

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

Un presente mortificante e un futuro incerto di <i>A. Gaito</i>	pag.	V
--	------	---

IL PUNTO SU ...

Il giudice della pena di <i>A. Di Giovanni</i>	pag.	1
---	------	---

DECISIONI IN PRIMO PIANO

<i>Unicuique suum – Jedem das Seine</i> . Il sofisma della inammissibilità di <i>V. Scordamaglia</i>	pag.	47
---	------	----

STUDI

L'equo processo europeo (sintesi di dottrina e giurisprudenza) di <i>S. Furfaro</i>	pag.	59
La successione di norme processuali penali tra aspirazione al metodo e linee di politica criminale di <i>F. Giunchedi</i>	pag.	89
La disciplina della restituzione nel termine: dalle istanze sopranazionali alla legislazione italiana. Risposte giurisprudenziali e prospettive di <i>A. Denza</i>pag.		104

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

Parte civile	pag.	128
Difensore	pag.	128
Segreti	pag.	128
Prove	pag.	128
Misure cautelari personali	pag.	129
Sequestro	pag.	129
Indagini collegate	pag.	129
Archiviazione	pag.	130
Indulto	pag.	130

DOCUMENTI

Questioni problematiche della nuova ipotesi di revisione di <i>F. Giunchedi</i>	pag.	131
Il maestro Carnelutti: prosa ed arte oratoria (riflessioni di una laureanda) di <i>E. Fonseca</i>	pag.	142

QUESITI

Può il P.M. al termine del giudizio abbreviato richiedere il sequestro preventivo finalizzato alla confisca?	
di R. Governa	pag. 145

LIBRI – IDEE

Recensione di V. Garofoli, <i>Diritto processuale penale</i>	
di G. Spangher	pag. 147
Metodo assiomatizzato e teoria del diritto	
di S.C. Sagnotti	pag. 150

Un presente mortificante ed un futuro incerto

(Questo scritto è destinato alla *Giustizia penale*)

L'Italia è veramente il Paese di chi predica bene e razzola male.

Dai politici ai vertici della magistratura, tutti a inizio anno avevano sbandierato il vessillo della legalità da ritrovare.

Lo spettacolo che ha fatto seguito ai discorsi inaugurali dell'Anno Giudiziario è quanto di più deprimente si possa vedere. Uno spettacolo avvilente a cui hanno partecipato e quotidianamente partecipano, in una specie di balletto, un po' tutti. Tutti giù a bollare le scelte errate degli altri, da quelle politiche a quelle legislative, da quelle esistenziali a quelle calcistiche. Ma perché poi tutti, se e quando taluno osa segnalare l'errore di qualche giudice o pubblico ministero per l'uso spregiudicato degli istituti (e talvolta della macchina stessa del) processo penale, alzano un muro invocando l'indipendenza della magistratura?

Un po' come accade anche nel mondo proprio dello sport, dove si sbaglia e tanto; però quando un giornalista o il dirigente di una squadra dimostra in maniera documentale l'errore dell'arbitro, all'unisono o quasi i signori del potere riscoprono che gli arbitri vanno rispettati e che anche quando sbagliano vanno capiti e giustificati.

A onor del vero, nello sport almeno c'è la moviola e c'è a livello diffuso il controllo della gente, espresso nelle trasmissioni radiofoniche e televisive. E bisogna ammettere che dopo l'era della c.d. «calciopoli», qualcosa nel mondo arbitrale si è mosso: adesso l'arbitro che sbaglia viene punito, sia pure senza clamore; e sempre più spesso il giudice sportivo si apre al confronto dialettico in chiave di rivisitazione critica delle singole decisioni contestate e non viene più invocato il dogma dell'infallibilità dell'arbitro.

Di contro, alla chiusura di «tangentopoli» non ha fatto seguito alcuna autocritica da parte della magistratura, divenuta egemone per via di rivoluzione giudiziaria. Anzi, si ha la sgradevole impressione che l'esperienza pregressa della «Repubblica dei procuratori» sia stata esportata anche in altri settori della giustizia penale, approdando nelle aule del vecchio Palazzaccio (pesa, forse, anche il vetusto e mai abbastanza selettivo criterio dell'anzianità quale fattore pressoché esclusivo di reclutamento dei magistrati in cassazione e di attribuzione delle funzioni presidenziali). Anzi, sembra quasi che i giudici nostrani di cassazione si ritengano immuni da errore (eppure, mi riecheggiano ancora nelle orecchie le parole accorate di un alto magistrato che l'autunno scorso, in occasione di un affollato incontro sul giudizio di cassazione organizzato dalla Camera penale di Roma, nel microfono dell'Aula 1 della Facoltà giuridica dell'Università «La Sa-

pienza», gridava il proprio sconcerto per la palese inidoneità di certi suoi colleghi a svolgere utilmente le mansioni di giudici di legittimità!).

Sta di fatto che la funzione nomofilattica Cassazione penale – qualunque ne sia l’accezione, in funzione di tutela dello *ius constitutionis* o dello *ius litigatoris* – sembra oramai a fine corsa. Lo ha ben spiegato Giovanni Canzio nella *Introduzione* a sua firma che precede la Rassegna per l’anno 2008 su «*La giurisprudenza delle Sezioni Unite penali e le più rilevanti decisioni penali della Corte di cassazione*».

È dato leggere, infatti, di «**decisioni nelle quali la soluzione applicativa, talora fortemente innovativa, risulta dichiaratamente ispirata al canone della preclusione processuale** quale ridisegnato dal principio di ragionevole durata del processo di cui all’art. 111, comma 2, Cost.: “regola precettiva e interpretativa a un tempo” e “asse portante della nuova lettura della norma” procedimentale, a salvaguardia dei valori di rilievo costituzionale della effettività, efficienza ed economia della giurisdizione.

Altrettanto significativi sono stati, altresì, **gli interventi della giurisprudenza di legittimità volti a contrastare apertamente “le pratiche processuali consistenti in un abuso del diritto” o “delle forme giuridiche”**.

Non sembra tuttavia, ad uno sguardo d’insieme, che l’attitudine espansiva del principio di ragionevole durata del processo, componente essenziale ma non esclusiva del complessivo assetto costituzionale delle regole del “giusto processo”, abbia fatto smarrire alla giurisprudenza di legittimità l’esigenza di assicurare il necessario punto di equilibrio fra i valori di celerità e di lealtà, pena l’ineffettività della stessa risposta giurisdizionale, da un lato, e le garanzie individuali del contraddittorio, quali imprescindibili espressioni del diritto di difesa e di prova, dall’altro.

L’iniziativa culturale dei magistrati del Massimario di analisi e diffusione delle più rilevanti decisioni della Suprema Corte, pure nell’aggiornamento e nella novità dei moduli di ricerca che – come si è detto – caratterizzano l’odierna “Rassegna”, è diretta ancora una volta a sollecitare ed arricchire le ragioni istituzionali del dialogo fra i protagonisti del processo e nella comunità dei giuristi».

Al di là degli accenti ideologici in ordine agli «*interventi della giurisprudenza di legittimità volti a contrastare apertamente “le pratiche processuali consistenti in un abuso del diritto” o “delle forme giuridiche”*», rimane l’amara constatazione che ogni qualvolta e nella misura in cui nel giudizio di fronte alla Corte di cassazione risulti in concreto negato il riesame del ragionamento probatorio fondante la decisione di merito, si realizza il rischio che non sia possibile porre rimedio alle iniquità precedentemente verificatesi. Al contrario, trattandosi dell’atto conclusivo del processo, la procedura terminale di cassazione deve essere capace di porre rimedio all’ingiustizia della decisione impugnata; sicché, il giudice di ultima istanza non può sottrarsi alla conoscenza delle questioni di fatto, seppure nella

prospettiva del giudizio di diritto, dei vizi procedurali e dei vizi di ordine motivazionale.

Una cosa è certa: ogni ingiustificata restrizione ovvero ripulsa conoscitiva da parte della Corte decidente del percorso argomentativo del provvedimento *a quo* e della sua fedeltà alle emergenze probatorie del giudizio di merito, andrebbe a determinare la celebrazione di una fase inutile e non consona alla bisogna (o il giudice dell'impugnazione esplica un controllo pieno oppure viene meno la stessa effettività dell'impugnazione, che degrada all'infimo livello del rimedio ingannevole), e pertanto da considerare «complessivamente iniqua».

Del resto, l'iniquità o l'equità del processo non deve essere valutata in base ad uno o più elementi isolati, ma occorre tener conto di tutte le circostanze particolari del caso di specie, avendo riguardo al ruolo di ogni autorità nazionale intervenuta su un determinato caso giudiziario. Insomma: l'equità deve essere apprezzata in base ad una valutazione globale della procedura («*with regard to the proceedings as a whole*», per dirla con le precise parole impiegate dalla Corte europea nella sentenza Delta c. Francia; e già Corte europea, sent. Imbrioscia c. Svizzera e sent. Miałhe c. Francia); e quando il diritto alla controprova e/o il diritto al rispetto delle cadenze del procedimento probatorio e/o il diritto al rispetto delle regole rigorosamente scandite per individuare il materiale decisivo utilizzabile viene misconosciuto con reiterata disinvoltura nelle sentenze di cassazione il processo, complessivamente considerato, finisce con il violare i diritti garantiti dall'art. 6 C.e.d.u.

Viceversa, le decisioni del giudice di legittimità risultano sempre più insensibili alla funzione maieutica della nomofilachia attraverso quella semplificazione generalizzante per cui tutto quanto attiene alla prova e al suo travisamento rientrerebbe tra le questioni di fatto sottratte al vaglio di legittimità (errore imperdonabile se è vero, e non se ne può dubitare, che la Corte di cassazione deve sempre e comunque verificare la logicità dei criteri adottati dal decidente e la correttezza processuale della ricostruzione del fatto, soltanto essendole inibito non più che l'accesso ad una decisione di merito, salvo la declaratoria di innocenza *ex art. 129 c.p.p.*).

Certo: sono perfettamente consapevole e do atto che la Corte di cassazione non può addentrarsi nei dettagli che non attengono ai compiti del giudice di legittimità. E con riguardo al controllo sulla prova e sulla motivazione è noto come spetti alla stessa di verificare che la sentenza impugnata sia informata a criteri logici inoppugnabili. Si suole ripetere che «è *normativamente preclusa la possibilità... di saggiare la tenuta logica della pronuncia portata alla sua cognizione mediante un raffronto tra l'apparato argomentativo che la sorregge ed eventuali altri modelli di ragionamento mutuati dall'esterno; ed invero, avendo il legislatore attribuito rilievo esclusivamente al testo del provvedimento impugnato,... il sindacato di legittimità è limitato alla verifica della coerenza strutturale della sentenza in*

sé e per sé considerata, necessariamente condotta alla stregua degli stessi parametri valutativi da cui essa è “geneticamente” informata, ancorché questi siano ipoteticamente sostituibili da altri», precisandosi che «non rientra nei poteri della Corte di cassazione la rilettura degli elementi di fatto già vagliati e posti a fondamento della decisione impugnata, atteso che non integra vizio di legittimità soltanto una diversa ricostruzione delle risultanze processuali» (così tra tante Cass., Sez. II, 8 luglio 2004 - dep. 17 novembre 2004, Alcamo ed altri, inedita).

Va detto senza mezzi termini, tuttavia, come e perché sul filo di questa impostazione –all'apparenza coerente con un mitico, ma inesistente e inattuale, ideale di purezza ideologica del giudizio – sempre più di frequente il ricorrente non ha la possibilità di vedersi esaminati di fronte alla Corte di cassazione gli argomenti fattuali e giuridici rilevanti per contestare la decisione impugnata, in quanto sempre più spesso i giudici di legittimità trascurano che alla Corte Suprema è attribuita bensì una funzione di controllo a tutto campo, con la sola esclusione dell'apprezzamento di merito circa la ricostruzione di fatto espressa dalle giurisdizioni inferiori.

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

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

Realisticamente, però, bisogna fare i conti con il «nuovo corso» efficacemente descritto da Giovanni Canzio il quale è stato costretto a riconoscere che la giurisprudenza della cassazione si sta muovendo sul crinale scivoloso che separa l'ortodossia dall'eterodossia (*id est*: la legalità dell'abuso), avendo attivato una serie di cautele e meccanismi (occhiutamente senza alcuna sorta di informazione preventiva rivolta ai protagonisti del processo penale: parti e giudici di merito) di natura essenzialmente repressiva.

Perché di questo si tratta quando vengono evocati in maniera elegante il «*canone della preclusione processuale*», da un lato, e «*gli interventi... volti a contrastare apertamente "le pratiche processuali consistenti in un abuso del diritto" o "delle forme giuridiche"*», dall'altro lato.

Il che segna la fine della lunga stagione dei c.d. controlli aperti, opportunamente e con buon senso praticati per anni in funzione di compensazione elastica al mantenimento del rigido sistema della tassatività.

Tassatività delle prove, tassatività delle impugnazioni, tassatività delle sanzioni: un assetto anacronistico, tipico dei regimi autoritari, incompatibile con l'aspirazione alla tutela effettiva delle situazioni soggettive garantite dal giusto processo. Pesa la endemica latitanza della politica dai settori nevralgici della politica criminale, dell'assetto ordinamentale e delle scelte processuali di fondo, compreso il tema irrisolto dell'effettività dei controlli e della mai attuata riforma sulla responsabilità civile dei giudici.

Pesa la perdurante mancanza di cultura processuale.

Pesa la burocratizzazione del magistero del giudice.

Pesa la pigrizia culturale dell'accademia, sempre ideologicamente stemperata su problematiche esasperatamente specialistiche e di margine anzi che impegnata nella dogmatica e nella sistematica imposta dai «fondamentali» della giustizia giusta.

Pesa la arrendevole sudditanza del grosso di un'avvocatura sempre meno all'altezza nei confronti della casta dei giudici.

Si impone il recupero della legalità.

Ma l'impressione è che siamo davvero giunti a fine corsa.

Si osservi.

La dilatazione del controllo del giudizio di legittimità sul travisamento della prova e sulla contraddittorietà della motivazione introdotto con la Legge Pecorella è stata subito contrastata e neutralizzata da prese di posizioni oltranziste, sicuramente accettabili in altre sedi ma altrettanto certamente non tollerabili nelle sentenze di cassazione.

La pubblicità della udienze, nonostante i moniti e le censure provenienti dai Giudici di Strasburgo, è quotidianamente negata sul filo di argomenti teorici in contrasto con impegni europei, Costituzione e tempi.

La pienezza del contraddittorio è assurdamente esclusa *ratione materiae* senza possibilità di recupero, grazie all'improvvida abrogazione del 4° comma e dell'ultimo periodo del 5° comma dell'art. 610 e della coeva amputazione del 2° comma dell'art. 611 c.p.p. per effetto dell' art. 6, L. 26 marzo 2001, n. 128 (istitutivo di quella mostruosità nella quale si incarna la Settima Sezione: *escamotage* emergenziale di bassa lega, oramai incancrenitosi nella quotidiana anormalità giudiziaria del Paese).

L'opinabile selezione ed assegnazione dei magistrati ai collegi decidenti avviene senza trasparenza alcuna, con avvicendamenti inquietanti addirittura *in limine*. La distribuzione degli affari tra le Sezioni semplici non rispetta più i consueti *standards* di normalità e di prevedibilità.

Sempre più spesso la medesima questione, anche a distanza di pochi giorni e nell'ambito della medesima Sezione, riceve sorte disparata, secondo gli umori e/o in dipendenza della diversa caratura del relatore, con palese spregio della decisione contraria pregressa dalla quale ci si discosta al più senza spiegazione (*stat pro ratione voluntas*), con buona pace dell'aspirazione all'uniformità della giurisprudenza.

I ricorrenti hanno la consapevolezza che la loro sorte dipende solo in minima parte dalle ragioni del diritto.

Gli avvocati si rendono conto che oramai il loro apporto alla decisione è divenuto pressoché inconsistente. E non ci stanno. E hanno ragione.

Molto potrebbe l'accademia, ma troppi di noi non osano o forse non hanno la giusta attenzione per le distorsioni culturali della prassi. Insomma, l'Università nel suo complesso sta ferma a guardare mentre il palazzo brucia.

Comunque bisogna pensare seriamente alla rifondazione della cultura del giudizio di legittimità.

E va rivisto l'intero apparato organizzativo.

Si convincano anche i magistrati più tradizionalisti: siamo in Europa e il rispetto dei canoni del giusto processo si impone anche nella formazione delle decisioni della cassazione penale.

Alfredo Gaito

IL PUNTO SU ...

Il giudice della pena

di Angelica Di Giovanni

Presidente del Tribunale di Sorveglianza di Napoli

Introduzione. “Dalla parte di Abele” o “recuperare Caino”? – Diventa necessaria una pausa di riflessione nel momento in cui non può non registrarsi un’accentuata focalizzazione dell’attenzione sulle funzioni che la Costituzione riconosce alla sanzione penale nel nostro ordinamento.

L’art. 27 Cost., di cui troppo spesso si richiama solo il 3° comma, al 1° comma recita: «La responsabilità penale è personale» e, sulla spinta impositiva delle emergenze persistenti, appare giunto il momento di porre attenzione al nostro attuale sistema sanzionatorio, che al momento non va.

Obbligatorietà dell’azione penale e obbligatorietà della esecuzione penale.

Il discorso parte da lontano.

Per la prima, vige l’art. 112 Cost.

Per la seconda, solo il dettato dell’art. 655 c.p.p., che, al 1° comma, recita: «Il pubblico ministero ... cura di ufficio l’esecuzione dei provvedimenti». Paradossalmente la obbligatorietà *ex legibus* esiste solo nella prima ipotesi e non nella seconda, dove pur sembrerebbe conseguenza logica all’accertamento della colpevolezza.

Culturalmente la spiegazione di tale atteggiamento fonda nella differente necessità di tutela avvertita per un’esigenza specifica: sottrarre l’azione penale a qualsivoglia estraneità al sistema.

Logisticamente e professionalmente il problema non si è mai posto, rappresentando, *ab initio*, l’esecuzione dei provvedimenti del giudice un “accidente” strettamente amministrativo, sottratto sia alla formazione che alla informazione.

Passano gli anni e mutano le leggi.

L’intero sistema dell’esecuzione penale è travolto dalle successive novelle legislative, non-

ché dai colpi di maglio delle pronunzie costituzionali.

1. *L’effettività della sanzione penale.* – L’effettività della sanzione penale concettualmente integra quella rispondenza alle ideali garanzie di certezza, eguaglianza e effettività della pena, tramandate dalle nostre tradizioni umanistiche.

Per dirla con il Beccarla, la pena come strumento di prevenzione generale deve essere corredata da tre requisiti essenziali, la *certezza* della pena, nel senso che alla commissione di un reato deve sempre seguire la sanzione prevista dalla norma, la *prontezza* della pena, nel senso che non deve intercorrere spazio temporale tra la pena comminata e la sua applicazione e l’*effettività* della pena, nel senso che la pena deve seguire immancabilmente la commissione del reato.

Effettività della sanzione penale intesa, quindi, essenzialmente quale indefettibilità della stessa e sua rispondenza alla comminatoria legale.

La pena, però, per essere effettiva ha necessità di essere anche *giusta* ossia *efficace*, nel senso di essere idonea a raggiungere in quel preciso contesto storico e sociale la sua finalità di prevenzione generale e particolare, di retribuzione e di rieducazione riconosciute dal legislatore.

Con frequenza negli ultimi tempi si discute della effettività della sanzione penale, addebitando *in primis* alle manipolazioni in sede esecutive della pena irrogata dal giudice ordinario la causa del fallimento dell’intero sistema penal-processual-punitivo, soprattutto nella sua funzione di prevenzione generale e nella sua intrinseca necessità di soddisfare il bisogno di sicurezza della società.

In verità la confusione totale che accompa-

gna l'esecuzione penale in questo momento, risolvendosi in una incertezza del diritto, costituisce forse la causa principale della crisi che il nostro intero sistema giuridico sta attraversando.

Il problema non è di facile risoluzione, atteso che più che ricercare la causa della crisi della effettività della sanzione penale, forse sarebbe opportuno affrontare il nodo della crisi della sanzione penale, quale disciplinata dal Codice Rocco, ancora vigente, ed in parte ancora lontana dai paradigmi costituzionali. *Crisi* della sanzione penale che ha origine nel momento stesso in cui la sanzione penale ha dovuto scontrarsi con quella pretesa costituzionale di carattere rieducativo, al di là della stretta retribuzione; crisi che si è acuita nel momento stesso in cui ci si rendeva conto che saltava il principio della intangibilità del giudicato penale e pian piano si faceva strada, attraverso la flessibilità della pena, la strategia della prevenzione particolare, solo indirettamente proiettata a favorire la prevenzione generale e a soddisfare quella esigenza di sicurezza sociale, cui originariamente la sanzione penale era vincolata.

Certamente oggi non si può non riconoscere che c'è grossa divaricazione tra la pena *legale*, la pena *comminata* e la pena *reale*: non a caso ritorna l'immagine della "tela di Penelope", nel momento in cui si attribuisce alla esecuzione la capacità di annullare il lavoro della cognizione.

Appare errato, però, quest'approccio semplicistico che finisce con l'individuare nella crisi della effettività della sanzione in sede esecutiva la esclusiva e totale responsabilità del fallimento del giudicato del processo penale. Bisogna prendere atto degli errori di percorso commessi finora, laddove si è iniziato un processo di modifica normativa, che è partito dalla coda, dalla revisione della esecuzione con la introduzione dell'ordinamento penitenziario del 1975, per passare poi alla modifica del codice di procedura penale del 1988, e di qui alle innumerevoli frastagliate novelle successive, e aspirare, infine, alla modifica globale del sistema penale-penitenziario, come si tenta ormai da molto.

Così come bisogna, con altrettanta onestà, riconoscere che il sistema della esecuzione penale, così come si presenta oggi ai nostri occhi, somiglia molto di più ad una ammucchiata di novelle legislative, sovrapposte e spesso discordanti, piuttosto che ad una normativa specialistica, compiutamente perfetta, quale dovrebbe auspicarsi.

2. *Evoluzione storica. Origini.* – Una ricognizione storica del vissuto legislativo è necessaria per comprendere quel convincimento iniziale che ci spingeva a parlare di crisi della sanzione penale, più che di crisi di effettività della sanzione penale.

Appare assolutamente necessario, all'uopo, ricordare che negli anni immediatamente antecedenti l'entrata in vigore del *Codice Rocco* del 1930, la dottrina discuteva appassionatamente della impossibilità di una configurazione autonoma di una disciplina che si occupasse esclusivamente della esecuzione della pena carceraria, atteso che essa è compito della scienza e del diritto penale sostanziale e processuale e sulla considerazione che la scienza criminale «non può chiudere i suoi battenti nell'istante in cui una sentenza di condanna viene definitivamente pronunciata». La convinzione era che lo Stato dovesse tutelare anche la esecuzione della decisione e che la pena dovesse essere disciplinata giuridicamente per tutto il tempo della sua esecuzione per evitare insinuazioni da parte altrui in un compito esclusivo dello Stato, la applicazione della pena nella difesa contro la delinquenza. D'altra parte a quel tempo il trattamento carcerario e pertanto la "qualità" della pena erano lasciati alla discrezionalità dell'Amministrazione, senza alcun controllo da parte del Giudice.

Tanto più apprezzabile in tale cultura il convincimento che il riordino della materia penitenziaria dovesse cominciare con l'attribuire al Giudice la competenza del controllo sulla espiazione della pena, di guisa che non ci fosse interruzione tra il momento della comminatoria della pena e il momento della sua esecuzione, l'una e l'altra rimanendo di esclusiva spettanza del Giudice, nell'esercizio del potere giurisdizionale di cui è investito.

Così già *De Mauro* nel 1927, con parole e auspici ancora non realizzati ai giorni nostri. Di estremo interesse la considerazione che la dottrina di allora già prefigurasse la necessità di un controllo da parte del Giudice sulla esecuzione della pena e ritenesse assurda l'emarginazione della fase dell'esecuzione.

Oggi, dopo più di mezzo secolo, ci troviamo a dover ancora difendere tali orientamenti nel momento in cui rivendichiamo la centralità dell'esecuzione nel processo penale.

Il Guardasigilli *Rocco* affidò il controllo della esecuzione ad un organo giurisdizionale, il Giudice di sorveglianza, «quale inderogabile difesa del diritto dello Stato alla punizione del reo a garanzia della libertà dell'innocente».

Dalla Relazione (CANEPA- MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 1987, 37; *Relazione del Guardasigilli Alfredo Rocco al progetto preliminare del codice di procedura penale*, Roma, 1929) del Guardasigilli del 1929 al Progetto preliminare del Codice di procedura Penale si legge: «Posto che il Progetto del codice penale esige che l'esecuzione della pena detentiva sia vigilata dal giudice, il quale delibera circa le modalità dello isolamento diurno, l'ammissione al lavoro all'aperto, l'assegnazione a determinati stabilimenti di pena e dà parere sull'ammissione alla liberazione condizionale, era necessario stabilire quale debba essere questo giudice. Ora, tenuto conto che molte volte i condannati a pena detentiva non espiano la pena nel luogo in cui fu pronunciata la sentenza di condanna, non si potevano affidare le predette funzioni al giudice dell'esecuzione. Ho pensato perciò di istituire presso ciascun tribunale, e negli altri luoghi designati con decreto del Ministro della Giustizia, un giudice di sorveglianza, coadiuvato, ove occorra, da uno o più giudici aggiunti, ai quali tutti sia riconosciuta particolare cultura e attitudine nelle materie penali. E ciò è tanto più necessario, in quanto il nuovo codice penale affida al giudice non solo le funzioni sopra indicate, ma altresì quelle relative all'esecuzione delle misure di sicurezza».

Sono questi i primi passi compiuti dal legi-

slatore verso la giurisdizionalizzazione della fase dell'esecuzione della pena, a riprova di una esigenza avvertita sin dal momento della stesura del codice ma ancora oggi non completamente realizzata.

Le misure alternative alla detenzione trovano principio nella sentenza n. 204/1974 della Corte Costituzionale che affermò «sulla base del precetto costituzionale (art. 27 Cost.) sorge il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espia abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo; tale diritto deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale».

Al diritto del condannato corrisponde «un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle».

La Corte, pertanto, riconosce l'esistenza di un diritto alla valutazione, cui corrisponde l'obbligo alla "garanzia della rieducazione", che è cosa ben diversa dal riconoscimento della esistenza di una legislazione premiale.

Diritto o premio?

La confusione culturale su questo passaggio è una delle cause scatenanti l'inefficienza delle misure alternative e la crisi dell'intera riforma penitenziaria.

Il nuovo ordinamento penitenziario fa la sua prima apparizione nel luglio del 1975, ponendosi quale momento di riconoscimento costituzionale della finalità di emenda della pena e della sua nuova funzione di prevenzione particolare e, oggettivamente, di conseguente rottura con un sistema punitivo precostituzionale, ispirato al carattere essenzialmente se non esclusivamente retributivo della pena.

Nasce una nuova regolamentazione giurisdizionale dell'esecuzione penale fondata sul rapporto personale detenuto-pena, la proporzionalità della pena: la possibilità di modulare il trattamento intramurario in pro-

spettiva del passaggio a quello extramurario, di incidere in maniera sostanziale sulla quantità e qualità della pena, a mezzo la concessione delle misure alternative alla carcerazione rappresenta, come dalla Relazione della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, «l'elemento più innovativo e qualificante del disegno di legge, quello che costituisce una vera e propria svolta e una scelta aperta nella gestione penitenziaria».

Principi quali l'inderogabilità della pena e l'intangibilità del giudicato vacillano, mentre nasce la pena *flessibile*.

Il Giudice di sorveglianza del vecchio Codice viene sostituito dal Magistrato di sorveglianza, con poteri giurisdizionali congiunti a poteri più propriamente amministrativi e dalla Sezione di sorveglianza, organo collegiale giurisdizionale.

Dai lavori parlamentari traspare l'ampia discussione sull'opportunità di consentire al magistrato di sorveglianza in veste monocratica la decisione sulle misure alternative alla detenzione.

Prevale la tesi della collegialità e nasce la Sezione di sorveglianza, di composizione mista, giudici togati e laici, caratterizzata dall'assenza di una propria struttura organizzativa e da una autonoma disciplina qualificante, una struttura che fin dall'inizio pagò l'equivoco della sua denominazione (sezione del Tribunale ordinario o sezione della Corte di Appello), essendo comandata dal legislatore all'esercizio di compiti esclusivamente giurisdizionali a mezzo il procedimento di sorveglianza.

L'equivoco regna incontrastato ancora oggi tra Ufficio e Tribunale di Sorveglianza.

Con la riforma del 1975 viene, di poi, ufficialmente sancito, art. 68, 4° comma, l.p., che il magistrato di sorveglianza non deve essere adibito ad altre funzioni giudiziarie e prende corpo il vecchio disegno Rocco del «giudice esclusivo che vigila sulla esecuzione della pena detentiva», chiamato ad assicurare il rispetto della legge nell'esecuzione delle sanzioni penali.

Il magistrato di sorveglianza trova nel nome stesso la sua ragione di essere, sorveglianza

sulla legalità dell'esecuzione della pena, «intramoenia e extramoenia».

Un giudice fortemente radicato nel carcere per i suoi poteri-doveri di controllo e vigilanza e allo stesso vincolato con riflessi sulla stessa composizione dell'organo collegiale, nel momento in cui in collegio siede necessariamente il magistrato addetto alla vigilanza sull'istituto penitenziario in cui trovasi il detenuto richiedente.

Un giudice che «vigila sull'organizzazione degli istituti di prevenzione e di pena» e che «prospetta al Ministro le esigenze dei vari servizi, con particolare riguardo alla attuazione del trattamento rieducativi».

Un giudice che appare fin dall'inizio privo di mezzi per far valere il comando della legge e che per controllare la legalità della esecuzione della pena nel carcere si serve di *ordini di servizio* e di un potere di prospettazione al Ministro.

Altro equivoco base, sul quale poggiano confusioni e nebulismi ancora attuali.

L'art. 1 della nuova legge penitenziaria stabilisce che il trattamento penitenziario deve essere improntato alla tutela della dignità e della personalità e alla salvaguardia dei diritti di tutti coloro che vengono privati della libertà personale.

