'azione è necessaria per il suo esercizio. Questo vuol dire che al centro della previsione costituzionale c'è un “giudizio” da parte di un Giudice, che richiede il distinguere, il valutare, il bilanciare gli opposti interessi, il soppesare tutti gli elementi addotti. A tale non facile operato si connette la responsabilità del Giudice di attribuire una volta per tutte il bene della vita o di negarlo, di mandare assolto un cittadino o di dichiararlo colpevole, con una assunzione di responsabilità davanti a tutto il Paese. Quando siamo di fronte all'esercizio dell'azione, dobbiamo quindi ricordare che la responsabilità decisiva è attribuita dalla Costituzione al “giudizio” che questa attiva; un giudizio che non è una mera valutazione di conferma o di dissenso rispetto all'azione esercitata, ma un'autonoma assunzione di responsabilità del Giudice di fronte ai cittadini. È per questa ragione che le sentenze sono pronunciate “in nome del popolo italiano”. Vi è quindi una sorta di *aberratio* nella cultura mediatica che identifica il momento fondativo e decisivo della giurisdizione nell'esercizio dell'azione e non nell'operato del giudicante. È il giudizio, che si svolge in contraddittorio, tra le parti in condizioni di parità, e non l'azione a costituire il momento che trasforma con valore *erga omnes*, un'iniziativa “di parte”, ancorché pubblica, in una scelta consapevole di un Giudice, *super partes*, “in nome del popolo”. La responsabilità del Giudice si accompagna infatti con l'autonomia del giudizio dall'azione. Per restituire la giusta priorità dei valori costituzionali occorre allora ripristinare, culturalmente prima ancora che giuridicamente, il “primato del giudizio”,

della sentenza, rispetto alle richieste delle parti, anche se pubbliche. Questa consapevolezza, che discende direttamente dall'attuale dettato costituzionale, appare pregiudiziale a ogni tentativo di riforma, anche in relazione al rapporto tra funzioni giudicanti e requirenti. Si tratta, d'altra parte, di un esito che non può sorprendere se si pensa che è innanzitutto il "giudizio-sentenza" che fonda l'indipendenza della Magistratura, dal momento che solo da un esercizio indipendente della funzione può derivare una risposta autenticamente responsabile. Questo non significa che l'indipendenza della parte pubblica non sia necessaria, anzi questa è indispensabile. Intendo dire che questa indipendenza sarebbe inutile se, alla fine, non ci fosse l'indipendenza del giudizio.

Il giudizio deve garantire l'indipendenza dell'azione e della sua valutazione con una risposta certa, pronta ed efficace.

Il secondo profilo in cui si articola la "cultura della giurisdizione" riguarda il 2° comma dell'art. 111 Cost., introdotto con la riforma del 1999, e il principio del "giusto processo" che colora di un ruolo nuovo anche la funzione delle parti. Il giudizio è, come ricorda l'antico brocardo, *actus trium personarum*. Questo significa che le parti sono decisive per il giudizio ("senza parti c'è solo amministrazione") e che anche ad esse è demandata l'attuazione del bene pubblico della Giustizia. È questo che intende dire l'art. 111, 2° comma, della Costituzione, quando ci ricorda che ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, davanti a un Giudice terzo e imparziale. Il primato della giurisdizione è affidato anche all'assunzione di una responsabilità delle parti per l'esercizio della funzione. La qualità di questo primato dipende anche dalla qualità del modo in cui le parti svolgono la nuova funzione. Qui è evidente che le ricchissime implicazioni contenute nel nuovo testo del 2° comma dell'art. 111 devono ancora essere adeguatamente meditate e metabolizzate non solo dai Giudici ma anche dalla classe forense. La norma, infatti, assegna sia al Giudice che alle parti la responsabilità della giurisdizione, e suppone

quindi che la coscienza di questa funzione (*jus constitutionis*) non sia oscurata dalla urgenza della preoccupazione per la lite e per la sua definizione (*jus litigatoris*). In altri termini, occorre progressivamente realizzare il primato della previsione costituzionale rispetto alla considerazione esclusiva della propria qualità di parte nella lite. È anche per tale motivo che il processo deve avere una ragionevole durata: il protrarsi del processo oltre tale ragionevole durata fa di esso non uno strumento a servizio di tutte le parti, e quindi dei cittadini, ma un modo in cui qualcuno si appropria di esso e riesce a strumentalizzarne la durata alterandone le conseguenze. La garanzia è tale se è utilizzata da tutti coloro che partecipano della funzione secondo diritto. Se la giurisdizione si attua mediante il giusto processo e se questo è *actus trium personarum* la "Giustizia" del processo è affidata tanto alla responsabilità del Giudice quanto a quella delle parti e dei loro difensori. Occorre allora prendere atto del nuovo assetto del "giusto processo" e riconquistare il ruolo dello *jus constitutionis* rispetto allo *jus litigatoris*, rivedendo il rapporto tra efficacia del servizio (specie con riferimento alla "ragionevole durata") e diritti dei singoli.

La considerazione comune degli artt. 24 e 111 Cost. pone, infine, al centro dell'attenzione la questione delle Corti supreme e cioè di tutte quelle Corti poste al vertice degli ordinamenti delle giurisdizioni chiamate ad esercitare la funzione di nomofilachia. C'è una ragione specifica per cui queste Corti sono espressamente ricordate negli ultimi due commi dell'art. 111 sicché, senza il loro intervento, non si attua né il primato della giurisdizione né il giusto processo. Il processo è infatti per le parti; esso è tuttavia anche per i cittadini, per la comunità civile nella quale si inserisce.

Se la definizione della lite in ultima istanza riguarda l'utilità della parte, la *regula juris*, l'affermazione del principio di diritto in quella stessa lite da parte di una Corte suprema riguarda tutti i cittadini e la comunità nel suo complesso, che deve poter contare –

per un tempo ragionevole – sulla “solidità” di quel principio e sul suo rispetto da parte delle Corti di prima istanza. La prima, infatti, attribuisce il bene della vita che nel passato ha dato origine alla contesa, la seconda fornisce una linea di indirizzo per il futuro e per evitare il ripetersi delle patologie. Ogni processo ha pertanto una “funzione satisfattiva” *inter partes* ed una “funzione di indirizzo” *erga omnes*. L’art. 111 ci ricorda che l’attuazione della giurisdizione non è piena ed il processo non è veramente “giusto” senza questa seconda funzione. Questo non significa che la giurisdizione non sia un “potere diffuso”, esercitato da Giudici e da P.M. uguali tra loro. Un potere diffuso non è né un potere pulviscolare, né confliggente o contraddittorio, ma capace di ordinarsi e di organizzarsi rispettando l’affidabilità e la fiducia che il cittadino ripone, in quanto la giurisdizione è soprattutto un servizio per il cittadino. Il ruolo di indirizzo delle Corti supreme (in ogni ambito giurisdizionale) va quindi ribadito a livello culturale e organizzativo prima ancora che a livello legislativo. Questa partita è decisiva non solo per la realizzazione di un servizio efficiente e tempestivo, ma anche per il rilancio del Paese e per la sua competitività: come si è già detto, la certezza del diritto e la stabilità dell’ordinamento costituiscono infatti un requisito indispensabile per fare del nostro un Paese affidabile, in grado di fornire la garanzia adeguata a chi intende investire in Italia, creando sviluppo e occupazione. La c.d. nomofilachia e soprattutto il recupero dello *jus constitutionis* comporta non soltanto l’enunciazione del principio di diritto, ma la responsabilità da parte di tutti i Giudici, e quindi anche delle Corti supreme, di assicurare non un indirizzo “purché sia”, ma indirizzi che siano al tempo stesso “moderni” e “coerenti”, compartecipe, condiviso, lasciando ai singoli, come prevede l’art. 374, 3° comma, c.p.c. di riproporre con adeguata motivazione il problema. Se l’ordinamento valorizza tale funzione, ci mettiamo al passo con i tempi; altrimenti vi è il rischio di una frammentazione eccessiva della funzione giurisdizio-

nale, che non ci farà risolvere lo stato di crisi in cui oggi versiamo.

Per quanto ci riguarda, ci stiamo impegnando, al nostro interno, per adottare tutti gli strumenti che consentono di rafforzare l’autorevolezza delle nostre pronunce, con indirizzi che possano essere al tempo stesso “moderni” e al passo con i tempi, ma anche coerenti e stabili!».

Crisi e rimedi organizzativi.

«Il secondo rimedio generale che va necessariamente considerato indipendentemente da ogni modello di riforma attiene all’organizzazione.

Il sistema Giustizia è un sistema di garanzie, ma è anche il frutto di una adeguata organizzazione delle stesse che l’ordinamento mette a disposizione. Questo vuol dire che, nella risposta alla domanda di Giustizia, un ruolo decisivo ha l’organizzazione e l’efficienza degli uffici giudiziari.

In questo senso, i principi di cui all’art. 97 della Costituzione – buon andamento, imparzialità, efficacia ed efficienza – costituiscono anche il quadro di riferimento necessario per l’organizzazione del sistema di Giustizia, come servizio pubblico.

Si procederà, pertanto, a descrivere alcune soluzioni che abbiamo maturato in Cassazione e che si sono rivelate positive, sì da poter essere in parte assunte come utili punti di riferimento per l’ulteriore percorso da compiere anche per i Giudici di merito.

La crescita nella quantità dei ricorsi non ha inciso né sulla qualità né sulla certezza degli indirizzi giurisprudenziali. Anzi.

Con l’aiuto dei colleghi le sentenze sono decise e redatte dopo una meditata riflessione collegiale, nell’adempiere al compito di risolvere non solo la singola controversia *inter partes*, ma di affermare, con attenta ponderazione, il principio di diritto con rilevanza *erga omnes*, tenendo anche conto del profilo economico se si tratta di una questione civile o della sicurezza e della libertà se si tratta di una questione penale.

Si è diffuso un metodo di discussione aperta e partecipata sulle questioni di diritto più rilevanti, avendo sempre a cuore, da un lato,

la ricerca di soluzioni al passo con i tempi e di meditata qualità giuridica (che infatti, come ho detto prima, vengono spesso accolte con stima e soddisfazione dalla dottrina e dal Foro), dall'altro la consapevolezza della rilevanza esterna di ogni decisione, che è una decisione non del singolo collegio, né della singola sezione, ma di tutta la Corte.

La "pre-camera" di consiglio – come sede di specifica individuazione dei problemi prima dell'udienza e non di soluzione degli stessi – già in vigore da tempo per le sezioni unite civili, è stata introdotta anche per le sezioni unite penali. Le singole sezioni hanno adottato una riflessione tematica sulle questioni loro affidate in modo che i singoli collegi tengano conto del precedente indirizzo e, prima di discostarsene, compiano all'interno della sezione una riflessione tra tutti i colleghi, rimettano se del caso la questione alle sezioni unite, ovvero motivino il proprio diverso orientamento collegiale. Per le questioni di massima rilevanza non esitiamo a riunire tutti i colleghi delle sezioni unite, sì da poter metabolizzare le convinzioni di tutti. Lo studio approfondito e partecipato delle questioni consente di evitare decisioni non meditate, in distonia con il "diritto vivente", come le c.d. decisioni "corsare" di cui si è già detto.

La Corte sta raccogliendo le potenzialità della riforma del 2006 attraverso: – la pronuncia sempre più frequente di sentenze nell'interesse solo "della legge"; – l'adozione del principio del giusto processo come canone interpretativo generale; – la sanzione processuale dell'"abuso del processo"; – la realizzazione di un'equiparazione piena tra Giudice ordinario e Giudice amministrativo (non più Giudice "speciale"), "Giudici" che esercitano tutti, con pari pienezza di strumenti di tutela, il medesimo servizio Giustizia, nei rispettivi settori, nell'interesse del cittadino, anche attraverso la *translatio iudicii*.

Le sentenze nell'interesse della legge.

«Il legislatore del 2006 ha conferito alla Corte il potere, nei soli processi civili, di pronunciare, anche d'ufficio, il principio di diritto nell'interesse della legge. Il Codice di proce-

dura civile aveva previsto sin dal 1942 il ricorso nell'interesse della legge da parte del P.G. La norma, tranne un isolato caso negli anni '70, non era mai stata utilizzata. La Corte ha apprezzato tale innovazione normativa, la cui utilizzazione costituisce oramai una linea di tendenza della propria giurisprudenza e mostra segni di potenzialità espansive. Il messaggio istituzionale sulla prevalenza dello *jus constitutionis* è stato raccolto, emettendo alcune sentenze anche nel caso di ricorsi inammissibili, facendo valere soltanto l'interesse "della legge" a fissare un principio di diritto utile non più per quella causa, ma all'intero sistema giuridico. La particolare importanza della questione di diritto, cui è subordinato l'esercizio di tale potere, mostra chiaramente il legame dell'istituto con la funzione deflattiva del contenzioso, essendo la regola di giudizio idonea a valere come criterio di chiarificazione e di indirizzo per la decisione di casi analoghi. La tradizionale funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, da obiettivo neutro con connotazioni per certi versi "gerarchiche", si è trasformata ed arricchita con l'emersione di potenzialità positive. Presupposto indefettibile è, naturalmente, la coerenza interna degli indirizzi giurisprudenziali, al passo con i tempi e con i mutamenti ordinamentali, e l'autorevolezza degli stessi, fondata sulla migliore mediazione possibile tra "disposizione" e "norma", nel confronto con le riflessioni della cultura giuridica e con le istanze della società civile. Lo strumento sembra assumere tendenziale capacità espansiva. Infatti, è stato enunciato il principio di diritto nell'interesse della legge anche in un caso in cui il ricorso è stato esaminato nel merito e rigettato per altri motivi (S.U. n. 27044), avendo la Corte rilevato che la questione – in tema di condizioni di immunità dalla giurisdizione italiana dell'agente diplomatico straniero – non era stata mai affrontata *ex professo*. Un nesso con l'interesse pubblico all'esatta interpretazione della legge è pure rinvenibile nella enunciazione del principio di diritto in esito alla soluzione del contrasto, oltre i limiti stretta-

mente delimitati dal ricorso, purché ascrivibili all'orbita del contrasto.

Le ostilità avverso questa nuova forma di definizione più agile del giudizio di legittimità si sono manifestate da due angoli visuali: le minori garanzie rispetto alla pubblica udienza e la possibile compromissione della terzietà del Giudice. La Corte, rispetto al primo profilo, ha escluso (n. 19947) il contrasto con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, proprio richiamando la giurisprudenza europea, che aveva già ritenuto legittima la mancanza della pubblicità nei giudizi di Cassazione di altri Paesi. Con riferimento alla terzietà del Giudice che compone il collegio dopo aver stilato la relazione preliminare, la Corte (n. 18047), ha ribadito che la relazione prevista non è un segmento di decisione sottoposto alla approvazione del collegio, ma una mera proposta di definizione processuale accelerata, rivolta alle parti e al collegio, che favorisce il pieno dispiegarsi del contraddittorio e la celerità della decisione.

Il processo è lo strumento di attuazione di tutti i diritti. Nessun bene giuridico è effettivamente tutelato se al titolare è negato il diritto alla tempestiva decisione sul merito della domanda giudiziale. Il processo, fisiologicamente destinato a svolgersi nel tempo, è "giusto" solo se si definisce tempestivamente, in termini ragionevoli. Come si è detto, il nuovo art. 111 Cost. ha esplicitato il principio, già ricavabile – secondo il consolidato orientamento della cultura giuridica – dagli artt. 3 e 24 della Costituzione e dall'art. 6 della CEDU. La Corte di Cassazione sta fornendo il suo contributo affinché il principio della ragionevole durata del processo prenda corpo, concretizzandosi nella effettiva riduzione dei tempi. Ciò soprattutto alla luce del rinnovato quadro costituzionale e con la consapevolezza del proprio ruolo istituzionale nell'assicurare l'attuazione dei diritti. La giurisprudenza di legittimità è percorsa dalla priorità del ruolo che il Giudice deve svolgere, quale interprete delle norme e quale soggetto processuale al quale il legislatore attribuisce compiti di direzione del pro-

cesso. È ormai costante l'affermazione che compito del Giudice è quello di privilegiare, fra diverse interpretazioni possibili, quella che, nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali, sia più idonea a dare attuazione al principio del giusto processo. Non poche norme processuali sono state reinterpretate alla luce di questo principio. Sono individuabili diversi, ma convergenti, percorsi lungo i quali tale valorizzazione si è affermata. Il primo si snoda attraverso la rivisitazione di alcuni istituti processuali volta a favorire la contrazione dei tempi. È stata ammessa la possibilità di eccepire la questione di giurisdizione (S.U. n. 25037) e di esperire il regolamento preventivo (S.U. n. 19601) nel giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo. Nel primo caso, riconosciuto alla sentenza il duplice contenuto di accertamento, l'uno avente ad oggetto il diritto di credito del debitore esecutato nei confronti del terzo pignorado, l'altro attinente all'assoggettabilità del credito pignorado all'espropriazione forzata, si sono ritenute ammissibili le questioni di giurisdizione "onde perseguire... quei fini di concentrazione, celerità e coerenza che improntano il nuovo *dictum* costituzionale del giusto processo".

La nuova frontiera dello spoglio penale sull'inammissibilità (art. 610 c.p.p., modificato con legge n. 128 del 2001).

La sperimentazione di una diversa organizzazione della settima sezione penale e del preventivo spoglio dei ricorsi ad essa rimessi per l'ordinanza di inammissibilità ha dato risultati nettamente positivi nelle sezioni terza e sesta in cui ha avuto inizio. I ricorsi rimessi alla settima sezione da parte della terza sezione sono aumentati, nel 2008, di oltre il 100% rispetto all'anno precedente e, da parte della sesta sezione, di quasi il 50%, mentre tale differenza tra i due anni è, per le altre sezioni, di segno negativo (seconda e quarta) ovvero di entità positiva molto limitata (circa il 15% la prima e meno del 10% la quinta). La nuova organizzazione dà anche risultati più conformi alla volontà del legislatore perché riduce le pronunzie di inammissibilità del ricorso pronunziate a se-

guito di una procedura diversa da quella per le stesse appositamente istituita dall'art. 610 c.p.p. e dall'art. 169 *bis* disp. att. c.p.p. I buoni risultati della sperimentazione organizzativa si spiegano con la considerazione, già espressa nella precedente Relazione, che i collegi della settima sezione (composti dai Magistrati che provengono dalla stessa sezione avente competenza interna sui ricorsi ad essa rimessi) sono in grado di conoscere le problematiche inerenti alla materia normalmente da loro trattata; il che comporta una maggiore prevedibilità delle decisioni da loro adottate e quindi evita il rischio di ping-pong del ricorso, rimesso inizialmente alla settima ma poi restituito (per una diversa valutazione) alla sezione di provenienza, con ritardi che possono anche determinare la prescrizione del reato. Il rischio di diversa valutazione (e di conseguente rallentamento dei tempi) – che è elevato soprattutto per i ricorsi relativi alla legislazione penale speciale – non sussiste nella diversa organizzazione che è stata sperimentata, con il conseguente miglioramento del lavoro di spoglio dei ricorsi, che può essere effettuato sulla base di criteri prestabiliti ed uniformi, e che elimina inoltre il successivo lavoro di spoglio ed assegnazione presso la settima sezione».