Si ingenera una sorta di patteggiamento tra Stato e condannato, in cui lo Stato rinuncia alla propria pretesa punitiva nella misura in cui il soggetto mostra di rinunciare alla propria scelta criminale.

Si gettano le basi giuridiche di quella concezione della pena, di quel diritto penitenziario che si estrinseca attraverso un bilanciamento tra diritti e doveri posti sul tavolo tra i due partecipanti: Stato e condannato. Al diritto alla esazione della pena, quale prezzo della colpa commessa, corrisponde il dovere del condannato di espriare la pena e riparare così alla violazione commessa; al diritto del condannato alla valutazione della sua condotta e ad essere ammesso, se ne ricorrono i presupposti di legge, alle misure alternative alla detenzione carceraria e ad essere avviato sulla strada del reinserimento sociale corrisponde il dovere dello

Stato di fornire i mezzi e gli strumenti necessari per l'opera di rieducazione.

E tra questi il primo diritto del condannato, il **diritto al trattamento penitenziario**, una sorta di nebulosa sulla quale si dirà di tutto e di più, si scriveranno testi dottrinari e interventi convegnistici, sulla quale concorderanno tutti: un diritto riconosciuto, sostenuto, osannato, reclamato, richiamato ma quasi mai attuato, ieri come oggi.

Diritti e doveri che si intersecano, si scontrano, confliggono in un gioco di specchi, in cui si riflettono le concezioni della moderna dottrina costituzionalistica, alla ricerca di un difficile e delicato equilibrio tra funzione retributiva e funzione rieducativa della pena.

Dal 1974 in poi si assisterà ad una perenne oscillazione in verticale, tra movimenti altalenanti, in un rincorrersi continuo tra legislatore che cerca di "straripare" e Corte Costituzionale che non perde occasione per frenare e ricondurre ogni novella normativa negli argini della nostra Carta fondante.

È del 1979 la pronuncia della Corte Costituzionale n. 114, laddove coglie l'occasione per affermare, in vero ancora in sordina, che «ora, è principio di civiltà giuridica che al condannato sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive, e garantita quella parte di personalità umana, che la pena non intacca. Tale principio è accolto nel nostro ordinamento: nell'art. 27, 3° comma, Cost. è detto, anzitutto, che "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità"».

Negli anni le pronunzie diventeranno sempre più pregnanti e sempre meno aperte a spazi interpretativi.

Nasce così, con passo ancora incerto, quello che diventerà il «Diritto penitenziario, (quale) complesso di norme che regolano le modalità di esecuzione delle sanzioni penali costituenti privazione o limitazione della libertà, anche in relazione all'evoluzione della personalità del soggetto ed alla sua capacità di reinserirsi nell'ambiente libero attraverso gli strumenti specificamente predisposti dall'ordinamento» (CANEPÀ-MERLO, 25)

Fa capolino il diritto al trattamento, il primo

diritto del condannato detenuto, ispirato ai principi di proporzionalità e individualizzazione della pena per la cui attuazione, e in funzione della risocializzazione del reo, è necessario assicurare progressività trattamentale e flessibilità della pena e, conseguentemente, un potere discrezionale al magistrato di sorveglianza nella concessione delle misure penitenziarie.

Nascono le prime misure alternative alla detenzione, *rectius alla carcerazione, in quanto esse stesse modalità di detenzione*, l'affidamento in prova al servizio sociale, la semilibertà e la liberazione anticipata gestite dalla Sezione di sorveglianza.

L'affidamento in prova si qualifica immediatamente come la misura più "gettonata", ma anche quella che contribuirà storicamente a confondere idee e aspettative nell'immaginario collettivo, quanto a riconoscimento dei caratteri sanzionatori e impositivi nelle prescrizioni che connotano la sua stessa natura e esecuzione.

Anche se sul punto la Corte Costituzionale, sentenza n. 343/1987, è univoca: «al riguardo, questa Corte non può che ribadire quanto ha già affermato nelle richiamate decisioni nn. 185 e 312 del 1985 circa il carattere sanzionatorio delle prescrizioni inerenti all'affidamento in prova. Trattasi, invero, di norme di condotta che investono l'intera attività del reo e comportano significative limitazioni all'esercizio di una serie di diritti costituzionalmente garantiti: sicché, qualunque sia la nozione di pena che si ritenga di accogliere, non è dubbio che esse rientrino a pieno titolo tra quelle restrizioni della libertà personale la cui imposizione l'art. 13 Cost. circonda di particolari cautele».

Evidentemente fu già un grande successo riuscire ad ottenere che si modificasse la qualità e il contenuto della pena comminata, lasciando immutato il binomio essenziale, pena detentiva-pena pecuniaria, e fulcro centrale, la pena-carcere.

Anche se si deve riconoscere che nel momento stesso in cui si introducevano sistemi di flessibilità della pena, si ammetteva indirettamente la necessità di adeguarla alle mu-

tate esigenze sociali, tese sulle spinte costituzionalistiche all'adeguamento della punizione alla capacità di reinserimento del condannato; la commissione del fatto-reato acquista una valenza sociale, prima che etica, e come tale trova una risposta nel recupero sociale e nella rispondenza all'opera di rieducazione. La tendenziale marcata accentuazione della finalità rieducativa della sanzione rispetto al fine retributivo costituisce altra causa fondante la crisi dell'attuale sistema sanzionatorio.

Con l'avvento della riforma penitenziaria, ha origine la crisi della sanzione penale vista come risposta punitiva e diretta dello Stato alla violazione della legge, che si scontra con quella esigenza di individualizzazione e umanizzazione della pena, principio ispiratore del nuovo diritto penitenziario.

Nella stessa "novella" configurazione della sanzione penale, adattabile alla soggettività personale, si nasconde, altresì, il riconoscimento nel sistema penal-penitenziario della necessità di adeguare la pena *ex post* al reale disvalore sociale, nella impossibilità materiale di modificare il sistema normativo editale penale; *si avverte la necessità di esorcizzare in sede esecutiva lo spettro della carcerazione.*

La sanzione penale tende ad assumere il nuovo indiretto scopo di mitigare il sistema punitivo vigente, finalità che ritornerà negli anni a seguire e che ancora oggi non rifugge dalle moderne novelle legislative. Tra i suoi fini compare, sempre più apertamente, quello di mitigare le asprezze del codice Rocco, non altrimenti evitabili, di guisa che non solo la pena *inflitta* è diversa dal quella *editale*, ma ancor di più, le variazioni modulari in sede di esecuzione contribuiscono a rendere anche la pena *eseguita* diversa da quella *inflitta*.

La nuova configurazione dell'esecuzione della sanzione penale incorpora già dal 1975 quel processo di divaricazione della pena "reale" dalla pena "legale", fulcro delle problematiche attuali.

3. *Evoluzione storica. Dal 1975 al 1988.* – Altri fattori intervennero a contribuire al processo di modificazione della sanzione penale.

Inizia subito la fase di ripensamento e l'oscillazione del pendolo, "Buonismo-tolleranza zero".

Dopo appena due anni, con la legge n. 450 del 1977, il legislatore sembra fare marcia indietro e stringe i cancelli del carcere restringendo sui permessi, con l'introduzione del reclamo, e sulle prime misure alternative, gettando le basi del futuro "famigerato" 4 *bis*, escludendo l'affidamento in prova per rapine aggravate, estorsioni, estorsioni aggravate e sequestro a scopo di rapina ed estorsione

Gli anni del terrorismo con la conseguente legislazione emergenziale introdussero nel sistema nuove configurazioni sistemiche sconosciute all'allora vigente sistema penal-processuale, offrendo contemporaneamente una immagine di forte repressione, con innalzamenti delle pene edittali e l'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici, e dall'altro inserendo nel sistema un pericolosissimo "boomerang", quale la legislazione premiale, tesa a favorire la collaborazione per sopperire alle inefficienze gestionali e funzionali.

Si trattò, in effetti, di una legislazione *plateale*, piuttosto *simbolica*, tesa a rasserenare la società civile, che rovescia sul potere giudiziario l'arduo compito di risolvere i conflitti sociali, intimando sanzioni penali sempre più eclatanti.

I risultati non tardarono a farsi sentire e gli istituti penitenziari a creare problemi di vivibilità e sicurezza.

Nel frattempo la l. n. 689/1981 introduce, nel tentativo di una pallidissima forma di depenalizzazione, forme diverse di sanzioni penali, modellate sulle misure alternative, la semidetenzione ripete la semilibertà, ancora una volta, rispondendo a quel profondo e affatto celato bisogno di creare alternative logiche alla pena-carcere.

La nuova normativa ottiene subito lo scopo non dichiarato di aumentare quantitativamente il lavoro dei magistrati di sorveglianza, contribuendo a distogliere la loro attenzione dallo stretto mondo carcerario, rendendo sempre più difficile logisticamente quell'attività di vigilanza e di controllo sulla organiz-

zazione degli istituti di prevenzione e di pena, prevista dall'art. 69, 1° comma, della legge penitenziaria.

Finalità perseguita con zelo anche ai nostri giorni, quasi a sottrarre di fatto all'Autorità Giudiziaria, ciò che la dottrina e la Costituzione le avevano attribuito.

Si giunge così alla legge Gozzini del 1986, che moltiplica le possibilità di espiazione esterna al carcere attraverso la detenzione domiciliare "generica", aumenta l'impatto riduttivo della liberazione anticipata sul "quantum" della pena e nell'incrementare le modalità di esecuzione della pena, esplicita il fallimento della pena carceraria quale finalità emendativa, nel suo significato più atavico, "rieducare correggendo".

Ricordiamo la scritta su alcuni istituti penitenziari "Sorvegliando redimere".

L'obiettivo carenza della garanzia rieducativa in ambiente carcerario indusse il legislatore del 1986 ad inventare nuove forme di misure alternative concedibili anche senza preventivo assaggio carcerario, purché ci fosse agli atti una custodia cautelare in carcere.

Riconosciuto l'effetto deleterio della pena detentiva, si cercò di inventare valvole di sfogo, da una parte, limitandone la durata, con l'applicazione di misure alternative variegate, e dall'altra di evitarla addirittura, anticipando la applicazione delle stesse misure "ante carcerem", nel dichiarato intento di evitare i danni derivanti dal contatto con l'ambiente penitenziario e dalla condizione di totale privazione della libertà, questa volta anticipando concettualmente quella che poi sarà pronuncia della Corte Costituzionale n. 569/1989, che ha decisamente e definitivamente escluso, per pene residuali fino a tre anni di reclusione, la necessità di un periodo di detenzione prodromica alla concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale, dando vita ad una svolta radicale e irreversibile.

La situazione carceraria subisce indubbi miglioramenti, mentre i detenuti vedono modificato il loro trattamento e la speranza della concessione delle moltiplicate misure alternative, nonché dei "permessi premio", serve,

come sperato, ad attenuare le spinte rivolto-
se.

Il permesso-premio, che costituisce la grande innovazione trattamentale della legge Gozzini e la prima e unica "misura premiale" dell'ordinamento penitenziario, tanto prima e tanto unica da essere immortalata quale tale anche nella denominazione.

Nasce così un doppio sistema penitenziario: a) quello "da detenuto", sempre più minoritario, per quei condannati per cui le misure alternative si raffigurano quale riconoscimento e valorizzazione dei progressi compiuti sulla strada della risocializzazione a mezzo del trattamento penitenziario, con finalità prevalentemente rieducative, in cui pertanto resta vincolante lo *status detentionis* del condannato, l'osservazione e il trattamento penitenziario e la successiva valutazione del percorso penitenziario;

b) il sistema "da libero", che prevede l'ammissione alle alternative prima dell'inizio della esecuzione della pena, quando dalla condotta tenuta successivamente alla commissione del reato, per il quale si è espriata una custodia cautelare in carcere, è possibile desumere la volontà di recupero del condannato, con finalità specificatamente social-preventive.

Con la nuova normativa, accanto all'*Esecuzione penale interna* si fa spazio sempre più massicciamente l'*Esecuzione penale esterna* proiettata sul territorio e coinvolgente gli apparati sociali *extracarcerem*, tra i quali non ultimi, per le connesse responsabilità funzionali, le forze dell'ordine, completamente spiazzate da questa nuova realtà dinanzi alla quale, quali tutori dell'ordine e della sicurezza pubblica, hanno grosse difficoltà di comprensione, prima, e di gestione, dopo.

Il legislatore del 1986 consegna infatti alla magistratura di sorveglianza una bozza di sanzione penale modificabile nella sua realizzazione, dando vita, di fatto, ad una sorta di processo "bifasico", che comunque non trova accoglienza nelle contemporanee né nelle successive soluzioni socio-politico-dottrinali. Sulla scorta del dettato della Corte Costituzionale del 1979, sentenza n. 114, già citata,

il differimento dell'esecuzione della pena viene demandato al Tribunale di sorveglianza dall'art. 70 della legge Gozzini, portando per la prima volta le competenze di quel giudice fuori dallo stretto carcerario, potendosi differire la pena anche per il condannato ancora in stato di libertà.

La legislazione successiva spazierà molto in questa direzione.

Si dovrà attendere l'intervento della Corte Costituzionale sentenza n. 274 del 1990, quando a proposito del differimento della esecuzione della pena ancora in capo al Ministro della Giustizia per una sola residua ipotesi di legge, affermava: «del resto, la ricordata sentenza n. 114 del 1979 ha evidenziato che il potere di decidere sul rinvio dell'esecuzione della pena concerne da un lato le restrizioni della libertà personale e dall'altro l'attuazione della potestà punitiva dello Stato; sicché tale potere non può essere attribuito al Ministro senza vulnerare la sfera degli organi giurisdizionali e senza porsi in contrasto con il sistema della Costituzione e con il principio della funzione propria dell'ordine giudiziario e della sua distinzione dagli altri poteri dello Stato».

Ed ancora, la competenza della magistratura di sorveglianza coinvolge ormai non solo la applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza, la declaratoria di delinquenza abituale, ma anche la valutazione della pericolosità sociale attraverso un nuovo autonomo procedimento di sicurezza, introdotto dalla novella legge Gozzini, a seguito di interventi costituzionali, e conseguente abrogazione dell'art. 204 c.p., con una grande innovazione sottostimata e per gran tempo disapplicata, quale la possibilità di incardinare *ex officio* il procedimento di sicurezza e non solo su richiesta delle parti.

Si giungerà al 2007 per assistere alla innovazione del Magistrato di sorveglianza di Napoli in tema di dichiarazione di delinquenza abituale ai sensi dell'art. 103 c.p., per celebrare i primi procedimenti di sicurezza *ex officio* innanzi al magistrato di sorveglianza, con le prime irrogazioni della misura di sicurezza detentiva della casa di lavoro congiunta

alle prime dichiarazioni di delinquenza abituale.

Il magistrato di sorveglianza diventa il giudice della pericolosità sociale, deputato sia all'applicazione che alla revoca della misura di sicurezza.

Del resto, ricordiamo, era già nei fini del Guardasigilli Rocco in quel lontano ma tanto attuale 1929.

La legge Gozzini istituisce il *Tribunale di Sorveglianza*, che elimina la "equivoca" Sezione di Sorveglianza del 1975. Il Tribunale di sorveglianza nasce come giudice di primo grado per la ammissione alle misure alternative e giudice di appello sulle ordinanze del magistrato sia in materia di esecuzione della pena sia in materia di misure di sicurezza. Diventerà giudice di merito e di legittimità per i reclami avverso i regimi differenziati *ex art. 41 bis* l.p.

La nuova potenzialità della magistratura di sorveglianza aveva però bisogno di strutture adeguate e potenziate alla bisogna, del resto necessitate dalla stessa legge Gozzini.

La mancata realizzazione del supporto operativo logistico ha comportato di fatto una generalizzazione nella concessione delle misure alternative, che a volte sembra prescindere dall'originario intento risocializzante e rispondere più che altro a necessità deflative e complessivamente compensative.

La conseguenza è la divaricazione sempre più marcata tra pena *legale* e pena *eseguita*, in una logica ben diversa dalle spinte costituzionalistiche.

E ancora una volta ricadono in sede esecutiva le inefficienze del sistema e ritorna lo spettro della crisi della pena prima che crisi dell'effettività della pena.

4. *Evoluzione storica. Dal 1988 ad oggi.* – Da non dimenticare l'impatto normativo dell'introduzione del nuovo Codice di Procedura Penale del 1988, che altera ancor più il già flebile crinale della effettività della sanzione penale.

Agli sconti di pena sanciti per l'imputato che sceglie i riti differenziati, sacrificando la ritualità del dibattimento sull'altare della economia processuale, corrisponde l'azzeramen-

to dell'ultimo parametro oggettivo ancora valido.

Il *quantum* della pena, salta, trascinando con sé anche le ultime speranze di tenere fuori dalla portata delle misure alternative le ipotesi di pericolosità più elevata.

Se a questo si aggiungono gli effetti della nuova disciplina del concorso formale e della continuazione in fase d'esecuzione, introdotta dal nuovo Codice, e le accresciute possibilità di ammissione alle misure alternative, peraltro, di gran lunga agevolate per i collaboratori di giustizia, l'effettività della sanzione penale non può non lasciare a desiderare. Il nuovo codice, trascurando la necessità di rapportarsi alle legislazioni specifiche esistenti, licenzia una strategia della pena che sembra avere dimenticato le pur costituzionali finalità general-preventive di intimidazione, retribuzione, prevenzione.

Anche se è proprio il nuovo codice a dare voce, infine, alle indicazioni della legge-delega n. 81/1987, le direttive 96, 97, 98 e 101, sul principio della garanzia della giurisdizione nella fase della esecuzione penale.

Con la giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale lungi dal voler trasferire al giudiziario compiti propri dell'esecutivo, si vuole sancire l'intervento della magistratura a tutela dei diritti del condannato, prescrivendo la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore nella dialettica procedurale, nel rispetto delle garanzie giurisdizionali.

Inevitabile il rischio di perdita di potere da parte del Pubblico Ministero, da sempre organo assoluto della esecuzione. anche se il nuovo codice comunque gli riserva il ruolo di promotore dell'esecuzione penale e di esecutore di provvedimenti del giudice, con diretta incidenza sulla libertà personale dei soggetti. Tale ruolo del resto ben si inquadra con la non necessarietà di discrezionalità, nota certamente non caratterizzante l'attività del P.M.

La giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale trova spazio in insieme normativo certamente non esaustivo, anche se ormai è tracciata la strada per una equiparazione tra

fase della cognizione e fase della esecuzione, quanto a centralità del contraddittorio, equidistanza delle parti dal giudice terzo, sottrazione al P.M. delle attribuzioni esclusive della giurisdizione, impugnabilità delle decisioni.

Significativo l'inciso della Corte Costituzionale, nella già citata sentenza n. 274 del 1990, in cui la Corte riconosce che «è ben noto il rilievo che la fase esecutiva della pena ha assunto nel moderno diritto penale: l'effettiva realizzazione delle funzioni e dei fini assegnati alla pena dipende in gran parte, se non in tutto, dalle regole e dal modo come la stessa pena viene eseguita.

Per queste ragioni è sorto, di recente, un movimento internazionale teso ad armonizzare la fase esecutiva delle sanzioni penali con il notevole grado di raffinatezza scientifica ed umana che le stesse sanzioni (da prettamente retributive a preventivo-rieducative: cfr. art. 27, 3° comma, Cost.) sia pur tra notevoli difficoltà e non sempre con risultati sicuri, hanno raggiunto.

Il primo obiettivo del citato movimento, che da noi ha condotto dapprima all'istituzione del magistrato di sorveglianza e dipoi alla costituzione d'un organo collegiale, maggiormente garante, il Tribunale di sorveglianza (e, cioè, in pratica, ha condotto alla giurisdizionalizzazione della fase esecutiva delle sanzioni penali)».

Ad eliminare ogni spettro di premialità nelle misure alternative sulla strada della giurisdizionalizzazione della pena, soprattutto dopo l'ampliamento della legge Gozzini, lapidaria e fondamentale la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 282/1989, che conferma la svolta del 1974: «esser ammessi alla liberazione condizionale per i condannati che si trovano nelle condizioni previste dall'art. 176 c.p. – a parte la discrezionalità vincolata nell'accertamento del sicuro ravvedimento –, costituisce diritto e non graziosa concessione o effetto di una ingiustificata rinuncia dello Stato alla ulteriore esecuzione della pena detentiva» e prosegue che «essendo venuta a mancare la "ragione" della pena detentiva il Tribunale di sorveglianza ha il dovere, esperite tutte le

formalità necessarie, di porre il condannato (e quest'ultimo ha il diritto di essere posto) nello stato di libertà condizionale».

E la liberazione condizionale è il fulcro delle misure alternative.

Nel 1974, nella citata sentenza n. 204, la Corte Costituzionale sanciva il «diritto alla valutazione della condotta», in capo al condannato detenuto, e «l'obbligo per il legislatore di predisporre i mezzi idonei».

Nel 1989 la medesima Corte Costituzionale colma gli spazi interpretativi, giungendo a parlare di «diritto del condannato di essere ammesso alla liberazione condizionale», a parte la discrezionalità vincolata del giudice nell'accertamento del sicuro ravvedimento, «*diritto*» cui corrisponde il «*dovere*» dello Stato di ammettere il detenuto alla liberazione condizionale. Prosegue la Corte, molto opportunamente, che «va chiarito il significato meramente «convenzionale» dell'espressione «rinuncia (revocabile) dello Stato all'esecuzione della restante pena detentiva», che spesso viene usata a proposito della liberazione condizionale ...: non si rinuncia, invero, ad alcunché allorché s'adempia ad obblighi costituzionalmente sanciti».

Diritto penitenziario quale bilanciamento tra diritti e doveri posti sul tavolo tra i due partecipanti: Stato e condannato. Diritto di retribuzione e dovere di espiazione; diritto di rieducazione e dovere di fornire l'opera di rieducazione.

E si ritorna a parlare di polifunzionalità della pena, di finalità differenziate e tutte analoghe e di pari dignità, l'art. 27 Cost. compare in tutte le pronunzie della Corte in materia penitenziaria, mentre il legislatore non perde occasione di tentare di arginare la deriva «*social-emendativa*» per recuperare in certezza e sicurezza, questa volta «*social-preventiva*».

Sul punto, necessita immediatamente precisare che il diritto del condannato alla misura alternativa esiste solo e nella misura in cui il processo di sorveglianza abbia consentito l'accertamento del sicuro ravvedimento, facendo salva la discrezionalità vincolata del giudice, il che in linguaggio giuridico è fondamentalmente diverso dal «*reclamizzare*»

populisticamente la misura alternativa come diritto del condannato.

Importante e decisiva, sul punto, la decisione della Corte Costituzionale, che con i suoi richiami a «*diritti e doveri*» avrebbe dovuto eliminare, dico avrebbe, perché non ha raggiunto lo scopo, il fantasma di una legislazione premiale, che mal si attaglia alla norma penitenziaria e che ha, di fatto, svolto nell'immaginario collettivo la «parte da leone», smontando e snaturando le misure alternative.

E tra «*diritti e doveri*» terzo si pone il magistrato di sorveglianza, già garante della legalità della pena, tutore dei diritti del detenuto alla modulabilità della pena in rapporto ai progressi compiuti sulla strada della risocializzazione e tutore dei diritti dello Stato alla espiazione della pena, ma anche «giudice» dell'ottemperanza ai rispettivi doveri, ovvero del condannato alla espiazione della pena secondo le prescrizioni e i regolamenti imposti, dello Stato all'offerta dei mezzi e strumenti dell'«opera di risocializzazione».

E si gettano così le basi del «Giudice della pena», finalità ancora non compiutamente realizzata.

La magistratura di sorveglianza si vede, altresì, riconosciuta dal nuovo codice la possibilità di incidere ufficialmente anche sull'*an* della pena nel momento in cui il legislatore le attribuisce la competenza a decidere sul differimento della esecuzione per motivi di salute e per istanza di grazia.

Fattore che si rivelerà di assoluta ricaduta sulla sicurezza sociale e di totale trasformazione della funzione del magistrato di sorveglianza, nel momento in cui si rifletterà sulle domande presentate da condannati in stato di libertà, per i quali la esecuzione viene di fatto rinviata al momento della decisione del Tribunale di sorveglianza, sempre più oberati e quindi non in grado di dare risposte tempestive.

Il legislatore del 1986 aveva attribuito al magistrato di sorveglianza, altresì, altra incidenza sulla pena per il condannato-libero, ossia la possibilità di pronunciarsi per la concessione dell'affidamento in prova al servizio

sociale anche su istanza presentata dallo “stato di libertà”, purché preceduto a suo tempo da custodia cautelare. Ma di fatto la situazione appare complicata.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 569/1989, rileva le contraddizioni del nuovo sistema, che, finché ancorato alla normativa del 1975, si muoveva tra parametri logici e costituzionalmente orientati, trattandosi di un istituto (l'affidamento in prova) “riservato” com'era, ai condannati in espiazione della pena in carcere. Nel momento in cui la novella legislativa introduce una nuova modalità di accesso alla misura alternativa, anche dallo stato di libertà, a seguito di numerose e profonde trasformazioni della misura dello stesso affidamento in prova, nato forse con altre vocazioni, nel momento in cui statuisce che l'osservazione del comportamento ai fini del giudizio prognostico di idoneità del soggetto alla rieducazione possa utilmente avvenire tanto in stato di detenzione carceraria quanto in libertà, diventa irrazionale ancorare la valutazione del Tribunale di sorveglianza ad un “imprescindibile momento carcerario in custodia cautelare”. Da qui la dichiarazione della Corte di illegittimità del 3° comma dell'art. 47 della legge penitenziaria, come modificato dalla legge Gozzini del 1986, e l'introduzione di una nuova competenza attribuita al Tribunale di sorveglianza per l'ammissione all'affidamento anche del condannato in stato di libertà, e anche senza l'espiazione di quell’“*assaggio*” di carcere fino ad allora necessario.

E si amplia sempre più la giurisdizione del Tribunale di sorveglianza e la sua incidenza sulla effettività della pena.

Nel 1992 l'emergenza criminalità dà origine ad una serie di interventi legislativi repressivi, che comportano il conseguente incremento della popolazione carceraria, con gli annosi problemi di vivibilità.

La stretta normativa non passa inosservata e gli effetti provocano spinte emozionali di controtendenza, basate essenzialmente ancora una volta sulla inutilità e desocializzazione della pena detentiva e sulle emergenze deflative.

Nascono il 4 *bis* e il 41 *bis*, 2° comma, dal “*carcere differenziato*” si passa al “*detenuto differenziato*”, e si introducono restrizioni sulla concedibilità delle misure alternative.

Sono anni di sovraffollamento e manifestazioni di intolleranza carceraria.

Si pensò allora di rifunzionalizzare le misure alternative alla detenzione quale soluzione più immediatamente efficace.

Il diritto penitenziario viene riciclato a fini deflativi, con buona pace della effettività della sanzione penale, non solo, ma delle stesse aspettative costituzionali, e i magistrati di sorveglianza ripensati, quali preposti all'apertura dei cancelli carcerari.

Il pendolo penitenziario oscilla perennemente tra gli eccessi di garanzia e la tolleranza zero.

La risposta del legislatore, infatti, non si fa attendere.

La legge Simeone-Saraceni interviene nel giugno del 1998 con evidente e proclamato intento decarcerizzante: raggiunge il suo scopo nel momento in cui evita l'inizio della esecuzione carceraria per migliaia di condannati, “liberi in sospensione” (sic!), in attesa della pronuncia dei Tribunali di sorveglianza.

La sospensione attribuita al P.M. della esecuzione, nell'ambito di delimitati spazi di applicazione, che comunque non possono prescindere da valutazioni soggettive caso per caso, sembra creata ad arte per fugare vecchi timori di esautorazione del Pubblico Ministero, che abbiamo visto nascere in una al clamoroso avvio di giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale.

Il P.M. rivendica la sua posizione di premienza e, in concreto, sospende la esecuzione, anche in casi di dubbia interpretazione giuridica ma con conseguenze procedurali di incontrastato dominio, atteso che il nostro codice di procedura penale non prevede la possibilità di ricorrere avverso l'intervento del P. M. favorevole alla parte.

Di fatto, il numero dei condannati “liberi in sospensione” in attesa di pronuncia del Tribunale di sorveglianza supera ben presto di gran lunga il numero dei condannati definitivi ristretti in carcere.

E si fa sempre più spazio quel “Giudice della pena”, quale arbitro della pena e della misura di sicurezza, garante dei diritti del detenuto e della legalità della pena.

Soprattutto se si considera che l’80% delle pene detentive viene sospeso *ex lege* Simeone-Saraceni.

L’approccio alle misure alternative da libero, riprendendo antichi disegni e vecchi schemi, ricalca le vecchie direttrici, già note alla legge Gozzini, di una anticipata operatività in una al potenziamento delle misure extramurarie. La *ratio* originaria, in verità, tendeva a evitare sperequazioni procedurali e comunque evitare il carcere, dopo un lasso di tempo non breve tra il reato e la esecuzione, a chi, condannato a pene brevissime, nel frattempo avesse riacquisito un rapporto corretto con lo Stato, fatte salve le situazioni di maggiore pericolosità sociale *ex art. 4 bis l.p.*

Le sovrapposizioni parlamentari e giurisprudenziali generano, di fatto, una automaticità della sospensione per pene niente affatto leggere, per residui da espiare fino a quattro anni (oggi fino a sei anni, n.d.a.), provocando un’ulteriore divaricazione, peraltro del tutto inutile e certamente dannosa, anche per lo stesso condannato, tra giudicato e esecuzione.

È innegabile l’esistenza di un diritto all’espiazione della pena in capo al condannato e l’esperienza in materia insegna.

Si giunge così ad una pena che non è più pena, che non è retribuzione, che non è prevenzione né generale né speciale, che non è intimidazione, che non è rieducazione, che non è emenda, che non è soddisfazione, che non è mediazione, che non è conciliazione.

I lavori parlamentari tradiscono la diffusa volontà di superare la logica dell’intervento settoriale e cogliere, invece, l’occasione favorevole per giungere ad una chiarificazione dei ruoli tra giudice della cognizione e magistratura di sorveglianza, e ritornano timidi approcci al processo bifasico.

Lo stesso Guardasigilli in un intervento nella fase iniziale dei lavori, *ante legge* Simeone-Saraceni, invitava a riflettere sulla necessità di una più adeguata distribuzione di compe-

tenze tra giudice della cognizione e magistratura di sorveglianza, addirittura prospettando l’ipotesi che si trattasse di un’occasione favorevole per muovere i primi passi nella direzione del processo bifasico.

Ma ancora una volta ci si attesta sulla novellistica frammentaria e la confusione aumenta. Vengono introdotte ulteriori competenze per il magistrato di sorveglianza, chiamato a pronunciarsi, in sede cautelare, sulla sospensione provvisoria della pena nei casi di domanda presentata dal condannato-detenuto, in attesa della pronuncia del Tribunale di sorveglianza sulla concessione dell’affidamento in prova al servizio sociale o della semilibertà o della detenzione domiciliare.

Consequenziale l’aumento del carico di lavoro a dismisura per i Tribunali di sorveglianza, nonché per i magistrati di sorveglianza, le cui richieste di incremento di uomini e mezzi ancora una volta restano inascoltate, vuoi per una sottovalutazione della obbiettiva situazione carceraria, vuoi per una deresponsabilizzazione giuridico-politico-sociale.

È innegabile che la novella registra una insoddisfazione latente per la inefficienza dell’intero apparato sanzionatorio, ancorato al vecchio binomio pena detentiva-pena pecuniaria e cavalca, se mai ce ne fosse ancora bisogno, le convinte affermazioni sulla desocializzazione della pena detentiva.

Apparvero immediate le riserve che tale impostazione generava sul piano della sicurezza sociale, anche perché al di là dell’ancora fluido discorso sul “*diritto penale minimo*”, restava da superare la facile obiezione che il sovraffollamento carcerario può vincersi costruendo nuovi istituti penitenziari.

Obiezione largamente contestata dall’ampio, allora, attuale dibattito culturale instauratosi sul concetto di pena, che tende a sfuggire sempre di più al controllo carcerario, esigendo d’altro canto una razionalizzazione immediata delle risorse esistenti, sia per il miglioramento della vita intramuraria, sia per il potenziamento, non solo quantitativo, delle misure alternative alla detenzione.

Non ultime, in ordine di apporto giurisdizionale alla magistratura di sorveglianza, interven-

gono nel 1990 e successive modifiche, da ultimo la l. n. 49/2006, con la nuova disciplina sugli stupefacenti, le nuove competenze della magistratura di sorveglianza in sede di sospensione della esecuzione o di affidamento in prova presso comunità terapeutiche.

Nel 2003, le annose esigenze di sovraffollamento inducono il legislatore ad inventarsi una figura anomala, sulla cui natura ancora si controverte, anche a mezzo interventi periodici della Corte Costituzionale, il c.d. indultino, la l. n. 207/2003.

Di recente la Corte (C. Cost., sent. n. 255/2006) ha cancellato la sua automaticità, contestando la obbligatorietà della sua concessione anche per i soggetti condannati detenuti che non abbiano dato prova di meritare un trattamento extramurario, riconoscendo la centralità del potere discrezionale del magistrato di sorveglianza nell'ordinamento, posto che «il riconoscimento di un beneficio penitenziario che non risulti correlato alla positiva evoluzione del trattamento (la cui valutazione rientra nei poteri discrezionali del magistrato di sorveglianza) compromette inevitabilmente l'essenza stessa della progressività, che costituisce il tratto saliente dell'*iter* riabilitativo».

Nella perenne oscillazione del pendolo, il ritorno del *trend* "tolleranza zero", ha registrato una sterzata in negativo con la l. n. 251/2005, dove la recidiva ritorna a rivestire il suo carattere deterrente, in parte edulcorato dal pronto intervento giurisprudenziale, di legittimità e costituzionale, che di fatto hanno ridimensionato di molto la portata restrittiva della novella del 2005.

Nel perseverare dell'oscillazione tra i due poli, positivo e negativo, alla negatività della l. n. 251/2005 si è alternata la positività della l. n. 241/2006, che abbandonando ogni maschera compensativa, cancellata l'obiezione della possibile costruzione di nuovi istituti penitenziari, sull'onda della emergenza carceraria per esclusive esigenze di sovraffollamento, ha indultato circa la metà dei detenuti ristretti in istituto e quasi la totalità dei condannati in esecuzione penale esterna o liberi "in sospensione".

E adesso si ricomincia.

5. *Il P.M. della esecuzione.* – La leggenda storica insegna che, a ben guardare, molti dei problemi attuali, dalle continue "chiamate in correità" per la perdita della "certezza della pena", all'ancora carente identificazione sostanziale del giudice di sorveglianza, fondano in gran parte sulla equivocità di rapporti tra P.M. della esecuzione e magistrato di sorveglianza.

Il primo "dominus" della esecuzione penale, il secondo "garante" della esecuzione penale e referente della legalità e della certezza della pena.

L'ibrido è "ab initio".

Il P.M., storicamente unico arbitro del processo, dalla istruzione alla esecuzione, nell'inevitabile ambivalenza di funzioni, non ha certo accolto con entusiasmo l'invasione di questo Giudice, che interviene a controllare e sorvegliare sulla legalità della esecuzione della pena.

L'intervento del P.M., "richiedente" nel procedimento di sorveglianza, ai sensi dell'art. 678, 1° comma, c.p.p., come novellato dal nuovo codice di procedura penale, costituisce innovazione di grosso rilievo, atteso che nei procedimenti *ex art.* 71, 2° comma, l.p., *ante* codice del 1988, l'attivazione del procedimento innanzi il giudice di sorveglianza avveniva "a seguito di richiesta o di proposta ovvero d'ufficio", laddove richiesta e proposta stanno ad indicare la legittimazione dell'interessato o dei suoi congiunti *ex art.* 57 l.p. e la proposta del consiglio di disciplina dell'istituto penitenziario: in tale scenario unico altro attore era il magistrato di sorveglianza, che poteva agire d'ufficio.

Unico caso di attivazione del procedimento innanzi il giudice di sorveglianza da parte del P.M., vigente il codice Rocco, è dato dall'art. 634 c.p.p., per promuovere l'esecuzione della misura di sicurezza.

L'estensione del potere d'iniziativa in capo al P.M. risponde alla logica della interpretazione della fase della esecuzione della pena come prosecuzione dell'attività propulsiva della dialettica processuale, collegata alla titolarità del diritto-dovere di esecuzione dei provvedimenti.

V'è da dire che l'intervento del P.M. si qualifica subito per quella nota di "paragiurisdizionalità", nel momento in cui i suoi provvedimenti, pur non avendo contenuto decisivo e attitudine a definire il rapporto processuale, sono comunque suscettibili di autonoma impugnazione in sede di incidente di esecuzione.

La legge Simeone-Saraceni del giugno 1998 amplifica l'intervento del P.M., rendendolo artefice della sospensione dell'ordine di esecuzione per ogni condanna a pena detentiva inferiore ad anni tre-quattro-sei, sospensione semiautomatica, che non sembra essere del tutto staccata da valutazioni di merito e che riporta in auge la figura di un P.M., quasi esautorato nel processo di giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale, che va avanti dal 1975.

Invero, mentre il codice di rito riservava al P.M. il ruolo di promotore della esecuzione penale e di esecutore dei provvedimenti del giudice, ruolo che ben si inquadra con la non necessarietà di discrezionalità, nota certamente non caratterizzante l'attività del P.M., la norma del 1998 incardina margini di discrezionalità, consentendogli una valutazione sulla possibile misura alternativa da richiedere in una alla interpretazione dei parametri legislativi validi per la sospensione. Il P.M. rivendica la sua posizione di preminenza e di fatto sospende/non sospende l'esecuzione della pena anche in casi di dubbia interpretazione, riflettendo un *potere decisionale* con conseguenze dirette e immediate sulla libertà personale, del resto impugnabili solo parzialmente, non esistendo nel codice di rito alcuna possibilità di ricorso avverso un provvedimento del P.M., favorevole all'interessato.

Paradossalmente nella corsa all'ultima garanzia procedurale, ci ritroviamo un ordinamento, in cui l'unico a non essere adeguatamente tutelato è lo Stato nel momento in cui rivendica il suo potere-dovere di esazione della pena.

Come vedremo più avanti, sarà questa una delle note dolenti che alimenteranno le teorie "abrogazioniste", finalizzate alla effettiva e

totale giurisdizionalizzazione della fase dell'esecuzione penale.

Un P.M., peraltro, "sprovveduto" per sua naturale e culturale formazione di fronte a valutazioni che attengono direttamente alla funzione special-preventiva della pena e alla individualizzazione e tipizzazione della singola sanzione penale.

Il paradosso della carenza di controllo giurisdizionale nella attivazione della esecuzione potrebbe trovare una possibile soluzione in un diverso quadro normativo e in una diversa prospettazione giuridica, saldamente ancorata all'attuale evoluzione culturale e processuale della esecuzione penale.

Chiarezza di ruoli e di prospettiva vorrebbe che se il giudice della cognizione in fase di esecuzione ha competenza su tutto ciò che attiene alla corretta e definitiva formazione del titolo esecutivo, viceversa le questioni inerenti la eseguibilità o meno del titolo di per sé definitivo ed esecutivo dovrebbero rientrare nella competenza totale e assorbente del giudice di sorveglianza.

Nella fase della esecuzione, anche dopo la riforma Simeone-Saraceni, se è ancor vero che il P.M. conserva la veste di promotore dell'esecuzione, è altrettanto vero che il giudice di sorveglianza diventa il garante della esecuzione, deputato "in toto" a decidere sull'*an, quando, quantum e quomodo* della pena, quindi non più garante dei diritti del detenuto bensì giudice della legalità della pena, unico arbitro dell'esecuzione penale.

Appare, evvero, ancora lontana la soluzione del processo *bifasico* in cui alla *fase della cognizione*, tesa all'accertamento del fatto e alla declaratoria della responsabilità personale con determinazione della pena da espriare, segue la *fase della esecuzione*, quale applicazione in concreto della pena funzionalizzata ai parametri costituzionali della retribuzione, emenda, prevenzione generale, prevenzione speciale, individualizzazione, mediazione, ri-socializzazione.

La determinazione della pena dovrebbe rimanere vincolata al momento dell'accertamento del reato, lasciando alla fase successi-

va l'individuazione del modulo esecutivo costituzionalmente orientato.

6. *Crisi della sanzione penale.* – In verità la confusione, oserei dire “*gnostica*”, che accompagna l'esecuzione penale in questo momento, risolvendosi in una incertezza del diritto, costituisce forse la causa principale della crisi che il nostro sistema giuridico sta attraversando.

Crisi della sanzione penale che ha origine nel momento stesso in cui la sanzione penale ha dovuto scontrarsi con quella pretesa costituzionale di carattere emendativo e rieducativo.

Crisi della pena acuita dalla consapevolezza della “*deminutio*” del principio della intangibilità del giudicato penale, mentre si faceva strada la strategia della prevenzione particolare.

Crisi della pena nel momento in cui la stessa non è percepita più come naturalmente rispondente alle esigenze della società sociale, che la avverte non più giusta e rapportata al disvalore del fatto-reato.

Crisi della pena nel momento in cui richiede una risposta sanzionatoria variegata nell'aspirazione emergente di approdare a configurazioni diverse di sanzioni penali, pur nella condivisione della difficile comparazione tra sicurezza sociale e garanzie costituzionali.

Crisi della pena nel momento in cui appare sempre più necessario superare la centralità della pena detentiva e prevedere una tipologia di sanzioni differenziate, che sappiano privilegiare, lì dove bisogna, anche l'aspetto riparativo e restitutorio della pena, in un tentativo di conciliazione e mediazione con la società civile e la stessa parte lesa.

Crisi della pena che si riflette nell'onda emozionale ora buonista ora repressiva, che sottintende ogni dibattito politico e dottrinale sull'aspetto polifunzionalistico della pena, quale spinta emergente ad una necessaria urgente chiarificazione.

Crisi della pena che non è al momento né più prevenzione, né più rieducazione, né più retribuzione, non ancora emenda, non ancora riparazione, non ancora mediazione.

Crisi della pena che è anche crisi di un'area

penale molto vasta, che da molti anni ormai scarica sulla magistratura la risoluzione di problematiche sociali, che ben troverebbe felice esito in altre giurisdizioni e in altre amministrazioni.

Crisi della pena, se la *penalità* intimata continua ad essere qualcosa di diverso dalla *penalità* agita, se la pena *reale* si pone in palese contrasto con la pena *legale*.

Crisi dell'attuale sistema sanzionatorio che richiede con priorità assoluta l'esigenza della rifunzionalizzazione dell'ordinamento penitenziario come risposta concreta alle esigenze costituzionali.

Appare evidente che in un sistema sanzionatorio centrato sulla pena carceraria la fuga dalla stessa ha provocato di fatto la crisi dell'intero sistema penale, giacché la flessibilità della risposta punitiva tende inevitabilmente a disperdersi nell'immaginario collettivo le funzionalità costituzionali e general-preventive della pena.

Crisi della effettività della pena quale certezza della pena sotto i vari profili dell'*an, quando, quantum* e *quomodo*.

a) *an, quando*, quale sicurezza della risposta sanzionatoria.

Incidono sull'*an* e sul *quando* degenerazioni di misure quali la sospensione condizionale della pena, il differimento dell'esecuzione *ex art. 147 c.p.* e l'approccio “da libero” all'affidamento in prova al servizio sociale: la ripetitività del primo, le prassi procedurali e lo svuotamento di contenuto degli altri, di certo non soddisfano le aspettative general-preventive della comunità, né tanto meno quelle special-preventive e di rieducazione sociale, risultando irrisolto l'aspetto del contenimento della pericolosità e inflazionato il perseguimento della rieducazione sociale; e questo a non parlare della sospensione dell'esecuzione, *ex legge Simeone*, che ha portato, *ante indulto*, la quota di condannati in attesa di giudizio a livelli esponenziali, circa 50.000.

L'impossibilità per i Tribunali di sorveglianza di rispondere alla ingente mole di lavoro pervenuta con l'entrata in vigore della legge Simeone non poteva del tutto essere ignota al legislatore, che pur aveva ricevuto. più di

un richiamo allarmato dalla magistratura di sorveglianza, per cui alle lungaggini procedurali ordinarie si è aggiunta la ulteriore imprevedibilità dei tempi di decisione e quindi della attuazione “concreta” della sanzione penale, a tutto discapito della effettività e certezza della pena.

Nulla è stato fatto per tentare di migliorare la situazione, quanto meno per ridurre i tempi processuali, al di là di interventi clemenziali di breve durata e di nulla credibilità, mentre sulla magistratura di sorveglianza e sulla legge Gozzini si continua a scaricare la responsabilità delle inefficienze del sistema.

Dilatazione della commisurazione giudiziale conseguente al giudizio di bilanciamento delle circostanze, l'estensione della continuazione, l'aumento delle riduzioni della pena dovute all'incastro tra patteggiamento, rito abbreviato e procedimento per decreto si pongono quali elementi di concreta ridefinizione della cornice edittale.

Basti pensare alle infinite possibilità elusive insite nei meandri delle circostanze attenuanti, la possibilità di riti alternativi influenti direttamente sull'entità della pena, gli arresti domiciliari riciclati, la mancata valutazione della recidiva, per non parlare della ripetitività della sospensione condizionale della pena, dovuta a fattori contingenti ma ancora ineludibili quali il mancato allineamento dei dati tra i vari organi giudiziari.

Gravissimi i danni portati alla decisione dalla impossibilità ancora attuale di avere certificati penali e certificati di carichi pendenti aggiornati e centralizzati, di guisa che effettivamente diventa difficile conoscere della complessiva situazione giuridica del soggetto: in concreto accade che nel certificato penale mancano le annotazioni delle ultime condanne, mentre dalla cartella biografica, se trattasi di soggetto detenuto in istituto, non sempre è agevole trarre dalle sentenze di condanna i tempi dei commessi reati, che nel certificato dei carichi pendenti risultano spesso annotati reati già conclusi con sentenza passata in giudicato, che però non è annotata né nel penale che nel pendente; e, come se non bastasse, dalle informazioni del-

le forze dell'ordine risultano solo i carichi giudiziari, atteso che non c'è coordinamento tra le stesse e gli uffici giudiziari, quanto a comunicazione degli esiti dei processi subiti dall'inquisito.

b) *quantum* e *quomodo*, quale necessità di una maggiore predeterminazione sia della modalità della misura alternativa che dei contenuti della risposta sanzionatoria. È veramente difficile credere e sostenere oggi che la detenzione, nelle sue modalità alternative, che la *pena flessibile*, possa costituire, da sola, valido deterrente al crimine o ergersi ad ostacolo contro il rischio della recidiva.

In Italia erano 32.000 i detenuti al 1977, e chiaramente pochissimi in misura alternativa a quei tempi; sono diventati 62.000 al 2006, ai quali vanno ad aggiungersi i 42.000 in misura alternativa, più in 50.000 in sospensione della pena, legge Simeone.

Oggi i detenuti sono nuovamente a quota 62.000 e parliamo di dato *post-indulto*.

Il dato deve far riflettere e, al di là della misura clemenziale, che alla fine *lascia il tempo che trova*, resta da chiedersi se non sia veramente giunto il momento di rivedere la situazione. Anche perché è fuor di dubbio che l'attuale sistema sanzionatorio non è assolutamente in grado di assicurare retribuzione, prevenzione e tanto meno rieducazione.

Brevissimo calcolo di pena per dimostrare quanto e quale possa essere oggi la sanzione per un omicidio semplice commesso entro il 2 maggio 2006 (data limite per l'applicazione del condono): 21 anni di reclusione che diventano 14 per le generiche (che non si negano a nessuno), per diventare con il rito abbreviato o col patteggiamento 9 e sei mesi e 15 giorni, che diventano 6 e sei mesi e 15 giorni con il condono; dopo 1 anno e 7 mesi di carcerazione, con la liberazione anticipata, appena scatta il residuo di 4 anni, che con la liberazione anticipata diventano 3, 1 mese e 15 giorni, si scontano in detenzione domiciliare per motivi di salute, che in gergo “*non si negano a nessuno*”.

Quanto alle modalità di esecuzione della de-

tenzione domiciliare, con il permesso di uscire dalla abitazione che oscilla da 2 ore a 12 ore, e nella consapevolezza dei controlli effettuati sulla misura, ce n'è abbastanza per comprendere che è ora di revisione.

Né vanno dimenticati gli spazi aperti dalle possibilità di riconoscimento della continuazione e del concorso formale in sede d'esecuzione, con ulteriori riduzioni della pena, che in quanto operata dal giudice della cognizione, anche se in sede di esecuzione, sfugge alla critica del controllo sociale più attento agli interventi della magistratura di sorveglianza in ambito penitenziario.

La rilevanza della denuncia aumenta se si considera che è proprio la magistratura di sorveglianza ad evidenziare il paradosso di una situazione ormai non più credibile, dove la sovrapposizione di concessioni, autonomamente legittime e fondate, conduce a risultati da *disintegrazione* della sanzione.

Il sistema attuale non va.

Dalla commisurazione monistica della pena si è giunti alla commisurazione pluralistica e in questo modo è caduto anche l'ultimo anello della certezza della pena.

La flessibilità della pena in sede di esecuzione, per giunta cumulata, in ragione delle singole esigenze personalistiche del condannato e in comparazione progressiva con l'effettiva rispondenza all'opera di rieducazione sociale tentata dallo Stato, comporta inevitabilmente la rideterminazione della pena.

Ma anche nella fase di cognizione, come abbiamo evidenziato, non mancano le incidenze sulla determinazione della pena.

Sorprende che in tale situazione procedurale l'abbattimento della pena in sede esecutiva meraviglia e sconcerta più di quello operato in fase di cognizione.

Paradossalmente il momento qualificante la Giustizia penitenziaria, *la pena costituzionale*, diventa il fulcro della crisi centrata sul divario tra penalità intimata e penalità agita. Ed è giusto che sia la Magistratura di sorveglianza nella veste istituzionale di *Garante dell'esecuzione penale, di Giudice della pena*, a richiamare l'attenzione sulla delicatezza del problema.

Anche perché nella diagnosi sulla balcanizzazione del sistema sanzionatorio la maggiore responsabilità viene attribuita proprio alla produzione processuale e operativa di quella *Giustizia Penitenziaria*, così differenziata e verosimilmente inefficace.

Anche perché tutto questo accade in un momento storico in cui la domanda di *Penalità* della comunità è più che mai alta.

Ma paradossalmente anche la risposta di *Penalità* è alta, attesa la vasta produzione legislativa e il superlavoro dei Tribunali di sorveglianza e il numero dei condannati attuali in Italia, circa 180.000 per 180 giudici di sorveglianza (dati ante indulto, ovviamente).

7. *Soluzioni prospettate*. – Ha fondamenti di verità la convinzione che la risoluzione della crisi della effettività della pena passa attraverso la soluzione della crisi della pena.

Scriva la *Commissione Pisapia*, costituita per la Riforma del Codice penale, che, vista «l'esigenza fortemente condizionante di contenere l'altrimenti ingestibile sovraffollamento carcerario e la sfiducia, motivata dal recidivismo, verso la pena detentiva come unica pena rieducativa, ha indicato realisticamente gli obiettivi primari della riforma. La Commissione ha largamente concordato sulla esigenza di ridurre, in linea generale, il livello delle pene edittali rispetto alle previsioni vigenti e soprattutto di ampliare l'arsenale sanzionatorio delle pene principali in modo che il ricorso alla pena detentiva potesse rappresentare l'ultima *ratio*». «La previsione di un ampio ventaglio di sanzioni personali, diverse dalla pena detentiva e articolate in ragione regressiva, corrisponde» – per la Commissione – «all'intento di recuperare la certezza e l'effettività della pena, in considerazione del rilievo che l'ineffettività investe tanto la pena detentiva quanto quella pecuniaria».

Il quadro presenta a nostro sommo avviso più di un'ombra e lascia increduli quanto alle possibilità di concretizzazione, atteso che la soluzione dell'«ampio ventaglio di sanzioni personali... articolato in regione regressiva» appare troppo semplicistica e illusoriamente efficace rispetto agli innumerevoli problemi sul tappeto.

Così come lascia perplessi l'ancorare la modifica del codice penale, la costituzione di un nuovo "arsenale sanzionatorio" (un'immagine bellica – la guerra di chi contro chi? –) all'esigenza di arginare il sovraffollamento carcerario.

La crudezza, anche se concreta, e la vacuità della causale ingenera dubbi sulla fondatezza e validità giuridica dei rimedi: siamo più propensi, e originariamente ispirati, a dissertare di certezza della pena, di efficacia, di effettività, di immediatezza, di polifunzionalità della pena, di controllo sociale, di giurisprudenza costituzionale, argomenti che appaiono distanziati socialmente ed eticamente, e ancor più giuridicamente, dalla emergenza del sovraffollamento carcerario.

Sembra riduttivo rapportare a tale necessità, pur esistente, le esigenze di sicurezza della nostra vita sociale e ritenere che la soddisfazione dell'una equivalga ad assicurare la tutela dell'altra.

I rimedi esistono. È necessario sfatare le leggende: come al solito occorre il coraggio della verità. I rimedi ci sono.

Ma sono impegnativi, esigono sacrifici, limitazioni di privilegi, ricostruzione dell'etica processuale; insomma, i rimedi costano.

Bisogna incidere profondamente su vaste autonomie, ormai cronicizzate, e optare per interventi di area giuridica, socio-ordinamentale, etica e organizzativa.

Alla base un convincimento. Non è necessario sostituire le pene, è sufficiente intervenire sul concetto della pena, o meglio, è necessario *costruire* un concetto della pena, introdurre la *cultura della pena*, la *cultura della esecuzione penale*, ancora oggi inesistente.

Basti pensare che la riforma penitenziaria del 1975, votata all'unanimità e, per certo, scandalosamente progressiva per i suoi tempi, a tutt'oggi non trova attuazione: ha riscosso negli anni solo critiche e modifiche, nessuno mai si è impegnato alla sua reale attuazione. La legge Gozzini l'ha modificata, ma non ha ottenuto risultati diversi. Solo buio, laddove c'è bisogno di tanta azione e di tanta volontà. Ma anche questo costa sacrificio e impegno: molto più semplice cambiare e sotto l'egida

della sana innovazione andare oltre senza risolvere il vero problema di fondo: "Che cosa è la pena?", "Che cosa vogliamo che sia?", che cosa attendiamo da essa, attese, richieste, speranze, illusioni, delusioni, ricadute sociali, insicurezza, inciviltà.

Quale pena per quale giustizia?

Eppure è così semplice: basta rovesciare l'antica immagine dell'imbuto per trovare risposte valide.

L'immagine della Giustizia "ad imbuto" (Relazione del Tribunale di Sorveglianza per l'Inaugurazione dell'Anno Giudiziario presso la Corte di Appello di Napoli per l'anno 1998, 23 settembre 1997, Napoli) nasce alla fine dei lontani Anni Novanta, riecheggia nelle Relazioni del Tribunale di Sorveglianza per le Inaugurazioni degli Anni Giudiziari del distretto della Corte di Appello di Napoli, e disegna l'immagine della macchina della giustizia, che, proprio come l'imbuto, parte tra gran clamore mediatico con sovrabbondanza di mezzi e strutture, nonché di attenzione, e tende a restringersi, in mezzi e volontà, nonché in attenzione, man mano che tra gli ostacoli della fase della cognizione, per arrivare al traguardo dell'esecuzione della pena, dove ormai la strettoia dell'imbuto è pari solo alla diminuzione di attenzione, mezzi e strumenti, ancor più di volontà.

Tutto ciò comporta interventi a 360 gradi, in ordinamento, in organizzazione, in metodologie interpretative, in intendimenti socio-ideologici-culturali.

È facile lamentare la non certezza della pena, più difficile progettare la certezza della pena. Più difficile certamente riconoscere che la crisi trova origine in letture sociologiche della pena che poco hanno di diritto e che poco rispondono ai principi giuridici pur esistenti, di guisa che lo scontro più evidente resta proprio ancorato alla profonda discordanza tra ciò che è scritto e ciò che viene interpretato, e ancor di più deciso, e ancor più eseguito: *la scienza dell'interpretazione della norma, seguita dalla strategia politica del processo, finisce per approdare alla visione sociologica della pena.*

Un sistema che assicura la totale dispersione

e la manifesta insicurezza, qualunque siano gli elementi modificati, come a dire che cambiando l'ordine degli addendi, il prodotto non cambia. Tutto vero, come è vero che è inutile aggiungere norme a norme, se non muta la metodologia di lettura e di applicazione della norma.

Ma la certezza della pena può seguire solo alla certezza del diritto: tutto il resto è contorno.

Necessita un momento di chiarificazione etico-dottrinale, che interagisca con ogni momento procedurale per il perseguimento del medesimo fine-giustizia.

Le insufficienze del sistema, la situazione di insostenibilità globale va denunciate con forza alla luce dell'ulteriore patologia della logica pressante dello smaltimento del carico di lavoro, non ultima fonte di uno stato di forte precarietà, quando non proprio di sottrazione al carico di lavoro.

La risalita è possibile nel momento in cui, concordiamo con la commissione *Pisapia*, nel concetto di pena, pur fondando sul carcere, non si ponga mente solo alla reclusione carceraria e si accolga la sfida della *penalità esterna*, cui possa riconoscersi valida effettività sanzionatoria, anche attraverso una forma cogente e pregnante di *controllo sociale*, cosciente e responsabile, che rivendicando la funzione general-preventiva, non certo offuscata dalla funzione rieducativa, includa l'esecuzione penale tra gli obbiettivi primari della tutela dell'ordine pubblico e la sicurezza dei cittadini, nonché del singolo condannato.

Un *controllo sociale* che non si scandalizzi dinanzi alla necessità di informazione prima che di formazione e moduli proposte operative di "accettazione" della Giustizia penitenziaria.

Un *controllo sociale* che interiorizzi la consapevolezza dell'immediata corrispondenza tra certezza della pena e sviluppo sociale, effettività della pena e sicurezza dei cittadini, certi dell'unanime convincimento che solo una corretta applicazione della Giustizia penitenziaria può garantire il recupero della credibilità della Giustizia.

Non solo carcere, vero, ma anche carcere. E questo diventa già più difficile.

La cultura dell'esecuzione della pena deve coinvolgere e investire tutto il processo penale, come del resto facilmente intuibile in ogni programmazione che si rispetti: quando si inizia un lavoro, il fine è il risultato, e sembra piuttosto elementare, per non dire fondamentale, che tutta la attenzione sia finalizzata fin dal primo momento al risultato prefisso.

Tutto ciò appare irraggiungibile nel nostro processo penale, dove ciò che più interessa è il momento iniziale del procedimento; si critica da più parti la ricerca del consenso popolare, ma, lo si sa, ogni mondo è Paese, e l'*audience* attira più di quanto si confessi. *Carcere e controllo*, quindi, colonne portanti dell'esecuzione, ma entrambi al momento incapaci di assicurare certezze.

L'uno perché incapace di ricostruire, l'altro perché incapace di contenere.

1) *Diritto penale e diritto processuale penale.*

A) L'intervento di bonifica in via prioritaria coinvolge necessariamente il diritto penale, del quale da tempo si auspica un tentativo di normalizzazione.

La crisi della pena esige una rideterminazione del sistema sanzionatorio che accanto alla pena carceraria, riservata per i delitti di maggiore allarme sociale, veda nascere una rosa variegata di sanzioni diverse e alternative alla detenzione.

La qual cosa evidentemente non deve confondersi con tentativi di elusione della esecuzione della pena: sì ad una decarcerizzazione, che però, attraverso una composita e approfondita depenalizzazione, nel ridurre un'area penale effettivamente dilatata per i tempi attuali, assicuri la effettiva esecuzione della pena residuale.

La *Commissione Pisapia* ha largamente concordato sulla esigenza di ridurre, in linea generale, il livello delle pene edittali rispetto alle previsioni vigenti e soprattutto di ampliare l'arsenale sanzionatorio delle pene principali, da applicare "in ragione regressiva", in modo che il ricorso alla pena detentiva possa rappresentare l'ultima *ratio*: su que-

sto concordano in molti, ma certamente la proposta non è esaustiva né concretamente realizzabile.