Rimedi alla crisi e Riforme processuali.

«Per la Giustizia penale, come per quella civile, l'emergenza maggiore è costituita dalla durata dei processi, ma occorre riconoscere che questa non è l'unica.

C'è anche la sensazione diffusa di un difetto di funzionamento dei meccanismi processuali, di un uso talvolta improprio delle indagini e delle misure cautelari e – soprattutto – di una scarsa effettività della pena. A questa sensazione si lega un indebolimento della funzione di prevenzione generale che alla pena è innanzi tutto assegnata. Non sempre reati, anche gravi, vengono puniti in modo adeguato e generalmente le pene inflitte solo in parte vengono eseguite; in alcune aree del Paese c'è una criminalità diffusa, organizzata e non, alla quale la Giustizia penale sembra talvolta incapace di dare risposte pronte ed efficaci. Occorrerebbe una riflessione com-

plexiva su tutti gli aspetti della Giustizia penale, cioè sugli aspetti sostanziali, processuali e di ordinamento penitenziario, per verificare se, e in quale misura, il sistema riesca effettivamente a svolgere la sua funzione, e la riflessione dovrebbe muovere da indagini empiriche e non da mere impressioni o suggestioni. Occorrerebbe considerare i reati commessi, nella loro quantità e qualità, quelli per i quali si procede (è noto che numerosi sono i casi in cui gli autori rimangono ignoti), quelli per i quali si perviene a una condanna, quante delle pene inflitte sono effettivamente da eseguire in regime detentivo e infine quale deve considerarsi un numero fisiologico di detenuti, in modo da un lato di dimensionare adeguatamente gli istituti penitenziari e dall'altro di prevedere una serie di strumenti sanzionatori diversi dalla detenzione, di efficacia adeguata, strumenti che in numero significativo già sono stati individuati nell'ultimo progetto di nuovo codice penale. Alla durata dei processi sono collegati altri temi oggi assai dibattuti, cui è opportuno accennare».

L'obbligatorietà dell'azione penale.

«È un rilievo ricorrente e generalmente condiviso quello che c'è un notevole sfasamento tra il numero dei reati e dei relativi processi e la capacità di definizione degli stessi da parte dell'amministrazione giudiziaria.

Questa non riesce a trattare tutti i processi e quindi una parte delle azioni penali è destinata alla chiusura od è gestita, secondo criteri casuali o peggio secondo scelte insondabili del pubblico Ministero o anche del Giudice, che nella scelta dei processi da definire ne privilegia alcuni condannando gli altri alla prescrizione. Di qui la proposta di sostituire il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale con quello della discrezionalità, presente negli ordinamenti di molti altri Paesi occidentali.

Un rimedio possibile è quello basato sulle c.d. priorità: si dovrebbero individuare in modo chiaro e formale, eventualmente sulla base di criteri indicati dal legislatore, i processi che devono avere la precedenza rispetto

ad altri meno urgenti. L'idea merita attenzione, anche se occorre agire con prudenza.

Sarebbe un criterio del tutto ragionevole se avesse la sola funzione di stabilire una graduatoria temporale ma si risolverebbe in una subdola forma di discrezionalità se in realtà dovesse avere il significato di condannare i processi non "prioritari" alla prescrizione. Sotto questo aspetto la sua adozione potrebbe giustificarsi se il criterio venisse utilizzato, come finora è stato fatto, in presenza di situazioni particolari o di emergenze ma si risolverebbe in una ipocrisia dannosa se dovesse diventare sistematico perché sarebbe fonte di disparità di trattamento e disfunzionale. Infatti, a seconda dei carichi di lavoro, può accadere che di fatto processi per lo stesso reato in un ufficio giudiziario siano destinati alla trattazione e in altri siano destinati a concludersi con la prescrizione, come può accadere che per il carico della Corte di Appello si concludano con la prescrizione processi regolarmente trattati in primo grado, con un inutile dispendio di energie. Meglio, sarebbe, allora fare una chiara scelta per la discrezionalità dell'azione penale, ma questa non può non costituire l'"ultima spiaggia", sia perché richiede una modificazione della Carta costituzionale, sia perché attribuirebbe al pubblico ministero poteri difficilmente conciliabili con la sua posizione di indipendenza, che non può venire meno perché costituisce un valore irrinunciabile.

Ci si deve chiedere se effettivamente non sia possibile riformare il sistema in modo da gestire tutte le notizie di reato, o almeno tutte le più gravi, senza attribuire poteri discrezionali al pubblico ministero, e la risposta non sembra debba essere necessariamente negativa se si procedesse, contestualmente, all'introduzione di rimedi deflattivi.

Un rilevante strumento deflattivo innanzi tutto potrebbe essere costituito dalla previsione, del tutto ragionevole, che non si debba procedere nel caso in cui il fatto risulti sostanzialmente privo di rilevanza penale, non secondo una valutazione discrezionale del pubblico ministero ma secondo parametri normativi, rimessi all'accertamento del

Giudice, come già attualmente avviene nel processo minorile e in quello per i reati di competenza del Giudice di pace e come è previsto nei progetti dei nuovi codici penale e di procedura penale. Un altro strumento deflattivo da usare, anche se con cautela, potrebbe essere costituito dalla sospensione del processo con messa alla prova, istituto che ha il vantaggio di evitare la celebrazione di un processo che potrebbe svolgersi per tutti e tre i gradi previsti per poi concludersi con la scarsa efficacia di una condanna condizionalmente sospesa. In altre parole, nei casi in cui si arriverebbe comunque alla sospensione condizionale della pena dovrebbe essere preferita la ben più economica sospensione condizionale del processo».

Semplificazione del processo penale e prescrizione.

«È, inoltre, ormai chiaro che occorre puntare su una semplificazione del processo penale e soprattutto su un potenziamento dei riti speciali basati sul consenso dell'imputato.

Un rimedio potrebbe essere la revisione dell'indirizzo legislativo recente che ha portato alla incomprensibile abrogazione del c.d. patteggiamento in appello facendo venir meno un istituto di rilevante capacità deflattiva dei giudizi di impugnazione. Il nuovo codice è stato disegnato nel presupposto che la grande maggioranza dei procedimenti sarebbe stata definita con il patteggiamento e con il giudizio abbreviato e che solo a un numero limitato di procedimenti, con una complessa prova da acquisire, avrebbe dovuto essere riservato il giudizio dibattimentale.

Il disegno originario del legislatore di privilegiare i riti speciali rispetto al più oneroso rito ordinario è fallito poiché, anche quando l'evidenza probatoria fa apparire inutile il dibattimento, l'imputato evita i riti consensuali perché al più vantaggioso trattamento sanzionatorio di questi antepone la prospettiva non irrealistica della prescrizione.

Perciò è difficile immaginare un incremento del patteggiamento e del giudizio abbreviato senza incidere sull'aspettativa della prescrizione e quindi sulla sua maturazione e sulla sua durata nel corso del processo.

Potrebbe allora distinguersi, come è stato proposto da vari studiosi, la prescrizione sostanziale da quella processuale, ma soprattutto potrebbe e dovrebbe stabilirsi una diversa durata della prescrizione a seconda del tipo di procedimento scelto dall'imputato, in modo da non indurlo ad escludere i procedimenti speciali allo scopo di far maturare il termine prescrizioneale».

Il problema delle intercettazioni.

«In relazione alla dibattuta questione delle intercettazioni telefoniche, il principale problema risiede nella loro abnorme e poco giustificata reiterazione nel tempo. Dovrebbero essere vietate le proroghe se nel periodo inizialmente stabilito non si sono raggiunti risultati apprezzabili, tranne casi eccezionali, rigorosamente motivati. Risulterebbe, poi, utile l'istituzione di un archivio riservato che sia accessibile sia dal P.M. che dal difensore. Andrebbe, inoltre, contrastata la prassi di trascrivere nei provvedimenti giudiziari pagine e pagine di inutili intercettazioni, invece di richiamare *per relationem*, lasciando le riservate, le sole parti ritenute necessarie, motivandone la rilevanza in relazione al processo in corso».

Le misure cautelari personali.

«Per quanto riguarda le misure cautelari personali, si prospettano svariate ipotesi di riforma.

Da un lato, si propone di attribuire il potere di disporre le misure cautelari ad un collegio

e non più a un Giudice monocratico, collocando tale organo a livello distrettuale e mantenendo ferma la procedura del riesame. Dall'altro, si riflette sull'opportunità di anticipare il contraddittorio davanti al collegio, escludendo la fase del riesame. Viene anche prospettata la possibilità di rivolgersi, anziché al Giudice per le indagini preliminari, direttamente a un Giudice del tribunale del riesame, ovvero ad un collegio del Tribunale distrettuale la cui decisione potrebbe essere reclamata in Corte d'Appello.

Tali ipotesi vanno valutate tutte attentamente, ma quel che conta di più è l'accelerazione dei tempi del processo, per ridurre al minimo il peso, anche mediatico, delle vicende cautelari».

Pubblico ministero e poteri investigativi.

«Vanno certamente rilevati i possibili profili di incostituzionalità di una disciplina che privi il P.M. del potere di direzione delle indagini (art. 112 Cost.). Ciò non toglie che questo potere è riconosciuto al P.M. non per la sua qualità, ma per lo svolgimento di indagini relative a specifici reati.

Il P.M. non deve abusare delle "autoindagini" oltre i limiti fisiologici di cui all'art. 330 c.p.p., soprattutto in un contesto storico che già gli rende difficile vagliare tutte le *notitiae criminis* presentategli. L'inchiesta del P.M., parte pubblica, deve tendere ad una sentenza: non è essa, di per sé, una soluzione appagante o una decisione».

c) del Procuratore Generale Vitaliano Esposito.

Premessa.

Tradizionalmente, nei loro lunghi discorsi, i Procuratori generali erano soliti soffermarsi su una domanda: qual è lo stato della giustizia?

E la risposta è stata sempre connotata da un rassegnato sconsiglio – venato a volte da spunti di impotente ribellione – di fronte al ritenuto ineluttabile degrado della giustizia. Oggi io intendo cambiare prospettiva; mi pongo un'altra domanda: qual è lo stato

del magistrato, ossia, qual è oggi la funzione e, quindi, il ruolo dei giudici e dei pubblici ministeri? Non ignoro l'importanza dell'altro fondamentale protagonista del processo, il difensore; ma non voglio invadere campi altrui stante l'autorevole presenza in questa cerimonia del presidente del Consiglio nazionale forense.

Si tratta di spostare l'attenzione da un oggetto, un ambito – la giustizia – ai soggetti che in quell'ambito agiscono.

Interrogarsi sul ruolo attuale degli uomini di legge è doveroso in presenza di una evidente crisi di identità degli stessi. Il modello illuminista di Montesquieu, improntato alla neutralità del giurista, non è oggi – se mai lo è stato – attuale.

Ragionare sul ruolo del giudice e del pubblico ministero oggi – verificare la necessità di costruzione di un modello nuovo di uomo di legge – ci consente di comprendere come sia necessario andare oltre il sogno di un ideal-tipo di giustizia, ed assumere un atteggiamento più realistico: pensare alla giustizia non in termini di una sacralità inarrivabile, ma come un servizio sociale – al pari della sanità o dell'istruzione – che deve essere portato a livelli sostenibili di efficienza e di effettività.

Efficienza del servizio ed effettività dei diritti: sono questi i punti nodali della questione giustizia, all'interno dei quali vanno individuate le ragioni della crisi di identità del magistrato, per contribuire ad avviare – come ha indicato il Capo dello Stato – un confronto *senza opposte pregiudiziali e posizioni rigidamente precostituite*.

Un contributo fattivo costituisce la finalità anche di questo mio intervento. In questa prospettiva, la priorità assoluta deve essere data a interventi sul versante della legislazione sostanziale e processuale: è su di essa che trova la sua radice il problema del rapporto insoddisfacente tra la moltiplicazione dei diritti e delle tutele e la loro effettiva realizzazione attraverso il processo; soprattutto è su questo piano che si collocano molteplici aspetti della crisi di identità del magistrato. Io ritengo, dunque, che occorra anzitutto recuperare il prestigio della legge mediante la qualità della stessa, che deve essere – secondo l'insegnamento della Corte europea dei diritti dell'uomo – chiara, accessibile, prevedibile nei suoi effetti.

Il magistrato che applichi una norma priva di tali requisiti viola il principio della sicurezza giuridica dei cittadini, che è un principio cardine di ogni società democratica.

Ed è proprio l'applicazione di una legge non chiara quella che è alla base della recente

sentenza della Corte europea nel caso di Punta Perotti: caso clamoroso, rivelatore anche – come ha detto la Corte – del cattivo funzionamento dell'apparato ordinamentale. La verità è che il magistrato si muove oggi in un sistema normativo multilivello, a carattere circolare, che supera la tradizionale gerarchia delle fonti. Le finestre sull'Europa, sia pure con difficoltà, si vanno definitivamente schiudendo.

Tramontato l'ideale illuministico di una legge perfetta, espressione gelosa della sovranità nazionale, è oggi la dimensione europea ad indicarci una nozione nuova di legalità – attenta ad aspetti sostanziali più che formali – connotata dalla trasformazione del ruolo partecipativo della giurisprudenza alla formazione della norma o, come si legge in numerose sentenze della Corte costituzionale, del diritto vivente ed ancorata al rispetto dei diritti fondamentali della persona.

Partecipazione giurisprudenziale che, lungi dal caratterizzare in termini di imprevedibilità le conseguenze applicative della legge, aiuta a disegnare un modello di legalità attento al raggiungimento della sicurezza giuridica, intesa, se non esclusivamente, anche come necessità di garantire agli individui la consapevolezza della legittimità della propria condotta.

Occorre, altresì, riconoscere che la funzione legislativa è entrata in crisi anche sotto altro aspetto: la legge – in Italia come in altri Paesi – non riesce a regolare la complessità del reale; non riesce a tener dietro alla vertiginosa accelerazione dei processi sociali. Essa, inoltre, assume spesso carattere valutativo e non meramente descrittivo; ha bisogno del giudice per essere integrata nei suoi contenuti.

Muovendosi su questo terreno impervio vi è il rischio che il magistrato possa divenire mediatore di conflitti, che cerchi il consenso dei cittadini, se non addirittura quello del popolo, con conseguente sua politicizzazione e susseguente radicalizzazione dello scontro con le parti politiche.

È ben vero che il conflitto tra politica e magistratura è rilevabile in qualsiasi società de-

mocratica, tanto da portare a definire questo fenomeno come *espansione globale del potere giudiziario*.

Ma l'incontro-scontro tra il mondo giuridico e quello politico genera sconcerto nell'opinione pubblica. E la credibilità della giustizia si dissolve laddove questo scontro si incuneia all'interno della stessa magistratura.

È all'ora necessario dare una risposta adeguata a questa crisi, elaborando nuove strategie di ruolo, miranti a recuperare una coesione culturale all'interno della magistratura. Per conferire certezza alla legge e per limitare il "potere" del giudice, ma anche del pubblico ministero, è stato da più parti proposto di fissare canoni legali di interpretazione.

Non li ritengo necessari: questi canoni risultano fissati, ormai da tempo, dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, mediante l'applicazione dei criteri generali di interpretazione che la stessa ha assunto a guida della sua azione e che tendono a conciliare l'interesse del singolo con quelli della collettività. A principi che mirano ad ampliare i diritti del singolo (primato del diritto, obbligo positivo dello Stato di rendere effettivi i diritti riconosciuti, interpretazione restrittiva delle limitazioni a tali diritti, interpretazione evolutiva degli stessi) si oppongono principi riduttivi, che hanno la finalità di difendere la collettività (margine nazionale di apprezzamento, principio di proporzionalità).

Sono principi che riconducono ad unità l'interpretazione e si applicano a tutte le fattispecie sottoposte all'esame del magistrato – sia esso giudice che pubblico ministero – una volta individuato il bene giuridico che di volta in volta viene in discussione.

Se qualche ritardo culturale affiora tal volta in materia – dovuto anche a carenze delle Università – occorre determinarne il recupero nell'attività di formazione professionale continua.

Può dirsi, comunque, acquisita la consapevolezza, da parte della magistratura italiana, della impossibilità di continuare a utilizzare criteri interpretativi contrastanti, o anche solo incongruenti, rispetto alle indicazioni provenienti dalla giurisdizione sovranazionale.

La stessa funzione di regolazione che la Cassazione si vede assegnata dall'ordinamento giudiziario deve essere orientata verso questo quadro più ampio, complesso ed articolato: nomofilachia all'interno dell'ordinamento, ma anche verso l'esterno, in un processo di reciproci apporti e inferenze.

In questa direzione si sta, peraltro, muovendo la Corte di Cassazione; ne sono esempi chiari le più recenti decisioni in tema di dovere del giudice di evitare attività e comportamenti che rappresentino un ostacolo alla sollecita definizione del processo e che implicino dispendio di tempo e risorse, o che delimitano la possibilità di rilevare il difetto di giurisdizione nel corso del processo, o che regolano, in termini di *translatio* del giudizio tra giurisdizione amministrativa e ordinaria, l'errore nella individuazione del giudice, senza perdita di tutela per l'interessato, per tal modo consentendo di poter continuare il processo davanti al giudice effettivamente dotato di giurisdizione, onde dar luogo ad una pronuncia di merito che conclude la controversia, comunque iniziata, e realizzando in modo più sollecito ed efficiente il servizio giustizia, costituzionalmente rilevante.

Queste decisioni, con molte altre – ad esempio, quella sulla impossibilità di abusare del processo, frazionando la pretesa in più domande – esprimono la stessa idea di fondo: che il processo è mezzo e non fine a se stesso; che il criterio di effettività deve prevalere sul formalismo, nella valorizzazione dei principi del giusto processo e della ragionevole durata di esso, la quale non può non essere parametrata al singolo caso e alle stesse condizioni personali dei soggetti coinvolti.

Di questa tecnica e della necessità dell'adeguamento, suo tramite, alle norme della Convenzione, nell'interpretazione che ne dà la Corte di Strasburgo, l'ufficio da me diretto si è fatto promotore in materia di interventi interpretativo-retroattivi della legislazione idonei a pregiudicare o comprimere le posizioni soggettive acquisite dai lavoratori, o incidenti su vicende giudiziali in corso.

La vera coesione culturale della magistratura

va ricercata, però, sui valori fondanti della nostra democrazia.