Gli ultimi interventi legislativi di depenalizzazione sono stati timidissimi tentativi di approccio a quella che dovrebbe comunque essere un'azione più vasta e incisiva, tanto che i risultati procedurali sono infinitesimali. Si discute sempre più spesso di *diritto penale minimo*, concetto condivisibile fin quando si tratta di individuare una tipologia di condotte criminose da riservare alla sanzione penale, in quanto tendenti a confliggere con interessi primari dello Stato, quali reati di maggiore allarme sociale incidenti su fattispecie costituzionalmente tutelate.

Diritto penale minimo, anche, quale limitazione della attività di delega al giudice di interventi repressivi che ben potrebbero rientrare nelle attribuzioni di altre autorità.

Al giudice, garante ultimo della legalità, andrebbero riservati spazi operativi limitati e interventi più nettamente circoscritti.

Diritto penale minimo e non solo carcere, dunque, restano le due esigenze primarie intorno alle quali far ruotare una revisione dell'intero sistema sanzionatorio.

Sullo sfondo, essenzialmente si pone l'esigenza di un trattamento sanzionatorio giustamente retributivo, giacché può condividersi che il buonismo è per eccellenza antrieducativo, mentre la severità della pena acuisce la falsificazione del contingente pur di accedere a benefici premiali.

Attenzione, però, alla introduzione nel sistema di sanzioni penali, alternative al carcere, quali pene principali comminate dal giudice della condanna in prima battuta: si innescherebbe un vortice pericoloso e per nulla efficiente.

Non condivisibile, sul punto, già la conclusione della pregressa *Relazione Grosso*, finalizzata alla formazione di un nuovo sistema sanzionatorio che prevedeva, sì, la centralità della pena detentiva per i reati di maggior rilievo sociale, pena detentiva come *ultima ratio*, affiancata da un complesso articolato di misure alternative, intese però come pene principali applicate direttamente dal giudice della cognizione in sede di giudizio.

Sulla medesima scia anche la *Relazione Nordio* nel momento in cui afferma che «Il fondamento costituzionale della funzione rieducativa della pena ha costituito l'indicazione programmatica più pregnante, dalla quale è derivata l'adozione di un modello sanzionatorio caratterizzato da elevata flessibilità, utilizzabile compatitamente già dal giudice della cognizione».

Di guisa che, ancora *Relazione Nordio*: «Un punto non trascurato, nell'ambito delle considerazioni sulla funzione della pena nella società attuale, è costituito dal bisogno di retribuzione costantemente espresso dall'opinione pubblica, che è portata a ritenere che l'assenza delle conseguenze afflittive per il reato che è stato commesso sia una delle cause dell'esposizione al crimine e quindi del deficit di sicurezza che i cittadini avvertono».

Condivisibile il riconoscimento che la domanda di Penalità è indubbiamente molto alta, ma paradossalmente oggi anche la risposta di Penalità è oltre la soglia, ma i risultati non sono lusinghieri.

Meno accettabile, invece, il passaggio della *Relazione Pisapia*, quando sostiene che «queste conclusioni hanno portato la Commissione a recepire i principi di retribuzione relativi alla correlazione tra la gravità del delitto ed il grado di colpevolezza e la conseguente severità della sanzione. Tuttavia, la proiezione del principio nel concreto della percezione sociale dei fenomeni criminosi ha indotto la Commissione a ritenere, in ossequio al canone dell'*extrema ratio* che la pena della reclusione possa essere di regola convertita, nei casi stabiliti dalla legge, e secondo criteri di ragguaglio da essa determinati, in altra pena detentiva o restrittiva della libertà personale meno affittiva della reclusione e anche in altre pene interdittive, prescrittive o ablativo...». Sicché «l'esigenza fortemente condivisa di contenere l'altrimenti ingestibile sovrappollamento carcerario e la sfiducia, motivata dal recidivismo, verso la pena detentiva come unica pena rieducativa, ha indicato realisticamente gli obiettivi primari della riforma. La Commissione ha largamente concordato

sull'esigenza di ridurre, in linea generale, il livello delle pene edittali rispetto alle previsioni vigenti e soprattutto di ampliare l'arsenale sanzionatorio delle pene principali in modo che il ricorso alla pena detentiva potesse rappresentare l'*extrema ratio*. La previsione di un ampio ventaglio di sanzioni personali, diverse dalla pena detentiva e articolate in ragione regressiva, corrisponde all'intento di recuperare la certezza e l'effettività della pena».

Oggi la *Commissione Pisapia* fonda l'apparato sanzionatorio prevalentemente su sanzioni principali personali, detentive o paradedentive, interdittive e prescrittive. Condivisibile la considerazione che «un punto non trascurato... è costituito dal bisogno di retribuzione giuridica costantemente espresso dall'opinione pubblica, che è portata a ritenere che l'assenza delle conseguenze afflittive per il reato che è stato commesso sia una delle cause dell'esposizione al crimine e quindi del deficit di sicurezza che i cittadini avvertono».

Si sostiene ancora, e qui la situazione si complica, che «la funzione di identificazione della qualità di reato nel progetto di riforma è assegnata alla reclusione, salvi i casi eccezionali in cui è previsto l'ergastolo... Ne segue che le altre pene, detentive o restrittive della libertà personale, interdittive, prescrittive o ablativo, sono tutte pene principali, perché ciascuna di esse può esaurire in tutto o in parte le conseguenze sanzionatorie dell'illecito, ma non possono svolgere la funzione di identificazione distintiva del reato».

In breve, dopo aver identificato il reato, si procede alla valutazione della sua gravità, espressa in concreto con la misura della reclusione. Ma non è detto che la reclusione sia effettivamente da scontare, giacché è prevista la sua conversione in altra pena, di guisa che la carcerazione vera interverrà solo nel caso di violazione delle prescrizioni attinenti alle diverse pene effettivamente inflitte e da scontare.

Ciò che maggiormente sorprende è la considerazione per cui: «È ragionevole puntare sul recupero della effettività per almeno due motivi. In primo luogo, perché la so-

spensione condizionale della pena non si applica alle pene non detentive inflitte per effetto della conversione. In secondo luogo, perché il condannato è sollecitato all'osservanza degli obblighi inerenti a ciascuna delle pene interdittive o prescrittive applicate in sede di conversione, perché la violazione degli obblighi determina la riconversione nella reclusione originaria».

Come se oggi la violazione delle prescrizione della misura alternativa non comportasse la riconversione in carcere.

Diventa difficile comprendere perché ciò che oggi non funziona dovrebbe avere effetto domani, intercambiando esclusivamente il momento applicativo, a meno che non si voglia dare corpo alle vecchie ombre nate intorno alla diversità dell'organo che tale pena applica, per cui ciò che alita dal giudice ordinario va eseguito e ciò che proviene dal giudice di sorveglianza resta a giacere.

A non voler considerare che il magistrato di sorveglianza non compare nel programma articolato nella *Relazione Pisapia* e che la Commissione lo cita soltanto a proposito dei soggetti non imputabili e della loro pericolosità, resta da chiedersi a chi sarà affidata la esecuzione delle nuove pene imposte dal giudice della cognizione e a chi sarà affidato il compito della "conversione", ovvero la "regressione" in pena detentiva.

Sorprende ancor più l'eliminazione del magistrato di sorveglianza anche quale giudice della pericolosità del condannato: al di là delle dispute intorno alla opportunità giuridicità di un sistema del "doppio binario", sanzione penale e misura di sicurezza, non può disconoscersi che l'intervento del magistrato di sorveglianza quanto a giudice della pericolosità del condannato, con conseguente applicazione della misura di sicurezza, risulta essere un efficiente e valido deterrente contro il perseverare della criminalità.

Sorprende che la *Commissione Pisapia* abbia chiuso i suoi lavori sulla Riforma del Codice Penale, sollecitando la abrogazione delle misure di sicurezza e traslocando il concetto di pericolosità sociale dal magistrato di sorveglianza al giudice della cognizione.

Al di là della intempestività della riforma e del suo completo distacco dalla realtà sociale che richiede interventi forti e permanenti a tutela della sicurezza sociale, resta la necessità di non perdere questo strumento validissimo, che ha ritrovato luce con il rispolvero delle dichiarazioni di delinquenza abituale e l'assegnazione consequenziale alla misura di sicurezza, detentiva e non, che rappresenta un irriducibile e innegabile mezzo di contrasto alla criminalità e di controllo e legalizzazione del territorio; non si deve infatti dimenticare che la misura di sicurezza non ha un termine fissato per legge, bensì determinato dalla decisione del magistrato di sorveglianza.

Il nuovo sistema penale delineato dai lavori della Commissione, invero, appare quanto alla fase della esecuzione della pena, farraginoso e inequivocabilmente teso ad ottenere in prima battuta l'immediato risultato della diminuzione del numero di detenuti a seguito di condanna; sovrana l'esigenza di contrastare il sovraffollamento carcerario.

Ritornano i vecchi interrogativi già emergenti dalla relazione della *Commissione Grosso e Nordio*: quali gli strumenti a disposizione del giudice della cognizione per la conversione della reclusione in altra pena, anch'essa principale, e quale controllo sull'esecuzione. Appare prioritario sgombrare il terreno procedurale dalle commistioni funzionali tra la fase della cognizione e quella dell'esecuzione: la netta distinzione tra i due momenti del procedimento penale impone che esse siano disciplinate in modo nettamente separato, sì da salvaguardarne la specifica autonomia funzionale.

Entrambe, come sono in verità, finalizzate al perseguimento delle molteplici finalità proprie della pena: prevenzione, rieducazione, retribuzione in un percorso che dalla prevenzione particolare conduce alla prevenzione generale, attraverso il recupero del reo.

Entrambe parti essenziali e fondanti del processo penale.

Il disancoraggio della modulabilità della pena dalla fase esecutiva corre il rischio di ulteriormente acuire uno stato confusionario

tra le due fasi, ancora non considerate parti di uno stesso insieme giurisdizionale.

Laddove, invece, la sovrapposizione del giudice della cognizione alla magistratura di sorveglianza nella fase della esecuzione rappresenta indubbiamente un elemento di ripetitività e di sovrabbondanza con conseguenze che abbiamo già visto incidere sulla entità della pena in maniera traumatica.

Al di là dei non chiari rapporti tra giudice della cognizione e magistrato di sorveglianza, il cui intervento resta nell'aria e non meglio regolamentato, le ipotesi avanzate dalla *Commissione Pisapia* sono da considerarsi con particolare attenzione quanto alle ricadute sulla tenuta costituzionale dell'intero sistema sanzionatorio.

Un aiuto ad una più completa comprensione della problematica può venire dalle risultanze processuali sperimentate nel corso degli anni nella gestione dell'Esecuzione Penale Esterna.

È interessante leggere i dati statistici: in caso di concessione di misure alternative, che come notorio comportano un accertamento probatorio prodromico ad una valutazione discrezionale del magistrato di sorveglianza, le percentuali di revoca della misura per violazione delle prescrizioni raggiungono, quota limite, il 7%.

Nelle ipotesi, invece, di concessione del c.d. indultino, pseudo misura alternativa, alquanto aliena da indagini e da valutazioni, anche se non totalmente, e, per questo equiparabile alle *futuribili pene principali*, imposte direttamente dal giudice della cognizione, le percentuali di revoca sono salite fino all'80%.

Il che la dice lunga sulla positività della imposizione delle misure prescrittive o interdittive in via principale, ossia dal giudice della cognizione, che interviene in tempi e modi che non consentono per la loro tempestività e per la loro contingenza con il fatto reato, quell'indagine probatoria, necessaria e essenziale per una apertura emendativa e rieducativa con prognosi di accettabile credibilità nonché quella valutazione personale del tutto assente nella fase della cognizione.

B) Sul punto, la riflessione giuridico-processuale-costituzionale diventa obbligatoria alla luce della pronuncia della Corte Costituzionale, sentenza n. 255/2006. in cui la Corte interviene per ribadire principi già propri della esecuzione penale, quando ricorda che «questa Corte con giurisprudenza costante ha affermato il principio secondo cui la tipizzazione per titoli di reato non è lo strumento più idoneo per realizzare appieno i principi di proporzionalità e di individuazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario (sentenze n. 445/1997, n. 504/1995; n. 306/1993) e che a loro volta discendono dagli artt. 27, 1° e 3° comma, Cost. (sentenze n. 203/1991 e n. 50/1980), nel senso che uguaglianza di fronte alla pena significa proporzione della medesima alle personali responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguono (sentenze n. 349/1993 e n. 299/1992).

Per l'attuazione di tali principi, ed in funzione della risocializzazione del reo, è necessario assicurare progressività trattamentale e flessibilità della pena (sentenze n. 445/1997 e n. 306/1993) e, conseguentemente, un potere discrezionale al magistrato di sorveglianza nella concessione dei benefici penitenziari (sentenza n. 504/1995).

È del tutto evidente, infatti, che la generalizzata applicazione del trattamento di favore previsto dalla disposizione censurata (indultino) nell'assegnare un identico beneficio a condannati che presentino fra loro diversi stadi di percorso di risocializzazione, compromette, ad un tempo, non soltanto il principio di uguaglianza, finendo per omologare fra loro, senza alcuna plausibile *ratio*, sanzioni diverse, ma anche la stessa funzione rieducativa della pena, posto che il riconoscimento di un beneficio penitenziario che non risulti correlato alla positiva evoluzione del trattamento, compromette inevitabilmente l'essenza stessa della progressività, che costituisce il tratto saliente dell'*iter* riabilitativo». Discorso condiviso e ben noto al mondo penitenziario che sembra cozzare nei suoi presupposti con il novello proposto sistema sanzionatorio, dove le misure principali, inter-

dittive e prescrittive, vengono concesse dal giudice della cognizione in un tempo e con modalità lontane e incomprensibili alla cultura costituzionale della pena, da un giudice della cognizione del tutto sprovveduto dinanzi alle teorie della flessibilità della pena, formato all'accertamento del reato e poco alla polifunzionalità della pena.

Il discorso dell'applicazione in sede di cognizione della sanzione *altra* dalla carcerazione in via principale diventa a questo punto di più difficile inserimento costituzionale e lascia aperti spazi a dubbi e scrutini di costituzionalità più che complessi.

La riserva al giudice della cognizione della determinazione della pena resta la soluzione proceduralmente più corretta, in quanto immediatamente connessa alle emergenze circostanziali soggettive e oggettive e riflettente uno specchio processuale non più ripetibile. Nella fase della esecuzione inevitabilmente il lasso del tempo e la esecuzione della sanzione, nell'ambito dei parametri costituzionali, muterà l'ordine degli addendi, incidendo in maniera inevitabilmente non uniforme su tutte le circostanze oggetto di valutazione.

Appare ormai opportuno superare vecchi preconcetti e cercare di ottimizzare i risultati in termini di efficienza e funzionalità processuale, anche in maniera rapida e facile soluzione, semplicisticamente con la devoluzione al giudice della pena dell'intera materia esecutiva, pur non volendo approdare al processo bifasico puro.

La determinazione della pena va vincolata *rebus sic stantibus*, lasciando alla fase successiva la individuazione del modulo esecutivo. La esecuzione della sentenza di condanna va gestita dalla magistratura di sorveglianza, di guisa che la pena *virtuale*, esclusiva determinazione del giudice della cognizione, venga sostituita nella pena *reale* disposta dalla magistratura di sorveglianza, per sua stessa natura e formazione deputata alla attuazione, flessibilità e soggettivizzazione della stessa.

L'esecuzione della pena, infatti, non è solo sorveglianza, ma *gestione* della *pena* sin dalla esecutività della sentenza: la globalizzazione dell'esecuzione ha finito con l'attribuire alla

magistratura di sorveglianza la totale responsabilità della pena.

Sull'argomento appare opportuno rileggere quanto già consegnato nella Relazione sull'attività svolta dalla Commissione Mista (Relazione sull'attività svolta dalla Commissione Mista per i problemi della magistratura di sorveglianza nel corso del quadriennio 1998-2002 del C.S.M., 16 luglio 1998-31 luglio 2002, presidente avv. cons. Sergio Pastore Alinante, relazione approvata con delibera del Plenum C.S.M. del 2 luglio 2003) presso il Consiglio Superiore della Magistratura per i problemi della magistratura di sorveglianza nel corso del quadriennio 1998-2002, dove, a proposito della possibile approvazione della proposta Carotti, si riflette «la consapevolezza che l'eventuale concessione delle misure alternative (oggi, principali) da parte del giudice della cognizione, che presuppone una complessa e articolata attività istruttoria sulla personalità dell'imputato-condannato appare difficilmente compatibile con la celebrazione di un rito particolarmente accelerato come quello del patteggiamento, spesso reso possibile dalla presentazione dell'imputato davanti al giudice con la procedura del rito direttissimo»

Ed è ancora valido quanto allora sottoscritto: «un primo fondamentale criterio da seguire è stato individuato nella concreta impraticabilità di qualunque alternativa ad una pena di tipo detentivo, prevista dalla norma incriminatrice, (oggi si direbbe pena principale), che non si fondi su una serie di informazioni, le più ampie possibili, sulla persona condannata, sulla sua vita precedente e successiva al reato, secondo il paradigma, troppo spesso vanamente invocato, descritto dall'art. 133 c.p.».

«Tale impostazione – continua la Relazione del 2002 – presuppone, quindi, che il giudice della cognizione, prima di pronunciarsi sulla richiesta di applicazione della pena, subordinata alla concessione della misura alternativa (oggi vale, prima di pronunciarsi sulla pena alternativa principale) debba sempre, anche in presenza di consenso del p.m., eseguire i necessari accertamenti sulla personalità del-

l'imputato, avvalendosi, oltre che della polizia giudiziaria, dei Centri di servizio sociale previsti dalla legge penitenziaria, che potranno utilmente informare il giudice sulla situazione personale, familiare, lavorativa dell'imputato, per un giudizio prognostico maggiormente attendibile».

C) Sul punto, molto più concrete e responsabili le conclusioni della *Commissione Riccio* di Riforma del Codice di procedura penale, che ribalta le asserzioni sulla pena fatte proprie dalla *Commissione Pisapia*.

Compare per la prima volta in un testo istituzionale la qualificazione del *Giudice della pena*, già auspicio nell'ambito dei lavori della Commissione Mista del CSM tra magistrati di sorveglianza e CSM e Ministero della Giustizia, anni 1998-2002, figura che fa la sua comparsa il 5.3.2002 in una Relazione al Ministro della Giustizia in occasione di un incontro tra la Commissione Mista e il Ministro.

I timori di quella prima volta sembrano fugati ora che nei lavori della *Commissione Riccio* compare un intero capitolo dedicato al *Giudice della pena* frutto anche di una audizione di magistrati di sorveglianza.

Scriva la Commissione: «Pur non avendo optato per il processo bifasico, si finisce per il riconoscere che manca, di regola, nel corso del dibattimento, un'attività istruttoria specificamente rivolta all'accertamento delle circostanze rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 133 c.p.; e il divieto di sottoporre a perizia il carattere e la personalità del reo (art. 220, 2° comma, c.p.p.) – di gran lunga la più utile e la più significativa delle prove che potrebbero essere acquisite a tal fine – rende spesso illusoria la pretesa che il giudice della cognizione applichi la sanzione penale calibrandone qualità e quantità, come vorrebbe la Corte Costituzionale, sulle esigenze di rieducazione del colpevole».

Continua la *Commissione Riccio*: «Le conseguenze sono note: diffuso clemenzialismo, sistematica prossimità ai minimi edittali, pseudo-motivazioni stereotipe in punto pena. Per giunta, la metamorfosi funzionale delle misure alternative alla detenzione in

chiave prevalentemente sostitutiva della detenzione stessa, unita al cospicuo incremento delle misure applicabili *ab initio*, fa sì che la pena detentiva irrogata dal giudice della cognizione assuma molto spesso connotazioni meramente virtuali e simboliche, e che la “vera” commisurazione della pena, agli occhi della collettività, risulti essere quella effettuata dal tribunale di sorveglianza in sede di applicazione *ab initio* delle misure alternative alla detenzione. Il danno, in termini di effettività del sistema sanzionatorio e di fiducia dei consociati nella giustizia penale, è molto evidente».

Largamente condivisa, peraltro, risulta l'esigenza di innalzare gli standard di giurisdizionalità della fase esecutiva, sul presupposto di una tendenziale riferibilità anche a tale fase – se non di tutti i canoni del “giusto processo” di cognizione – quanto meno dei principi consacrati nei primi due commi dell'art. 111 Cost. (terzietà e imparzialità del giudice, parità delle armi, contraddittorio, ragionevole durata).

Sulla base di tale presupposto, la Commissione ha deciso, in primo luogo, di sovvertire la regola della tendenziale identità tra giudice che ha emesso il provvedimento da eseguire e giudice competente a curarne l'esecuzione. Si è ritenuto, infatti, che tale regola – già severamente criticata in dottrina prima della riforma costituzionale del 1999 – non potesse sopravvivere in un sistema costituzionale che pretende ormai espressamente l'imparzialità e la terzietà dell'organo giudicante. È stato conseguentemente accolto l'invito della dottrina alla «realizzazione di un controllo imparziale ad opera di un giudice davvero terzo rispetto alle pregresse vicende del giudizio di merito, [...] attraverso l'affidamento unitario della titolarità delle attribuzioni decisorie su tutte le questioni esecutive a una struttura giudiziaria autonoma. Tale struttura giudiziaria autonoma è stata individuata in un “giudice della pena” da istituirsi presso ogni distretto di Corte d'Appello, le cui competenze andranno predeterminate nel rispetto dei principi di precostituzione e naturalità e la cui composizione –

esclusivamente “togata” o mista – potrà variare a seconda del tipo di provvedimento di adottare.

In secondo luogo, l'incremento del tasso di giurisdizionalità della fase esecutiva è stato realizzato attribuendo al giudice della pena non soltanto, in via generale, le competenze già attualmente assegnate ai giudici dell'esecuzione e della sorveglianza, ma anche taluni specifici compiti che l'attuale disciplina normativa affida in larga misura ad organi amministrativi (quali le decisioni in materia di trattamento penitenziario) oppure al pubblico ministero (quali l'emanazione dell'ordine di esecuzione, il computo della custodia cautelare e delle pene espiate senza titolo e l'emanazione del provvedimento di cumulo delle pene). Più esattamente, sono state individuate due macroaree di intervento del giudice della pena – coincidenti con la sua competenza a “conoscere dell'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali divenuti irrevocabili” e con la sua competenza a “conoscere dell'esecuzione delle pene, delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi e delle misure di sicurezza” – e sono state elencate, di seguito, alcune competenze specifiche che il legislatore delegato dovrà necessariamente assegnare al giudice nell'ambito di tali macroaree».

Sembra di rileggere a distanza di anni le semplici richieste che allora si affacciavano nelle relazioni agli incontri di studio del C.S.M. dove si sosteneva che sarebbe stato molto più corretto giuridicamente e funzionale, nonché clamorosamente meno dispersivo, affidare al magistrato di sorveglianza ogni decisione successiva alla definitività della sentenza di condanna, con soppressione delle figure del giudice dell'esecuzione e dello stesso P.M. della esecuzione.

«Nel corso dei lavori della Commissione si è a lungo discusso dell'opportunità di trasferire all'organo giurisdizionale la competenza a emanare l'ordine di esecuzione nonché i provvedimenti di cumulo delle pene concorrenti e di computo del c.d. “presofferto”. Si è infine optato per la soluzione affermativa. L'attribuzione al pubblico ministero della

competenza a emanare provvedimenti direttamente incidenti sulla libertà personale del condannato è parsa non soltanto lesiva del principio della *par condicio partium* di cui all'art. 111, 2° comma, Cost., ma anche eccentrica rispetto alla più rigorosa lettura dell'art. 13 Cost. (e della locuzione "autorità giudiziaria" in essa contenuta) che ispira la disciplina delle misure cautelari personali. In particolare, si è ritenuto che non valgano ad attenuare il contrasto con le disposizioni sovraordinarie né il rilievo – contenuto nella Relazione al progetto preliminare del codice 1988 – secondo il quale, nell'emanazione di tali provvedimenti, non vi sarebbe spazio per l'uso di poteri autenticamente decisionali, né il rilievo che le garanzie di giurisdizionalità sarebbero comunque assicurate dalla facoltà, attribuita all'interessato, di contestare di fronte al giudice dell'esecuzione il contenuto dei suddetti provvedimenti. Al primo rilievo è agevole obiettare che – al contrario – l'ordine di esecuzione, il decreto di computo del presofferto e il decreto di cumulo delle pene concorrenti sono provvedimenti frutto di scelte del pubblico ministero connotate, molto spesso, da ampi margini di discrezionalità tecnica; al secondo, che il controllo giurisdizionale interviene soltanto in un momento successivo all'avvenuta restrizione della libertà personale del condannato ad opera della sua controparte processuale». Ancora conferme sulla giurisdizionalizzazione del procedimento di sorveglianza, del quale nel corso degli anni si è spesso cennata la criticità costituzionale, soprattutto dopo la riforma dell'art. 111 Cost.

«In terzo luogo» ancora la Commissione «l'obiettivo di elevare il tasso di giurisdizionalizzazione della fase esecutiva è stato perseguito attraverso l'incremento delle garanzie riconosciute alle parti nell'ambito del procedimento di fronte al giudice della pena. Oltre all'invito a dare attuazione "piena" a tali garanzie nonché al principio del contraddittorio – invito che andrà raccolto dal legislatore delegato anche nel disciplinare il diritto del condannato alla difesa tecnica nell'ambito del procedimento di cui trattasi –, la di-

rettiva 107.5 impone l'obbligo di "prevedere il diritto del condannato di partecipare alle udienze dinanzi al giudice della pena inerenti al trattamento sanzionatorio o penitenziario". Scopo di tale direttiva è impedire la riconferma della soluzione normativa attualmente adottata dall'art. 666, 4° comma, c.p.p., che, come è noto, conferisce il diritto di presenziare all'udienza al solo interessato che ne faccia richiesta e che sia libero oppure sia detenuto o internato in luogo posto all'interno della circoscrizione del giudice procedente».

In tale progetto finalmente a distanza di 34 anni dalla riforma penitenziaria del 1975, i magistrati di sorveglianza, *artigiani* del diritto penitenziario, trovano una qualificazione confermativa della loro identità giurisdizionale.

9. *Il Giudice della pena.* – È tempo di rivisitare e razionalizzare le vecchie teorie del diritto e sostituire infine alla *cultura del P.M.*, fin qui prioritaria, la *cultura del giudice*, la cultura della giurisdizione, di cui è parte integrante la cultura dell'esecuzione.

Ritorna l'immagine dell'imbutto: oggettivamente resta ancora difficile accettare la razionalità di un sistema che agevola l'inizio sempre maggiore di processi, ne inceppa la decisione, e disattende il momento dell'esecuzione.

Paradossalmente le carenze esecutive sono tali che nell'immaginario collettivo la giustizia sopravvive solo nelle forme incongrue della custodia cautelare.

Manca ancora nel dibattito politico-culturale-sociale il riconoscimento della centralità dell'esecuzione della pena, senza la quale lo stesso processo penale risulta mera recitazione se non proprio inutile, e cosa da non sottovalutare, dispendioso utilizzo di uomini e cose, così come manca ancora la cultura dell'esecuzione quale ultimo stadio di un unico processo penale, che nasce dalla notizia di reato e attraverso l'accertamento del fatto e della colpevolezza giunge alla condanna e si conclude, infine, con la espiazione della pena.

Occorre prendere atto della trasformazione

del giudice di sorveglianza da semplice tutore della legalità nelle carceri a Giudice della pena, non più solo tutore della legalità della pena, bensì “garante” dell’esecuzione penale, responsabile della effettività della stessa, ormai unico referente dell’*“an, quantum, quomodo e quando”* (FAVARA, *Relazione sull’Amministrazione della Giustizia*, in GP, 2002, III, 80) della pena.

L’espressione, già nella Relazione del Tribunale di Sorveglianza di Napoli sull’Amministrazione della Giustizia per l’anno 2001, e presente nella Relazione sull’Amministrazione della Giustizia nell’anno 2002 del Procuratore Generale Favara, sintetizza la trasformazione culturale-giuridica che ha accompagnato la trasformazione delle funzioni della magistratura di sorveglianza nonché della intera giurisdizione dell’esecuzione della pena. Scriveva il Procuratore Generale: «La competenza della magistratura di sorveglianza è quindi diventata generale in ordine a tutte le condanne irrevocabili a pena detentiva; ne è seguita una trasformazione della sua stessa funzione, passata da quella di tutela della legalità nelle carceri a quella di “garante” dell’esecuzione penale, responsabile della effettività della pena, unico referente dell’*“an, quantum, quomodo e quando”* di essa».

Rivive l’anima e la *ratio* del vecchio giudice di sorveglianza, che come scriveva il Guardasigilli Rocco nel progetto preliminare al codice di procedura penale nel 1929: «Posto che il Progetto del codice penale esige che l’esecuzione della pena detentiva sia vigilata dal giudice... ho pensato di istituire presso ciascun tribunale un giudice di sorveglianza:...»; un giudice, ovvero, che doveva controllare l’intero mondo della esecuzione della pena, allora solo carcerario, ivi compreso naturalmente il controllo sulla gestione interna ed esterna agli istituti penitenziari.

Occorre prendere coscienza di una situazione sostanziale e procedurale completamente mutata nel corso degli anni.

L’esecuzione della pena si presenta come tesa a perseguire il fine della individuazione della *“pena legale”*, laddove il diritto dello Stato all’espiazione della pena in sede retri-

butiva deve bilanciarsi con il diritto del detenuto alla valutazione della condotta carceraria e alla rieducazione sociale, dove al dovere del condannato di “pagare” la pena come prezzo della violazione della norma corrisponde il dovere dello Stato di predisporre offrire l’opera di reinserimento sociale: un bilanciamento di interessi tra diritti e doveri, in cui non sempre si riesce a raggiungere un equilibrio accettabile, rimesso alla terzietà del giudice della pena, arbitro della legalità della pena tra le posizioni soggettive dei singoli, portatori di interessi particolari e l’esigenza di tutela della sicurezza pubblica.

Le funzioni del Magistrato di sorveglianza e del Tribunale di sorveglianza sono via via venute trasformandosi nel tempo e sono oggettivamente difforni rispetto a quanto previsto dalla normativa del 1975, modificate progressivamente dal legislatore e dalle pronunzie della Corte Costituzionale.

Nonostante le trasformazioni che di anno in anno hanno mutato il contesto dell’esecuzione penale, restano di fondo due equivoci costituzionali sugli artt. 27 e 111 Cost.

A) L’equivoco è sull’art. 27 Cost., nella polifunzionalità della pena, nella molteplicità di funzioni che il Costituente ad essa riconosce e che il legislatore e la giurisprudenza fanno cenno di dimenticare.

La storia vuole che il problema trovi origine antiche.

Affermava la Corte Costituzionale, nella già citata sentenza n. 282/1989 «A questo proposito, alla dottrina, che, consapevole del ruolo centrale che con la Costituzione ha assunto la finalità special-preventiva della pena (nell’aspetto della rieducazione) lamenta che questa Corte si sia limitata a sottolineare l’accoglimento, da parte della Carta fondamentale, della tesi polifunzionale, pluridimensionale della pena e non abbia provveduto alla determinazione della gerarchia tra le finalità costituzionalmente assegnate alla reazione penale, va osservato che non è dato delineare una statica, assoluta gerarchia tra le predette finalità. È certo necessario, indispensabile, di volta in volta, per le varie fasi (incriminazione astratta, commisurazione,

esecuzione) o per i diversi istituti di volta in volta considerati, individuare a quale delle finalità della pena, ed in che limiti, debba esser data la prevalenza ma non è consentito stabilire a priori, una volta per tutte (neppure a favore della finalità rieducativa) la precitata gerarchia».

L'equivalenza tra l'una e l'altra finalità non è un obiettivo facilmente raggiungibile.

Per cui si giunge al 1993, alle spalle la controriforma del 1992, con un dibattito sempre aperto e un confronto sempre più serrato tra legislatore e costituente.

La Corte Costituzionale interviene ancora, questa volta, con maggiore piglio e fermezza e nella sentenza n. 306/1993 precisa: «Va innanzitutto ribadito, al riguardo, che tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena – da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo – non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione (cfr. sentenza n. 282/1989). Il legislatore può cioè – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata. Per un verso, infatti, il perseguimento della finalità rieducativa – che la norma costituzionale addita come tendenziale sol perché prende atto “della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione” (sentenza n. 313/1990) – non può condurre a superare “la durata dell'afflittività insita nella pena detentiva determinata nella sentenza di condanna” (sentenza n. 282 cit.). Per altro verso, il privilegio di obiettivi di prevenzione generale e di difesa sociale non può spingersi fino al punto da “autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena” (sentenza n. 313/1990 cit.): tan-

t'è che questa Corte ha dedotto dal precetto dell'art. 27, 3° comma, Cost. che l'incentivo ad un'attiva partecipazione all'opera di rieducazione costituito dalla concedibilità della liberazione anticipata non può essere precluso neanche nei confronti dei condannati all'ergastolo (sentenza n. 274 del 1983)».

Argomenti ancora in discussione ai giorni nostri dinanzi alle ipotesi “repressive” immesse di volta in volta dal legislatore nel sistema.

È del 2006 la sentenza n. 257 della Corte Costituzionale, che torna sull'argomento: «Preliminarmente, occorre ribadire che tra le finalità che la Costituzione “assegna alla pena – da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo – non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione” (v. la sentenza n. 306/1993). Le differenti contingenze, storicamente mutevoli, che condizionano la dinamica dei fenomeni delinquenziali, comportano logicamente la variabilità delle corrispondenti scelte di politica criminale che il legislatore è chiamato a compiere: così da dar vita ad un sistema normativamente “flessibile”, proprio perché potenzialmente idoneo a plasmare i singoli istituti in funzione delle diverse esigenze che quelle scelte per loro natura coinvolgono. Da qui l'impossibilità di stabilire, *ex ante*, un punto di equilibrio dogmaticamente “cristallizzato” tra le diverse funzioni che il sistema penale, nel suo complesso, è chiamato a soddisfare nel quadro dei valori costituzionali; e, quindi, l'impossibilità, anche, di censurare, in astratto, opzioni normative, sol perché di tipo “repressivo” rispetto al quadro preesistente, o, all'inverso, perché ispirate ad un maggior *favor libertatis*. “Il legislatore può cioè – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti

obliterata” (v. ancora la sentenza n. 306/1993)».

In tanto può concretamente parlarsi di una sostanziale non elusione delle funzioni costituzionali della pena, in quanto il sacrificio dell’una sia il “minimo indispensabile” per realizzare il soddisfacimento dell’altra, giacché soltanto nel quadro di un sistema informato ai paradigmi della “adeguatezza e proporzionalità” delle misure (per mutuare principi tipici delle cautele personali) è possibile sindacare la razionalità intrinseca (e, quindi, la compatibilità costituzionale) degli equilibri normativi prescelti dal legislatore. In tale cornice questa Corte ha sottolineato come, a proposito delle misure di “rigore” che, in tema di ordinamento penitenziario, furono adottate – dopo i tragici fatti di Capaci – con il d.l. n. 306/1992, dovesse ritenersi non in linea con la finalità rieducativa della pena la scelta di precludere l’accesso ai benefici penitenziari in ragione del semplice *nomen juris* per il quale era stata pronunciata la condanna. «Ed infatti – si osservò – la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante – venne ancora puntualizzato – la tendenza alla configurazione normativa di “tipi di autore”, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita» (v. la già citata sentenza n. 306/1993).

E ancora più da presso la costante uniformità di pronuncia della Corte con la sentenza n. 78/2007, in cui si ribadisce: «questa Corte, nell’ambito di giudizi aventi ad oggetto le disposizioni contenute nella legge n. 354/1975, con riferimento alla finalità rieducativa della pena, ha, d’altro canto, costantemente affermato che detta finalità deve contemperarsi con le altre funzioni che la Costituzione assegna alla pena medesima (vale a dire: prevenzione generale, difesa sociale, prevenzione speciale). Tale principio di armonica coesistenza deve ispirare l’esercizio della discrezionalità che in materia compete al legislatore, le cui scelte risulteranno non irragionevoli

e rispettose del precetto dell’art. 27, 3° comma, Cost., allorché, pur privilegiando l’una o l’altra delle suddette finalità, il sacrificio che si arreca ad una di esse risulti assolutamente necessario per il soddisfacimento dell’altra e, comunque, purché nessuna ne risulti obliterata (sentenze n. 257/2006 e n. 306/1993)».

L’equivoco è a monte, quindi, nella lettura delle polifunzionalità della pena e nell’eterno “*belligerare*” tra l’una e l’altra funzione.

Sul punto non può non segnalarsi che se la Corte si muove su un terreno di ricerca di equilibrio, che il legislatore cerca sempre di sfiorare, la *immagine* della pena, che ha alle spalle poco di dottrina accademica e molto di soggettivazione sociologica, ha sempre premuto l’acceleratore sulla finalità rieducativa, contribuendo ad alimentare la confusione giuridica e sociale sulla pena.

Ma le esigenze costituzionali sono chiare e inequivocabili: bilanciamento fra le multifunzionalità della pena e bilanciamento tra diritti e doveri del condannato e dello Stato: giudice terzo, il magistrato di sorveglianza.

Anche perché accanto ai diritti del condannato alla flessibilità della pena, che si armonizza quindi in “*qualità e quantità*” alla valutazione della sua partecipazione all’opera di rieducazione sociale, non vanno dimenticati i diritti personali, in ordine ai quali resta pietra miliare nella storia del Diritto penitenziario, la sentenza n. 26/1999.

È proprio la Corte, in quella pronuncia, a sgombrare definitivamente il campo da equivoci e da eventuali sempre possibili ripensamenti, quando ricorda che il soggetto sottoposto a restrizione della libertà personale è portatore di una serie di diritti diversamente tutelati.

Da una parte le posizioni soggettive che possono innerscarsi nel momento applicativo degli istituti propri dell’esecuzione penale, incidenti concretamente sulla qualità e sulla quantità della pena, con provvedimenti attinenti a momenti di vita extracarcerari, per i quali trova piena validità la riserva di giurisdizione prevista dell’art. 13, 2° comma, Cost., per cui il codice di procedura penale

ha configurato un procedimento applicativo in termini giurisdizionali affidandolo alla magistratura di sorveglianza.

D'altra parte, di poi, si posizionano i diritti la cui violazione sia potenziale conseguenza del regime di sottoposizione a restrizione della libertà personale e dipenda da atti posti in essere dall'amministrazione preposta alla gestione della detenzione.

Trattasi, in sintesi, della tutela dei diritti soggettivi suscettibili di essere lesi per effetto del potere dell'amministrazione di disporre in situazioni particolari misure speciali a modifica delle modalità del "trattamento" per ciascun detenuto ovvero per effetto di determinazioni amministrative prese nell'ambito della gestione ordinaria della vita carceraria.

Appare chiaro, peraltro, che la trasformazione da *Magistrato di sorveglianza a Giudice della pena* inizia nel momento stesso in cui la Corte Costituzionale definitivamente abbandona l'originario indirizzo sistemico, che faceva leva sul carattere esecutivo delle misure prese nell'ambito del trattamento carcerario, «secondo le matrici storiche dell'ordinamento penitenziario in cui è stata collocata la magistratura di sorveglianza» insistendo sulla natura amministrativa tanto delle misure stesse quanto delle garanzie eventualmente previste dall'ordinamento penitenziario, anni 1978-1986.

Successivamente sulla scorta della giurisprudenza di legittimità, la Corte Costituzionale ha accolto la distinzione tra provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria relativi alle modalità di esecuzione della pena all'interno degli istituti penitenziari, attratti nell'area dell'amministrazione e dei rimedi di natura amministrativa, e provvedimenti relativi alla quantità e qualità della pena, anche a mezzo momenti di vita extracarceraria, attratti invece nell'area della giurisdizione, sull'asse della riserva di giurisdizione *ex art. 13 Cost.*

Ma l'arricchimento della giurisprudenza della Corte Costituzionale era destinato ad accrescersi, attraverso gli interventi in materia di regime differenziato *ex art. 41 bis l.p.*, con una progressione dal 1993 in poi sulla strada del negare rilievo alla suddetta distinzione

tra le due tipologie di provvedimenti, per giungere ad affermare che anche in sede di «situazioni di restrizione della libertà personale sussistono diritti che l'ordinamento giuridico protegge indipendentemente dai caratteri della ipotizzabile lesione».

È del 1993 la decisione della Corte, n. 349: «va tenuto fermo, in primo luogo, che la tutela costituzionale dei diritti fondamentali dell'uomo, ed in particolare la garanzia della inviolabilità della libertà personale sancita dall'art. 13 Cost., opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale durante la fase esecutiva della pena, sia pure con le limitazioni che, com'è ovvio, lo stato di detenzione necessariamente comporta (v. sent. n. 204/1974, n. 185/1985, n. 312/1985, n. 374/1987, n. 53/1993).

Questa Corte ha già avuto occasione di affermare che, dal principio accolto nell'art. 27, 3° comma, Cost., secondo cui «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità», discende direttamente quale ulteriore principio di civiltà che a colui che subisce una condanna a pena detentiva «sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive e garantita quella parte di personalità umana che la pena non intacca» (v. sent. n. 114/1979).

In breve, la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale.

Da ciò consegue che l'adozione di eventuali provvedimenti suscettibili di introdurre ulteriori restrizioni in tale ambito, o che, comunque, comportino una sostanziale modificazione nel grado di privazione della libertà personale, può avvenire soltanto con le garanzie (riserva di legge e riserva di giurisdizione) espressamente previste dall'art. 13, 2° comma, Cost.».

Ancora nella sentenza n. 212/1997 la Corte ha riconosciuto l'esistenza di un diritto di azione in un procedimento avente carattere giurisdizionale indipendentemente dalla natura dell'atto produttivo della lesione, «poiché nell'ordinamento, secondo il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità del diritto alla tutela giurisdizionale, (artt. 24 e 113 Cost.) non v'è posizione giuridica di diritto sostanziale, senza che vi sia un giudice davanti al quale essa possa essere fatta valere, è inevitabile riconoscere carattere giurisdizionale al reclamo al magistrato di sorveglianza, che l'ordinamento appresta a tale scopo... Il detenuto, infatti, pur trovandosi in situazione di privazione della libertà personale, è pur sempre titolare di diritti incompressibili, il cui esercizio non è rimesso alla semplice discrezionalità dell'autorità amministrativa preposta all'esecuzione della pena detentiva, e la cui tutela pertanto non sfugge al giudice dei diritti».

Successivamente, con la sentenza citata n. 26/1999, la Corte interviene con forza, individuando la sede della tutela dei diritti del condannato nella magistratura di sorveglianza, «magistratura alla quale spetta, secondo l'ordinamento penitenziario vigente, una tendenzialmente piena funzione di garanzia dei diritti dei detenuti e degli internati. Una garanzia che comporta il vaglio di legittimità pieno non solo del rispetto dei presupposti legislativi dettati dall'amministrazione per l'adozione delle misure, ma anche dei loro contenuti, con particolare riferimento all'incidenza sui non comprimibili diritti dei detenuti e degli internati, la cui garanzia perciò rientra nel sistema attuale, nella giurisdizione del giudice ordinario».

Nasce così il Giudice della pena, Giudice della legalità della pena e Giudice dei diritti del detenuto.

La Corte, in quella occasione, sollecitata sulla indicazione di sistemi di intervento del magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti del detenuto, ribadendo ancora una volta la necessità di assicurare la tutela delle posizioni soggettive connesse all'esecuzione di provvedimenti limitativi della libertà personale

attraverso modalità di natura giurisdizionale, in linea con una giurisprudenza consolidata che sostiene l'esigenza costituzionale della garanzia della giurisdizione, escludendosi ogni potere dell'amministrazione penitenziaria libero da controlli a fronte dei diritti dei detenuti, riconosce che nel sistema attuale manca il mezzo giurisdizionale di controllo che possa essere considerato di carattere generale.

«Se, in definitiva il giudice naturale di tutti i diritti del detenuto, coinvolti nel corso e a causa o in occasione del trattamento penitenziario, è il magistrato di sorveglianza, e non altra istanza giurisdizionale, ordinaria o amministrativa, cui pure in astratto il detenuto potrebbe rivolgersi, la questione prospettata, benché incentrata su un profilo procedurale, assume una valenza di particolare rilievo, finendo essa per qualificare il significato stesso della funzione della magistratura di sorveglianza».

A fronte di ciò, in definitiva, la Corte ammette che nel sistema è presente una incostituzionale carenza di mezzi di tutela giurisdizionale dei diritti di coloro che si trovano a subire restrizioni della libertà personale, e nel dichiarare la incostituzionalità della omissione chiama il legislatore all'esercizio della funzione normativa che ad esso compete.

Ancora oggi il legislatore non ha provveduto ad ottemperare al monito della Corte e unico rimedio previsto dall'ordinamento a tutela dei diritti del detenuto è il reclamo generico, ma trattasi di procedura non giurisdizionale, con la conseguenza che la decisione che accoglie il reclamo si risolve al massimo in una segnalazione o in una sollecitazione all'amministrazione penitenziaria, senza forza giuridica cogente e senza alcuna specifica stabilità. Peccato che dal 1999 ad oggi il legislatore non abbia ancora ottemperato a tale direttiva.

B) *L'equivoco è sull'art. 111 Cost.* Sempre del 1999, 23 novembre, è la modifica dell'art. 111 della Carta Costituzionale, con l'inserimento del concetto di "giusto processo" già di fatto nel patrimonio dottrinale giuridico, ma non ancora formalmente e chiaramente

dogmatizzato in una disposizione costituzionale.

L'equivoco regna sovrano, anche in questo caso, giacché irrisolto si pone l'interrogativo se il "giusto processo" inglobi anche il procedimento di sorveglianza. La fazione dei negativisti ritrova proprio nella definizione di "procedimento di sorveglianza" la *ratio* della esclusione, dimenticando, però, che ormai dopo la novella del 1988, il processo penale è costellato di "procedimenti", che nessuno mai sognerebbe di escludere dal processo penale, leggasi i riti monocratici e altri, persino in sede di appello.

La schiera dei positivisti considera l'espressione "giusto processo" nella sua naturale accezione, per cui si ritiene corretto ipotizzare che i primi due commi dell'art. 111, come novellato nel 1999, siano effettivamente riferibili alle procedure esecutive, mentre le disposizioni successive certamente per la loro specificità appaiono dirette in modo inequivocabile al solo processo di cognizione.

Sembrava superato il problema della giurisdizionalizzazione della fase della esecuzione, grazie alle raccomandazioni impartite dalla Direttiva 96 della legge-delega del 16 febbraio 1987, n. 81, dove restano evidenziati: a) il principio di garanzia di giurisdizionalità della fase della esecuzione, con riferimento ai provvedimenti concernenti la pena e le misure di sicurezza; b) l'obbligo di notificare o comunicare al difensore, a pena di nullità, i provvedimenti suddetti; c) la necessità del contraddittorio nei procedimenti incidentali in materia di esecuzione; d) la necessità di un giudizio di effettiva pericolosità sociale, ove questa debba essere accertata per l'applicazione, l'esecuzione o a revoca delle misure di sicurezza; e) l'impugnabilità dei provvedimenti emessi nei procedimenti di esecuzione (DI GIOVANNI, *L'esecuzione nel nuovo processo penale*, Napoli, 1989).

Nel 1993 la Corte, nella sentenza n. 53, interviene a concretizzare la volontà del legislatore, determina i parametri minimi della giurisdizionalità nella fase della esecuzione, intimando che la regola processuale non può difettare dei requisiti, posti come neces-

sari, della *vocatio in ius*, dell'appagamento integrale della esigenza del contraddittorio, della impugnabilità del provvedimento: «preliminare ed assorbente rispetto a tutte le prospettate violazioni dei precetti costituzionali è la verifica di compatibilità tra il rito *ex art. 14 ter* l.p. ed il punto 96, art. 2 della legge-delega del 1987, che nella fase della esecuzione, con riferimento ai procedimenti concernenti le pene, impone "garanzie di giurisdizionalità", consistenti nella "necessità del contraddittorio" e nella "impugnabilità dei provvedimenti".

"Finalità del legislatore delegante è quindi il rispetto integrale – e senza possibilità di distinzioni tra le diverse misure – delle garanzie costituzionali del diritto di difesa e della tutela della libertà personale anche nella fase esecutiva della pena, in coerenza con il progetto rieducativo che questa sottende, nel porsi non più soltanto come giusta, ma anche come utile».

Ma l'equivoco resta.

E sul punto i lavori della Commissione Riccio sono illuminanti.

Restano dubbi di costituzionalità quanto a parità delle parti nel procedimento di sorveglianza, sussistendo una evidente disparità a favore del P.M. della esecuzione, che interviene a spada tratta ad emettere ordini di esecuzione, a determinare la quantità della pena da espiare in un campo costituzionalmente riservato all'Autorità Giudiziaria, e gli artt. 13 e 27 e 111 Cost., sono espliciti, memoria di una concezione amministrativistica dell'esecuzione penale che tarda a morire.

Anche qui, ben venga l'apertura della Commissione Riccio sulla "costituzione" del *Giudice della pena*, cui sia riservata l'intera fase della esecuzione della sentenza di condanna e, perché no, la esecuzione diretta dei suoi stessi provvedimenti.

Del resto, nella fase della cognizione il P.M. dell'accusa chiede al giudice l'emissione di provvedimenti cautelare, i quali sono eseguiti direttamente dalle forze dell'ordine, senza alcun passaggio per alcun organo dell'esecuzione.

Paradossalmente, nella fase della esecuzione,

i provvedimenti incidenti sulla libertà personale, quand'anche rivolti ad un condannato, che non ha più dalla sua la "presunzione di innocenza", stante la definitività della sentenza di condanna, vengono eseguiti attraverso l'emanazione di un ordine da parte del P.M. dell'esecuzione.

Le criticità restano quanto a partecipazione delle parti al contraddittorio, necessità di presenza della parte in giudizio, che esiste solo se ci sia stata esplicita richiesta, impedimento dell'avvocato difensore, durata ragionevole del processo penale, che non ingloba la fase della esecuzione, e quant'altro.

E questo a non dire del contraddittorio differito per i procedimenti *de plano*.

Sul punto la Corte di recente, ordinanza n. 291/2005 ha confermato che «questa Corte ha altresì ribadito la piena compatibilità con il diritto di difesa dei modelli processuali a contraddittorio eventuale e differito: caratterizzati cioè – in ossequio a criteri di economia processuale e di massima speditezza – da una decisione *de plano* seguita da una fase a contraddittorio pieno, attivata dalla parte che intenda insorgere rispetto al *decisum* (cfr., in questo senso, altresì, *ex plurimis*, ordinanze n. 292/2004; n. 257/2003, n. 132/2003, n. 131/2003 e n. 32/2003); e ciò conformemente al consolidato principio per cui il diritto di difesa può essere regolato in modo diverso, onde adattarlo alle esigenze ed alle specifiche caratteristiche dei singoli procedimenti, purché di tale diritto siano assicurati lo scopo e la funzione (cfr., *ex plurimis*, sentenza n. 321/2004)»; ed ancora «che la previsione di una procedura a contraddittorio differito, in materia di liberazione anticipata, si giustifica difatti – sulla scorta di una valutazione legislativa non irrazionale – alla luce delle peculiarità e delle particolari esigenze operative dello specifico istituto: istituto che, tra l'altro – per diffuso convincimento – si differenzia, già sul piano strutturale, dal complesso delle misure alternative alla detenzione in senso stretto (concesse dall'organo collegiale con l'osservanza della procedura di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p.), traducendosi in una mera riduzione quanti-

tativa della pena, finalizzata a "premiare" il condannato che abbia dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione, cui non si accompagna alcun regime "alternativo" a quello carcerario».

L'equivoco di fondo è che intorno all'idea, e alla sua concretizzazione, del "giusto processo", che inglobi anche la fase della esecuzione: è mancato l'apporto dottrinale, per anni carente lo spazio riservato alla esecuzione della pena e al diritto penitenziario, lasciando che il vuoto venisse colmato dalla giurisprudenza, chiaramente limitata e ristretta al tema "*devolutum*", e quindi necessariamente carente su innumerevoli versanti, mai giunti all'attenzione della Suprema Corte di Cassazione e, ancor più, al vaglio della stessa Corte Costituzionale.

Equivoco che si riverbera sull'identità stessa della giurisdizione del Giudice della pena, finendo con il rappresentare un ostacolo insormontabile, che neppure l'ausilio della Corte europea dei Diritti dell'Uomo riesce a superare.

Anche perché non va dimenticato che la giurisdizionalizzazione della esecuzione penale, anche se non completa e anche con tutti i suoi intralci e legacci, resta una conquista dell'ordinamento giuridico italiano, rimanendo ancora negli altri Stati ancorata a quella visione esecutiva e amministrativa, che esula dalla giurisdizione penale.

E questo la dice lunga sulla condanna che la Corte europea infligge allo Stato italiano per violazione dei diritti dell'Uomo, così come dettati dalla Convenzione del 1950.

La C.E.D.U. interviene infatti a tutelare i diritti dell'uomo di cui alla Convenzione del 1950, con pronunzie che ineriscono la singola violazione del singolo diritto, di solito l'art. 6, § 1, senza lasciare spazio ad interpretazioni globalizzanti.

Basti pensare che il procedimento di sorveglianza resta fuori gli spazi procedurali inclusi nel concetto, tutelato, appunto dall'art. 6 C.E.D.U., della "ragionevole durata del processo".

Né appare sufficiente, per dissolvere le ombre, richiamare la sentenza del 19 marzo

1997, Hornsby c. Grecia in cui la C.E.D.U. espressamente afferma che «si comprende che l'art. 6, § 1, descrive in dettaglio le garanzie del processo – eguaglianza, pubblicità e celerità – accordate alle parti e che esso protegge la messa in opera delle decisioni giudiziarie; se questo articolo dovesse essere inteso come diretto esclusivamente all'accesso al giudice e allo sviluppo dell'istanza, rischierebbe di creare situazioni incompatibili con il principio della preminenza del diritto che gli Stati contraenti si sono impegnati a rispettare nel ratificare la Convenzione. L'esecuzione di un provvedimento del giudice o sentenza, di qualsiasi giurisdizione esso sia, deve dunque essere considerata come facente parte integrante del "processo" ai sensi dell'art. 6», visto che le perplessità restano, in quanto in quella sentenza si alludeva alla esecuzione di una sentenza in materia civile. La *querelle* non è di pura forma, atteso che dalla soluzione di tale enigma deriva l'applicazione o meno in sede esecutiva di tutte le garanzie valide per il processo di cognizione, costituzionalmente imposte dall'art. 111 Cost., o, al massimo, l'adattabilità di forme procedurali meno celebrative ai canoni del "giusto processo", così da assicurare i livelli minimali dei valori propri della giurisdizione, così da garantire ai diritti dei soggetti in fase esecutiva la stessa tutela che si registra nel processo di cognizione.

Quand'anche si voglia assecondare una parvenza di giurisdizionalizzazione del procedimento di sorveglianza quanto alle modalità di espiazione della pena *extracarcerem* e alla determinazione della quantità della pena da espiaire, resta scoperto nevralgicamente il momento relativo alla tutela dei diritti del condannato quanto alla Esecuzione Penale Interna, alle modalità del trattamento carcerario, da cui esula, e neppur in modo totale, la sottoposizione al regime differenziato *ex art. 41 bis l.p.*, e la tutela del diritto alla libertà di corrispondenza *ex art. 18 ter l.*

In breve resta fuori dalla giurisdizione la tutela dei diritti dei detenuti, stante la mancata ottemperanza alla sentenza n. 26/1999 della Corte Costituzionale.

E chissà se la storia giuridica, giudiziaria e sociale del nostro Paese non sarebbe stata diversa se il legislatore avesse legiferato secondo le direttive della Corte Costituzionale di quel lontano 1999, riconoscendo in capo al giudice della pena una giurisdizionalizzazione cogente sia sull'amministrazione penitenziaria, sia sui terzi comunque e a qualunque titolo coinvolti nella esecuzione della pena.

10. *La centralità dell'esecuzione penale.* – La ricerca della effettività della pena passa per canali ben diversi da quelli affrontati nei tentativi di superamento della carcerazione a mezzo sanzioni diverse.

Il problema reale inerisce la ineludibilità, la prontezza e la effettività della sanzione, effettività che fonda non solo sulla severità e asprezza della pena, ma essenzialmente sulla fermezza dell'applicazione, sull'immediatezza dell'intervento, sulla garanzia del controllo.

Occorre recuperare credibilità nell'immaginario collettivo sostituendo all'esasperato *indulgenzialismo rieducazionale*, duro a sparire nonostante le richieste sempre più incalzanti di sicurezza sociale, certezza della pena e sua imperiosità su una criminalità che ne percepisce infine la finalità deterrente.

È un bisogno comune, quasi un'aspirazione sociale: la pena deve riacquistare la sua finalità retributiva e rappresentare infine la giusta punizione, che sappia coniugare severità a utilità, efficacia a incisività, contribuendo efficacemente a reprimere la colpevole recidività e riacquistare in responsabile socialità. E dire che l'ideologia comune costante ha in vero sempre custodito tale aspirazione, quella necessità di equilibrio tra forze estreme, che meglio la l'indirizzo costituzionale definisce *bilanciamento di interessi*.

L'equivoco dell'art. 27 Cost., le due facce della stessa medaglia, sempre in conflitto, quasi richiamando quell'immagine mai perduta delle *divergenze parallele*.

Certezza, Contenuto, Controllo, le tre C della pena, l'essenza stessa.

La prevenzione generale si alimenta attraverso la prevenzione personale e fonda sull'inti-

midazione di una sanzione vera, certa, concreta, immediata, giusta, che sia recepita in quanto tale dal reo e percepita quale giusta e utile sanzione dalla cultura collettiva comune.

Se è vero che sino ad oggi non ha pagato la soluzione-carcere, stante l'acclarato aumento della criminalità, forse la causa è da ricercare non nella erroneità della sanzione detentiva, bensì nella consapevolezza della facile elusione del carcere attraverso un sistema alternativo finora caratterizzato da accessibilità, inconsistenza e inefficienza delle misure alternative, che hanno finito per ingenerare il giusto convincimento della inesistenza di una giusta sanzione fuori il carcere.

La crisi del sistema trova origine in massima parte nella crisi delle attuali misure alternative, che non sono certamente quelle che il legislatore del 1975, prima, e del 1986, dopo, hanno previsto.

Da evitare, pertanto, l'accentramento dell'attenzione esclusivamente sul sovraffollamento carcerario, anche perché ormai dovrebbe essere già metabolizzato che se l'intero sistema non cambia, i numeri sono destinati ad aumentare. Se "*la ruota non gira*", se la pena non spaventa e non condiziona, se non serve più a frenare l'*escalation* delinquenziale, forse è giunto il momento di fare mente locale anche a tutta quella fascia di pena ancora da eseguire, dei liberi in sospensione, nonché a quell'altro spazio punitivo riservato alle misure alternative: numeri che non vengono mai calcolati nei conteggi della "*società civile*" e che invece rappresentano la causa e l'oggetto del diffondersi di quel senso di impunità destinato ad accrescere l'insicurezza quotidiana.

È il gatto che si morde la coda: la mancanza di certezza della pena provoca senso di insicurezza sociale e senso di impunità, che a loro volta provocano diffondersi dell'illegalità e mancanza di sviluppo sociale, che a loro volta producono criminalità, che a sua volta produce sovraffollamento carcerario, che non è quindi sinonimo di certezza della pena, bensì della mancanza di certezza della pena.

Se la pena ottemperasse alla sua finalità, se la pena rispondesse alla sua funzione deterrente, intimidatoria, sanzionatoria e rieducativa, la risposta criminale per forza di cose dovrebbe diminuire.

Oggi, invece, la risposta criminale continua ininterrottamente ad aumentare, così come aumenta il senso di insicurezza sociale, così come aumenta la mancanza di sviluppo sociale, così come aumenta il senso di illegalità diffusa, così come aumenta la popolazione carceraria.

Ma la certezza della pena continua, nonostante tutto e contro tutto, a recitare la sua parte di "Cenerentola" su un palcoscenico che la vuole emarginata, bistrattata, che se proprio è costretto a rivolgerle la parola lo fa con assoluta e quasi sprezzante indifferenza.