Il mondo del diritto, nel settore penale, appare all'esterno diviso tra garantisti (che, per lo più, di tale definizione si vantano) e giustizialisti (che, coralmemente, tale definizione respingono).

I primi asseriscono di essere attenti alla posizione del singolo cittadino. I secondi alle esigenze della collettività. Tutti asseriscono di applicare la legge, pur se il risultato è spesso divergente nel caso concreto.

La vieta distinzione tra garantisti e giustizialisti – che annida in sé un germe pericoloso per ogni società democratica – va decisamente contrastata, ribadendo che il magistrato, sia egli giudice o pubblico ministero, vive in un modello retto da regole – espressione dei principi di autonomia e di indipendenza – le quali non sono strumentalizzabili o in alcun modo asservibili all'eterno dualismo amico-nemico.

È mio fermo convincimento che la magistratura debba restare rigorosamente estranea ad ogni conflitto con le parti politiche: l'unica politica consentita al magistrato, nell'esercizio delle sue funzioni, è quella di seguire la legalità.

Nel conflitto fra politica e magistratura fatalmente il punto critico diventa la figura del pubblico ministero.

È questa la ragione per la quale il Consiglio d'Europa – preoccupato per la salvaguardia dello Stato di diritto – ha adottato, il 6 ottobre 2000, una Raccomandazione (n. 19 del 2000), *sul ruolo del pubblico ministero nel sistema di giustizia penale*.

Il Comitato dei ministri ha raccomandato ai Governi degli Stati membri, in particolare, di ispirarsi nelle loro legislazione e prassi – per quel che concerne il ruolo del pubblico ministero – ad una serie di principi che concernono la missione del pubblico ministero, le garanzie riconosciute al pubblico ministero per l'esercizio delle sue attività, i rapporti tra il pubblico ministero e i poteri esecutivo e legislativo, i rapporti tra il pubblico ministero ed i giudici, i rapporti tra il pubblico ministero e la polizia, i doveri e le responsa-

bilità del pubblico ministero nei confronti dell'imputato, la cooperazione internazionale.

È questo il quadro di riferimento cui il legislatore nazionale, nell'esercizio di un suo potere sovrano, dovrà necessariamente ispirarsi per eventuali equilibrate riforme nel settore. Utile – anche per i capi degli uffici – è il documento *Linee direttrici sull'etica e il comportamento dei membri del pubblico ministero* (noto come *Budapest Guidelines*), adottato, sempre nell'ambito del Consiglio d'Europa, dalla Conferenza dei procuratori generali, convocata a Budapest il 31 maggio 2005. È stata prospettata, anche a livello scientifico, la proposta di limitare il potere del pubblico ministero nella fase decisiva dell'esercizio dell'azione penale.

Soluzione affascinante, ma che suscita non poche perplessità.

Ogni intervento sui poteri del pubblico ministero deve essere circondato da reali garanzie specifiche, come sottolineato anche dal Consiglio d'Europa nella citata Raccomandazione.

In questa sede mi limito ad una sola notazione.

Se vi sono condizionamenti all'inizio del processo, si smarrisce il significato dell'autonomia alla fine di esso. La giustizia non sta solo nel *come si processa*, ma anche nel *cosa si processa*.

Un'altra soluzione prospettata è quella di limitare il rapporto di dipendenza della polizia giudiziaria dal pubblico ministero.

Anche in questo settore – tenuto anche conto del vincolo derivante dall'articolo 109 della Costituzione – un'eventuale riforma dovrà tenere conto delle linee direttrici specifiche indicate nella citata Raccomandazione.

Un servizio-giustizia efficiente richiede, comunque, che non vi sia una contrapposizione tra *logica delle investigazioni* e *logica del giudizio*. È necessario, quindi, che chi conduce le indagini, chiunque esso sia, lo faccia sempre con lo sguardo rivolto al processo, che sia culturalmente temprato al confronto dialettico delle ipotesi e all'equilibrio metodologico delle garanzie e dei poteri.

Qui potrei considerare concluso il mio intervento, ritenendo che non sia questa la sede per un dibattito o per esprimere valutazioni su proposte di riforme ordinali che sono ancora in fase di elaborazione.

In realtà, su questo versante, una volta complessivamente delineato nei tre anni decorsi il quadro delle riforme in tema di accesso, di selezione e formazione, di statuto disciplinare della magistratura, non sembrano strettamente indispensabili interventi se non di tipo correttivo, in relazione a taluni inconvenienti settoriali, che segnalo più oltre.

In particolare, anche in quanto titolare dell'ufficio che è per legge investito del delicato compito di raccogliere le informazioni degli organi distrettuali di vigilanza sul corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale e sul rispetto delle norme sul giusto processo, ritengo che, allo stato della legislazione, a talune deprecabili anomalie nella conduzione di indagini si possa rimediare con un equilibrato esercizio delle funzioni di controllo e di direzione dei capi degli uffici, ovvero, se si rivelano insufficienti, avvalendosi delle competenze in ambito disciplinare che sono assegnate alla Procura generale della Cassazione e al Ministro della Giustizia; competenze, che, peraltro, ineriscono a momenti patologici del sistema.

Questa osservazione ne porta con sé un'altra: sulla base del vigente ordinamento giudiziario l'ufficio che ho l'onore di dirigere – mediante la valorizzazione, da un lato, del molo assegnato dall'art. 6 del decreto legislativo 20 febbraio 2006, n. 106, sulla riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero, dall'altro, dell'intervento disciplinare in termini di garanzie di sostanza e non di carattere burocratico – può contribuire in maniera essenziale all'attuazione di ciò che si compendia nella formula del giusto processo, attivando l'iniziativa di coordinamento, o se necessario disciplinare, là dove la condotta del magistrato si pone in conflitto con i caratteri fondanti dell'esercizio della funzione giudiziaria.

Ne sono esempi, recenti, le iniziative che ho ritenuto di dovere assumere a fronte di talu-

ne vicende che hanno destato clamore e sconcerto.

È proprio la competenza nella materia disciplinare, assieme alla regola di obbligatorietà dell'azione, a far svolgere alla Procura generale un compito cruciale, totalmente rispettoso della autonomia della funzione giudiziaria, ma al tempo stesso orientato a difenderne le caratteristiche essenziali.

Si fa strada l'idea di una magistratura che traduca le formule, tradizionali, dell'equilibrio, del riserbo e della diligenza in comportamenti coerenti con ciò che è richiesto dal quadro costituzionale.

In questo senso, posso affermare che le ragioni dell'efficienza e quelle della garanzia, qui, si saldano e coesistono, appunto perché l'esercizio della funzione disciplinare, oltre che essere sanzione del caso singolo, svolge il ruolo di orientamento sul modo di esercizio dell'attività giudiziaria, in termini direttamente conformi alla Costituzione e alla Convenzione europea, ai cui principi ogni magistrato deve improntare la propria attività, prestandovi adesione.

Gli Uffici del Pubblico Ministero.

Il Procuratore generale presso la Corte di cassazione è destinatario – ai sensi dell'art. 6 del decreto legislativo 20 febbraio 2006, n. 106 – delle relazioni, almeno annuali, dei procuratori generali presso le Corti d'Appello relative alle verifiche, da questi operate, circa "il corretto e uniforme esercizio dell'azione penale ed il rispetto delle norme sul giusto processo, nonché il puntuale esercizio dei poteri di direzione, controllo e organizzazione degli uffici".

Sulla base di tali elaborati – puntualmente pervenuti – si riportano appresso alcune delle notazioni più significative per ciascuna delle materie oggetto di approfondimento, che intendo rimarcare quali spunti atti a dimostrare, in concreto, l'esistenza di spazi operativi nei quali la magistratura – a normativa invariata e con le dotazioni date – può esercitare la propria capacità di autoriorganizzazione, con apprezzabili risultati pratici e possibilità di diffusione al proprio interno delle "buone prassi" così elaborate.

a) Correttezza ed uniformità nell'esercizio dell'azione penale

a.1) L'uniforme esercizio dell'azione penale può esser parametrato da un lato, in negativo, all'insussistenza di irragionevoli (e dunque discriminatorie) difforni determinazioni rispetto a situazioni eguali e, dall'altro, all'individuazione dei criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti.

Le opinioni espresse dai procuratori generali presso le Corti d'Appello in materia coincidono, in linea di massima, con quelle manifestate lo scorso anno: essi valutano l'esercizio dell'azione penale, nei rispettivi distretti territoriali, come rispettosa dei canoni di correttezza, uniformità e puntualità.

Riguardo al dato temporale, peraltro, si tratta – come nel passato – di un giudizio espresso in forma non assoluta, bensì relativa. La stima tiene conto, infatti, degli onerosi impegni delle procure della Repubblica e dell'incidenza, riguardo alla tempestività dell'azione, di fattori esterni (quali, ad esempio, i tempi operativi della polizia giudiziaria e degli ufficiali giudiziari).

Ritengo importante rimarcare che le opinioni raccolte nei diversi distretti non si atteggiavano a positivi apprezzamenti "di maniera" sugli uffici requiranti, ma includono – ove del caso – anche rilievi negativi.

Il dato (prescindendo qui dalla considerazione delle situazioni concrete, che saranno trattate nelle sedi competenti) dimostra che la funzione di sorveglianza è espletata in modo vigile dai procuratori generali, i quali contribuiscono per tal modo costruttivamente – al di là delle ricadute sanzionatorie delle singole fattispecie – alla fisiologia del sistema ordinamentale.

a.2) È interessante l'idea – che in talune relazioni è stata prospettata – di promuovere in ambito distrettuale iniziative di contatto fra i procuratori della Repubblica dei diversi circondari, finalizzate alla diffusione dei principi che dovrebbero presiedere all'uniformità dell'esercizio della potestà punitiva. Interessante, altresì, la prassi (riscontrata in qualche circondario) di fissare criteri generali per la determinazione delle pene da richie-

dere, ad esempio per i decreti penali o in sede di patteggiamento. Tali criteri vengono aggiornati sia in occasione di modifiche delle norme penali, sia sulla scorta di significative pronunzie della Corte di Cassazione.

a.3) Il modello organizzativo che prevede la costituzione di gruppi di lavoro specialistici ha trovato conferma ed impiego, nell'anno in considerazione, in quelle procure della Repubblica la cui dimensione rende passibile e funzionale una ripartizione settoriale di compiti.

In quest'ottica, la definizione dei differenti campi operativi tiene conto della specificità di materie quali quelle dei reati contro la pubblica amministrazione, dei reati ambientali, di quelli fiscali e societari, dei reati contro le c.d. fasce deboli (ambito nel quale vengono valorizzate anche le competenze extra-penali della procura della Repubblica).

L'impostazione mira ad incrementare l'uniformità sia negli indirizzi investigativi sia nell'esercizio dell'azione penale e, allo scopo, giova di regola anche la funzione di coordinamento svolta – per ogni gruppo di lavoro – da un magistrato (spesso un procuratore aggiunto).

Per questa via si è potuta ottenere in vari uffici la congruità delle richieste e degli orientamenti del pubblico ministero anche nelle fasi giudicanti (benché naturalmente non sia possibile una totale sovrapponibilità delle iniziative, in ragione della diversità della casistica giudiziaria).

b) Giusto processo

Anche per quanto concerne il rispetto dei principi costituzionali in tema di giusto processo, i procuratori generali presso le Corti d'Appello ribadiscono valutazioni in linea di massima positive, salvo che per il problema – insoluto – dell'eccessiva durata del processo penale.

A questo riguardo, risulta diffusamente rimarcata la perdurante necessità di riforme funzionali alla riduzione dei tempi, con precipuo riguardo agli ambiti nei quali il sistema processuale impone oggi adempimenti e accorda garanzie meramente formali, svincolate dall'effettiva tutela della difesa e degli altri

interessi sostanziali. Così rispetto a taluni profili del regime delle notificazioni, delle impugnazioni, delle inutilizzabilità, delle nullità.

In concreto, peraltro, si registrano notazioni circa il rilievo negativo anche di taluni adempimenti di cancelleria. Ad esempio, viene messo in risalto l'eccessivo divario di tempo che talora intercorre tra la definizione dei procedimenti da parte del magistrato del pubblico ministero incaricato e la prima udienza dibattimentale, a causa di problemi connessi soprattutto alla gestione amministrativa dei fascicoli.

Si tratta di questione sulla quale ritengo di dover richiamare l'attenzione di magistrati e funzionari dirigenti degli uffici giudiziari – tanto del ramo giudicante quanto di quello requirente – perché si ricerchino soluzioni organizzative atte a ridurre i "tempi morti" che allungano le procedure e si risolvono, infine, in un contributo alla lesione del principio del giusto processo.

c) Direzione, controllo ed organizzazione degli uffici di procura: puntualità nell'esercizio dei poteri propri dei procuratori della Repubblica. Iniziative organizzative adottate al fine di avviare a soluzione eventuali disfunzioni.

c.1) In generale i procuratori distrettuali assicurano che l'azione penale in ogni circondario viene esercitata secondo criteri di tempestività. La titolarità esclusiva dell'azione penale al procuratore della Repubblica, come definita dalla riforma ordinamentale, viene intesa in senso positivo, ossia comunque rispettoso dell'autonomia professionale dei magistrati assegnatari dei singoli casi.

In effetti, il decreto legislativo n. 106/2006 lascia al procuratore della Repubblica ampie possibilità di scelta nella strutturazione dell'ufficio, nella dislocazione delle risorse, nella delega di poteri e nella predisposizione dei criteri di assegnazione degli affari (la cui previsione è però doverosa).

D'altra parte il principio di responsabilità cui si ispirano le novelle del 2006/2007 nella organizzazione degli uffici di procura (responsabilità del dirigente per l'organizzazione dell'ufficio e per la predeterminazione dei

criteri di assegnazione, ma anche dei magistrati dell'ufficio cui gli affari sono assegnati) è strettamente correlato alla valutazione periodica del magistrato e soprattutto alla temporaneità degli uffici direttivi, cui consegue la valutazione da parte del circuito del governo autonomo dell'uso di quei poteri organizzatori.

I metodi di verifica riguardo alla conduzione dei procedimenti sono vari: periodici controlli a campione, vaglio delle pendenze e dello stato dei procedimenti a scadenze predeterminate, verifica delle imputazioni all'atto del rinvio a giudizio o della relativa richiesta ecc.

In generale, tuttavia, sul versante delle procure della Repubblica, i dati raccolti riguardo alla durata delle indagini preliminari risultano incompleti e non consentono in questa sede un'analisi appropriata. La questione appare meritevole, in prospettiva futura, di una riflessione anche metodologica, al fine di addivenire a valutazioni più approfondite e documentate, in funzione di proposte operative funzionali al rispetto dei canoni costituzionali e di efficienza.

Confido, al riguardo, nell'impegno dei procuratori generali e dei procuratori della Repubblica. Le prossime relazioni redatte a norma dell'art. 6 del decreto legislativo n. 106 del 2006 consentiranno di verificare le iniziative adottate e i risultati concreti.

c.2) I procuratori della Repubblica hanno ampiamente confermato i criteri elaborati in passato, sulla base di consolidate esperienze organizzative.

Essi si caratterizzano per la trasparenza nelle designazioni, l'automatismo delle stesse ed il rispetto delle specifiche competenze individuali dei magistrati dell'ufficio requirente.

La distribuzione degli affari risulta, dunque, in linea di massima ispirata a metodi oggettivi e predeterminati.

Il modulo organizzativo di gran lunga prevalente, emergente dalle relazioni, è quello partecipativo.

Le assemblee d'ufficio, ovvero altre forme di consultazione individuale e collegiale dei ma-

gistrati, da parte del procuratore capo, risultano praticate in modo piuttosto diffuso.

c.3) Un'altra esperienza reiterata in alcune procure della Repubblica, nell'anno in esame, è quella dell'istituzione del c.d. "ufficio del magistrato inquirente".

L'ottimizzazione delle risorse disponibili, la valorizzazione delle professionalità presenti e – in ultima analisi – il recupero di tempi ragionevoli di durata dei procedimenti ne costituiscono gli obiettivi precipui.

I problemi strutturali e logistici restano, peraltro, centrali nella trattazione dei profili organizzativi inerenti agli uffici di procura: le (purtroppo) consuete doglianze sono accoratamente riproposte anche quest'anno, circa le gravi carenze di personale, di mezzi materiali, di strutture logistiche ed edilizie. Oltre alle scoperture degli organici di magistratura, pure le dotazioni di personale amministrativo sono valutate come gravemente inadeguate in molte sedi, segnatamente per la mancata copertura di posti in organico vacanti per collocamento a riposo dei precedenti titolari o per altra ragione.

Ne conseguono difficoltà sia nell'assistenza ai magistrati, sia nella gestione degli uffici (ove pure il personale ausiliario di qualifica modesta è spesso talmente ridotto da determinare ritardi e addirittura situazioni di stasi per l'impossibilità di materiale spostamento tempestivo dei fascicoli): difficoltà accentuate dalla demotivazione che spesso consegue alla carenza di possibilità di riqualificazione professionale per il personale amministrativo in generale.

Risulta, d'altro lato, riconfermata l'esigenza di razionalizzazione della c.d. geografica giudiziaria, caratterizzata dall'esistenza anche di taluni uffici di dimensioni ridottissime. Questi comportano il mantenimento di strutture eccessivamente dispendiose rispetto al servizio che sono chiamati ad erogare e a loro volta, peraltro, si trovano talora a fronteggiare situazioni di seria difficoltà, quando si verificano periodi di copertura pressoché totale degli organici.

c.4) Con riferimento alla modalità di iscrizione delle notizie di reato, la ricognizione ope-

rata ha fatto emergere la presenza di uffici nei quali le stesse avvengono entro le 24 (o al massimo 48) ore successive alla ricezione degli atti e, comunque, sempre immediatamente, quando si tratti di indagati in stato di fermo e di arresto in flagranza. Vi sono, però, anche procure che indicano come soddisfacenti tempi entro i 30 giorni per l'esecuzione dell'iscrizione: una valutazione che non pare possa essere condivisa.