L'esecuzione della pena non è "prioritaria" per il P.M., sempre impegnato in attività più accattivanti e remunerative, non è "prioritaria" per le forze dell'ordine, sempre impegnate in attività più accattivanti e remunerative, quasi sempre le stesse che attirano il P.M., non è prioritaria per l'Amministrazione della Giustizia, sempre impegnata in attività altre dalla pena e, al massimo, interessata ai numeri del sovraffollamento carcerario, non è prioritaria per l'Ordinamento Giudiziario, che nulla o poco sa della magistratura di sorveglianza, figurarsi del Giudice della pena, non è prioritaria per la società civile, che emargina il carcere e tutto ciò che è pena, come una forma di degenerazione, di patologia, di male diffuso.

Il sistema non va.

Un "osservatorio privilegiato", quale quello del Tribunale di sorveglianza di Napoli, più del 20% del prodotto criminale nazionale, tra detenuti, liberi in sospensione e detenuti in misura alternativa, consente di guardare all'argomento con il debito disincanto.

"Sistema-alternativo" e "sistema da libero" che, ricordiamo, ha spazi applicativi anche al di fuori e prima della pena detentiva, a tutto vantaggio di una coscientizzazione di impunità che via via ha moltiplicato la criminalità, senza per nulla intimorirla.

Deve esserci evidentemente un nesso causale tra l'attuale sistema sanzionatorio e l'aumento esponenziale della popolazione condannata, se è vero come è vero che dal 1998 ad oggi siamo giunti alla cifra esorbitante di 62.000 detenuti in carcere, 45.000 in misura alternativa e 50.000 in attesa di esecuzione per un totale di 157.000 condannati, e poi venne l'indulto e post indulto 62.000 detenuti e circa 20.000 in esecuzione penale esterna, ma questi ultimi dati sono oggettivamente e forzatamente incompleti, in quanto non tutti registrabili presso il D.A.P. - U.E.P.E. e in parte desumibili solo dalle registrazioni del Ministero dell'Interno.

Così come non può essere priva di significato la testimonianza emergente dalla dichiarazioni dei collaboratori di giustizia, nel momento in cui evidenziano che l'unica vera preoccupazione è l'esecuzione della sentenza di condanna in regime differenziato speciale, che cercano di barattare in cambio della collaborazione.

Nell'immaginario comune e nella cultura collettiva il carcere, per il vero, resta ancora l'unica vera sanzione cui viene riconosciuto effetto intimidatorio.

Se la situazione *de iure condito* risulta essere più o meno quella sin qui descritta, occorre una pausa di riflessione .

Dicevamo e scrivevamo le medesime cose già nel 2000 e da allora nulla è cambiato che possa indurci a mutare tali riflessioni.

Anzi il decorso del tempo gioca apertamente contro.

Essenziale e immanente si pone il problema del riconoscimento della *centralità della esecuzione penale*.

A) *Esecuzione penale in attesa* – Circa l'80% delle condanne a pena detentiva resta ineseguito in attesa della pronuncia del Tribunale di sorveglianza. Risultavano circa 50.000 procedimenti pendenti, ante indulto, per i quali la esecuzione non ha ancora avuto inizio in attesa di una pronuncia del Tribunale di sorveglianza. Al di là dell'effetto indulto, di nullo rilievo, pur rendendoci conto che i numeri possono di per sé creare allarme, siamo qui per richiamare l'attenzione su quelle

che sono in concreto le possibili oggettivazioni di una situazione già di per sé incandescente, che di fatto impediscono non solo la diminuzione di quei numeri ma anche, ed è più grave, l'effettiva espiatione della pena e con essa il superamento della fase emergenziale della invadente criminalità.

Viene da sorridere se si pensa che la collettività spesso si sorprende della espiatione della pena in misura alternativa, al di fuori della stretta cerchia carceraria.

Ignora, evidentemente, che sul territorio circolano liberamente condannati, ed anche a pene severe e per reati di rilevante gravità, che per incastri giuridici (*scioglimento del cumulo*) e prassi giurisprudenziali, usufruiscono della sospensione per un residuo di pena anche piuttosto lungo, fino a sei anni, articolazione del nostro ordinamento vigente che, stranamente, sinora non ha mai attirato l'attenzione della comunità sociale.

E ritorna quel famoso equivoco sull'art. 27 Cost., quella accentuazione della finalità rieducativa rispetto alla retributiva, quella indifferenza per una fase del processo che finisce per annullare tempi, lavoro e denaro spesi per la celebrazione di un processo penale, che finisce con il dissolversi attraverso rinvii e rigagnoli, senza approdare da nessuna parte.

La legge Simeone-Saraceni del 1998 e la l. n. 49/2006 sulla tossicodipendenza hanno finito per amplificare l'intervento del P.M. nell'esecuzione, rendendolo artefice della sospensione dell'ordine di esecuzione per ogni condanna a pena detentiva inferiore ad anni tre-quattro-sei, sospensione semiautomatica che non sembra essere del tutto staccata da valutazioni di merito e che riporta in auge la figura di un P.M., ancora non esautorato in quel processo di giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale, che va avanti dal 1975; una figura che ancora oggi, pur dopo i ripetuti interventi legislativi e costituzionali sulla pena, che aleggia come ombra, che *dominus* dalla fase della istruzione, attraverso la fase della cognizione e poi della esecuzione della pena, non sembra assolutamente disposto ad una devoluzione dei suoi poteri.

All'aspirazione al predominio processuale non corrisponde, però, l'adeguamento operativo e formativo dell'Ufficio del Pubblico Ministero, che per quanto attiene alla fase della esecuzione riflette ancora l'erroneo pregiudizio della extraprocessualità di quest'ultima.

La visione amministrativistica della esecuzione sembra resistere quale spettro di antiche legislazioni e consolidate prassi operative.

Del resto il P.M., nella veste di organo della esecuzione, per naturale e culturale formazione, appare sprovvisto di fronte a valutazioni che attengono direttamente e immediatamente alla funzione special-preventiva del commesso reato e alla soggettivizzazione della singola esecuzione.

Sembra certamente preferibile una nuova configurazione procedurale che elimini gli spazi ancora privi di tutela giurisdizionale in sede di esecuzione della pena.

Ben vengano le aperture al *Giudice della pena*. Fondato sui criteri di razionalità e certamente più rispondente alle esigenze, pur dichiarate fondamentali, di giurisdizionalità, certezza e immediatezza della pena, il modulo esecutivo fondato sul *Giudice della pena* che, intervenendo direttamente dopo il passaggio in giudicato della sentenza, su trasmissione di atti dalla cancelleria del giudice ordinario, decida in sede cautelare, in attesa della decisione definitiva del Tribunale di sorveglianza, se eseguire e come eseguire la pena inflitta dalla sentenza di condanna.

Già oggi, del resto, la legge Simeone-Saraceni attribuisce al magistrato di sorveglianza la potestà di intervenire con decreto in sede cautelare nella concessione di alcune misure alternative, così come il codice di procedura penale riconosce pari giurisdizione in sede di differimento della esecuzione della pena: già oggi è il magistrato di sorveglianza in sede cautelare, peraltro anche senza procedimento di sorveglianza, a decidere sulla scarcerazione o meno del condannato detenuto.

La tesi prospettata offrirebbe/eliminarrebbe spazi di non giurisdizionalità o di paragiurisdizionalità e garantirebbe celerità e certezza della pena.

L'intervento diretto del Giudice della pena, oggi magistrato di sorveglianza in veste provvisoria e tribunale di sorveglianza in sede decisionale, consentirebbe pronunzie di merito anticipate sulla modulabilità della pena da eseguire, facendo recuperare spazi operativi di non poco rilievo e certamente efficienza funzionale.

Ma come già visto e come già riferito, la esclusione del P.M. dalla fase della esecuzione della pena resta uno dei tabù, che né la concretezza storica né la razionalità giuridica riescono a superare.

Questo a non voler considerare l'altro fattore di indubbia risonanza quale l'incidenza diretta sulla ragionevole durata del processo, che nei tempi della esecuzione, tra avvio del P.M. e udienza in Tribunale, diventa incalcolabile e che al momento, anche nella modernissima e attrezzatissima giurisdizione europea, resta trascurato, atteso che i tempi del processo penale ai fini della "*ragionevole durata del processo*" sono calcolati dall'inizio del procedimento penale sino al momento della sentenza di condanna; *tutto il resto è noia*, diceva qualcuno.

B) *Esecuzione penale interna* – Il numero dei detenuti presenti negli istituti penitenziari quasi dimezzati dall'effetto indulto, stanno vertiginosamente rimontando e pertanto restano validi per il nostro discorso odierno le attuali capacità recettive, che hanno portato il numero delle presenze a 62.000, dato con il quale dobbiamo confrontarci, stante la notoria fluidità del circuito penitenziario.

Le carenze del sistema carcerario sono state evidenziate più volte e ineriscono soprattutto la insufficienza del personale civile e militare e la impossibilità di dare concreta realizzazione a termini quali, "*trattamento penitenziario*" nelle sue tre classiche direttrici: "*lavoro*", "*scuola*", "*religione*".

Sempre a non voler ricordare che il primo diritto del condannato-detenuto è il "*diritto al trattamento*", che oggettiva quel diritto alla rieducazione di cui all'art. 27, 3° comma, Cost.

È vero, diamo atto degli sforzi fin qui perseguiti e dei risultati ottenuti, ma si tratta an-

cora di piccole cose, che non soddisfano certamente né le aspettative dei detenuti né gli interessi dello Stato.

Prendiamo atto anche della novità apportata dal nuovo regolamento penitenziario, D.P.R. n. 230/2002, che attribuisce anche alla Polizia Penitenziaria compiti di attiva partecipazione alle attività di trattamento: «L'ordine e la disciplina garantiscono la sicurezza che costituisce la condizione per la realizzazione delle finalità del trattamento dei detenuti e degli internati» recita l'art. 2, che definitivamente supera asperità e contrasti culturali annuali.

Certezza Contenuto e Controllo.

Occorre uno sforzo normativo che renda efficace la detenzione carceraria, che valorizzi il trattamento penitenziario attraverso interventi mirati al recupero della volontà positiva *del fare* e alle concrete aperture per un futuro reinserimento sociale, attraverso la responsabilizzazione di tutta la società di farsi carico del problema “*carcere*” per affrontarlo e risolverlo positivamente nell'interesse della stessa società.

«Ogni società ha il carcere che si merita» scriveva Foucault.

C'è bisogno di un sforzo culturale, che percepisca la contraddittorietà di una esperienza carceraria che al momento, per la maggior parte dei ristretti si limita a mera segregazione, ad una violenza inutile e gratuita sia del “*fare*” che del “*pensare*”, che non può generare che altra inutile e gratuita violenza.

Occorre ancora una volta inventare un contenuto che dia effettività ed efficienza alla reclusione, sostituendo all'ozio forzato attività responsabili e costruttive, che diano senso oltre che ragione di essere alla pena detentiva.

Lavoro, Scuola, Religione

Accanto alle innumerevoli, è vero, attività culturali o anche solo ricreative che si sviluppano intorno al modo carcerario soprattutto grazie all'opera del mondo del *volontariato*, razionale e responsabile sarebbe pensare a nuove forme di formazione professionale, un vero e proprio *lavoro interno*, risvegliando interessi imprenditoriali con opportune

incentivazioni, o rispolverando servizi di cooperazione, così da permettere che l'attività iniziata *intramoenia* possa avere una possibilità, per non dire certezza di continuazione *post carcerem*.

Anche qui si tratta di un grosso sforzo culturale, ma forse è appena il caso di cominciare a porre mente locale al carattere “*economico*” della pena, a pensare ai numeri ormai troppo alti di “lavoro” disperso nell'universo carcerario e di “*manovalanza*” che lo stesso mondo industriale non può permettersi di lasciare in balia dell'opzione criminale. Questo a non dire dei benefici che un'attenta, doverosa se non proprio obbligatoria, *educazione scolastica* – questa volta non si tratta di *rieducazione sociale* – apporterebbe su una popolazione carceraria che vanta, per lo meno da noi, tassi di analfabetismo altissimi, un'educazione che, al di là, della pur necessaria alfabetizzazione, avrebbe il sicuro vantaggio di consentire la diffusione di *cultura* e *conoscenze* tra chi al di fuori di quell'istituto carcerario troppo spesso è destinato a ricadere nel vortice della criminalità per motivazioni tra le più varie ma fondate tutte su una *diffusa sottocultura*.

Necessario l'apporto del mondo religioso, sempre positivo ma soprattutto nel momento in cui può contribuire a diffondere anch'esso la *cultura dell'altro*, affrontando tematiche di convivenza sociale, che fuoriescono dallo stretto assistenzialismo per condurre a responsabilizzazioni personali, che già molto potrebbe influenzare in termini di civiltà e convivenza sociale.

Quanto al *controllo*, il richiamo al rispetto della normativa vigente non è mai abbastanza, anche quando si scontra con una novella legislativa, quale quella ultima, la legge n. 14/2009, che consente l'accesso agli istituti penitenziari e la possibilità di colloquio con i soggetti detenuti, senza distinzione alcuna, ivi compresi 4 *bis*, collaboratori e 41 *bis*, ai “garanti dei diritti dei detenuti comunque denominati”.

Forse qualche problema di controllo e di sicurezza interna ed esterna in queste ipotesi davvero si pone!

E questo senza voler necessariamente accedere ai facili “*distinguo*” o alle ancora più facili e semplicistiche esternazioni sulla recuperabilità e sulla rieducabilità degli interessati.

Il problema della vivibilità carceraria trascende il dibattito ideologico sul primato della funzionalità retributiva o emendativa della pena per accedere molto più modestamente alla ricerca di modelli di vita quotidiana, che consentano di evitare inutili emarginazioni oggettive e soggettive.

Il rapporto con le istituzioni esterne è fondamentale e necessario per riempire di contenuti e di finalità una carcerazione che non vuole e non deve limitarsi ad esclusiva segregazione.

L'adeguamento alla “*pena costituzionale*” comporta un salto di qualità culturale, nel momento in cui è necessario uno stretto collegamento tra realtà carceraria e società esterna, che deve farsi carico della popolazione detenuta, sia in relazione alle concrete possibilità di impiego formativo-lavorativo sia in relazione ad effettive e concrete possibilità di reinserimento sociale per frenare il vizioso circolo del recidiviamo.

Anche perché purtroppo il carcere oggi non riesce neppure più ad intimidire, non funge neppure più da deterrente, anzi, nella logica criminale rientra tra le spese e i rischi programmati, un rischio che vale la pena di correre, se è vero come è vero che resta comunque facilmente superabile grazie alle notorie elusioni, che il sistema consente.

Per il tempo, più o meno breve, in cui obbligatoriamente si resta reclusi nell'istituto carcerario l'esperienza insegna che la fantasia e la volontà hanno dato vita ad espedienti sempre più diffusi e sempre più accessibili che consentono di guardare al carcere senza timori e quindi di sconfiggerne l'effetto repellente.

Alludiamo alla generalizzazione di quel fenomeno sempre più frequente, che ci piace definire di “*turismo penitenziario*”, ultimo “*escamotage*” utilizzato dalla criminalità, comune ed organizzata, per favorire la “*scelta della giurisdizione*” e individuare il giudice

più idoneo per la scarcerazione o comunque per l'ammissione a misure extracarcerarie.

Accade che di sovente i detenuti siano trasferiti dagli istituti di alcuni distretti in altri carceri del territorio nazionale per “riapparire” in breve tempo, liberi o in misura alternativa.

Accade che dalle risultanze processuali emergano dichiarazioni in cui si disserti della “cultura” di questo o quel giudice, più o meno “aperto” o più o meno a conoscenza del mondo delinquenziale.

Accade che i condannati si costituiscano in istituti più o meno “comodi” dai quali escano in breve con modalità tra le più diverse, anche sempre nei limiti normativi dell'ordinamento penitenziario.

Accade che alcuni detenuti all'estero abbiano patteggiato l'estradizione con l'esclusione della carcerazione in determinati istituti penitenziari.

Accade che i condannati già in misura alternativa evadano, accettando anche i fatidici sei mesi di reclusione per la nuova condanna, e si costituiscano in carceri fuori distretto.

Triste fenomeno che comporta in punta di fatto e di diritto problemi non secondari sia per la garanzia della certezza della pena sia per la tutela della sicurezza della collettività. Anche solo contrastando una consuetudine del genere si agevolerebbe la diffusione della cultura della pena, che al momento è ben radicata solo nell'ambito criminale, occupato come appare a vanificarne ogni effetto deterrente.

C) *Esecuzione penale esterna* – Anche qui i numeri, 45.224 validi prima dell'indulto, oggi circa 20.000.

Va sgombrato il campo da false illusioni, l'Esecuzione penale esterna è in assoluto il punto dolente e nevralgico di tutta l'esecuzione penale.

Manca ancora, nonostante il decorso del tempo, dal 1975 ad oggi, il convincimento culturale che l'espiazione *extra carcerem* è una modalità di espiazione della pena.

La flessibilità della pena, che comporta varie moduli di espiazione, dalla semilibertà, attraverso la detenzione domiciliare, in tutte le

sue articolazioni, alla più ampia formula dell'affidamento in prova al servizio sociale, è un carattere costituzionale dell'esecuzione penale.

Trattasi, in verità, dell'argomento più debole da opporre a chi contesta l'attuale inadeguatezza della pena e alla richiesta di sicurezza sociale dei cittadini.

È dura la difesa della *pena costituzionale* e il richiamo alle direttive della Corte Costituzionale ed è sempre più difficile parlare di rieducazione dinanzi al dilagare della criminalità e al crescere del senso di insicurezza sociale.

Il problema evidentemente non è semplice e non può risolversi assolutamente e semplicisticamente con la panacea del trasferimento dell'applicazione della misura alternativa, ribattezzata "pena principale", dal magistrato di sorveglianza al giudice della cognizione.

Appare paradossale e sorprendente credere che sia sufficiente la diversità del momento applicativo per riempire di contenuto le misure alternative, o definirle pene principali per caratterizzarle di effettività.

Peraltro, quanto all'efficacia della pena espia in misura alternativa e quanto al contenuto delle prescrizioni imposte c'è da evidenziare che non da oggi i magistrati di sorveglianza sottolineano la genericità e la vacuità delle stesse, definendo le misure alternative, anche le più restrittive, "*gusci vuoti*", che occorre assolutamente riempire di contenuti per recuperare credibilità e certezze al settore Giustizia.

Le tre C. Certezza, Controllo e Contenuto, l'immagine riflessa della retribuzione e della rieducazione, le due anime della sanzione penale che oggi mancano e rendono insoddisfacente il rapporto delitto-pena.

Controllo e Contenuto per dare certezza alla pena: le colonne portanti per dare efficienza e motivazione alle misure alternative alla detenzione.

Resta lo sforzo di dare contenuto e prescrizioni attive e contingenti alle misure alternative per riempire quel "*guscio vuoto*" che oggi porta la intera società civile a guardare alla pena *extra carcerem* con sospetto e con diffida.

Occorre anche in questo campo uno sforzo di fantasia per determinare e puntualizzare condotte impositive *con obblighi di fare o di non fare*, che, nel rispetto dei principi costituzionali, tendano a dare corpo e qualità di pena anche alle misure alternative, attualmente non avvertite come tali, né dal comune cittadino e, cosa ancor più grave, neppure dal soggetto sottoposto alla espiazione esterna.

Sarebbe certamente di effetto positivo ipotizzare forme di lavoro all'esterno della cinta carceraria, che abbia requisiti di certezza e affidabilità, che possa essere di incentivo credibile per chi ha serietà di intenti, e non deludere le aspettative di chi crede ancora che pena debba essere effettivamente espia-ta.

Dovrebbero porsi in campo valide attività alternative (ipotesi di cooperative presso le quali il condannato prima si reca in misura alternativa e dopo la scarcerazione ha certezza di inserimento lavorativo), che abbiano oltre a concrete possibilità di inserimento sociale, tra l'altro anche requisiti di *visibilità* esterna, che contribuisca a rallentare la spinta repressiva che alimenta le aspettative della società.

Se trattasi di espiazione di pena in misura alternativa, ebbene, che allora tale esecuzione sia *visibile* anche per il quotidiano mondo comune: l'impatto avrebbe sicuro effetto in termini di responsabilizzazione etica sia del condannato stesso che dello stesso contesto sociale.

Penso ad ipotesi di *lavori di pubblica utilità*, che si svolgano in spazi aperti al vivere sociale e che siano così in grado di attenzionare la morale comune, allora sì in senso certamente positivo dinanzi ad un effettivo e pubblico "*fare*".

Penso a subordinazione della concessione della misura alternativa, in caso di reati più gravi, (p.e. contro la persona), all'avvenuto risarcimento del danno alla parte lesa o alle vittime del reato.

Oggi così non è, tranne che l'ammissione alla liberazione condizionale.

Estendere la necessità di tale condizione an-

che per l'ammissione alle misure alternative consentirebbe di certo un recupero di credibilità nella Giustizia e, ancora una volta di responsabilizzazione del condannato, a tutto vantaggio di quell'opera di rieducazione sociale che la Carta Costituzionale ci impone e di quella espiazione della *pena costituzionale*, fine ultimo del processo penale.

Resta la necessità di limitare il cumularsi di concessioni positive che finiscono per annullare ogni certezza e disintegrare la stessa sanzione.

Potrebbero ipotizzarsi concretizzazioni ulteriori della misura alternativa, estendendo anche all'affidamento in prova al servizio sociale le ostatività, di cui soffrono le misure già più restrittive: paradossale, ma vero.

La legge pone ostacoli alla concedibilità delle misure più restrittive e lascia liberi di spaziare in caso della misura più ampia dell'affidamento in prova, quasi sottraendola alla stessa configurazione di misura alternativa, quasi fosse altro.

Si potrebbe guardare con favore all'inserimento tra le ostatività all'ammissione alle misure alternative, previste dal legislatore per i reati di maggiore allarme sociale, della qualifica di "*delinquente abituale*", ripresa di recente unitamente all'applicazione della misura di sicurezza detentiva.

Di certo un contributo a quella *certezza della pena*, che dovrebbe essere non solo uno spot pubblicitario.

Imperioso ritorna l'argomento-clou del *controllo*, della gestione della pena *extra carcerem*, che alternativa o principale che sia, non può essere lasciata nella disponibilità delle forze di polizia impegnate quotidianamente nella prevenzione del crimine e nella tutela della sicurezza pubblica.

Controllo che rappresenta l'elemento principe della esecuzione, controllo che significa conoscenza, formazione, competitività, professionalità, duttilità nell'interpretazione, presenza, visibilità, garanzia.

Controllo oggi insufficiente dinanzi alle necessità emergenti qualitative e quantitative, a non voler considerare le disfunzioni organizzative, le carenze conoscitive della materia, la

confusione ancora esistente tra le molteplici modalità di espiazione della pena sul territorio nonché tra le varie misure giuridiche rispondenti alle varie fasi processuali, a non dire delle misure di sicurezza.

Controllo di fatto tardivo, se non inesistente, comunque insufficiente alle necessità soprattutto in contingenze operative speciali quali possono e sono certamente quelle dei Tribunali di sorveglianza più oberati di lavoro.

In tale situazione di diritto e di fatto non meraviglia che nel sentire comune la penalità esterna non venga recepita quale sanzione effettiva.

A nulla è servita l'introduzione dei mezzi elettronici di controllo, il cd. braccialetto elettronico, di cui alla legge n. 4/2001, di scarsissima, per non dire nulla, applicazione nella concessione delle detenzione domiciliare, proprio perché ristretto al controllo esclusivo della prescrizione del non allontanamento dal domicilio indicato: è evidente che altre sono le prescrizioni che di solito caratterizzano la esecuzione di tale misura alternativa, che non risultano assolutamente coperte né assicurate dall'uso del braccialetto.

Si potrebbe, d'altra parte, accedere ad una forma di controllo diverso da quello attualmente previsto.

Un sistema costituzionalmente orientato che prediliga, pur se per determinate categorie di reati di minore gravità, forme di espiazione alternative al carcere deve assolutamente anche garantire la effettività e la efficacia.

Va da sé, però, che una scelta orientata in tal senso non si deve risolvere nella perdita del carattere affittivo che resta pur sempre insito nel concetto di pena.

Atteso che il sistema attualmente attribuisce, e non potrebbe essere diversamente, ampia discrezionalità alla magistratura di sorveglianza nella concessione delle misure alternative alla detenzione, è da ritenere che quanto più sarà elevato il grado di affidabilità del controllo sulla condotta degli ammessi alla misura alternativa, tanto maggiore potrà essere il ricorso ad esse.

Si potrebbe pensare alla costituzione della

Polizia dell'esecuzione penale, un corpo misto di operatori che, senza abbandonare la conoscenza criminale del territorio, possa interagire con l'Esecuzione Penale Esterna, e essere di utile sostegno all'attività della magistratura di sorveglianza.

Anche perché non va trascurato che il magistrato di sorveglianza ha la gestione della pena sul territorio in tutte le sue articolazioni, in contemporanea, essendo legata la sua attività agli istituti penitenziari e a tutti i condannati sul territorio di competenza, e non al reato commesso, al colpevole di turno o al suo clan di appartenenza.

Per cui necessaria la conoscenza del fenomeno criminale sul territorio per la cui finalizzazione non appare troppo estranea la partecipazione del magistrato di sorveglianza alle riunioni sull'Ordine Pubblico ad opera delle Prefetture locali.

E' accaduto una volta, potrebbe ripetersi e diventare costume ordinario, se solo si volesse accedere a quella qualificazione culturale dell'esecuzione della pena.

D) *Misure di sicurezza* – Da non dimenticare che il magistrato di sorveglianza sin dai disegni del Guardasigilli Rocco è deputato all'applicazione delle misure di sicurezza.

Ma le misure di sicurezza nel nostro ordinamento giudiziario non godono di particolare attenzione, né quanto alla loro irrogazione né quanto al momento della esecuzione, spesso disperse nelle mille difficoltà delle notifiche e sempre in contrasto con la volontà di intervento in un momento procedurale notoriamente negletto.

Sul punto abbiamo già accennato alla ripresa dell'applicazione delle declaratorie di delinquenza abituale, ex art. 103 c.p., con conseguente assegnazione alla misura di sicurezza detentiva della casa di lavoro.

L'istituto, negletto per anni, e rispolverato dal magistrato di sorveglianza di Napoli sta producendo effetti a cascata e notevoli ripercussioni nel mondo criminale, sulla scia di quel convincimento che la fermezza e giuridicità sono strumenti essenziali di concretezza e funzionalità operativa.

Sul punto si auspica la diffusione della prassi

giurisdizionale della *declaratoria di delinquenza abituale*, rispolverata dal Magistrato di sorveglianza di Napoli dal 2007, con risultati più che soddisfacenti soprattutto sotto il profilo della deterrenza al crimine.

Ancora ad oggi nessun Ufficio di sorveglianza nazionale si è adeguato alla innovazione.

L'operazione vede una sua conclusione razionale nell'inserimento della "*delinquenza abituale*" tra le cause di ostatività alle misure alternative, e potrebbe originare *l'aggressione ai beni patrimoniali criminali*, attraverso opportuna confisca, anche da parte del magistrato di sorveglianza in sede di applicazione di misura di sicurezza. Esistono già aperture normative nella legge 575/1965, sulle quali è opportuno ragionare per necessari e opportuni ammodernamenti.

Che strano Paese è il nostro che attenziona con autonoma e puntuale sollecitudine il momento delle indagini e il momento antecedente la commissione del reato, a mezzo le misure di prevenzione previste per gli "indiziati" di determinati specifici delitti e si distrae, quasi stanco, alla fine del processo dopo la condanna e la certezza della individuazione dell'autore del fatto.

Per il presunto colpevole, che per dettato costituzionale è un presunto innocente, art. 27 Cost., si agitano mari e monti; per il sicuro colpevole, condannato con sentenza definitiva, ogni attenzione è centellinata, quasi rubata e sia la pena che le misure di sicurezza finiscono nel dimenticatoio, nonostante i continui richiami.

11. *Conclusioni* – Come già Eusebi (*Può nascere dalla crisi della pena una politica criminale?*, in *Dei delitti e delle pene*, 1994) nel lontano, ma tanto vicino, 1994 «la riforma del sistema sanzionatorio non può essere ritenuta [...] una sorta di accessorio rispetto all'impianto complessivo del codice sostanziale, ma deve essere considerata punto di partenza logicamente ineludibile per la riforma stessa di quel codice».

Oggi, attualizzando l'asserzione, potremmo aggiungere che sulla certezza della pena fonda la credibilità dell'intero sistema Giustizia nonché della Magistratura stessa.

L'analisi complessiva dell'attuale sistema sanzionatorio penale e penitenziario, nelle sue funzioni e nelle sue finalità essenziali, alla luce della concezione "multidimensionale" e "plurifunzionale" della pena, così come delineata dagli interventi della Corte Costituzionale consente di individuare direttrici obbligate: la finalità di prevenzione generale, afflittivo-retributiva e di difesa sociale, e la finalità di prevenzione speciale, di rieducazione e risocializzazione del reo.

Necessario attirare l'attenzione sull'individuazione delle ragioni essenziali della crisi di un sistema, che resta caratterizzato da contraddizioni interne e da evidenti sfasature nella successione degli interventi: dalla previsione edittale della pena alla sua determinazione giudiziale in chiave "bifasica", processo di cognizione e procedimento di sorveglianza, fino alla concreta esecuzione della sanzione penale, di cui unico referente resta il "Giudice della pena".

La riforma del sistema nel rispetto dell'indirizzo plurifunzionale, retributivo e rieducativo, dovrà interessare sia la pena detentiva, nella modulazione di nuovi contenuti, sia le pene alternative: per entrambi occorrerà ridisegnare nuove formule prescrittive, inerenti gli "obblighi di fare nella esecuzione penale" e gli obblighi risarcitori e di restituzione, nell'ambito della mediazione tra autore del reato e parte offesa.

In tale quadro centrale si pone il nuovo ruolo istituzionale che le recenti riforme legislative hanno assegnato alla magistratura di sorveglianza e alla riconosciuta centralità della esecuzione penale nel nuovo modulo ordinamentale e processuale penalpenitenziario.

Oltre alla originaria funzione di controllo della legalità nel carcere e garante del principio della flessibilità della pena, il "Giudice della pena" è chiamato oggi al ruolo di "Garante" della esecuzione penale, deputato a restituire effettività alla esecuzione della sanzione inflitta dai giudici della cognizione.