È positivo, comunque, constatare in vari uffici miglioramenti conseguiti ad iniziative organizzative specifiche (che in qualche caso hanno abbattuto i tempi, ad esempio, da 2-3 mesi a 2-3 giorni). Ciò dimostra, per un verso, che non di rado le disfunzioni sono conseguenza di prassi tralattizie ed ormai inadeguate e, per altro verso, che esiste spesso uno spazio per il miglioramento, rispetto al quale risulta essenziale acquisire la consapevolezza dell'importanza del problema dell'iscrizione delle notizie di reato e dei suoi riflessi negativi sul tempestivo sviluppo dei procedimenti.

c.5) Apprezzabili iniziative organizzative risultano assunte in taluni distretti:

– laddove lo scorso anno ebbero a constatarsi diffuse prassi di mancata contestazione della recidiva, risulta adottata dal competente procuratore generale la sollecitazione ad un'attenta vigilanza sulla formulazione dei capi d'imputazione ed all'impiego, quando necessario, della contestazione suppletiva (art. 517 c.p.p.). L'iniziativa ha avuto effetto, non essendo dato registrare alcuna ulteriore segnalazione di omissioni in proposito;

– si è impostato un metodo di lavoro analizzato a sfruttare le risultanze delle indagini svolte nell'ambito di procedimenti penali (mediante intercettazioni telefoniche ed ambientali, dichiarazioni di testimoni e collaboratori di giustizia, indagini bancarie, patrimoniali ed anche presso uffici della pubblica amministrazione, ecc.), demandando al magistrato titolare del procedimento penale in cui siano emersi elementi congrui ai fini dell'azione *ex art. 12 sexies*, D.L. n. 306/1992 il compito di trasmettere le opportune informazioni al gruppo di lavoro addetto alle mi-

sure di prevenzione (detta trasmissione deve avvenire, al più tardi, contestualmente all'eventuale richiesta di misure cautelari);

– in taluni uffici sono state istituite nella rete informatica apposite cartelle in condivisione, aperte alla consultazione ed all'integrazione di tutti i magistrati ed in determinate materie anche del personale amministrativo, così da rendere immediatamente reperibile – ed arricchibile col contributo di ciascuno – materiale di comune interesse, come: novità normative; pronunce di merito o di legittimità interessanti; suggerimenti operativi in relazione a particolari problematiche o fattispecie; moduli, capi d'imputazione, decreti penali e schemi procedurali "condivisi", frutto dell'esperienza e della riflessione comune; ordini di servizio (compreso quello giornaliero), disposizioni e circolari di rilievo.

c.6) Taluni spunti interessanti sono stati qui sopra menzionati a scopo essenzialmente esemplificativo. Si tratta di materia nella quale la divulgazione dei modelli positivi ed il confronto fra le diverse esperienze sono funzionali al progresso organizzativo e potrebbero utilmente divenire oggetto – sviluppando linee già impostate in passato – di sempre maggiore attenzione in sede di formazione professionale, sia centrale sia decentrata (anche richiedendo agli autori delle innovazioni di riferire come relatori e di mettere a disposizione materiale e software, ove possibile).

Si registrano, peraltro, anche positivi esempi di interpretazione attenta del ruolo dei procuratori generali, che in taluni distretti hanno operato per la diffusione delle prassi positive e la sensibilizzazione degli uffici di procura dei diversi circondari su novità, su protocolli d'indagine e su opportunità d'impegno (peraltro con interventi sempre di carattere generale).

L'auspicio è di un rafforzamento di tale ruolo in tutti i distretti di Corte d'Appello.

c.7) In qualche relazione si pone in evidenza quest'anno la lacuna costituita dal fatto che all'attribuzione al Procuratore generale delle funzioni di vigilanza *ex art. 6, d.lg. n. 106/2006* non ha corrisposto l'introduzione di un

obbligo di informativa continuativa per le procure della Repubblica.

Ad evitare il rischio che ciò possa determinare una scarsa incisività del nuovo strumento, rimettendone l'impiego al mero spirito di collaborazione fra i capi degli uffici, occorre evidentemente che i procuratori generali accettino il loro impegno, richiedendo in forma continuativa le necessarie informative e riferendo tempestivamente al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione.

La prescrizione normativa di relazioni almeno annuali rende chiara la volontà legislativa in questo senso; e già si è registrato qualche caso nel quale il procuratore generale distrettuale ha ritenuto di riferire *medio tempore* – ossia in corso d'anno – al Procuratore generale presso la Cassazione su temi non d'interesse disciplinare, bensì attinenti al dettato dell'art. 6 del d.lg. n. 106/2006.

c.8) Nel 2008 è stato espressamente richiesto ai procuratori generali di verificare il puntuale adempimento, da parte delle procure della Repubblica dei rispettivi distretti, dell'obbligo di comunicazione di cui all'art. 2 della legge n. 123/2007 (recante misure in tema di tutela della salute e della sicurezza del lavoro). La richiesta era connessa al drammatico fenomeno degli incidenti sul lavoro, molti dei quali con esiti letali o gravemente invalidanti per il lavoratore.

In linea di massima i procuratori generali hanno dato assicurazione che della questione sono stati informati i procuratori della Repubblica con circolare e che gli adempimenti prescritti vengono regolarmente compiuti (ai sensi dell'art. 2 della legge n. 123/2007 ed ora *ex art. 61, d.lg. n. 81/2008*).

Vi è, dunque, piena consapevolezza, da parte dei magistrati, dell'importanza degli adempimenti in questione, in considerazione del drammatico fenomeno degli incidenti che sempre più sta interessando il mondo del lavoro.

Si provvederà anche in futuro a reiterare la richiesta di informazioni, per verificare la perdurante osservanza, da parte di tutti gli uffici di procura, delle disposizioni menzionate.

d) Temi inerenti alla libertà personale

d.1) È opinione di diversi procuratori generali distrettuali che l'introduzione dell'obbligo di preventivo assenso del dirigente della procura o di un suo delegato sulle misure cautelari abbia accentuato la solidità degli interventi in materia, riducendo la percentuale di accoglimento delle impugnazioni proposte al tribunale del riesame.

In effetti, pur non disponendosi di dati omogenei che consentano un raffronto fra i vari distretti di Corte d'Appello, è possibile cogliere la tendenza da parte dei giudici delle indagini preliminari all'accoglimento in percentuale elevata delle richieste cautelari formulate dagli uffici del pubblico ministero e, per converso, l'entità piuttosto limitata dei casi di riforma dei provvedimenti in sede di riesame.

d.2) Sfasature anche gravi si registrano circa i tempi medi per le decisioni dei GIP sulle richieste di misure cautelari. Si va da pochi giorni in taluni uffici, a tempi lunghissimi in altri: anche molti mesi, o addirittura anni! Il ritardo è spesso dovuto ai compiti troppo gravosi demandati ai giudici delle indagini preliminari ed in molti casi inerisce a procedimenti gravi e complessi: i quali, a maggior ragione, richiederebbero, invece, tempestività.

In prospettiva futura, richiamerò l'attenzione dei procuratori generali sulla necessità di acquisire dati esaurienti, in funzione di un efficace espletamento dei compiti di sorveglianza.

d.3) Un altro profilo connesso concerne la motivazione delle richieste di ordinanze cautelari, personali e reali. Non è infrequente che l'atto sia caratterizzato da operazioni di copia-e-incolla che determinano il travaso nel corpo motivazionale di intere conversazioni intercettate, interi verbali di dichiarazioni, intere relazioni di polizia giudiziaria, con scarsa rielaborazione critica e selettiva: un metodo scarsamente coerente con gli scopi della puntuale verifica del percorso argomentativo inerente alle singole posizioni e tale, quindi, da rendere problematico già in

prima battuta al GIP l'effettivo controllo sul merito del provvedimento.

e) Esercizio del potere di avocazione

In tema di avocazione, viene reiterata la segnalazione (già registrata lo scorso anno) del problema che deriva dal fatto che la procura generale presso la Corte d'Appello non è strutturata per condurre in modo adeguato e con tempestività istruttorie di primo grado complesse.

Si tratta di questione che imporrebbe interventi organizzativi specifici, per evitare le situazioni di crisi degli uffici che debbano procedere all'avocazione di procedimenti di una certa ampiezza, mentre sul piano normativo potrebbe studiarsi la ridefinizione dei ristretti tempi imposti per il completamento delle indagini avocate.

f) Impiego della polizia giudiziaria e delle risorse finanziarie e tecnologiche

f.1) Il panorama offerto dalle relazioni dei procuratori generali consente di riscontrare che va consolidandosi l'attenzione ai profili di spesa connessi alla gestione delle funzioni giudiziarie.

Tale sensibilità costituisce una positiva acquisizione – tanto sul piano culturale, quanto su quello operativo – degli anni più recenti, rispetto all'impostazione tradizionale, scarsamente sensibile al riguardo.

Ciò ha permesso, ad esempio, la stipulazione di contratti che hanno notevolmente ridotto i costi unitari delle intercettazioni e spesso, pur a fronte di un aumento dell'impiego di tale strumento investigativo, anche i costi complessivi.

Trattasi di iniziative significative, al fine precipuo di ottimizzare i risultati dell'impiego di mezzi di per sé costosi ed al contempo essenziali, quali, appunto, le intercettazioni telefoniche ed ambientali: strumenti utili per il contrasto a diversi fenomeni criminali e viepiù necessari per le indagini sulla criminalità organizzata o finalizzate alla cattura di latitanti, specie – come alcuni procuratori della Repubblica pongono in evidenza – in un periodo storico in cui il contributo dei collaboratori di giustizia è estremamente ridotto.

f.2) Merita attenzione, in ogni caso, il tema

delle risorse tecnologiche e finanziarie, che si affianca a quello inerente alle dotazioni di personale (già dianzi segnalato): una materia rispetto alla quale sono allarmanti le diffuse doglianze dei capi degli uffici giudiziari.

L'auspicio è che – pur in tempi di difficoltà economiche – siano reperite risorse adeguate ad un servizio-giustizia più efficiente: risorse da attribuire per quanto possibile in modo appropriato rispetto alle differenti realtà operative e, dunque, con la flessibilità necessaria ad un espletamento moderno della funzione giudiziaria ed in coerenza con metodi di gestione attenti all'economia ed agli obiettivi, socialmente essenziali, del servizio.

g) Note sull'andamento della criminalità

g.1) Soltanto alcuni procuratori generali trattano dell'evoluzione della criminalità nei rispettivi distretti di Corte d'Appello: tema "tradizionale" nelle relazioni per l'inaugurazione dell'anno giudiziario, ma non più oggetto di richiesta specifica da parte di questo Ufficio, alla luce del già citato art. 6 del d.lg. n. 106/2006.

Dai pur sintetici accenni alla materia è dato constatare, comunque, un impegno costantemente elevatissimo da parte delle procure della Repubblica, coerentemente con la vitalità dei fenomeni criminali.

Nei distretti tradizionalmente afflitti dalla criminalità di tipo mafioso i procuratori generali riferiscono della perdurante pervasività di tali fenomeni delinquenziali e della presenza – pur dopo rilevanti successi investigativi – di latitanti di spicco; ed appropriatamente si auspica un'azione complessiva dello Stato (contro la disoccupazione, nella scuola, nella società civile), che si affianchi agli sforzi degli organi di polizia e della magistratura.

g.2) Si ha conferma del rilievo basilare che nel contrasto alla criminalità assume pure un' incisiva azione in ambito patrimoniale. Essenziale appare, in tale prospettiva, l'attuazione concreta dei sequestri preventivi finalizzati alla confisca dei beni dei mafiosi, in forza dello strumento offerto dall'art. 12 *sexies* del d.l. n. 396/1982, introdotto dalla l. n. 501/1994.

g.3) Qualche procuratore generale dedica at-

tenzione particolare alla criminalità terroristica. In questo contesto si nota come l'evoluzione della minaccia terroristica internazionale comporti l'esigenza che la condivisione delle informazioni da parte degli organi d'indagine sia effettiva e concreta più che per il passato. La dimensione e la gravità dei fenomeni implicano profonde trasformazioni nell'approccio investigativo e nella collaborazione fra Stati.

b) Procedimenti riguardanti magistrati

I dati acquisiti riguardo alla tempestività della trattazione dei procedimenti penali concernenti magistrati non risultano del tutto esaurienti.

Pertanto, da taluni distretti si ha notizia di specifiche iniziative organizzative adottate per accentuare la tempestività delle relative indagini e delle comunicazioni.

Sulla base di tali emergenze risulta confermata l'opportunità di una più approfondita raccolta di informazioni, che costituirà – in prospettiva futura – la base per un monitoraggio costante in materia, utile per l'espletamento delle funzioni di sorveglianza attribuite al Procuratore generale.

Indirettamente l'iniziativa potrà servire altresì ad accentuare l'attenzione degli operatori riguardo alle procedure in questione, le quali in vario modo coinvolgono l'immagine e la credibilità di chi espleta funzioni giudiziarie, rendendo essenziale il vaglio accurato, necessario l'approfondimento investigativo ed indilazionabile la definizione dei relativi procedimenti.

L'attività in materia disciplinare della Procura generale.

a) L'azione disciplinare del procuratore generale.

Una delle funzioni più impegnative e qualificanti della Procura generale della Corte di Cassazione è costituita dal controllo, mediante l'esercizio dell'azione disciplinare, sulla deontologia professionale dei magistrati. Controllo in relazione al quale al procuratore generale, unitamente al Ministro della giustizia (art. 14, comma 1, del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, come modificato dalla legge 24 ottobre 2006, n. 269), è attri-

buita l'iniziativa; la decisione, infatti, spetta a un giudice: la Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura (artt. 105 della Costituzione e 4 della legge 24 marzo 1958, n. 195), le cui decisioni sono impugnabili davanti alle sezioni unite civili della Corte di Cassazione.

Ritengo opportuno, in questa solenne occasione, prendere l'impegno che dedicherò ogni mia energia a questo delicato settore di attività dell'ufficio da me diretto – come ho già fatto nel breve lasso di tempo intercorso dal mio insediamento – nell'incondizionato rispetto del principio della obbligatorietà dell'azione disciplinare, come ha voluto il legislatore. Eviterò che il potere conferitomi si risolva, anche solo di fatto, in una vanificazione della giurisdizione; lo eserciterò con rigore, ma al tempo stesso con equilibrio. Senza condizionamento alcuno, con il solo fine di contribuire ad eliminare quelle sacche di inefficienza ed inettitudine che sono bensì presenti nella magistratura, ma che coinvolgono una sparuta minoranza rispetto alla assoluta maggioranza degli appartenenti all'ordine giudiziario, i quali svolgono la loro attività con impegno, abnegazione, spirito di sacrificio, elevata professionalità, al solo scopo di rendere un servizio quanto più possibile efficiente agli utenti della giustizia con i mezzi umani, materiali e normativi messi loro a disposizione.

Ad oltre due anni dall'entrata in vigore della nuova normativa in materia di responsabilità disciplinare dei magistrati è possibile un primo, ancora provvisorio, bilancio della stessa.

b) La tipizzazione degli illeciti disciplinari.

La tipizzazione degli illeciti disciplinari era stata più volte auspicata non solo dalla stessa magistratura, ma anche da autorevoli studiosi della materia e sul finire degli anni novanta era stata oggetto di un disegno di legge governativo (che non ha avuto seguito parlamentare) perché si riteneva che contribuisse a dare maggiore certezza agli illeciti stessi, incentrati sul concetto di "condotte che lo rendano" (il magistrato) "immeritevole di fiducia e considerazione o che compromettano il prestigio dell'ordine giudiziario" (art.

18, regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511, abrogato dall'art. 31 del ricordato decreto legislativo n. 109 del 2006).

Tuttavia, la mancanza di una clausola generale di chiusura, soprattutto per quanto riguarda gli illeciti funzionali, ha reso concreto il rischio, da più parti paventato, che anche un'analitica tipizzazione lasciasse fuori dall'ambito della rilevanza disciplinare comportamenti pur avvertiti come deontologicamente riprovevoli.

Ad esempio, l'art. 2, comma 1, lett. *a*), del decreto legislativo n. 109 mentre si dà carico espressamente di un'adeguata protezione dei diritti delle parti processuali che abbiano subito un "ingiusto danno" per effetto di comportamenti dei magistrati non conformi ai doveri di "imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, equilibrio" e rispetto "della dignità della persona", enunciati dall'art. 1, altrettanto non sembra fare per coloro che sono estranei al processo, i quali, pure, meriterebbero una protezione analoga, se non maggiore, di quella apprestata per le parti del processo.

Ad evitare incertezze sul piano interpretativo, sarebbe, quindi, utile un intervento normativo chiarificatore, che includesse tra gli illeciti disciplinari una espressa fattispecie volta a sanzionare l'inserimento nei provvedimenti giudiziari di riferimenti a persone estranee, non necessari per la motivazione, in conformità a quanto la giurisprudenza aveva ritenuto quando gli illeciti disciplinari non erano tipizzati.

Un altro tema di viva attualità (fra i tanti) è quello della astensione del pubblico ministero nel processo penale.

Nella vigenza del precedente sistema non era revocabile in dubbio, secondo la giurisprudenza costante della Sezione disciplinare e della Corte di Cassazione, la configurabilità di un illecito disciplinare nei confronti del pubblico ministero che non si fosse astenuto, ricorrendo talune condizioni, dalla trattazione di un procedimento; dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 109/2006 la questione presenta aspetti assai problematici. Invero, l'art. 1, comma 1, lett. *c*) configura

come illecito disciplinare "la consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge"; tale obbligo non è contemplato dal codice di rito penale, che prevede l'astensione del pubblico ministero come facoltativa (art. 52 c.p.p.); un obbligo di tal fatta è previsto, invece, dal codice di procedura civile (art. 73, in relazione all'art. 51).

La Procura generale ritiene, sulla scorta anche di un orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione in materia di abuso di ufficio del pubblico ministero (Sez. VI, 19 ottobre 2004 – 2 marzo 2005, n. 7992, Evangelista), di non poter condividere una chiave di lettura della normativa vigente del tutto alternativa a quella precedente, che ritenga sempre e comunque non sanzionabile disciplinarmente la violazione dell'art. 52 citato, sulla base di un argomento meramente testuale desumibile dal sopra riportato art. 2, comma 1, lett. c) del decreto legislativo n. 109. Infatti è assai opinabile che proprio il magistrato del pubblico ministero, parte processuale certo, ma gravata da obblighi di imparzialità ancora più forti di quelli che riguardano ogni pubblico ufficiale a causa dei poteri che esercita come autorità giudiziaria e a causa della specifica previsione dell'art. 358, ultima parte, c.p.p., venga del tutto esentato dal dovere di astensione.

È da ritenere, in proposito, che tutte le "ragioni di convenienza" che trovano fondamento nel processo e nei suoi sviluppi (ad esempio, supposte ragioni di inimicizia derivanti da precedenti processi, o da controversie con l'imputato e la difesa nate dall'esercizio della funzione) o nell'applicazione analogica, ove possibile, di ipotesi di astensione determinate da motivi processuali e disciplinate dalle norme relative al giudice (art. 36 c.p.p.), non comportino obbligo di astensione e dunque l'applicazione di sanzioni disciplinari; obbligo che sussiste, invece, tutte le volte in cui il pubblico ministero violi il generale divieto – costituente un principio immanente del sistema – di prendere un interesse proprio o di un prossimo congiunto nell'esercizio della pubblica funzione.

Un contributo al superamento di talune lacune riscontrate nel sistema potrà, dunque, essere dato in via interpretativa; nella consapevolezza, tuttavia, che se la tipizzazione degli illeciti disciplinari non esclude l'interpretazione estensiva delle relative previsioni, altrettanto non può dirsi per l'interpretazione analogica (sentenze della Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura n. 106 del 2007 e n. 3 del 2008).

Spetta, in ogni caso, in questa materia, come in ogni altro settore dell'ordinamento giudiziario, all'istituzione giudiziaria nel suo complesso ed al suo organo di autogoverno assumere principalmente come proprio compito quello di risolvere i problemi e superare le difficoltà, interpretando ogni volta le singole norme nel modo più aderente ai valori e ai principi che la Costituzione, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la nostra cultura e la nostra storia pongono come coordinate essenziali dell'ordinamento giudiziario.

c) L'obbligatorietà dell'azione disciplinare e i suoi correttivi. Contrariamente a talune pessimistiche previsioni, l'obbligatorietà dell'azione disciplinare non ha comportato un abnorme incremento dei procedimenti disciplinari, in conseguenza dell'afflusso alla Procura generale di una massa enorme ed indiscriminata di esposti e/o denunce di privati, ovvero di rapporti di pubbliche autorità. Il timore era che il sistema disciplinare, appesantito da una massa enorme di segnalazioni aventi ad oggetto microviolazioni, sarebbe naufragato verso una pericolosa banalizzazione che ne avrebbe minato l'efficienza inducendo alla burocratizzazione del ruolo della Procura generale.

Ciò non significa che non vi sia stato un incremento delle procedure disciplinari e predisciplinari, come dimostrano i dati statistici di seguito riportati, ma si è trattato di un incremento fisiologico al quale, con interventi organizzativi che hanno migliorato l'efficienza del servizio e, principalmente, con l'impegno dei magistrati che vi sono addetti, è stato possibile far fronte; ne costituisce prova evidente la riduzione, al 31 dicembre dell'anno appena decorso, delle pendenze.

Un contributo rilevante al conseguimento di tale risultato è stato dato da due modifiche introdotte al più volte ricordato decreto legislativo n. 109 con la legge 24 ottobre 2006, n. 269. Mi riferisco all'inserimento dell'art. 3 *bis*, con il quale è stata esclusa la configurabilità come illecito disciplinare dei "fatti di scarsa rilevanza", riconoscendosi così la possibilità, anzi la necessità, di un apprezzamento discrezionale circa la sussistenza o meno, nella fattispecie concreta, di profili di vero e serio rilievo disciplinare, e, nell'art. 16, del comma 5 *bis*, che consente l'archiviazione diretta nei casi in cui sia chiaramente da escludere che il fatto addebitato sussista o abbia rilevanza disciplinare, nonché nei casi di denuncia non circostanziata.

Per la verità della prima delle citate disposizioni la Procura generale ha fatto un uso assai contenuto nella fase predisciplinare delle sommarie indagini preliminari: la obbligatorietà dell'azione disciplinare impone al procuratore generale della Corte di Cassazione estrema prudenza nell'applicarlo in tale fase, essendo quasi sempre opportuno che sul punto si pronunzi la Sezione disciplinare a conclusione delle indagini conseguenti all'esercizio dell'azione disciplinare o a conclusione del giudizio che si svolge dinanzi ad essa.

Con la seconda, come è stato già rilevato lo scorso anno, mediante l'attribuzione al procuratore generale della Cassazione del potere di archiviazione senza necessità di richiederla ad un organo giurisdizionale, come avviene nel procedimento penale – che nel caso in esame avrebbe potuto essere solo la Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura – sono stati fugati due rischi. Da un lato quello di dover iniziare un numero enorme di procedimenti disciplinari, con conseguente paralisi della Sezione disciplinare e, quindi, della stessa "giustizia" in una materia tanto delicata per il corretto andamento della gestione dei processi e della immagine della magistratura; dall'altro quello che i singoli magistrati vengano sottoposti ad indagini di tipo esplorativo, e con effetti vessatori, pur in mancanza di una specifica e

circostanziata – e quindi seria – *notitia* di un fatto specifico configurabile, se vero, come illecito disciplinare.

La Procura generale ha fatto uso della possibilità di archiviazione nei casi, oltremodo numerosi (abbondantemente superiori al 90%), in cui, come previsto dalla legge, è stata esclusa, *ictu oculi* o a conclusione delle sommarie indagini preliminari, la sussistenza del fatto addebitato al magistrato o la sua rilevanza disciplinare. E al riguardo segnalo che fino ad oggi per nessuno dei decreti di archiviazione emessi (tutti ampiamente motivati) il Ministro della giustizia, al quale i decreti devono essere trasmessi, ha manifestato il proprio dissenso.

d) Le misure cautelari.

Un'ulteriore importante novità è stata introdotta con la recente riforma del procedimento disciplinare: è la possibilità di applicare, su richiesta dei titolari dell'azione disciplinare, la misura cautelare del trasferimento ad altra sede o la destinazione ad altre funzioni del magistrato incolpato qual ora sussistano, ai sensi dell'art. 13, comma 2, del decreto legislativo n. 109 del 2006, gravi elementi di fondatezza dell'azione disciplinare e ricorrano motivi di particolare urgenza. Il trasferimento provvisorio ad altro ufficio, oltre la sospensione cautelare dalle funzioni e dallo stipendio, possono essere applicati, ai sensi del successivo art. 22, comma 1, anche prima dell'inizio di un procedimento disciplinare ove il magistrato sia sottoposto a procedimento penale, ovvero quando possono essergli ascritti fatti rilevanti sotto il profilo disciplinare, incompatibili con l'esercizio delle funzioni.

La introduzione del trasferimento d'ufficio quale misura cautelare è strettamente legata alla modifica, ad opera dell'art. 26 del suddetto decreto legislativo n. 109 del 2006, dell'art. 2 del regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511, che ha ridotto in maniera radicale l'ambito di operati vita del trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e/o funzionale prevista dal comma 2 di detto articolo, riservato alla competenza del Consiglio Superiore della Magistratura in sede amministrativa.

La disciplina risultante da tali disposizioni lascia, tuttavia, aperto un problema: se in essa trovi una soluzione l'ipotesi di incompatibilità determinata da comportamenti del magistrato da ritenersi colpevoli, ma non sussumibili in alcuna delle fattispecie tipiche previste dalla legge.

È opinabile che il vuoto normativo possa essere colmato in via interpretativa. È, pertanto, auspicabile un intervento del legislatore che elimini il riferimento alla indipendenza dalla colpa del magistrato, preveda espressamente il limite negativo della non riconducibilità della condotta ad alcuna delle fattispecie di illecito disciplinare, al fine di fugare ogni dubbio sulla natura della misura, ed introduca l'ulteriore (alternativa) ipotesi della lesione del valore della credibilità, oltre a quelli dell'indipendenza e dell'imparzialità.

Un altro problema tuttora aperto, non dipendente, questa volta da carenze o imperfezioni normative, è costituito dai rapporti fra azione disciplinare e procedimento amministrativo ai sensi dell'art. 2 del regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511.

Peraltro, la tempestività dell'intervento sia in sede cautelare giurisdizionale che in sede amministrativa è spesso frustrata, oltre che dalla possibilità di impugnazione delle relative decisioni, dai tempi necessari per l'espletamento della successiva procedura di individuazione della sede di destinazione per la quale occorrerebbe elaborare meccanismi acceleratori.

e) Norme procedurali.

La giurisprudenza della Sezione disciplinare e quella delle sezioni unite civili della Cassazione nell'anno appena decorso hanno affrontato numerosi problemi di natura processuale posti dalla nuova disciplina della materia; di taluno di essi si è dato già conto nell'intervento dello scorso anno.

Nel 2008 sono state molteplici ed assai delicate le questioni affrontate dai due giudici principalmente in materia di diritto intertemporale, segnatamente con riferimento all'art. 32 *bis* del decreto legislativo n. 109 del 2006, inserito dalla ricordata legge n. 269 del 2006, e di norme applicabili per l'esercizio

del diritto di impugnazione, che sono quelle del codice di rito penale, anche se il giudizio si svolge davanti alle sezioni unite civili della suprema Corte.

A tal proposito, da più parti, è stata rilevata la discrasia di un procedimento regolato in tutto il suo *iter* dalle norme del codice di rito penale che, pervenuto in Cassazione, viene deciso dalle sezioni unite civili, anziché, come sembrerebbe più naturale, da quelle penali.

j) L'impatto della riforma sulla Procura generale.

La riforma del procedimento disciplinare a carico dei magistrati ha avuto un notevole impatto sulla Procura generale della Corte di Cassazione – anche se minore di quello temuto, come s'è detto dianzi – dovuto all'aumento degli affari trattati, ma anche all'introduzione di nuovi adempimenti ed al potenziamento del suo ruolo nella fase delle indagini. L'ufficio, subito dopo la pubblicazione del decreto legislativo n. 109 del 2006, ha iniziato un processo di riorganizzazione del proprio servizio disciplinare, che si caratterizza anche per un ulteriore potenziamento degli strumenti informatici. Di entrambi è stato dato conto nell'intervento dello scorso anno. Nel 2008, come già detto, è stato profuso un notevole impegno nel perfezionamento dei moduli organizzativi che ha avuto positivi effetti sull'efficienza del servizio.

La piena operatività, dal 1° gennaio 2008, di due nuovi programmi informatici per la gestione dei procedimenti disciplinari e predisciplinari, superate le iniziali, ovvie, difficoltà, consente in ogni momento ai magistrati ed al personale amministrativo addetti al servizio di conoscere tempi, scadenze e gestione di ogni procedimento, con consistente risparmio di tempo, nonché completezza e sicurezza dell'informazione.

Si prevede, inoltre, che proprio in questi giorni siano messe a disposizione dei magistrati dell'ufficio, di quelli della Corte di Cassazione e dei componenti del Consiglio Superiore della Magistratura che si occupano della materia, i quattro archivi informatici, realizzati grazie alla collaborazione del Con-

siglio, del C.E.D. della Cassazione e della Procura generale, relativi alle sentenze e alle ordinanze integrali della Sezione disciplinare, alle sentenze delle sezioni unite civili della Corte di Cassazione in materia disciplinare e alle massime tratte dai predetti provvedimenti giudiziari.

Non posso esimermi, in questa solenne occasione, dal rilevare che il servizio presenta ulteriori margini di recupero di efficienza se ostacoli in tale direzione non venissero dalle carenze strutturali tipiche degli uffici giudiziari: insufficiente dotazione delle risorse umane ed economiche; mancanza di locali. In particolare, la mancata sostituzione del personale collocato a riposo ed il ritardo con il quale viene attuata la riqualificazione del personale (quello della Giustizia è l'unico ministero a trovarsi in tale situazione). Tali difficoltà sono acuite dalla esiguità degli stanziamenti per prestazioni di lavoro straordinario necessario (perché in taluni casi deve essere necessariamente svolto fuori del normale orario di lavoro), pur dovendosi dare atto della disponibilità dimostrata dal Ministro, che ha evitato ai dipendenti amministrativi della Procura generale di attendere anche un anno prima di ricevere il dovuto compenso delle proprie prestazioni.

Dati statistici.

Nel corso del 2008 sono pervenute alla Procura generale della Corte di Cassazione 1.423 notizie di possibile rilevanza disciplinare, 625 delle quali originate da esposti di privati (nel 2007 erano state 635); nell'anno precedente ne erano pervenute 1.307; ne è risultato, quindi, un incremento del 9%.

Sono state, invece, 1.533 (+4%) le procedure definite, con conseguente contrazione delle pendenze, che al 31 dicembre 2008 ammontavano a 799, rispetto alle 909 pendenti un anno prima (-12%). Come si può constatare l'impegno profuso dai magistrati e dal personale amministrativo dell'ufficio destinati a tale delicatissimo settore è stato particolarmente intenso. Nello stesso anno sono stati trasmessi dalle Corti d'Appello, ai sensi dell'art. 5 della legge 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto), 6.177 decreti di accoglimento della domanda

di equa riparazione per violazione del termine di ragionevole durata del processo, con un consistente aumento rispetto ai 5.014 pervenuti l'anno precedente (+19%). È del pari aumentato il numero delle procedure definite: 5.517 rispetto alle 4.959 definite nell'anno precedente (+ 90/0).

Ancora una volta vanno segnalate le gravi conseguenze economiche per l'erario dello Stato determinate dalla legge in esame (nell'anno 2008 sono stati liquidati a titolo di indennizzo Euro 32.103.360), anche per il *trend* in crescente aumento dei giudizi instaurati dai soggetti aventi diritto a detto indennizzo; Si pensi che nel 2005 erano pervenuti alla Procura generale "solo" 2.809 decreti.

Per quanto riguarda, in particolare, la Procura generale della Cassazione, non può non essere nuovamente segnalata – come è già stato fatto negli anni precedenti – la urgente necessità di un intervento legislativo che elimini la previsione di cui all'art. 5 della legge Pinto in base alla quale il decreto di accoglimento della domanda deve essere comunicato "ai titolari dell'azione disciplinare dei dipendenti pubblici comunque interessati al procedimento". Tale obbligatoria comunicazione comporta per gli uffici destinatari la gestione e l'esame di numerosissimi provvedimenti, del tutto carenti di dati utili e significativi ai fini disciplinari.

La conferma di tale inutilità è data dalla circostanza che negli ultimi tre anni nessuna azione disciplinare è stata esercitata a seguito dell'accertata violazione del termine di ragionevole durata del processo desunta dai decreti in questione. La ragione è semplice: il loro presupposto non è un comportamento colpevole dei magistrati.

La esposizione dei dati statistici va completata con quelli relativi alle azioni disciplinari ed ai conseguenti procedimenti.

Nel 2008 la Procura generale ha esercitato 111 azioni disciplinari; 36 sono state quelle esercitate dal Ministro della giustizia; in tre casi l'azione disciplinare è stata esercitata per gli stessi fatti da entrambi. In totale sono state esercitate 150 azioni disciplinari, con

un incremento dell'11% rispetto all'anno precedente allorché ne furono avviate complessivamente 135. L'aumento ha tratto origine da un incremento sostanzialmente uguale in termini percentuali delle azioni promosse dai due titolari (nel 2007 furono, rispettivamente, 103 e 32).

Le suddette 150 azioni disciplinari hanno visto coinvolti 183 magistrati. Nello stesso anno la Procura generale ha definito 110 procedimenti disciplinari; per 59 di questi è stata chiesta alla Sezione disciplinare l'emissione del decreto di citazione a giudizio; per i residui 61 non farsi luogo a dibattimento.

Al 31 dicembre 2008 risultavano pendenti presso la Procura generale 147 procedimenti disciplinari, con un incremento del 66% rispetto alla fine dell'anno precedente, allorché ne risultarono pendenti 97.

A sua volta la Sezione disciplinare ha pronunciato 36 sentenze di condanna (con tre delle quali è stata applicata la più grave delle sanzioni consentite, quella della rimozione); 17 sentenze di estinzione del giudizio per cessazione dell'appartenenza all'ordine giudiziario, che sono spesso assimilabili a quelle di condanna; infatti a volte il magistrato incolpato preferisce dare le dimissioni piuttosto che affrontare il giudizio disciplinare; 28 sentenze di assoluzione e 36 di non farsi luogo a dibattimento.

I procedimenti pendenti al 31 dicembre 2008 erano 78, di cui 15 sospesi per contestuale pendenza del processo penale sugli stessi fatti.

I riferiti *dati* statistici evidenziano quanto segue.

1. In un anno è stata sottoposta a "controllo" disciplinare, mediante l'esercizio della relativa azione, la condotta di ben 183 magistrati, pari ad oltre il 2% degli 8.985 (ivi compresi 318 uditori senza funzioni) in servizio al 31 dicembre 2008. Proiettando il dato nell'arco di un decennio – che nel periodo ha sempre oscillato intorno a tale percentuale – ne deriva che nell'arco temporale considerato l'azione disciplinare è stata esercitata nei confronti di un numero di magistrati corrispondente a circa un quinto di quelli annualmen-

te in servizio; una percentuale che non ha pari in altre categorie professionali.

2. La Procura generale della Corte di Cassazione (organo interno alla magistratura) ha avuto un ruolo di assoluto rilievo nell'attivare la Sezione disciplinare e, quindi, nel controllo della deontologia e della correttezza del comportamento dei magistrati (i 3/4 delle azioni disciplinari sono state esercitate dall'ufficio da me diretto).

3. Ove si tenga conto delle richieste di non farsi luogo a dibattimento formulate a conclusione delle indagini svolte successivamente all'esercizio dell'azione disciplinare – finalizzate a verificare la fondatezza della notizia di illecito e conseguenti anche all'uso assai contenuto che la Procura generale fa in sede di archiviazione della causa di esclusione della punibilità di cui al già ricordato art. 3 *bis* del decreto legislativo n. 109 del 2006 (v. *sub c*) – nonché delle dimissioni o della cessazione dal servizio dei magistrati sottoposti a procedimento disciplinare (v. *retro*), le richieste della Procura hanno trovato generale accoglimento nelle decisioni della Sezione disciplinare. Il dissenso si è attestato intorno ad una percentuale fisiologica del 20-25%.

4. Si conferma una *trend*, già emerso negli ultimi anni, verso un aumento, in termini assoluti e percentuali, delle sentenze di condanna: è sufficiente rilevare che nel 2008 ne sono state pronunciate, come già detto, 36, a fronte delle 49 pronunciate nel biennio 1° agosto 2006 - 30 luglio 2008.

Il numero e la gravità delle condanne inflitte non deve, tuttavia, indurre a conclusioni pessimistiche sulla deontologia e professionalità della magistratura nel suo complesso. Essi sono, piuttosto, frutto del rigore, rispetto a casi e situazioni che rimangono – comunque – fortunatamente ben determinati e non generalizzati, con il quale operano gli organi dell'azione e della funzione di garanzia svolta dalla Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura. Semmai potrebbe ritenersi che la scarsa efficienza, nel passato, dei sistemi di valutazione di professionalità e dei controlli interni all'ufficio abbia finito per scaricare sul settore disciplinare un peso

eccessivo. Così come appare evidente che le inefficienze complessive del sistema giudiziario abbiano a volte finito per pesare sul singolo magistrato, ad esempio in tema di puntualità negli adempimenti (ciò spiega le frequenti assoluzioni in tale campo, essendosi spesso accertata l'assenza di colpa).

I servizi civile e penale della Procura generale. La crisi del processo civile italiano che, come emerge dal rapporto 2008 della Commissione europea per l'efficacia della giustizia istituita nell'ambito del Consiglio d'Europa, non può attribuirsi a una insufficiente produttività dei magistrati, involge pesantemente il giudizio di cassazione. E ciò nonostante gli interventi normativi (decreto legislativo n. 40 del 2006) che, specie con la prescrizione del "quesito" posto alla Corte (art. 366 *bis* c.p.c.), hanno in parte restituito ad essa la propria specifica funzione di giudice di sola legittimità.