In un paese che oscilla pericolosamente tra "tolleranza zero" e "buonismo ideologico", appare primaria l'esigenza di rifunionalizzazione dell'intero sistema penale e penitenziario

verso le proprie finalità costituzionali, anche attraverso una forma pregnante di controllo sociale cosciente e responsabile, che rivendicando la funzione general-preventiva della pena includa la esecuzione penale tra gli obiettivi principali dell'ordine e della sicurezza pubblica, non trascurando la concretezza di una valida risocializzazione.

Confidando nella condivisione degli intenti che non possono prescindere dalla consapevolezza della immediata diretta corrispondenza tra certezza della pena e sviluppo sociale, effettività della pena e sicurezza dei cittadini, certi dell'unanime convincimento che solo una corretta applicazione della Giustizia penitenziaria può garantire il recupero della credibilità e l'auspicata certezza del diritto, restiamo in attesa di risoluzioni credibili.

Si potrebbe partire da un opportuno censimento della situazione attuale, fosse solo per sfatare il convincimento che i dati reali siano solo quelli provenienti dagli istituti carcerari. Purtroppo così non è.

Accanto alla esecuzione *intra moenia*, abbiamo già visto esiste altra forma di detenzione o comunque altra forma di pena, e quei dati sono oggi di difficile rilevazione.

Non tutto è rilevabile dai tabulati dell'Amministrazione penitenziaria e solo presso i Tribunali di sorveglianza e presso le Procure della Repubblica si evincono i dati relativi alle sospensioni *ex lege* Simeone-Saraceni, *i liberi in sospensione* che influenzano per lo meno al 40% il lavoro della magistratura di sorveglianza.

Senza voler giungere alle difficoltà di individuazione di tutta l'*Esecuzione Penale Esterna* sul territorio, che per la sua diversificazione sia giuridica che territoriale, sfugge ad una facile rilevazione statistica; alcuni dati sono propri solo delle forze dell'ordine sul territorio, tipo gli arresti domiciliari *ex art. 656,10 c., c.p.p.* o la detenzione domiciliare *generica*, o *ex art. 47 ter, 1 ter, l.p.*

Altri numeri sono propri dell'U.E.P.E. e quindi già dell'Amministrazione penitenziaria.

Si tratta di numeri quantitativamente forti

che incidono non poco su quella *visibilità* della pena, che tanto agita il sentire comune. Opportuna la costituzione di una Commissione, l'*Osservatorio della pena*, che partendo da una base di conoscenza dell'oggetto e delle fonti della ricerca, faccia luce sull'attuale assetto giudiziario dell'esecuzione penale.

Ricordando che gli ultimi dati certi risalgono ai lavori di quella Commissione Mista del C.S.M. del 1998/2002, in cui i magistrati di sorveglianza si muovevano con scienza e cognizione di causa.

Riforme ordinamentali: Tribunali di sorveglianza.

Punto cardine è la funzionalità del Tribunale di sorveglianza.

Pochi sanno che il Tribunale di sorveglianza non ha una regolamentazione di legge. Nasce in una disposizione della legge Gozzini nel 1986, che disciplina le competenze e l'attività collegiale, viene inserito nominativamente nell'Ordinamento Giudiziario nel 1988, ma da qui a prevederne le modalità operative c'è il vuoto.

Solo nel 2005, per esempio, siamo riusciti ad ottenere l'approvazione tabellare dal C.S.M. ad una organizzazione che prevedesse la costituzione di sezioni all'interno del tribunale. È semplice ma a quanto pare difficile da recepire che la certezza e l'effettività della esecuzione della pena passa anche attraverso la operatività e funzionalità dei Tribunale di sorveglianza.

Attualmente risultano diretti da un magistrato con "funzioni di cassazione", e sarebbe auspicabile per svariate motivazioni, tra cui non ultima evitare la fuga da questi uffici, inserire anche l'esercizio della "funzione di appello", riconosciuta al magistrato di sorveglianza, che presiede la sezione giurisdizionale del Tribunale o che dirige l'Ufficio di sorveglianza.

Resta necessario applicare infine quella norma, art. 70 *ter*, l. n. 354/1975, che dispone l'autonomia contabile per gli Uffici di sorveglianza, che sola renderebbe gli stessi più agevoli, efficienti e operativi, dismettendo quella veste da "*ultima cenerentola*", che attualmente fa sì che a tali uffici venga devo-

luto in termini economici una minima parte di fondi, con restrizioni per mezzi, auto, benzina, spese di ufficio e quant'altro immaginabile.

Bisogna prendere atto che se non funzionano i Tribunali di sorveglianza, quanto ad istruzione, decisione, controllo della misura, gestione globale della pena, sarà difficile, anche mutando i tempi di irrogazione della sanzione, sperare in risultati effettivi ed efficienti.

Il Tribunale di sorveglianza nasce come giudice di primo grado per la ammissione alle misure alternative e giudice di appello sulle ordinanze del magistrato sia in materia di esecuzione della pena sia in materia di misure di sicurezza. Diventerà giudice di merito e di legittimità per i reclami avverso i regimi differenziati *ex art. 41 bis* l.p.

Val la pena di ricordare che il Tribunale di sorveglianza è un organo giurisdizionale che ha il compito di vigilare sulla esecuzione della pena, gestisce e cura la esecuzione di tutte le sentenze di condanna a pena detentiva e a pena pecuniaria, interviene in materia di applicazione ed esecuzione della misure alternative alla detenzione, delle sanzioni sostitutive nonché in materia di applicazione e di esecuzione delle misure di sicurezza, da qualunque Autorità Giudiziaria emesse, inerenti soggetti detenuti negli istituti penitenziari del distretto della Corte di Appello o residenti su tutto il territorio della Corte di Appello.

Si compone di due organi giurisdizionale, il Magistrato di sorveglianza, organo monocratico, e il Tribunale di sorveglianza, organo collegiale; quest'ultimo opera sia come giudice di primo grado che come giudice di appello rispetto al magistrato di sorveglianza in materia penitenziaria e misure di sicurezza; rispetto al giudice ordinario, Tribunale e Corte di Appello, per l'impugnazione inerente la misure di sicurezza; come giudice di merito e di legittimità in materia di reclamo sui Decreti Ministeriali *ex art. 41 bis* l.p.

È necessario un inquadramento sistematico-ordinamentale del nuovo Tribunale nel quadro degli Uffici Giudiziari, con un congruo aumento del personale amministrativo, per la

costituzione del richiestissimo “Ufficio del giudice”, nonché l’aumento del numero dei magistrati, in netta inferiorità rispetto ai giudici del settore penale.

E senza scomodare l’art. 110 della Costituzione restiamo ancora ad attendere a 22 anni dalla riforma che di essere inquadrati e inglobati nell’Ordinamento Giudiziario del Paese.

Ricordiamo il rapporto: 176, o poco più, magistrati di sorveglianza su 4.500 magistrati addetti al settore penale e su 170.000 condannati.

12. *Riforme ordinamentali: Giudice della pena.* – Il nuovo quadro normativo dovrebbe inglobare la nuova figura del “*Giudice della pena*”, accompagnando tale istituzione con tutte le modifiche procedurali ad essa connesse.

Completa la Relazione della Commissione Riccio alla quale si rinvia.

Indiscutibile la innovazione e la incredulità che inevitabilmente accompagnano la possibile modifica legislativa, ma responsabilità e razionalità fanno propendere l’ago dalla parte della necessità di intervenire anche con una certa rapidità.

Indubbiamente per arginare la crescita esponenziale della criminalità – e per la prima volta i numeri vanno letti per quello che sono, e non rielaborati – sarà anche indispensabile la costruzione di nuovi istituti penitenziari, ma sarebbe fortemente negativo delegare a tale intervento la risoluzione del problema.

Le radici fondano altrove e per i rimedi occorrono soluzioni unitarie che sappiano muoversi con razionalità e responsabilità e che interrompano quel flusso di frammentarietà, che da troppo tempo ormai caratterizza la fase della esecuzione.

La creazione di nuove carceri aiuta certamente ma non risolve, né elimina la crisi della pena, la mancanza di effettività ed efficienza della sanzione, che contribuisce in maniera determinante alla diffusione di quel senso di impunità, che alimenta l’espansione della criminalità.

Il *Giudice della pena* assicura certezza dell’e-

secuzione e durata ragionevole del processo e contribuisce a creare sicurezza sociale anche a mezzo applicazione di misure di sicurezza, quale giudice della pericolosità sociale. Un *Giudice della pena* che si troverebbe ad operare in uno scenario completamente diverso e che con l’apporto di un valido sostegno da parte della Polizia dell’esecuzione penale, garantirebbe certezza e fermezza della pena.

13. *Riforme ordinamentali: Polizia della esecuzione penale.* – È necessaria la costituzione di un Corpo di polizia che coadiuvi l’operato del *Giudice della pena*, un corpo di polizia preparato e giuridicamente formato, che collabori a rendere funzionalmente agevole il procedimento di sorveglianza, attraverso la conoscenza concreta del territorio e del soggetto, una polizia che interpreti la *scienza della conoscenza*, e gestisca la *penalità esterna* con un controllo, consapevole, pronto, effettivo sulla pena con inevitabili ricadute positive sull’ordine e sulla sicurezza pubblica.

Il problema della *falsificazione della osservazione*, come quello della *incompletezza della osservazione* comporta ineludibilmente una difficoltà funzionale e gestionale del magistrato sulla esecuzione della pena, sia *intra moenia* che *extra moenia*.

Mi piace ricordare le parole di un già Questore di Napoli: «la sorveglianza è come una partita a scacchi. Se conosci le regole del gioco, vinci, altrimenti soccombi».

Evidentemente risultavano noti anche a lui i problemi inerenti il controllo e la gestione della pena sul territorio, già richiamati e ai quali ci riportiamo, per brevità.

Anche perché l’esperienza insegna che la criminalità, a qualunque livello, è ben a conoscenza dei tempi, modi, difetti e inefficienze del sistema dell’esecuzione in Italia.

È giunto il momento di costituire un Corpo di Polizia che coadiuvi l’operato della magistratura di sorveglianza, un corpo di polizia preparato e scientificamente formato che collabori a rendere funzionale sia il procedimento di sorveglianza che la gestione della pena, attraverso la conoscenza concreta del soggetto e del territorio.

Occorre non dimenticare che il processo di sorveglianza è essenzialmente documentale e, come tale, fondato sulla produzione in atti, ivi comprese le informazioni delle forze dell'ordine.

L'intervento delle forze dell'ordine nell'esecuzione della pena è a 360 gradi, "prima, durante e dopo", per la formazione del fascicolo, per la gestione e il controllo della pena, sia all'interno che all'esterno, per la estinzione della stessa all'esito positivo.

Non sarà mai abbastanza la sensibilizzazione delle forze dell'ordine, purtroppo da molto lontane dal mondo della pena, che resta sempre residuale rispetto ad altri compiti ritenuti prioritari.

A distanza di 34 anni dalla riforma penitenziaria del 1975, ancora non è patrimonio della coscienza comune che la certezza della pena, insita solo in una puntuale esecuzione della stessa, ha ricaduta diretta e immediata sulla sicurezza sociale e sull'ordine pubblico. La Polizia dell'esecuzione penale potrebbe ridare contenuto e certezza alla pena.

Siamo contrari ad un corpo di Polizia esclusivamente riservato alla Polizia Penitenziaria. Sembra più opportuno e razionale immaginare un corpo misto, in cui trovino spazio talenti e coscienze ad ampio raggio d'azione, in modo da non disperdere il patrimonio di conoscenza del territorio che solo le forze dell'ordine sul territorio attualmente sono in grado di fornire. Di guisa che potrebbe immaginarsi una coesione delle varie forze dell'ordine, in proporzioni da ricercarsi, sì da ottenere un quadro completo di affidabilità e di completo controllo del territorio.

Se a ciò si aggiunge che la *Polizia della esecuzione penale* potrebbe lavorare sotto la dirigenza e nella disponibilità della magistratura di sorveglianza, il quadro da fosco potrebbe cominciare a colorirsi positivamente.

Una *Polizia della esecuzione penale* costituita in sezioni di polizia giudiziaria presso gli uffici e i tribunali di sorveglianza che coadiuvi e collabori con la magistratura di sorveglianza ad una sicuramente più snella, rapida, ef-

ficiente, sicura, consapevole e responsabile esecuzione della pena, per dare altresì imperiosità alle misure *extra carcerem*, attualmente sentite dalla criminalità come espedienti per rientrare nell'universo delinquenziale.

È stato presentato sull'argomento un disegno di legge, ma la discussione tarda e gli ostacoli non mancano.

14. *Testo Unico delle leggi sull'esecuzione penale*. – È necessario che il legislatore ponga mano ad una revisione delle incombenze giuridiche e processuali *scaricate* sulla magistratura di sorveglianza in tutti questi anni, leggi tra l'altro, il servizio "rogatorie" presso gli istituti penitenziari, che tanto dispiego di mezzi ed uomini comporta e che ben potrebbe essere assegnato, p.e. al giudice di pace. L'abbandono delle attività di supplenza delegate alla magistratura di sorveglianza si pone come finalità primaria per un riequilibrio e un giusto riassetto delle competenze istituzionali.

La nuova configurazione giuridico-procedurale dovrebbe consentire alla magistratura di sorveglianza di funzionare e attuare quella riforma penitenziaria, che ormai risale a 31 anni orsono e che richiamava all'attuazione della *pena costituzionale*, unica rispondente ai principi dello Stato di diritto.

È necessario la formulazione di un *Testo Unico delle leggi penitenziarie*, che attualmente risultano inserite nelle disposizioni normative più diverse, al fine di rendere più semplice anche la sola conoscenza, per ridare alla materia un minimo di omogeneità e unità caratteriale.

Si ritiene doveroso segnalare che la delicatezza della funzione e la rilevanza della materia trattata imporrebbero maggiore attenzione alle richieste della magistratura di sorveglianza, sì da consentire infine che questa attività lavorativa sia legittimamente e formalmente riconosciuta e non solo gratuitamente pretesa da chiunque, interessato alla tutela dei principi costituzionali, sembra trascurare la pur costituzionale esigenza di assicurare il giusto esercizio della funzione giurisdizionale.

DECISIONI IN PRIMO PIANO

Unicuique suum – Jedem das Seine

Il sofisma della inammissibilità

(Questo scritto è destinato alla *Giustizia penale*)

L'inammissibilità del ricorso per cassazione sta divenendo uno strumento di politica giudiziaria sempre più insidioso (cfr. anche GAITO, *Un presente mortificante e un futuro incerto, supra*).

La Cassazione, nel caso in esame, specificando che «è inammissibile il ricorso, per la dedotta violazione dell'obbligo del giudice del rinvio di uniformarsi alla pronuncia della Cassazione, quando – sotto l'apparente denuncia di inesistenza della motivazione – venga avanzata una richiesta di sindacato di legittimità circa la motivazione in fatto e la rivalutazione del merito» (C., Sez. I, 11.12.2008, **Cangiatosi e Rosone**), ne offre ampia riprova, dopo che altra Sezione ave-

va specificato che «quando una azienda lecita viene inquinata da capitali mafiosi, è necessario distinguere tra beni acquisiti prima e beni acquisiti dopo la “colonizzazione mafiosa”: atteso che la accertata esistenza della natura mafiosa di una impresa non può ‘coprire’ anche condotte lecite preesistenti all'ingresso di soci o di capitali mafiosi nella compagine societaria» (C., Sez. V, 23.3.2007, Cangiatosi e Rosone), rimettendo con ciò alla Corte territoriale di rinvio per verificare i beni acquisiti prima e dopo la “colonizzazione mafiosa”.

Le Osservazioni di seguito riportate si pongono in erosiva critica alla pronuncia della Cassazione nel giudizio di rinvio.

Osservazioni

di *Vincenzo Scordamaglia*

1. “Il ricorso per cassazione è inammissibile, stabilisce l'art. 606, 3° comma, c.p.p., se è proposto per motivi manifestamente infondati”. Una norma – si potrebbe dire di *diritto naturale*, o di *diritto libero*: chi sa – nella quale, è palese, l'avverbio sfida in *indeterminatezza* il termine qualificativo riferito ai motivi. Un modo, forse, di porgere coerente e risoluto sostegno al tanto elogiato principio di *tassatività* delle impugnazioni; o anche – chi sa: di porsi in sintonia con la *Grundnorm* della “difesa, diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento”, che è poi un aspetto dell'*audiatur et altera pars*, cioè del contraddittorio; il quale infatti – “in deroga espressa a quanto dispone l'art. 127” – è

stato escluso nei casi in cui la Cassazione procede in camera di consiglio (art. 611). In realtà, quella dell'art. 606, 3° comma, c.p.p. è una formula giuridica *vaga*. Così *vuota*: da poter essere riempita di *arbitrium merum*; il quale d'altronde *mai* sarebbe sottoposto al successivo controllo di *alcuno*. *Præceptum indeterminatum determinatur ab exitu* è del resto l'adagio di antica sapienza. Neanche poi così distante, in significato, dall'asserto di Trasimaco (ruvido contraddittore di Socrate nella *Repubblica* di Platone) per il quale “la giustizia è null'altro che l'utile del più forte”. Una ‘verità’, per Callicle, “sorretta dalla natura e dalla storia” (GASTALDI, *La giustizia e la forza. La tesi di Callicle nel ‘Gor-*

gia' di Platone, in *Quaderni di storia*, 2000, 52, 85). Una anticipazione (dell'asserto ripreso nel *Gorgia*, dello stesso Platone), della tesi poi sostenuta da Nietzsche nella sua *Genealogia della morale*.

Le formule giuridiche generali – e lo ha dimostrato, a dovere, l'art. 110 c.p. in riferimento al c.d. concorso esterno in associazione mafiosa – permettono dunque “di vedere poi ratificato quel che sarà stato deciso da chi ha il potere di decidere”; o come è stato detto in termini più espliciti: “esse possono divenire le coperture della prepotenza” (G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Roma-Bari, 2007, 47).

2. “La Cassazione – scriveva, cinquant'anni fa, Salvatore Satta – esprime la profonda, e profondamente sentita compenetrazione del giudice col giudizio, dell'organo con la funzione che svolge, e col modo stesso di svolgerla: è la risoluzione dell'ordinamento nel giudice, che costituisce l'essenza della giurisdizione” (SATTA, *Cassazione*, in *ED*, VI, Milano, 1960, 457 s.). Una bella eco, anche questa, del *diritto naturale*; la cui astrattezza si sarebbe venuta a scontrare col *Rechtsfindung* (il significato effettivo del diritto) che scaturisce dal *Verstehen* (comprendere) la realtà giuridica specie dell'attuale *società complessa*. Una astrattezza, ha tenuto a precisare Arthur Kaufmann, che troppe volte non manca nello stesso diritto positivo (come qui si è potuto vedere, nel citato art. 606, 3° comma, c.p.p.).

La positività – *formalista*, o *realista* che sia – attiene all'*esistenza* (cioè alla *vigenza*), non alla *essenza* del diritto la quale, è chiaro, risiede nella 'ragione giuridica in sé' (LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, *passim*). Nelle *società primitive* essa era espressione dei *mores*; nelle attuali *società complesse* è affidata in varia misura ad *autorità* in qualche misura sovrane; e nelle *società politiche* appartiene a norme poste dall'organo investito del relativo potere. E *valore*, *validità formale*, ed *effettività* costituiscono le corrispondenti anime dei riferimenti di vigenza del *giusnaturalismo*, del *giuspositivismo formalista*, e del *giu-*

spositivismo realista. Tre anime, di un complesso *corpus juris*: tutto vigente nella attuale *società complessa*.

Il *diritto giurisprudenziale* esprime la *effettività* più che la validità dell'ordine giuridico; e il giurista, tutt'altro che essere *avalutativo*, è persona *sensibile ai valori* (*wertend*): intrisa, come non può non essere la sua coscienza, dei valori e degli umori che caratterizzano il mondo in cui l'uomo vive. Già del resto l'ultimo Radbruch – avvertito dei motivi relativistici operanti nella *Zweckmäßigkeit* – aveva colto la realtà del diritto positivo e, oltre che gli ambiti essenziali, ne aveva ben percepito le arroganze della (talvolta) solo apparente certezza. E forse è stato proprio nell'«abusivo riempimento» di «formule vuote» che il diritto positivo ha poi potuto dimostrare di essere in apparenza 'giuridico', nella sostanza 'ingiusto'. Ciò che era chiaro alla mente di Kant, il quale nella "legittimazione della violenza" aveva visto la "socievole insocievolezza del diritto".

3. La sentenza sopra riportata si è occupata di una vicenda che, in origine, ha avuto a che fare con la *mafia*, quindi con la violenza. La quale, come ha scritto René Girard, “per sua stessa consistenza ed essenza, si pone come *struttura di potere* e di perpetuazione della società fondata sulla (mai da escludere) eliminazione dell'altro” (GIRARD, *La violence et le sacré*, Parigi, 1972, trad. it. *La violenza e il sacro*, Milano, 1980, 62); e che per Karl Marx “come sopraffazione, *qua talis*, rappresenta una *grande potenza economica*, contro la quale è certo necessario costantemente misurarsi, per poterla contrastare” (Kant, *Il capitale*, trad. it., Roma, 1993, I, 814).

Una vicenda di *confisca*, quella esaminata dalla Cassazione: relativa infatti a beni patrimoniali appartenenti alla moglie di un socio (giudicato 'persona realmente debole' in sede di responsabilità per concorso esterno in associazione mafiosa, e punita perciò meno severamente) in una impresa *ad alta capacità tecnica*: 'colonizzata' dalla mafia per la realizzazione di diversi immobili *ad alta resa economica*.

Con una precedente sentenza (è questo il

punto da tenere d'occhio) la Cassazione aveva annullato con rinvio il decreto di confisca degli immobili appartenenti alla consorte dell'indicato socio della 'impresa contigua alla mafia': per la necessità di vedere stabilito dal giudice della rimessione se entrati nel patrimonio della titolare, tali beni, *prima o dopo* il momento iniziale della 'colonizzazione mafiosa': atteso il contrasto sul punto tra un 'collaboratore di giustizia' (che aveva fatto un generico riferimento a 'rapporti' tra i soci dell'impresa e la mafia, anteriori alla colonizzazione: su cui aveva fatto fulcro per la confisca il giudice del decreto annullato), e le indicazioni di altri 'pentiti' (che nel giudizio penale avevano puntualizzato il momento iniziale della colonizzazione, facendolo coincidere con la costituzione della società tra i soci dell'impresa edilizia e gli esponenti della famiglia mafiosa per la realizzazione dell'*affaire*), a cui – invece – era stato assegnato credito – dalla stessa Corte di merito – nella vicenda che aveva riguardato il fratello e il cognato del ricorrente: così sottraendo alla confisca i beni dei medesimi.

L'indicato *momento fulcro* della decisione di rinvio avrebbe dovuto certo distogliere la Corte di legittimità dal discettare – *hic et nunc* – circa ... *l'autonomia* del procedimento di prevenzione rispetto al processo di responsabilità penale: ... per *l'espresso riferimen to* all'esito di quest'ultimo nella stessa sentenza della rimessione alla Corte di merito!

I motivi addotti dalla Cassazione per ritenere *manifestamente infondate* le ragioni del ricorso – necessariamente inerenti ai *termini logici* dell'opzione del giudice del rinvio – quanto a una mera reiterazione della decisione annullata: non nemmeno tener conto dei *documenti* prodotti dai ricorrenti – avrebbero potuto meritare qui una analisi critica *soltanto* se la pronuncia non fosse stata preceduta da una decisione, di annullamento con rinvio, della Corte medesima. La netta irrefutabile venatura di contrasto tra le due sentenze – alla prima delle quali il giudice della rimessione avrebbe avuto l'obbligo di uniformarsi (art. 627, 3° comma, c.p.p.), e per il cui *ina-*

dempimento dell'obbligo è stato proposto il ricorso – in nessun modo poi sarebbe potuta rimanere coperta dalle espressioni [chi sa se controllate; ormai (comunque!) non più controllabili] che sono state utilizzate per la decisione di inammissibilità che si è 'voluta' adottare. Sarebbe dunque fuori di luogo e di misura domandarsi qui perché l'accaduto: ... *factum quod infectum fieri nequit!*

"Dio solo sa *quale*: e lenta, e faticosa, e mal-sicura conquista sia la vaga trasparenza dialettica che è nella motivazione. Ai giudicenti, ha continuato Cordero (*Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, 361), ripugna svelare al pubblico gli *arcana iustitiæ* e, finché è possibile, essi li occultano; e quando si vengono a trovare nella necessità di dire qualcosa, tendono all'esoterismo elusivo".

Meno incomprensibile – se comprensibile – sarebbe stata qui una decisione di rigetto. Si sarebbe preso atto che il diverso trattamento di situazioni identiche (quelle di soci, peraltro fratelli o affini, nella 'impresa mafiosa') è *ragione* inversa dell'*unicuique suum*; forse si sarebbe colta l'occasione per riflettere – così – sulla idea aristotelico-tomistica "*inter omnes virtutes iustitia præcellit*" (TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiæ*, I-II, 66, 4); e si sarebbe percepito anche il pessimismo di chi, in esito a una fine analisi storico-filosofica, con l'occhio tutto attento alla realtà del presente, ha saputo conferire senso pieno alla idea di una "giustizia bendata" (PROSPERI, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, 2008).

4. Compito arduo, così, quello della attuale istituzione-giustizia. Giusta solo se, oltre che attenta a tutto – 'senza benda sugli occhi' – sia anche acuta. Tanto più che, come ha avvertito Ottfried Höffe (*Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Rect un Staat*, Francoforte, 1987, trad. it., *Giustizia politica*, Bologna, 1995, 27), la *giustizia politica*, specie nel momento presente, si pone come *fondativa* rispetto alla *giustizia giuridica*. E ciò a *differenza* di quanto – a partire da Aristotele – ha costituito la grammatica stessa della giustizia: il cui compito era solo di assegnare e garantire a cia-

scuno il suo. Mentre spetta oggi alla giustizia – ed è giusto perciò pretenderlo – che non sia cieca: come è invece della immagine della ‘fortuna’.

Sovereign Virtue ha avvertito così Dworkin dover essere *nel presente* la giustizia (*Virtù sovrana. Teoria dell’uguaglianza*, trad. it., Milano, 2002, *passim*); la quale deve attrarre la tanto ampia e diversificata problematica che le sta intorno nell’ambito della *razionalità* (o, come è sembrato esser meglio, della *ragionevolezza*), sottraendola alla *emotività*; e neutralizzare d’altra parte i *fattori della diversificazione*. Tenendo quindi il conto del ‘suo’ operato, che è di *responsabilità* delle scelte compiute.

Quale – allora – *l’ideale politico* al quale deve ispirare la propria opera chi deve amministrare la giustizia? Il *liberista* (di Nozich), o il *liberale* (di Rawls, o di Dworkin), oppure l’*utilitarista* (di Hare), il *marxista* (di Cohen, o di Roemer), o invece il *comunista* (di Sandel, di Taylor, di MacIntyre, di Walzer), e via di seguito?

Una *concezione politica della giustizia* non potrebbe di sicuro sottrarsi al dovere di indicare quali valori, cioè quali beni fondamentali la società politica preferita dovrebbe, e potrebbe perseguire. E qui l’analisi condurrebbe a constatare come il denominatore comune, in linea d’altronde – in Italia – con la Costituzione vigente (e *rigida*), dovrebbe restare collocato sull’asse *libertà-uguaglianza*. Il quale tuttavia sarebbe insufficiente rispetto, ad es., alla tutela delle così diversificate situazioni delle persone nell’ambito della famiglia; o al rapporto dell’uomo: con le generazioni future, o con gli animali, o con la natura in genere; o dello stesso trattamento delle ragioni dei singoli nell’ambito della giustizia sovranazionale o internazionale.

Una *concezione politica della giustizia* (a cui talora è fatto riferimento con inadeguata consapevolezza dell’impegno richiesto) esige dunque – senza esitazioni, infingimenti, circonlocuzioni; da parte di tutte le autorità – *il rispetto dei diritti inviolabili dell’uomo*. “Diritti che, ha tenuto a ribadire ancora Dworkin, vanno presi sul serio”: più ancora in un

ordinamento *democratico costituzionale*: in cui qualunque organo di giustizia è tenuto al *reddere rationem* – quanto a *ragionevolezza, adeguatezza, e congruenza* della propria decisione – al popolo; il quale deve poi poter ritenere, così, soddisfatto il *diritto* “di ciascuno e di tutti a una *giustizia realmente giusta*” (BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, 1992, 45, 255 ss.). Ed è proprio per questo che “la manifesta infondatezza dei motivi”, quale causa di inammissibilità del ricorso per cassazione (art. 606, 3° comma, c.p.p.), specie quando non ritenuta *in iudicio*, o *senza un’adeguata motivazione, suscettibile di effettivo controllo*, non può non destare una serie di riserve circa la compatibilità del presupposto di una simile *sanzione processuale*: anzitutto con “il diritto di difesa, inviolabile (art. 24 Cost.) in ogni stato e grado del procedimento”.

Una realtà questa tanto più inquietante, e deprecabile perché – in riferimento alle misure di prevenzione (per le quali è stata ritenuta non applicabile, “*senza un giudizio di rispondenza alla Costituzione*”, anche la norma dell’art. 127 c.p.p.) – motivi deducibili col ricorso per cassazione debbono essere *solo* quelli attinenti alla *violazione di legge* (art. 3 *ter*, 2° comma, l. n. 575/1965). Cosicché “motivazione censurabile può esser *solo* quella che risulti priva dei *requisiti minimi* di [...] logicità: al punto da dimostrarsi *solo* apparente, o del tutto inidonea a render comprensibile il filo logico seguito dal giudice di merito; o quella le cui linee argomentative siano talmente sordinate da far apparire oscure le ragioni alla base della misura applicata” (C., Sez. , 21 gennaio 1999, Barbangelo, in *Mass. uff.*, 212946), sia pure con qualche superflua variante, costantemente ripetuta). Una realtà questa, che si segnala per gli *anni-luce* di distanza da uno *Stato costituzionale di diritto*, quale ambisce [!] ad esser considerato – dato che dovrebbe esserlo, per la legge fondamentale – lo Stato italiano.