In questo contesto si collocano le ulteriori proposte contenute nel disegno di legge di iniziativa governativa n. S/1 082, attualmente all'esame del Parlamento, che, da un lato, introduce una valutazione preventiva in ordine all'ammissibilità del ricorso, dall'altro propone anche l'abrogazione dell'art. 366 *bis* c.p.c.: su entrambe queste proposte è necessaria un'attenta riflessione.

Le dimensioni del contenzioso impongono inevitabilmente anche una riflessione sul ruolo della Procura generale nel giudizio di cassazione, potendo esse comportare il rischio – tutt'altro che remoto – di una "banalizzazione" o di una scarsa attenzione al contributo del procuratore generale.

In una situazione operativa sempre più complessa, per la varietà delle fonti, e sovente disorganica, per il proliferare di normative settoriali disancorate da principi generali, la presenza del pubblico ministero – valorizzata adeguatamente da un coinvolgimento di tutti gli appartenenti all'ufficio e da idonei strumenti organizzativi, quali la recente creazione di un sito *intranet*, contenente i più significativi interventi in materia civile e penale, ed un efficiente ufficio documentazione – può assicurare un reale contributo alle esigenze della funzione nomofilattica, alla evi-

denziazione delle questioni di rilevante interesse anche sotto il profilo del giusto processo, al coordinamento con i sistemi normativi sovranazionali. Ciò è recentemente avvenuto in delicati settori, quali la disciplina delle espropriazioni per pubblica utilità, la tutela dei diritti dei lavoratori, il sistema tributario. Onde poter mantenere l'indispensabile qualità di detto contributo, si impone ormai una riflessione sulla necessità di selezionare gli interventi in base alla serietà delle questioni che i ricorsi sollevano.

E la riforma del rito camerale introdotto con decreto legislativo n. 40 del 2006 può costituire un utile punto di riferimento.

Il dato statistico costituisce eloquente conferma di questa esigenza, ove si consideri che nell'anno 2008 i magistrati dell'ufficio sono intervenuti a 794 udienze pubbliche civili, tutte caratterizzate da un elevato numero di procedimenti in ruolo.

Rilevante è stato il contributo offerto dalla Procura generale anche alla trattazione dei procedimenti camerali.

L'attività qualitativamente di maggior rilievo è stata indubbiamente quella relativa alla formulazione delle conclusioni in tema di regolamenti preventivi di giurisdizione e di regolamenti di competenza. Mentre per questi ultimi si è progressivamente ridotta l'entità del contenzioso in correlazione alle modifiche alla disciplina introdotte nel corso degli anni '90 (nel periodo in esame sono state redatte n. 272 conclusioni in materia), particolare impegno ha richiesto la trattazione dei n. 270 regolamenti preventivi di giurisdizione in considerazione dei delicati problemi posti dalla legge n. 205 del 2000 e dal T.U. del 2001 in tema di espropriazione e delle successive modificazioni, anche alla luce dei reiterati interventi della Corte costituzionale e di alcune decisioni in materia adottate dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato. Nella stessa prospettiva si devono richiamare le questioni poste dall'applicazione del diritto internazionale e comunitario.

Per le procedure in cui ha trovato applicazione il pregresso regime dell'art. 375 c.p.c., nel corso del 2008 l'ufficio ha redatto n.

4521 richieste di accoglimento o di rigetto del ricorso, cui vanno aggiunte n. 326 richieste di altri provvedimenti e n. 68 conclusioni in ordine alle istanze di revocazione delle decisioni della Corte.

Per i ricorsi avverso le sentenze e i provvedimenti pubblicati successivamente al marzo 2006, l'art. 380 *bis*, introdotto dal decreto legislativo n. 40 del 2006, prevede, invece, che le decisioni vengano adottate in camera di consiglio sulla base di una relazione redatta dal consigliere relatore e notificata sia alle parti che al pubblico ministero, i quali possono formulare osservazioni non oltre cinque giorni prima della data stabilita per l'adunanza in camera di consiglio, mentre soltanto per i regolamenti di giurisdizione e di competenza il successivo art. 380 *ter* prevede che il presidente della sezione possa chiedere – come generalmente accade – le conclusioni scritte del pubblico ministero.

Indubbiamente questa nuova disciplina ha consentito una notevole accelerazione della trattazione dei procedimenti: nel periodo in esame sono pervenute all'Ufficio n. 4645 conclusioni redatte dal consigliere relatore, riguardo alle quali, salvo alcune episodiche eccezioni, non sono state formulate osservazioni.

Infine, nuova attenzione – attraverso la predisposizione di un apposito apparato organizzativo volto alla selezione dei casi ritenuti meritevoli dell'intervento – merita l'istituto previsto dall'art. 363 c.p.c., sotto la rubrica "principio di diritto nell'interesse della legge".

In un ordinamento giuridico, come visto, sempre più complesso, per la progressiva estensione delle fonti di produzione giuridica, interne e sovranazionali, e caratterizzato da una maggiore e più puntuale incidenza della giurisprudenza formatasi in sede comunitaria e nell'ambito CEDU, poter disporre di uno strumento che consenta, su iniziativa del Procuratore generale, un intervento ermeneutico di interesse genera le può costituire un significativo contributo alla funzione regolatrice della Corte.

La Procura generale, tramite il Punto di con-

tatto della Rete giudiziaria civile europea che opera all'interno dell'Ufficio relazioni internazionali, partecipa all'attività di cooperazione tra le autorità giudiziarie degli Stati membri, al fine di fornire assistenza e facilitare l'applicazione degli strumenti comunitari. Le richieste di assistenza hanno riguardato in particolare l'applicazione del regolamento CE n. 1348/2000 in materia di notificazioni e comunicazioni, per difficoltà insorte nella notificazione di atti in Italia.

L'adozione di quattro nuovi regolamenti comunitari in materia di ingiunzioni di pagamento e controversie transfrontaliere di modesta entità, nonché in materia di legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali e contrattuali, comporterà uno sviluppo della cooperazione giudiziaria negli affari civili e quindi un rafforzamento della Rete giudiziaria europea – EJJN e dei Punti di contatto nazionali.

La necessità di disporre di dati sull'impatto della normativa comunitaria, anche per la revisione periodica degli strumenti comunitari, è alla base della scelta di attivare presso il Punto di contatto della Procura generale un osservatorio per il monitoraggio del regolamento comunitario in materia di comunicazioni e notificazioni, recentemente modificato ed entrato in vigore il 13 novembre 2008.

In materia penale, nell'anno appena decorso non sono intervenute modifiche normative che abbiano inciso sul giudizio di cassazione e, quindi, sull'attività della Procura generale. Conservano, pertanto, piena validità tutte le considerazioni svolte lo scorso anno dal Procuratore generale in questa stessa occasione, in tema: *a)* di coordinamento, mediante frequenti incontri, dell'attività dei magistrati addetti al servizio allo scopo di individuare, per le questioni di maggiore importanza e complessità, soluzioni unitarie e condivise da sottoporre alla Corte in modo da dare un concreto contributo alla funzione di nomofilachia alla stessa attribuita; *b)* di stimolo volto a rendere operativo un sistema di preclusioni endoprocessuali che tendano alla semplificazione del sistema e alla riduzione

dei tempi del processo; c) di consolidamento degli orientamenti interpretativi contrari ad una dilatazione eccessiva del concetto di interesse ad impugnare e favorevoli alla definitiva affermazione, anche in materia penale, del principio dell'autosufficienza dei motivi di ricorso.

Non può non rilevarsi, anche nell'anno appena decorso l'enorme mole di lavoro che si è riversata sui magistrati della Corte e, di conseguenza, su quelli della Procura generale, che intervengono, con un parere scritto o orale, su tutti i giudizi di cassazione in materia penale. Tale mole di lavoro incide negativamente sulla qualità dello stesso.

Mi limito ad indicare due rimedi che potrebbero contribuire a restituire alla Cassazione e alla Procura generale la loro originaria funzione:

procedere ad una radicale riforma del sistema penale nel suo complesso con una decisa operazione di depenalizzazione, in modo da riservare la sanzione penale a quelle condotte che aggrediscono o mettono in pericolo beni tutelati dalla Costituzione: in molte situazioni è assai più efficace una tempestiva sanzione amministrativa, non necessariamente pecuniaria, che una sanzione penale che interviene a distanza di anni;

rivisitare il sistema delle nullità puntando non tanto sulla tipicità quanto sulla lesività della nullità: una nullità tipica (il discorso vale per le nullità relative e per quelle a regime intermedio) che non sia anche lesiva non dovrebbe ostacolare il processo: infatti essa allunga senza alcuno scopo i suoi tempi; la nullità è a presidio della giustizia del processo (*la fairness*): una nullità non lesiva non giova alla giustizia del processo, ma nuoce alla sua ragionevole durata. Analogo discorso vale per le inutilizzabilità.

La Procura generale, come ha già fatto in passato, intende ispirare la sua azione – quale organo requirente presso la suprema Corte, pur negli angusti limiti in cui ciò è possibile sul versante dell'interpretazione della normativa vigente – al perseguimento di un processo finalmente adeguato alle esigenze di una società civile e democratica. Ne costi-

tuiscono eloquente testimonianza le numerose requisitorie, scritte e orali, in materia di effetti delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, che hanno accertato la violazione di norme della Convenzione, sui processi in cui tale violazione si è verificata. Nel 2008 i magistrati della Procura generale addetti al servizio penale sono intervenuti a 823 udienze davanti alle sezioni penali della Cassazione, nel corso delle quali sono stati trattati 23.604 ricorsi, rispetto ai 21.630 dell'anno precedente (+9%); hanno redatto 6.290 requisitorie scritte per ricorsi da decidere con il rito camerale *ex art.* 611 c.p.p. ed hanno formulato 22.223 richieste di inammissibilità nell'ambito di procedimenti assegnati alla VII sezione penale della Corte di Cassazione. Nello stesso anno sono stati emessi 275 decreti risolutivi di contrasti fra pubblici ministeri in materia di competenza a procedere nel corso delle indagini preliminari o di richieste di diversa attribuzione di competenza formulate dalle parti private; sono stati, altresì, emessi 106 provvedimenti di cessazione di misure cautelari ai sensi dell'art. 626 c.p.p. e predisposte 533 richieste di riduzione dei termini ai sensi dell'art. 169 disp. att. c.p.p.

Si è trattato di una mole di lavoro assolutamente eccezionale, ove si consideri che ad essa hanno provveduto (in media) meno di trenta magistrati, alcuni dei quali impegnati anche in altre attività dell'ufficio (ad esempio in materia disciplinare).

Due elementi di rilevante novità dell'attività della Procura generale meritano di essere segnalati.

La ormai piena operatività del Punto di contatto della Rete giudiziaria europea penale, che ha consentito di acquisire presso le autorità giudiziarie straniere, su richiesta e/o sollecitazione della Corte di Cassazione, in tempi rapidi informazioni e notizie necessarie per la decisione dei ricorsi in materia di estradizione e mandato di cattura europeo, nei quali la giurisdizione della Corte è estesa al merito. Ciò ha consentito di avviare la costituzione di un archivio sulla legislazione straniera e sulle regole e prassi operative –

specialmente a livello europeo – concernenti la cooperazione giudiziaria.

È prossima, infine, la pubblicazione, con il contributo finanziario del Consiglio Superiore della Magistratura, di un volume che raccoglie decreti risolutivi di contrasti fra uffici del pubblico ministero, requisitorie scritte, sintesi di quelle orali, note di udienza, ecc. Scopo della pubblicazione, che sarà diffusa fra gli uffici, giudicanti e requirenti, del territorio, è quello di far conoscere l'orientamento della Procura generale in ordine alle più importanti questioni sulle quali è stata chiamata a pronunciarsi quale organo "consultivo" della Corte di Cassazione o quale organo "decidente", come avviene in materia di contrasti e determinazione della competenza nella fase delle indagini preliminari, ai sensi degli artt. 54, 54 *bis* e 54 *quater* c.p.p. *La Direzione nazionale antimafia.*

Al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione è attribuita dall'art. 76 *ter*, 1° comma, dell'ordinamento giudiziario la sorveglianza sul Procuratore nazionale antimafia e sulla relativa Direzione nazionale.

A seguito delle modificazioni introdotte dalla legge n. 150/2005 alle Relazioni sull'amministrazione della giustizia, ora attribuite al Ministro della giustizia e al primo Presidente della Corte di Cassazione, il Legislatore ha coerentemente soppresso il 2° comma dell'art. 76 *ter* citato. Tale norma prevedeva infatti che il Procuratore generale comunicasse l'attività svolta dal Procuratore nazionale nella relazione generale, allora attribuita alla sua responsabilità.

Il Procuratore nazionale antimafia ha correttamente ritenuto che le modifiche normative sopra menzionate non abbiano fatto venir meno la necessità che all'organo titolare del potere di sorveglianza vengano fornite le notizie necessarie per adempiere a tale importante funzione. Ha, dunque, rimesso un'articolata relazione.

L'attività d'indagine e requirente nel settore della criminalità organizzata ha ottenuto importanti risultati nella funzione di coordinamento delle Direzioni distrettuali demandata alla Direzione nazionale.

L'imponente materiale raccolto consente di valutare la persistente pericolosità delle organizzazioni criminali storiche, le cui ramificazioni sono ormai ben radicate anche in contesti diversi e alle quali si aggiungono nuove minacce.

Particolarmente significativa è l'individuazione delle modalità con le quali le organizzazioni criminali hanno reagito alla crescente capacità investigativa e ai conseguenti risultati in termini di accertamento giudiziario.

Ad esempio, Cosa Nostra sembra reagire con una ancora più ferrea strutturazione, su base familiare. Al contrario, la Camorra enfatizza le caratteristiche storiche di frammentazione e fluidità di un fenomeno criminale lontano dai modelli di organizzazione piramidale propri della mafia siciliana: caratteristiche che, lungi dal rivelarsi un fattore di debolezza, ne spiegano la straordinaria capacità di infiltrazione ed espansione affaristica. Sempre più preoccupante appare il ruolo della 'Ndrangheta, la cui specificità e spiccata pericolosità è stata attestata dalla relazione approvata all'unanimità il 19 febbraio 2008 dalla Commissione parlamentare antimafia.

Queste condotte criminali condizionano la libera concorrenza e le regole del mercato. L'ingerenza mafiosa nell'attività di impresa altera alcuni fattori della produzione, determina una riduzione della competitività dell'impresa medesima e modifica le dinamiche concorrenziali e del mercato.

È difficile sottovalutare il peso costituito per l'economia del Paese (e in particolare delle Regioni meridionali) dalla distorsione del corretto funzionamento dei meccanismi di regolamentazione del mercato, indotta dalla criminalità organizzata.

Per altro verso la diffusione del "pizzo", oltre ad aggiungere ulteriori costi all'esercizio delle attività economiche, genera spesso il coinvolgimento dell'imprenditore nelle dinamiche mafiose, il che costituisce a sua volta ulteriore alterazione del mercato, anche del lavoro.

Le meritorie iniziative di settori della società civile non sono risultate sufficienti a contrastare efficacemente questo meccanismo per-

verso, pur se in taluni contesti la sinergia tra un'efficace azione repressiva e la mobilitazione della società civile ha consentito risultati evidenti.

È dunque necessario un impegno più coordinato, che consenta di contrastare i vantaggi illeciti che provengono dalla contiguità al sistema mafioso e che sono attestati – ad esempio – dai dati relativi all'utilizzazione dei fondi comunitari o degli incentivi pubblici all'industria.

Il condizionamento delle attività economiche emerge in diverse aree e non è limitato alle sole regioni di tradizionale influenza della criminalità organizzata.

Particolarmente sensibile appare il settore della grande distribuzione e dei mercati ortofrutticoli.

Da quanto sin qui detto risulta la decisiva importanza della confisca dei patrimoni di provenienza illecita. Sul punto sono intervenute significative innovazioni normative.

Il d.l. n. 92/2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 125/2008, nel contesto di una nuova disciplina delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, ha attribuito al Procuratore nazionale il potere di proposta di quelle personali, nonché di impulso e di coordinamento per le misure di prevenzione, cui è connesso il potere di applicare magistrati della Direzione nazionale antimafia alle direzioni distrettuali anche per i procedimenti di prevenzione patrimoniali. L'attività di impulso e coordinamento è già stata avviata.

In tema di confisca di patrimoni illeciti particolarmente rilevante è la collaborazione avviata da tempo con l'Agenzia del Demanio e ora con il Commissario straordinario del Governo per la gestione e la destinazione dei beni confiscati ad organizzazioni criminali, istituito con decreto del Presidente della Repubblica 6 novembre 2007.

Il Procuratore nazionale antimafia e il Commissario straordinario del Governo hanno stipulato una convenzione per lo scambio di informazioni fra i due uffici. Peraltro l'impegno più rilevante nel rapporto con il Commissario governativo appare quello volto a rendere più snella ed efficiente l'azione fina-

lizzata alla destinazione e gestione dei beni confiscati.

Si è constatata la necessità di prevedere strumenti normativi corrispondenti alle complesse tematiche della *governance* delle aziende oggetto di tali misure. Per altro aspetto si sottolinea la necessità che il quadro normativo interno venga adeguato ai principi ed ai criteri direttivi di attuazione delle decisioni quadro 2003/577/GAI, 2005/212/GAI 2003/568/GAI stabiliti dalla Legge comunitaria 2007 in tema di lotta alla corruzione, di esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni e di sequestro e di confisca dei beni, strumenti e proventi di reato.

I mezzi investigativi di maggior rilievo per i risultati conseguenti appaiono le intercettazioni di conversazioni – che si confermano essere indispensabili per l'accertamento dei delitti di criminalità organizzata – e il contributo di collaboratori provenienti dalle organizzazioni criminali.

D'altra parte la diffusione delle comunicazioni via *internet* richiede un adeguamento della disciplina. Mentre si è in attesa dell'entrata in vigore delle norme che prevedono l'assegnazione agli utenti del cosiddetto Ip univoco, ossia di un codice identificativo che consenta l'individuazione degli accessi alla rete e ai siti visitati, occorre che venga definita la natura tecnica della struttura *Skype* e similari e la conseguente attribuzione alla stessa della natura di rete telefonica, soggetta come tale alle prestazioni obbligatorie previste dal codice per le comunicazioni.

Oggetto di specifica attenzione investigativa sono state anche le organizzazioni criminali di matrice non italiana, la cui attività è spesso incentrata su settori c.d. di interesse (il contrabbando, la contraffazione di marchi ecc.) oltre che su un settore di primario rilievo, quale quello della immigrazione clandestina e della tratta di esseri umani.

Al carattere transnazionale del crimine organizzato corrisponde ormai da tempo un impegno della D.N.A. votato alla realizzazione di rapporti con le corrispondenti autorità straniere, finalizzato a rendere possibile un

miglior coordinamento delle attività, lo scambio delle informazioni e la cooperazione giudiziaria.

A ciò si aggiunge la partecipazione della Direzione nazionale antimafia ad Organismi internazionali, alla Rete giudiziaria europea e ad Eurojust.

Conclusioni.

Le linee che ho indicato – qualità della legge, recupero culturale e sereno esercizio del controllo sul giusto processo – aprono la strada allo sviluppo concreto del concetto della *fairness*, ossia di quel generale sentimento del giusto e dell'equo che è posto a base della struttura processuale degli ordinamenti democratici. Questo sentimento, con il rispetto della dignità umana che assicura, costituirà il momento fondamentale di un positivo sviluppo della giurisdizione: in ogni autentica democrazia il processo non è una minaccia, ma una difesa per il cittadino.

In definitiva, occorre un più stretto raccordo, nel solco della nostra Carta fondamentale, con i principi e le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo. Ormai non esistono solo vie nazionali al sistema processuale.

Come per l'economia e la politica estera, anche la soluzione dei problemi della giustizia è largamente condizionata da scelte strategiche sovranazionali.

Occorre considerare che la cultura dei diritti dell'uomo deve essere la stella polare di ogni riforma, sostanziale e processuale.

Se seguiamo queste linee di percorso, abbiamo la fondata speranza di vincere la sfida della modernità e di avere un processo finalmente adeguato alle esigenze di una società civile e democratica. Cioè un processo giusto, che giunga al suo epilogo in tempi ragionevoli, come impone l'art. 111 della Costituzione.

Forum per la didattica

di *Simona C. Sagnotti*

Questo breve scritto è l'estratto di una relazione tenuta all'Università di Perugia al *Forum* per la didattica ideato dal collega ed amico Francesco Cerrone al quale va il mio ringraziamento per la felice iniziativa. Un ringraziamento anche ai colleghi intervenuti al dibattito che ha fatto seguito.

Anziché limitarmi a raccontare come si svolge il mio corso, ho pensato di prendere le mosse, in via metaforica, dal "corso" di un Maestro. Che non fu il mio. Quando io nacqui lui non c'era già più. Ma che penso sia, egualmente, un buon Maestro per tutti noi. Sto parlando di Filippo Grisigni.

Debbo subito precisare che della sua conoscenza sono grata all'amico Alfredo Gaito che, del tutto occasionalmente, qualche mese fa mi suggerì la sua lettura.

Perché ho scelto Grisigni per questo mio intervento? Perché questo studioso aveva messo al primo posto il *metodo* e perché aveva compreso (nel senso di "preso con sé") il fatto che la conoscenza del diritto non poteva mai essere conoscenza di "un solo ramo del diritto".

Penalista e processual-penalista, Grisigni fu un raffinato teorico generale del diritto, padrone del metodo giuridico, esperto di logica, e di logica giuridica in particolare, competente in abito civilistico, pubblicistico, amministrativo, sia sostanziale sia processuale.

Giocando a fare il topo di biblioteca, ho scoperto che il suo *Il diritto processuale penale* fu preceduto da una bozza (inedita) dal titolo *La teoria generale del processo civile, amministrativo e penale*. Purtroppo il progetto di Grisigni di svolgere allo stesso modo i tre processi, pare, non fu portato a termine. Ciò nondimeno, nel suo *Il diritto processuale penale*, egli non manca di volgere, costantemente, lo sguardo anche al processo civile e a quello amministrativo.

Obiettivo dell'autore è quello di "fare sistema", sia nel senso di studiare il diritto processuale (penale, civile e amministrativo) in maniera sistematica, sia nel senso di cercare di far emergere il sistema che è dietro le singole norme.

Volendo sintetizzare i punti essenziali della sua "filosofia" del diritto – che certo una volta n'era – potremmo dire:

1) che lo studio del diritto richiedeva un metodo, quello giuridico. Un metodo logico. Senza perciò essere passibile dell'accusa di logicismo. Di fatto, non guardò mai allo studio del diritto come a un qualcosa di meccanico. Né pensò che la logica deduttiva fosse da sola bastevole alla comprensione del diritto, accorgendosi, sin da subito, dalle molteplici implicazioni induttive caratteristiche del e caratterizzanti il ragionamento giuridico;

2) che lo studio del diritto importava, come sopra accennato, la comprensione dei diversi rami del diritto e la loro interrelazione. E ciò su due fronti: (a) tra diritto sostanziale e diritto processuale, (b) tra diritto civile, pubblico, costituzionale, amministrativo, penale...

3) che la conoscenza della teoria generale del diritto e della filosofia del diritto erano imprescindibili per il giurista, qualunque giurista. E ciò perché la prima fissa i "concetti" generali senza i quali né lo studioso né il pratico del diritto possono muoversi correttamente, mentre la seconda offre quel quadro di sfondo etico all'interno del quale il diritto nasce e vive:

4) che chi vuole conoscere davvero il diritto non può e non deve scindere la teoria dalla prassi.

2. Nell'incontro precedente, comprensibilmente, il collega ed amico Antonio Bartolini

sollevava un problema di “propedeuticità”. Nel senso che evidenziava come, forse troppo spesso, si trova a dover anticipare nozioni e concetti che sono, *strictu sensu*, di altre materie. Già nell’occasione, condividendo nelle linee generali la sua osservazione, sono intervenuta sostenendo che in ciò poteva anche esserci del buono. L’amica e collega Procaccini aveva poi, nello stesso contesto, suggerito di elaborare una sorta di parole-chiave alle quali tutti, indipendentemente dalla materia di propria competenza, potremmo far riferimento. E di fatto è quel che facciamo. Fatto è che, come ebbi a dire sempre in quell’occasione, noi filosofi o filosofi del diritto, insegnando da sempre al primo anno del Corso, siamo costretti, e perciò anche forse più abituati, ad anticipare non pochi concetti e/o istituti giuridici. Confesso che, a tale proposito, la cosa, personalmente, non mi dispiace affatto perché ho sempre pensato che la filosofia del diritto non debba mai scostarsi troppo dal suo oggetto: il diritto, appunto. Anche se così non sempre è. E, poiché questo insegnamento si inserisce in una facoltà giuridica, ho sempre pensato che è un bene che il “mio” filosofare (e lo dico con grande umiltà, ma anche con ferma convinzione) si fermi ogni tanto sulle norme o le sentenze, spaziando tra i vari rami del diritto. Come Grisignani avrebbe auspicato, dal diritto sostanziale a quello processuale. D’altro canto, nessuno di noi dimentica che il diritto è tale solo quando dalla norma generale e astratta si giunge a quella concreta. Prima del processo, prima della sentenza il diritto è solo “lettera”. Lettera, nel senso di “parola” che attende di riempirsi di contenuti concreti e specifici, a seguito della sua interpretazione e applicazione.

Tornando all’idea delle parole-chiave della collega, è indubitabile che molte se ne possono pensare. Chi di noi (civilisti, costituzionalisti, processualisti, commercialisti, lavoratori ...) può permettersi il lusso di ignorare cosa sia e come funzioni l’analoga? Chi di noi può ignorare il funzionamento dei metodi di controllo di validità delle norme, dalla nullità all’annullabilità? Chi di noi può di-

menticare l’art. 139 della Costituzione? Giusto per fare un esempio. E proprio Bartolini, sempre e solo a titolo esemplificativo, poneva l’accento sulla imprescindibilità, oggigiorno, quanto meno di una minima conoscenza di alcuni principi di diritto internazionale, a partire dalla normativa comunitaria. Come lo stesso Francesco Cerrone mostrava anche nel suo incontro introduttivo al *Forum* a proposito dei criteri che guidano i giudici nazionali e sovranazionali. Potrei dire di più. Per esempio che, a me, resterebbe difficile finanche ignorare l’economia. Superfluo dire quale posto occupi, nella corretta conoscenza del diritto, lo studio della storia, come anche il collega e amico Vittorio Menesini ha avuto occasione di ricordarci.

Sulle parole-chiave, condivido, dunque, l’osservazione della collega pubblicista e sociologa. In realtà esistono delle parole-chiave che sono implicite alla conoscenza del diritto.

Non lontano da questa idea era lo stesso Grisignani che riteneva, come suo solito in anticipo sui tempi, che, per esempio, la conoscenza del diritto processuale dipendesse da *presupposti* che altro non sarebbero stati se non i *risultati* delle altre discipline. E tra queste discipline, al primo posto c’era proprio la teoria generale del diritto, e a seguire la filosofia del diritto, la sociologia del diritto, il diritto sostanziale, in tutte le sue branche, la storia del diritto. E questo perché Grisignani aveva ben colto come nessuna norma viva da sola, ma all’interno di un sistema, in cui pur distinguendo tutto da tutto, allo stesso tempo, tutto è collegato con tutto.

Proprio di recente mi è stato chiesto un consiglio da parte di un amico notaio. La questione riguardava i rapporti tra l’art. 306 del c.p.c. e l’art. 75 del c.p.p. La questione riguarda l’estinzione del processo civile qualora l’attore si costituisca parte civile – per identica azione – in un processo penale. La prima domanda che mi sono posta è: come può essere “identica” l’azione se uno è un processo civile mentre l’altro è penale? Ebbene perché l’azione che entra nel processo penale è quella di parte “civile”. Il che vuol

dire che il giudice penale deciderà su una questione di diritto civile. E le parti, nei loro difensori, dovranno, del pari del giudice, svolgere anche le argomentazioni civili, seppur in sede penale.

Questo esempio giusto a dimostrazione che, nella teoria così come nella pratica, il giurista (che sia studioso o ... non rileva) non può separare i rami del diritto, limitandosi a studiarne uno, ignorando gli altri. Troppi essendo i collegamenti.

Due ultime considerazioni. Riguardo quanto scrittoci da Menesini in ordine alla "libertà", dico sì. Sì, non siamo qui per "indottrinare" gli studenti. Né "infarcendoli" di nozioni né "inculcandogli" delle ideologie (e quali? le nostre?). Siamo qui per offrirgli il modo di farsi da soli le proprie opinioni. Dandogli informazioni, ma anche cercando di stimolare in loro lo spirito critico. E questo è il lavoro più duro perché significa fornirgli gli strumenti per ragionare correttamente, sperando, solo sperando, che decidano di utilizzarli. Perché pensare "liberamente" è faticoso e richiede coraggio. E il coraggio chi non ce l'ha non ...

La seconda riguarda l'auspicio di Cerrone di avviare una "sinergia" tra colleghi. Come lo stesso Fabrizio Figorilli ha ricordato, nell'introduzione amministrativista al precedente incontro del *Forum*, noi filosofe avevamo già avviato un tentativo in tal senso. Ed io personalmente sono quasi più avvezzata a dialogare con i giuristi positivi e gli economisti che non con i filosofi. Le mie "fughe" nel diritto penale e processuale penale non sono di ieri. Non meno dei rapporti con gli economisti, soprattutto, alla Sapienza di Roma. Con piacere ricordo le, ora brevi ora più lunghe, "chiacchierate" con Giuseppe Chirichiello. Da diritto amministrativo, poi – potrei dire che provengo – visto il bel rapporto che, ancora studentessa – ebbi col "Grande"

Aldo Piras e, in particolare, con alcuni dei suoi più brillanti allievi. Uno per tutti, mi piace ricordare Pietro Falcone. Che scelse un gruppo assai ristretto di noi, tra i tanti studenti che allora abitavano la Sapienza, per introdurli al Tar Lazio. Dando così a quattro o cinque di noi, l'anno, la possibilità di vedere il diritto amministrativo dal vivo. Alcuni costituzionalisti e privatisti o civilisti possono, e non perché sono io a dirlo, considerarsi filosofi non meno di quelli che "ufficialmente" lo sono. Penso a Franco Modugno e, da ultimo, ma tutt'altro che ultimo, a Natalino Irti, al quale sono, in particolare, debitrice dei miei studi sul mercato. Debitrice perché l'impulso ad occuparmi di quel tema venne me anche dalla lettura dei suoi saggi, oltre che dal, per me proficuo e assai gradevole, confronto dialogico. E, partendo sempre dal tema del mercato, non stupisce che "naturale" o "spontaneo" è stato l'incontro con i colleghi commercialisti perugini, dopo quelli romani. E, anche tra essi, alcuni non rimasero affatto insensibili alle "suggerzioni" della filosofia del diritto. Oltre gli amici e colleghi perugini, tutti, per ricordarne uno, che possiamo considerare tanto perugino quanto romano, come non citare Gustavo Visentini? Che ha *scelto* di insegnare anche la teoria generale del diritto e su questa ha scritto belle pagine. Ricordo, non da molto laureata, i seminari da lui organizzati alla Luiss, nei quali invitati alcuni autorevoli studiosi stranieri, venne data a una decina di partecipanti (tanti, solitamente, eravamo) la possibilità di apprendere e confrontarsi con gli studi inglesi e tedeschi tanto commercialistici quanto filosofici o teorico-generalisti. Condivido, dunque, in conclusione, l'auspicio dell'amico e collega Cerrone. Auspicio che mi pare si stia già iniziando a tradurre in qualcosa di concreto, almeno per ora, quantomeno, nello scambio di idee ed esperienze.

«La prova penale» (Bari, 29.11.2008)
(Trattato diretto da Alfredo Gaito, ed. UTET, Torino, 2008)
di M. Dinapoli

Tocca a me il compito di presentare, nel corso di questo Convegno di studi, «La prova penale» opera sistematica in tre volumi coordinata dal prof. Gaito (che ci onora oggi con la sua presenza) e che si avvale del contributo di numerosi studiosi di varie Università italiane.

La mia sarà una presentazione breve, perché sono qui alcuni degli autori ed il coordinatore, i quali potranno assai meglio di me, se lo riterranno, approfondire il contenuto dell'opera.

Si tratta di un compito per me insolito, dato che non sono uno studioso ma un pratico, nella mia vita non ho scritto volumi, ma provvedimenti giudiziari. Non mi sono sottratto però alla richiesta, perché questo compito, ancorché insolito, bene si inquadra nell'ambito di una collaborazione in atto con la cattedra di Procedura penale dell'Università di Bari; infatti, grazie ad una intuizione del professore Garofoli (co-autore dell'opera) che a me è parsa particolarmente felice, sono state inserite nelle ore di insegnamento anche delle esercitazioni tenute dagli operatori del diritto, allo scopo di arricchire di spunti pratici la formazione offerta agli studenti.

Personalmente ho aderito volentieri a questa iniziativa, perché sono convinto che il processo penale non è solo teoria; non è un modellino matematico ben studiato, una macchina bella da vedersi con tutti gli ingranaggi al loro posto, che faccia belle evoluzioni per la soddisfazione del progettista, degli utenti e del pubblico che vi assista. Il processo è invece un osservatorio su comportamenti umani devianti, spesso molto devianti, a volte raccapriccianti, e si conclude con una decisione che può essere causa di sofferenza per le persone, a volte intensa; dunque non è

un salotto, ma un luogo dove si coagulano, si cristallizzano le sofferenze dell'Uomo.

Penso dunque che nello studio del diritto processuale penale non si possa prescindere da questo aspetto, che deve anzi rimanere sullo sfondo di ogni approfondimento teorico, e che deve essere necessariamente presente alla mente di chi ha il potere di dettarne le regole con forza di legge.

A chi non piacerebbe disporre di uno strumento processuale agile e celere, in cui la ricostruzione dibattimentale possa avvenire a breve distanza di tempo dal fatto, nel massimo rispetto delle garanzie e con l'imputato "a piede libero"; la realtà invece è un'altra e non possiamo ignorarla, altrimenti non renderemmo un buon servizio né agli studenti né ai cittadini.

Quando poi ho cominciato a prepararmi alla presentazione di questa Opera non mi sono pentito di aver dato la mia disponibilità.

Infatti ho potuto prendere conoscenza di un'opera di straordinaria completezza e sistematicità (3 volumi, 35 autori, 49 capitoli ciascuno dei quali è una autentica monografia, tutti però ricondotti a sistema da una sapiente opera di coordinamento). Uno sforzo di approfondimento della tematica della prova penale che, a quanto mi risulta (ma riconosco qui ancora una volta i miei limiti di essere solo un pratico del processo) non veniva tentato da oltre 80 anni, dal trattato di Florian del 1924 aggiornato poi da Fredas nel 1961.

Nessun aspetto delle problematiche della prova penale è stato pretermesso o sottovalutato; non solo gli aspetti tradizionalmente oggetto di trattazione (quali, ad esempio, natura e caratteristiche della prova penale, oggetto della prova, dinamiche procedurali

e processuali per l'acquisizione della prova, classificazione delle prove: dirette-indirette, tipiche-atipiche, storiche-critiche, scientifiche, dichiarative, documentali, presunzioni, indizi...) ma anche aspetti abitualmente trascurati, che a prima vista potrebbero sembrare delle minuzie, e che invece poi appassionano il lettore rendendolo consapevole dell'importanza dell'argomento trattato nell'ambito delle finalità di riconduzione a sistema di tutta la materia della prova penale, cui l'opera chiaramente e legittimamente aspira. Vediamo quindi trattata e approfondita la giurisprudenza europea sulla prova, la prova nel procedimento per l'accertamento della pericolosità sociale (misure di prevenzione, di sicurezza, misure alternative alla detenzione); le diverse regole per l'acquisizione e la valutazione della prova nei diversi procedimenti e nelle diverse fasi del procedimento, nei procedimenti *de libertate*, in quelli relativi alle cautele reali, nei procedimenti a carico delle persone giuridiche, nel procedimento di esecuzione, nel procedimento a carico dei minori ecc. ...

Nessun aspetto è stato trascurato; ogni parte, ogni capitolo costituisce una tessera di un mosaico complessivo che al lettore appare più che completo. Non vi è dubbio dell'interprete che non trovi una risposta.

Sicché, per quanto abbia incontrato delle difficoltà operative nella consultazione dell'opera, fino ad oggi disponibile solo in formato elettronico, sono molto grato a chi mi ha proposto questo compito, perché ho potuto dedicarmi alla lettura, accantonando per qualche momento gli altri impegni.

È stata una lettura, confesso non integrale, da cui però ho tratto conforto.

Viviamo momenti difficili, nel senso che la cultura giuridica sembra non essere più necessaria al Paese; vengono messi in discussione i principi generali del diritto che fino a ieri ci sembravano indiscutibili: il principio di legalità, il principio di uguaglianza, il principio della generalità ed astrattezza della legge; tutto questo suscita anche negli studiosi e negli operatori del diritto, confusione e sconcerto.

Ma quando poi ci si trova davanti ad un'opera di questo impegno e livello di approfondimento, si prova una confortante sensazione di continuità. Personalmente non conosco altro metodo di confronto che non sia quello dell'approfondimento e dell'argomentazione; questo è lo strumento del giurista o di chi aspira ad essere tale; grazie dunque agli autori per averci confermato quello di cui cominciavamo a dubitare: il metodo dello studio del diritto processuale non è cambiato, il mondo continua a girare nello stesso modo di prima.

Ma c'è anche un altro motivo per cui sono contento di avere accettato l'incarico di presentare questa opera.

Da tempo mi interrogo sulla adeguatezza del nostro sistema processuale penale ad ottenere delle decisioni giuste su questioni spesso così importanti per le sorti degli uomini. L'uso della parola, in particolare, che è lo strumento principale del confronto fra le parti, mi è sembrato talvolta inadeguato, e tuttavia inevitabile; la parola non sempre riesce a contenere e manifestare adeguatamente i valori che emergono dalla coscienza giuridica comune; eppure non possiamo farne a meno, perché non abbiamo niente di meglio da proporre. E così decisioni importanti vengono prese, per esempio, perché la legge ha usato una congiunzione "e" invece che una disgiunzione "o": in tal modo l'interpretazione della legge si affina e tende sempre di più a diventare l'arte della parola, a volte a scapito dei valori.

Allo stesso modo mi chiedo a che cosa serva davvero il processo penale, come sia cambiato il principio del libero convincimento del giudice, se sia oggi necessario sostituire il concetto di verosimiglianza a quello di verità. Mi è apparso chiaro da tempo (avendo avuto fra l'altro la fortuna in età giovanile di poter seguire gli insegnamenti del compianto prof. Renato dell'Andro, Maestro di Filosofia del diritto, e non solo) che la disciplina in questione ha delle notevoli implicazioni filosofiche.

È stato dunque per me motivo di sorpresa, ma anche di conforto constatare che questa

opera si apre proprio con il contributo di un filosofo del diritto, che sollecita e stimola il lettore alla riflessione su questi temi, e si chiude con alcune profonde riflessioni su “la parabola del principio del libero convincimento del giudice”.

Un trattato sulla prova penale non è un trattato di filosofia del diritto, ma la sistematica dell’opera conferma (e il Coordinatore, per nostra fortuna oggi presente ce lo potrà dire se vorrà) quanto a suo tempo ci insegnava il

prof. Dell’Andro, e di cui oggi credo sia difficile dubitare: alla base del diritto, di ogni branca del diritto, ma in special modo del diritto penale e processuale penale, c’è la filosofia.

Grazie dunque agli autori per il grande sforzo interpretativo e sistematico che ha prodotto questa opera, che non è difficile immaginare diverrà in breve tempo un preciso punto di riferimento non solo per la dottrina ma anche per la pratica processuale penale.

Suggerimenti per un prudente ricorso agli atti probatori irripetibili

[a proposito di FILIPPO GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, ed. UTET, Torino, 2009]
di C. Santoriello

Dopo l’ormai risalente modifica dell’art. 111 Cost. e la conseguente ritenuta piena attuazione del principio del contraddittorio quale strumento pressoché esclusivo per la formazione della prova nel processo penale, la dottrina processualistica italiana per lungo tempo si è cullata nell’idea che la disciplina del rito penale presente nel nostro paese fosse ormai pienamente rispondente ai più importanti dettami della Carta fondamentale e delle Convenzioni internazionali cui l’Italia aderisce.

Posto un significativo argine alla trasmutazione nella sede dibattimentale dei dati epistemologici formati ed acquisiti nella fase dell’indagine, vincolato l’utilizzo della prova dichiarativa – da sempre strumento probatorio principe per la decisione sulla colpevolezza del singolo – alla circostanza che la stessa – salve poche e rigorose eccezioni – sia resa davanti ad un giudice con la partecipazione di tutte le parti interessate, è sembrato che poco ci fosse da aggiungere ad una disciplina processuale finalmente conforme ai canoni del rito accusatorio: non è un caso che a partire dal 2001 senza alcuna remora si sia

cominciato a qualificare il nostro processo come “giusto”, quasi che – per l’appunto – poca strada rimanesse da fare al legislatore ed alla giurisprudenza per disegnare un giudizio penale pienamente rispettoso dei più significativi valori della civiltà occidentale.

Tuttavia, nel corso di questi anni, silenziosamente, profittando di tale diffuso e (forse) frettoloso compiacimento, la struttura e la natura del nostro processo penale è andata modificandosi, venendo attraversata da due fenomeni che come un fiume carsico ne hanno eroso le fondamenta accusatorie che così faticosamente erano state erette nel tempo. In primo luogo, il processo penale ha conosciuto il repentino affermarsi della cosiddetta “prova scientifica”, ovvero l’emergere nelle aule di giustizia – quale indispensabile strumento di conoscenza e di definizione della controversia – di una modalità di ricostruzione del fatto contrassegnata dall’utilizzo di un sapere tecnico-scientifico, la cui incidenza si è rivelata sempre più decisiva per la valutazione dei dati epistemologici legittimamente acquisiti e per la definizione della controversia. Il progresso tecnologico e la contestuale

individuazione di nuovi strumenti di prova o di ricerca del dato probatorio (si pensi alle perizie foniche, all'utilizzo alla strumentazione informatica, al rilevamento satellitare, all'analisi del D.N.A. e dei liquidi biologici ecc.) ha progressivamente determinato una perdita di rilevanza della prova testimoniale quale elemento gnoseologico a disposizione del giudice: a fronte della equivocità delle dichiarazioni testimoniali dove il dato probatorio è soggetto ad una pluralità di passaggi comunicativi inevitabilmente forieri di dubbi semantici (il teste riporta davvero ciò che sa e ciò che ha visto? A cosa ha assistito veramente il teste? Cosa ha veramente detto il teste? È corretta la verbalizzazione delle sue dichiarazioni? Cosa significano le parole da lui utilizzate? ecc.), il giudice e le parti processuali con favore hanno colto la possibilità di affidare (almeno parte del)la soluzione della controversia ad uno strumento gnoseologico di indubbia efficacia, quale la prova scientifica – espressione dei più recenti ed affidabili progressi della tecnica e del sapere scientifico – promette di essere.

Ovvie le conseguenze di tali considerazioni. Se la prova testimoniale deve essere riguardata con giusta prudenza, sì che – prima ancora della sua valutazione – anche la sua acquisizione va circondata di ogni cautela, dovendosi innanzitutto richiedere la sua formazione nel contraddittorio fra le parti, nessuna di queste preoccupazioni sembra aver ragione di sussistere in relazione alla prova scientifica. In questo caso, infatti, la garanzia della genuinità e veridicità della conclusione probatoria verrebbe fornita direttamente dai saperi e dalle competenze che sottostanno lo strumento cognitivo utilizzato: se la conoscenza di cui la scienza è portatrice è espressione di una metodologia investigativa rigorosa e fondata su una protocollare osservazione e conseguente raccolta di dati oggettivi non passibili di una valutazione discrezionale ed opinabile, non ha senso circondare le dichiarazioni dell'esperto – ed il contenuto semantico ed epistemologico delle stesse – delle cautele processuali che caratterizzano invece l'acquisizione della normale prova dichiarativa.

A fronte di questo inquadramento teorico della prova scientifica, anche il principio del contraddittorio finisce per smarrire la sua centralità quale metodologia esclusiva per la formazione della prova nel giudizio penale: l'assunzione dello strumento probatorio va operata nel contraddittorio delle parti solo se tale metodologia dialettica è in grado di aumentare o quanto meno di garantire la valenza epistemologica della prova stessa; tale esigenza di garanzia della validità cognitiva del dato probatorio tuttavia non sussiste quando – come per l'appunto nel caso della prova scientifica – lo strumento di conoscenza posto a disposizione del giudice e da questi effettivamente utilizzato è già di per sé, a prescindere quindi dal contributo che può derivare dal confronto dialettico fra le parti, in grado di fornire una consapevolezza piena e compiuta di quanto accaduto.

Su queste basi teoriche matura il secondo fenomeno di erosione della natura accusatoria del processo penale italiano, cui si è accennato in precedenza.

Se la prova scientifica è fornita – per le sue stesse caratteristiche e per le modalità con cui si forma – di un proprio *status* di affidabilità cognitiva, il quale non viene a modificarsi in dipendenza della acquisizione della prova stessa in contraddittorio fra le parti, allora il rispetto del principio della dialettica processuale può essere completamente obliato quando ciò sia reso necessario dal carattere urgente dell'accertamento. Detto altrimenti, l'acquisizione in contraddittorio della prova scientifica non è indispensabile a garantire l'affidabilità epistemologica, per cui – pur riconoscendosi che anche in relazione a tale strumento dimostrativo andrebbe sempre consentito alle parti di intervenire ed interloquire nella sua formazione ed acquisizione – si deve concludere che laddove l'urgenza della situazione e la necessità di intervenire tempestivamente sul luogo del delitto non consentono la partecipazione di tutti i protagonisti del processo all'accertamento scientifico, allo stesso può ben provvedere in solipsistica autonomia una sola del-

le parti interessate ed in specie il pubblico ministero.

D'altro canto, che ragione si ha di pretendere una contestuale presenza dell'accusa e della difesa al momento della formazione di un dato probatorio i cui elementi costitutivi sono raccolti mediante una metodologia razionale e corretta, la quale, essendo svolta a mezzo di un consolidato protocollo elaborato in laboratorio dai massimi esperti della materia, è sicuramente idonea a riprodurre senza alterazione alcuna i dati fenomenici del mondo esterno?

L'affacciarsi prima e l'affermarsi poi dell'utilizzo della conoscenza scientifica nel processo penale ha determinato così un significativo ridimensionamento della valenza euristica del contraddittorio quale mezzo per l'accertamento dell'accaduto, giacché il confronto dialettico fra le parti, laddove sia in discussione un dato probatorio acquisito e poi valutato secondo competenze proprie del sapere scientifico, non diventa un momento necessario per l'utilizzo dell'elemento epistemologico. In particolare, se può avere ancora un fondamento la pretesa di sottoporre alla *cross examination* la valutazione dell'esperto, la cui ricostruzione dell'accaduto non può essere utilizzata se non previo esame dello stesso davanti all'organo giudicante, assolutamente inconferente risulta una analoga pretesa di dialettica processuale quando venga riferita al momento della raccolta dei dati elementari su cui dovrà poi esercitarsi la scienza del perito: in tale fase, infatti, si è in presenza di una attività priva di contenuto problematico, in cui l'imparzialità e la neutralità di chi provvede alla raccolta dei dati – caratteri questi garantiti dalla circostanza che la persona dell'esperto è scelta e nominata dal pubblico ministero nell'esercizio del suo potere di direzione delle indagini preliminari – è garanzia sufficiente di attendibilità dell'accertamento.

È su tali basi teoriche che viene a fondarsi il continuo ricorso, specie da parte della pubblica accusa, alla categoria degli "atti probatori irripetibili", considerati quali strumenti epistemologici liberamente disponibili per la

autorità giudiziaria inquirente, la quale – dopo averli assunti in assenza di ogni contraddittorio – può tranquillamente riversarne il contenuto conoscitivo negli atti del giudizio dibattimentale e sugli stessi costruire la propria pretesa di condanna. Da un lato, l'evidenza empirica che il celere svolgimento di alcune operazioni investigative (si pensi, ad esempio, al reperto delle macchie di sangue sul luogo dell'omicidio) è la sola garanzia di efficacia dell'indagine, dall'altro la (apparente) indiscutibile considerazione che nessun *vulnus* per la difesa e nessuna *deminutio* epistemologica deriva dall'omessa presenza delle parti private al momento dell'acquisizione di dati fenomenici, sono circostanze che hanno consentito l'affermarsi di una concezione del processo penale all'interno del quale – in radicale contrasto rispetto all'originaria impostazione voluta dal legislatore del 1988 – gran parte degli elementi fondamentali per la decisione viene in essere nella fase investigativa e senza che la difesa possa interloquire sulla condotta della pubblica accusa.

Il libro di Filippo Giunchedi ha il merito di contestare in radice entrambe le tesi che fanno da fondamento alla metamorfosi, alla nuova visione del momento probatorio nel rito criminale.

L'autore innanzitutto si preoccupa di riaffermare la centralità del momento del contraddittorio quale elemento costitutivo indefettibile di un processo penale improntato ai principi costituzionali di dignità della persona umana e di rispetto del diritto di difesa. A tal fine, nel libro viene svolta una meritoria opera di disvelamento della dimensione opinabile e discrezionale dell'accertamento scientifico: ogni dato probatorio posto dalle parti a disposizione del giudice sconta, nella valutazione della sua attendibilità, rilevanza e significato rispetto alla decisione finale, un margine ineliminabile di equivocità ed incertezza gnoseologica, e ciò ne rende necessario sempre e comunque una sua acquisizione nel contraddittorio processuale onde portare ad evidenza i diversi significati che il medesimo elemento epistemologico può assumere a seconda delle divergenti prospettive di accer-

tamento del fatto che sono avanzate dai protagonisti della lite.

Nel giudizio penale o vi è contraddittorio o non vi è giudizio, ma solo una definizione autoritativa ed immotivata della lite. È questo il primo e fondamentale messaggio che il testo consegna al lettore.

L'autore però non si limita a tale rivendicazione della centralità del momento del contraddittorio quale criterio di accertamento del fatto, anche in caso di ricorso in sede giudiziale al cosiddetto "sapere scientifico". Da tale affermazione, infatti, vengono fatte derivare una serie di conseguenze operative per la definizione e l'utilizzo dell'istituto degli "accertamenti irripetibili": l'autore – pur consapevole della problematicità che presenta la categoria probatoria in discorso e delle lesioni dei diritti di difesa cui può prestarsi un continuo ricorso alla relativa disciplina processuale in tema di atti probatori urgenti – non avanza l'irrealistica proposta di precludere *tout court* il ricorso a tale strategia investigativa ed accusatoria, ma evidenzia come le esigenze di indagine, anche laddove richiedano un intervento urgente ed immediato delle forze dell'ordine e dell'organo inquirente, non possano mai tradursi nella nega-

zione degli interessi e dei valori di cui è portatrice la parte accusata.

Di tale affermazione, peraltro, l'autore si preoccupa di dimostrare – non solo la fondatezza teorica, ma anche – la praticabilità. Questa è forse la parte più stimolante dell'opera o comunque quella che maggiormente apre la mente del lettore ad un futuro meno cupo per il processo penale: l'utilizzo del sapere scientifico nel giudizio criminale non impone al giudice ed alle parti di assistere inerti alla ricostruzione dell'evento che offre in assoluta autonomia e senza alcun confronto con terzi l'esperto di turno, né impone alla difesa ed al giudicante di atteggiarsi ad "apprendisti stregoni" che cercano di maneggiare un sapere di cui non hanno alcuna dimestichezza. Nelle pagine finali del suo lavoro Filippo Giunchedi infatti dimostra in maniera convincente come la disciplina processuale possa essere adattata onde tener conto delle esigenze di indagine e delle nuove possibilità di investigazione senza dimenticare che il fondamento del processo penale rimane – quali che siano le evoluzioni della scienza, i progressi sociali, le modificazioni culturali – il rispetto della persona umana, per quanto gravi possano essere i crimini di cui la stessa è accusata.

Diritti umani e diritto penale: un saggio che sollecita concretezze

(a proposito di ANDREANA ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, ed. Giappichelli, Torino, 2008)

di S. Fùrfaro

L'opera, pubblicata nella Collana "Materiali e studi di diritto pubblico" della Seconda Università degli Studi di Napoli, colma una lacuna e costituisce occasione per una seria riflessione sull'improcrastinabile valorizzazione dei diritti umani nella definizione del sistema penale.

Dalla constatazione che il "diritto delle libertà" creato dalla giurisprudenza della Corte

europea dei diritti dell'uomo costituisce ormai patrimonio giuridico comune dei paesi aderenti al Consiglio d'Europa, l'Autrice trae spunto per sottolineare come sia in corso una radicale trasformazione della portata dei diritti umani che "da principi che devono essere affermati dalla legge sono diventati principi che si impongono anche contro la legge".

Se i diritti dell'uomo non indicano più il contenuto della regola di diritto, ma la regola di giudizio che permette di tracciare il limite tra ciò che può e non può essere diritto, la necessità di tenere presenti, tanto in sede di formulazione delle leggi che di pratica applicazione dei singoli istituti, le linee interpretative tracciate dai giudici di Strasburgo si impone in quanto, appunto, la funzione dei diritti umani costituisce "un limite al di là del quale neanche la legge può andare".

Il volume si divide in due parti.

La prima, dedicata alla "Chiave di lettura del sistema convenzionale", oltre a fornire una panoramica della struttura del sistema di tutela dei diritti umani delineato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, traccia le linee fondamentali di carattere sistematico ed interpretativo necessarie a comprendere "il modo di funzionare" della C.e.d.u. e degli organi di tutela. L'esatta portata, l'evoluzione e soprattutto le potenzialità della Convenzione sono accortamente evidenziati attraverso la ricognizione dei criteri interpretativi tratti dalle preminenti affermazioni della giurisprudenza della Corte europea, esaminati anche alla luce dei rapporti esistenti tra diritto convenzionale e diritto interno e, quindi, dal punto di vista della reale efficacia delle decisioni di condanna della Corte negli ordinamenti interni.

La seconda parte, dall'inequivoco titolo "Il diritto penale convenzionale", costituisce l'essenza stessa dell'opera. Tracciato il metodo, consequenziale l'approccio dei temi alla legalità convenzionale e, conseguentemente, alla illegalità rilevante e dei limiti di essa. Seguendo i criteri di concretezza che con-

traddistinguono le decisioni della Corte europea, i diritti e i divieti convenzionali sono analiticamente considerati, in modo da ricavarne quasi un "programma" di intervento penale che dalle incriminazioni imposte attraverso i divieti convenzionali si dipana fino al divieto di punizione, attraverso la considerazione degli ambiti variabili di legalità ricavabili dalle disposizioni della Convenzione. La materia è trattata in modo analitico e approfondito, con grande attenzione per gli aspetti maggiormente problematici che vengono dettagliatamente esaminati con l'ausilio del costante richiamo, oltre che alla giurisprudenza della Corte europea, agli orientamenti della dottrina nazionale ed internazionale.

Tre sono i meriti fondamentali dell'opera.

In primo luogo, l'Autrice è riuscita appieno nel compito (alquanto arduo) di stimolare una comparazione ampia tra il sistema dei diritti umani rassegnato dalla giurisprudenza della Corte europea e l'ordinamento nazionale, evitando il rischio della facile contrapposizione.

In secondo luogo, l'opera offre una visione del sistema dei diritti umani che, al di là dello specifico dei temi trattati, si pone come vero e proprio "avviamento" ad una scienza del diritto che abbia fondamento nei principi espressi nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Infine (ma davvero *last, but not least*), deve essere sottolineata la completezza dello studio, il cui rigore risulta impreziosito dalla trattazione agile, essenziale e stimolante che ne fa uno strumento utilissimo verso approfondimenti ulteriori.