Gli stessi giudici della Consulta sono stati – quasi in ogni occasione – refrattari a verifiche della legittimità costituzionale di norme attinenti alla prevenzione criminale in gene-

re, e alla legislazione antimafia in particolare: per motivi intuibili sul piano della sicurezza; ma che non hanno certo accreditato di credibilità lo *Stato costituzionale*.

Ora, quello della prevenzione criminale e delle relative misure non è un sistema – al pari di quello della responsabilità penale, e delle pene – garantito dalla stretta legalità. E pertanto, e in modo non indifferente, esso è influenzato dalla realtà etico-sociale del particolare luogo e momento, e dalla stessa sensibilità alle varie ragioni della sicurezza sociale: in relazione all'offensiva della criminalità più o meno agguerrita od organizzata.

La *discrezionalità* (nella determinazione dei soggetti; in termini e modi di giudizio e, meglio ribadirlo, nelle garanzie non identiche a quelle del processo di definizione della responsabilità penale) e poi, l'indifferenza a ogni funzione di emenda costituiscono dunque momenti di *seria* inquietudine. Che, al di là dello stesso dato normativo (statutario od ordinario), ogni magistrato *dovrebbe* avvertire; e che, per ragione della certezza e della giustizia che nell'esercizio della propria funzione è chiamato a rispettare e a garantire, egli dovrebbe contenere entro i limiti dell'indispensabile ai fini della sicurezza collettiva. Solo che il *formalismo* – nell'etica, come nel diritto – quando si è annidato nel pensiero, specie di chi è chiamato ad amministrare la giustizia, diviene un fattore costante di grave turbamento dell'azione; e a risentirne è il sistema delle garanzie che, se già traballante – come è attualmente delle misure di prevenzione – finisce addirittura per scadere, quando utilizza le vie di *fuga dalla responsabilità* che, proprio per questo, sono state denunciate dalla più attenta 'filosofia dell'esistenza' (il riferimento è ad JONAS, "Prinzip Verantwortung" und die Frage nach einer Ethik für das wissenschaftliche Zeitalter, Frankfurt am Main - New York, 1988). Secondo cui, poi, l'altra terribile insidia è costituita dall'"*apodittico*, che rappresenta davvero il più triste destino per la cultura occidentale [...] e per il quale l'essere si rivela nascondendosi" (HEIDEGGER, *Lettera sull'umanesimo*, trad. it., Milano, 1995, 9).

5. Quella qui in diorama si potrebbe inscrivere nell'ormai amplissimo novero delle inammissibilità che vengono ritenute dalla Cassazione, specie ora che *ad hoc* è stata creata la sua VII sezione. Le ordinanze di inammissibilità che dunque vengono emesse *a getto continuo* riducono, è vero, la pendenza dei ricorsi (un fine, certo da perseguire; ma con interventi in diversi luoghi del processo); inducono tuttavia a cupe riflessioni sulla *iurisdictio* come (*ex art. 2907 c.c.*) "tutela giurisdizionale dei diritti": per la salvaguardia della persona dall'arbitrio, in un sistema peraltro di *checks and balances*, in cui mai dovrebbe venir meno il *diritto dell'argomentazione*, che è poi *diritto di difesa*.

Da decenni ormai anche in Italia è aperta la discussione circa il *Richterrecht* (si parla infatti di un '*diritto giudiziale che concretizza la legge*; o che è *suppletivo*, o *concorrente*, o *correttivo della legge*) (ORRÙ, *Richterrecht*, Milano, 1983, *passim*), il quale in definitiva sta nel prendere atto della pluralità delle fonti di norme generali: "unificate d'altronde – tutte e sempre – dalla legislazione, e con essa in continuità e compatibilità" (ORRÙ, 62); anche se talvolta si finisce per lasciare in qualche misura insoddisfatto il fondamentale bisogno di *certezza del diritto*; la quale deve risiedere sì nel *verbum legis* ma, non meno, nella *calcolabilità* della decisione che in relazione alla *res in iudicium deducta* sarà quasi sicuramente adottata dal giudice. A scadere, altrimenti: a giusta ragione, sarebbe la fiducia nella istituzione-giustizia; alla cui affidabilità non contribuiscono certo *les prononcés tranchantes*, di inammissibilità.

In materia di prevenzione criminale specie patrimoniale, poi, la falcidia di ricorsi per inammissibilità pare aver ormai raggiunto livelli di guardia. La ricorribilità dei relativi decreti: per violazione di legge soltanto, rappresenta del resto un limite che – soprattutto in riferimento alla motivazione – lascia al giudice il *più ampio* potere discrezionale.

Viene *ossessivamente* ripetuto (si è già ricordato) che ad assumere rilevanza così è "la mancanza o apparenza della motivazione, o la illogicità manifesta della medesima"; il che

dovrebbe lasciar fondatamente supporre in opera qui il governo della *legge di ragione*. E invece, la linea di separazione tra la *ragion critica* e il *fatto*, che – certo (per *dover essere*, il secondo, il termine di riferimento, anzi l'oggetto stesso della verifica logica) – non è poi così labile: come di contro è dato spesso trovare affermato (ma non dimostrato!) nelle sentenze, permette alla Corte di *asserire ...essere* la critica 'in fatto', e dall'«asserto» (*Roma ... locuta est! ...!*) *far discendere* la inammissibilità del ricorso.

Nella riportata pronuncia il ritrovato confutativo appena indicato non si sarebbe prestato al meglio; e di qui (*par delà [du respect] de l'adversaire*) la *in artem simulandi facietiarum eruptio*. Soltanto che il motivo di ricorso era qui limitato all'inadempimento del l'obbligo, da parte della Corte del rinvio, di uniformarsi al *decisum* della Cassazione; e dunque l'ostacolo, che invano si è cercato di aggirare, è stato eclissato ... *ex auctoritate*.

6. La riportata sentenza meriterebbe certo una *conferma di esattezza* (sul piano della *Wissenschaftphilosophie*; del *Concept of Law*, di Hart): del sussistere, *in re*, dei presupposti per l'inammissibilità del proposto ricorso: a causa dei motivi "manifestamente", cioè (come si legge in uno dei più diffusi dizionari della lingua italiana) "con *tutta* chiarezza ed evidenza" infondati. Si sarebbe dovuto dunque trovare qui *in action* un "uso *epistemico* della argomentazione, quindi un *lineare* itinerario logico-deduttivo che fosse stato realmente in grado di collegare l'*explanans* con l'*explandandum*: [...] pur con la consapevolezza del carattere *doxastico, congetturale* di ogni conclusione: atteso il risultato – ineffabile – della *certezza e verità*" (HEMPEL, *Aspects of Scientific Explanation and Other Essays in the Philosophy of Science*, New York, 1965, trad. it. Gargani, *Aspetti della spiegazione scientifica*, Milano, 1986). La infondatezza – manifesta: netta, *ictu oculi* – dei motivi sarebbe dovuta emergere, dunque, da una valutazione – immediata quanto sicura – di inconsistenza logica (sul piano della legittimità) dei rilievi critici: in relazione all'oggetto della critica. E qui, da mettere a

fuoco sarebbe stata certo sì la lentezza della legittimità, ma *unicamente* sull'inadempimento del *devolutum*: perché i rilievi critici sarebbero stati da appuntare sulla *omissione* in cui sarebbe incorsa la Corte di merito, alla quale la Cassazione aveva deferito il compito di accertare *non più* che il 'quando' l'impresa era divenuta 'mafiosa'.

Ora, la critica che è nel ricorso *non* avrebbe investito sicuramente la *fonte* a cui la Corte di merito ha attinto per la determinazione temporale ad essa devoluta. Sarebbe stata (non soltanto contro il proprio interesse, ma anche) superflua una simile critica: perché *unica fonte* cui attingere per l'accertamento rimesso dalla Cassazione – nell'un caso come nell'altro – sarebbe stata la sentenza relativa alla responsabilità penale.

Nulla quaestio perciò su questo punto. E *inutile*, quindi, il così intenso richiamo alla *necessaria autonomia* del giudizio di prevenzione rispetto a quello di responsabilità penale. Il solo rilievo critico (che non sarebbe dovuto sfuggire alla Cassazione) era che la Corte della prevenzione (che si era riferita per il fatto alla sentenza relativa alla responsabilità penale) neanche questa volta (come già nel decreto annullato) avesse indicato le ragioni per le quali – in riferimento alla *medesima* società, *et ceteris paribus* – per due dei tre soci avesse individuato un *terminus a quo* della contaminazione mafiosa dell'impresa, e per il *restante socio* (peraltro meno gravato di responsabilità) un *momento diverso, e antecedente*. E – neanche a doverlo constatare – proprio questa lapalissiana quanto incomprensibile incoerenza aveva determinato l'annullamento con rinvio.

Le coordinate – come nel *principium iuris* dettate dalla Corte regolatrice – *coassiali*: perché destinate a ruotare sul *medesimo asse anche temporale* della impresa mafiosa, non avrebbero certo, in alcun modo potuto consentire di spezzare il *cardine* quanto a uno dei soci: atteso l'*unum compositum*, di *persone, capitale, e patrimonio* societario. A meno, si capisce, di non rinnegare la pur tanto discutibile idea di *impresa mafiosa*, che qui *sine cunctatione* è stata ricevuta, in entrambe le

pronunce della Cassazione (C, Sez. I, 27.6.2007, Di Marzo, inedita, ha ritenuto potersi configurare non solo la 'impresa mafiosa' ma, addirittura, il 'gruppo societario mafioso').

Neanche la hegeliana *astuzia della ragione* sarebbe stata dunque in grado di conferire, nell'occasione, qui un volto di *ragione* – e perciò anche di *diritto* – alla invocata *autonomia* del giudizio di prevenzione come premessa di una determinazione di inammissibilità del ricorso per manifesta infondatezza dei motivi: per la *sicura ragione* che al processo e al giudizio di responsabilità si era già reso indispensabile attingere per le misure di prevenzione adottate nei confronti degli altri due (fratello e cognato) soci nell'impresa collettiva colonizzata dalla mafia sopraffattrice. La stessa *ratio æquationis* quindi non avrebbe potuto non imporre, in questo caso, di adeguare le premesse del giudizio di prevenzione a quelle del giudizio di responsabilità.

Si rem recte, restricte rigideque conside[ra]res – attesa nel caso la *devolutio materiæ* (l'accertamento del dato di fatto, pur chiaro nella sentenza relativa alla responsabilità penale, avrebbe però potuto richiedere più approfondite indagini: dato che la Corte di merito [col decreto poi annullato] aveva deciso di dover riportare all'indietro di *anni*, e per un solo socio il contagio mafioso dell'impresa societaria); e considerato d'altro lato (*ex art. 627 c.p.p.*) l'obbligo di conformarsi – la inammissibilità del ricorso che, quale severa sanzione processuale, richiede il sussistere di un presupposto (illecito, più che illegittimo), si sarebbe dovuta riconoscere qui sicuramente priva di base.

7. *Saisissante de la même, ici, l'idée-issuè* del presupposto della inammissibilità nella "richiesta di sindacato di legittimità prospettata sotto l'apparente deduzione di vizi del la decisione relativi a violazione di legge; a inesistenza, o apparenza della motivazione".

La sentenza – la cui *dignità* è nella stessa *autorità* del giudizio: non certo radicato in momenti soggettivo-ipotetici – presenta con l'espressione riportata i propri limiti netti.

L'«apparenza» – osservò con la consueta nitidezza di pensiero Carnelutti (*Limiti del rilievo dell'error in iudicando in cassazione*, in *Studi di diritto processuale*, I, Padova, 1925, 388 ss.): "siccome deve trarre a *evidenza* quello che evidente non è, e richiede una indicazione precisa e puntuale circa il *non apparente, sottostante, reale* che è contenuto nell'atto o nel fatto (altrimenti, se non una insinuazione, resterebbe nulla più che una *vox fatua*)" – avrebbe richiesto qui, come in ogni prova di simulazione, momenti sicuri di verità: tali, nella sostanza, da lasciar vedere così scoperta la realtà. E la motivazione – soggiunse poi Calamandrei (*Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 664 ss.) – non è che la razionalizzazione del potere: del cui esercizio il giudice deve render conto al popolo: in nome del quale la giustizia è amministrata (art. 101 Cost.). Sarebbe stato indispensabile, così (*ratione rationis ac iuris*), puntualizzare i termini dell'apparenza. La quale, ha precisato la fenomenologia, "è ciò che esiste solo tattilmente e cinesteticamente, [...] mentre l'«invisibile» emerge nitido, nella filigrana del «visibile», come una essenza dotata di un proprio spessore [...] che ne è *le sens, la membrure*" (MERLEAU-PONTY, *Le visible et l'invisible*, Paris, 1964, trad. it., Milano, 1969, 101 ss.).

Come allora, la Cassazione, si è potuta lasciar andare alla riportata *affermazione*? Per la scorciatoia, del *giudizio apodittico*; o per le modalità del *giudizio assertorio*; o per le non superate difficoltà nelle *doverose* indicazioni dei fatti e delle corrispondenti qualificazioni, o negli altrettanto *doverosi* passaggi logici di un *giudizio giuridico*?

La mancanza di riscontri legittimerebbe qui il *credo quia absurdum*, di Tertulliano.

Se non fosse che la *ragion pura* kantiana consentirebbe, forse, un approccio più valido: della «*apparenza* quale mezzo idoneo ad asserire, con una tal quale verosimiglianza, tutto quel che si vuole» (KANT, *Critica della ragion pura*, trad. it., Milano, 2004, 180 s.). Un asserto che finirebbe in realtà per suggerire una richiesta di aiuto alla *pazienza*. Alla quale però, poi, neanche il *paradosso retori-*

co, del poeta (LEOPARDI, *Zibaldone*, 112, 3: “La pazienza è la più eroica delle virtù giuste perché non ha nessuna apparenza di eroico”), consentirebbe di vedere acquietata la comprensibile *risentita* inquietudine del giurista. La inammissibilità di una impugnazione per la manifesta infondatezza dei motivi rappresenta invero, quasi tutte le volte (come pare per il caso in esame), *une sortie autant tranchante aussi que agaçante*: in modo non diverso dalla pascaliana giustificazione della forza. A nessuno, neanche al giudice, è dato infatti qualificare un rilievo critico *infondato*, senza averlo potuto dimostrare tale. E ancor più se la infondatezza è detta *manifesta*. E che dire – *aldilà del bene e del male* – di una simulazione non provata?

Capita talvolta di constatare – con von Jhering – che le pronunce della Cassazione assumono il tono dei *iudicia Dei* (VON JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, trad. it., Firenze, 1953, 413): dacché, invece, per “la razionalizzazione del potere: in una adeguata motivazione” sarebbero sufficienti “parole poche, chiare, e semplici”: come suggerite da Beccaria per il linguaggio delle leggi (*Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764). La “funzione garantista del giudicato” (CORDEIRO, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, 197) si apprezza invero nella ‘serenità’ del giudizio: al quale spetta dimostrarsi privo di momenti elusivi (TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1976, 93), e collocarsi al riparo dalla c.d. fallacia mentalistica [RYLE, *The Concept of Mind*, London, 197, trad. it., *Lo spirito come comportamento*, Torino (ora, Bari, 1982), 1955, 124].

8. La logica del giudizio nella sentenza esaminata – il cui oggetto (meglio ricordarlo): una pronuncia di inammissibilità del ricorso avverso una decisione che (ex art. 627, 3° comma, c.p.p.) non si sarebbe uniformata al *principium iuris* del rinvio – avrebbe richiesto una *ragion critica* (di *falsificazione*) rigorosa, assai più consistente di quella che si è potuta apprezzare sul campo: per potersi quindi ritrovare in un *sapere* derivato da criteri di interpretazione dei dati empirici, determinati in base a un *metodo gnoseologico-*

critico: il solo realmente da controllare in sede di legittimità (non a caso il grado più elevato).

Non “parole di colore oscuro”, scritte “al sommo della porta” dell’inferno (come quelle ‘volute’ dall’ALIGHIERI, *Inferno*, III, 9), tuttavia. Chiare anzi, le cadenze del *decisum*: circa la *sanzione di inammissibilità*. Per la quale, però, l’*ars critica* risulta essersi inceppata: in un disordine (*neanche utile*, pare, a chi avrebbe voluto poterlo considerare giovevole) tra esiti processuali, di responsabilità penale e di prevenzione: tanto da essere stata necessaria una *derivata esplicativa autentica* (“si intende dire”), quando il momento da individuare: di natura esclusivamente cronologica, avrebbe potuto trovare soluzione in una coppia alternativa presente nella sentenza penale *soltanto*; e che la Corte di legittimità non aveva potuto compiere: per la necessità di valutazioni di merito comparativo. Avrebbe avuto un senso, la inammissibilità, quando fosse stato incentrato, il ricorso, sul *merito*: altrove dedotto o che sarebbe stato da portare in valutazione – e non sul *metro*, cioè sul *criterio* di valutazione. Mentre qui i rilievi hanno avuto – non avrebbero infatti potuto che avere riguardo al *criterio logico-selettivo* utilizzato dal giudice della rimessione: non escluso il *tertium comparationis*, per le ragioni già poste in risalto.

La sentenza criticata, dunque – atteso il campo di materia, e il momento conoscitivo nel quale si è iscritto il giudizio – parrebbe da collocare fra quelle che Günter Jacobs avrebbe riferito al ‘diritto penale del nemico’ (su cui non pare superfluo richiamare il nostro contributo: *Il diritto penale del nemico, e le misure di prevenzione in Italia: a sessant’anni dalla Costituzione*, in GP, 2008, II, 193 ss.). La motivazione infatti si direbbe aver tratto qui ispirazione dalla *Teologia politica* di Carl Schmitt (*Politische Theologie: vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, Berlin, 2004): atteso che “l’incedere del discorso è tutto nettamente incardinato e coordinato sulla prassi giuridica corrente” (*Begriff des Politischen*, trad. it., in *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, 93 s.). Solo che l’acuto

Giurista di Plettenberg non intese accettare mai, quindi includere tra le proprie premesse, la legge francese di *pratile* del 1794: perché tenne sempre ad affermare “il valore del diritto come forma di *razionalità umana* destinata a conferire effettivo ordine al reale”: senza negare, da un’altra parte, che “il potere è, [...] prima di tutto, *ragione* di controllo sullo *stato di eccezione*; e che colui il quale è riuscito ad approntare i mezzi appropriati per governare tale stato ha poi, per ciò stesso, il vero controllo dello Stato: specie per quel che attiene alla effettività dei diritti dei soggetti. E quindi anche se [...] deve esser sempre il *Lebensrecht* [il diritto del popolo all’esistenza] a costituire – con la *Führung* – la base di ogni legge, e perciò di qualunque sentenza” (*Die Diktatur*, Berlin, 1921, 28). Ora, la *terribile* lezione della cultura appena richiamata (sulla quale non sono certo mancate le considerazioni di ampio respiro) non avrebbe potuto non dischiudere nuovi orizzonti alla riflessione giuridica; e avrebbe dovuto addestrare la mente a resistere ai conformismi della società che fa dello *stato di pericolo sociale* il motivo per tacitare il più delle volte *la voce della coscienza*, mentre quest’ultima continua a ingiungere a ciascuno di assumere piena la responsabilità dell’agire in modo consapevole, e netto.

La *coscienza infelice* della *civitas* hobbesiana, così, non resterebbe sopravanzata dallo *jus publicum europæum* di Carl Schmitt, e lo sarebbe invece dall’illuminismo kantiano. Solo che il *senso vero del diritto* – come insegnò secoli orsono Giambattista Vico – sta nel senso di *umanità proporzione e certezza*, che è a connotare il *verum ipsum factum*. Divenuto *certum*, l’appena indicato senso si dovrebbe poi trasfondere in un operativi smo epistemologico, il che verrebbe ad acquisire un netto significato antropologico (FASSÒ, *Vico e Grozio*, Napoli, 1971, 68 ss.).

Una recente vicenda (che ha destato in chiunque profonda inquietudine) ha visto ancora una volta la Cassazione emettere una sentenza di inammissibilità dell’impugnazione del competente Procuratore generale della Repubblica, “per difetto di legitti-

mazione: dato che il caso riguarda[va] il diritto personalissimo di rifiuto di trattamenti medici” (C., S.U., 11.11.2008, n. 27145).

Ora, la dottrina – atteso che l’ordinamento italiano non ha abrogato le norme degli artt. 579 e 580 c.p. (l’omicidio del consenziente, e l’istigazione o l’aiuto al suicidio) – ha obiettato che quello compiuto ha costituito non un “atto di giurisdizione (di *ius dicere*), ma di sovranità (di *ius facere*)”. E denunciata quindi una serie di “slealtà giuridiche”, si è infine domandata se un ‘testamento biologico’ – in un ordinamento rispettoso della dignità della persona, e per un diritto giurisprudenziale in linea con la Costituzione – possa registrare garanzie minori di quelle spettanti a un ‘testamento patrimoniale’ (MANTOVANI, *Caso Eluana Englaro e slealtà giuridiche*, in *www.scienzaevitafirenze.it*, 11.1.2009).

L’inammissibilità, in questo caso, potrebbe aver rappresentato un *commodus discussus* in relazione a una ‘decisione difficile’: se non dovesse anche qui aleggiare il sospetto dell’«*homo totalitarius* nella *folla solitaria* della *mass society*, [...] nella quale poi si viene a scoprire l’assenza della stessa percezione di sé, e pertanto della effettiva capacità di distinguere l’*esatto* dall’*errore*, il *giusto* dall’*ingiusto*» (DI SALVATORE, *L’interesse come ‘metaxú’ e ‘praxis’. Assonanze e dissonanze tra Simone Weil e Hannah Arendt*, Torino, 2006, 185).

9. L’Istituzione-giustizia, non sempre capace per vari motivi di realizzare i propri fini, talvolta (pur nell’evidenza di disparità, deviazioni, o incongruenze) finisce – può capitare anche al giudice di incorrere in *aberratio* – per colpire il soggetto debole, già vittima della mafia (come sarebbe accaduto nel caso di cui alla riportata sentenza) o di altre espressioni di forza della società massificata contemporanea; e si rende così persino complice, se non addirittura moltiplicatore della violenza.

L’«Anti-Stato» (BOBBIO, *Nel labirinto dell’Anti-Stato, in Terza pagina*, La Stampa, Torino, 1990, 44 ss.) – che, da sagace imprenditore del crimine, dispone già di numerosi e diffusi, concreti e utili (perché tempestivi)

sensori – sa subito a chi, come, dove, e quando creare situazioni di disagio, o di rischio, o di concreto pericolo, o anche di danno. Riesce quindi a inserirsi senza ostacoli e immediatamente nel mercato, e a speculare pertanto a dovere sullo scontento delle persone. Così, da industria che sa e vuol vendere protezione e fiducia, una volta rotto l'equilibrio degli scambi, con le sue minacce e prevaricazioni, o protezioni o collusioni o corruzioni si incarica di creare, e poi mantenere le premesse per il controllo dell'economia e del territorio.

La confisca di ingenti, notevoli, modesti patrimoni mafiosi ha costituito, è vero, l'arma più efficace contro la potenza economica della mafia: perché ne ha intaccato la capacità operativa ed espansiva. La misura di prevenzione patrimoniale, tuttavia (superfluo ribadire la capacità della mafia di mimetizzarsi), il più delle volte è stata sventata dai mafiosi e dai loro parenti diretti: cui non sono certo mancati i prestanome compiacenti per la intestazione di beni suscettibili di sequestro, per la successiva confisca.

La “perdita della roba” che – però – troppe volte ha costituito l'esito di accertamenti non rispondenti a realtà: prevenuti, frettolosi, confusi, e poi omologati dal giudice di legittimità (in termini di palese condiscendenza), ha determinato reazioni che non sempre si sono limitate al solo “insuperabile sgomento e pianto per il ritorno alla povertà”.

Ha rappresentato una costante della ‘denegata giustizia’ lo scatenare effetti perversi. Per *logica* invece – che (hanno avvertito gli antichi: “ad evitar le fallacie”) è *prescrittiva*, e non *descrittiva* – anche gli strumenti giuridici, perciò anche quelli della prevenzione criminale, vanno sempre tenuti nella connessione necessaria ai *giusti* effetti desiderati, e non a quelli indesiderati, o indesiderabili”. La ragione della *logica*, non la *retorica* (il grido più forte) della ‘paura’, deve sempre governare anche la prevenzione criminale.

10. Potrà non essere – la *salus publica suprema lex*, che si avverte aleggiare in tante pronunce della Cassazione relative alla prevenzione delittuosa – comprensibile portato del

sentimento di apprensione e di paura che si associa alle attuali assidue minacce alla sicurezza di qualunque persona. L'intelligenza di Hobbes non aveva mancato tutta via di avvertire che “tra gli uomini privi di governo (*masterless*) c'è l'*homo homini lupus*, cioè l'uomo del conflitto contro il suo simile” (*Leviathan*, XXI); e Luhmann da parte sua ha puntualizzato che “è la *società complessa* a indurre essa stessa il sovraccarico di insicurezza” (*Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, trad. it., Bologna, 1990, 113). Fatto è, comunque, che alla ‘precarizzazione’ delle varie condizioni di lavoro, e anche dei diversi *status* delle persone: con le conseguenti e crescenti disuguaglianze, ha fatto seguito il *Lebensrisiko*; da cui sarebbe poi scaturito il così netto, allarmante passaggio “dallo *stato sociale* allo *stato penale*” (VACQUANT, *Les prisons de la misère*, Paris, 1999, trad. it., Guareschi, *Parola d'ordine tolleranza zero*, Milano, 2000, *passim*).

Per questo al *fondamentale diritto alla sicurezza* si è ora ritenuto di dover riservare “la *primauté du droit: étant donné que seulement au deuxième étage peut être la garantie du droit*” (RICOEUR, *Le Juste* 2, Paris, 2001, 36). Così, il *garantismo penale* (FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2002, 81 ss.) – che nel passato anche recente era invocato *in primis et ante omnia*: in una *realtà civile* della pena e dei suoi presupposti – verrebbe a essere riposto – ora – fra le ‘anticaglie penalistiche’: atteso che indispensabile si rivelebbe chiaramente la *Sicherungsverwahrung*, quindi il ‘diritto penale del nemico’ [DONINI-PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007].

La c.d. *società del rischio* avrebbe spostato dunque all'indietro le soglie della paura. Non più al sorgere del fondato timore del *probabile* verificarsi di un evento dannoso si troverebbe infatti collocato – ora – il *timer* del doversi attivare l'intervento del diritto, bensì a un momento anteriore: al nascere del *sospetto* (col conseguente stato di *ansia*) di un *possibile evento indesiderato*. Il rischio, attese le attuali coordinate di inaffidabilità

pressoché collettiva, avrebbe avuto concrete ragioni per dismettere il suo connotato di *dannosità effettiva*, e per assumere le sembianze di una non remota *possibile avversità*: collegata alla stessa organizzazione sociale (*culpa ante delictum*), ovvero alla realizzazione di atti preparatori a un fatto delittuoso (*dolus ante delictum*).

“È stata “la stessa mutata realtà del mondo a ingenerare tanto timore, ha osservato Günther Jacobs; secondo il quale [...] ci si sarebbe venuti a trovare così di fronte a esigenze che avrebbero dato luogo: a un *diritto penale per il cittadino* [cioè per ...quasi tutti gli uomini], quindi funzionale al mantenimento della norma penale vigente; e [per altro verso] a un *diritto penale per il nemico*: nei confronti del quale – trattandosi appunto di un ‘nemico’ – avrebbe dovuto essere utilizzata la coazione fisica soltanto, ... sino alla guerra. Ci si troverebbe dunque ora – è stata la conclusione – di fronte a un diritto penale la cui funzione sarebbe di contrastare i tanti e differenti pericoli” (*Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in DONINI-PAPA, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 6).

Le droit pénal de l'efficacité – si deve dire! Il quale trarrebbe *validità* dalla *efficacia*. Che se poi – si deve aggiungere –, da *diritto penale del sospetto* diventasse *diritto penale dell'autore*, non annullerebbe – è da domandarsi, e senza esitazione – *il diritto penale della libertà e dell'uguaglianza*: di una “repubblica democratica, che riconosce e garantisce i diritti fondamentali” (art. 2 Cost.), vale a dire i beni giuridici dell'uomo?

Soltanto di recente in Italia il *diritto penale del nemico* si è posto all'attenzione critica della dottrina; la cui sensibilità – acuita dalle così diversificate riflessioni sulla proposta nuova dimensione del diritto penale: in riferimento ai valori illuministici, di tutela di interessi – ha finito per investire le credenziali del *diritto della prevenzione criminale*. Le cui norme, sia recenti che più risalenti, hanno dovuto affrontare vari *tests* di tollerabilità da parte di una Costituzione: che ha riconosciuto sì le *misure di sicurezza*, non

anche – però – le *misure di prevenzione*; che è impostata su un *diritto penale oggettivo*, ed improntata alla *pari dignità sociale delle persone*; è aperta alla capacità del colpevole di un reato di *rieducarsi*: per reinserirsi nella comunità di persone da cui fu estromesso per effetto della condanna e della pena; ma non ha previsto in modo espresso la capacità della persona socialmente pericolosa di affrancarsi dallo stigma del *criminale*.

L'offensiva della mafia e delle altre associazioni criminali: dedite al narcotraffico, al riciclaggio, degli altri grandi traffici illeciti interni e internazionali non avrebbe potuto non essere impedita o contrastata con misure preventive e repressive adeguate: senza confusioni, però, o sovrapposizioni, o incomprensibili accelerazioni o rallentamenti.

L'orizzonte normativo comunque deve essere sempre tracciato dalla Costituzione; alla quale del resto, nel processo, deve essere riportato, e rapportato ogni atto del giudice.

11. La prevenzione criminale – nella giustizia italiana attuale – si segnala connotata, come è a conoscenza di tutti, da una serie di ‘stati di eccezione’; che lasciano considerare le *garanzie dello Stato costituzionale* come momenti così lontani da evocare una nietzscheana *nostalgie*. È il *diritto alla sicurezza*, si è soliti ribadire, a dover essere privilegiato dallo Stato; la cui *politica criminale* – improntata a fermezza – non può che essere indirizzata a fronteggiare l'offensiva costante di una criminalità dura, sanguinaria, organizzata, diffusa. E non manca chi vien ripetendo – e non solo nella stampa di occasione – che ormai il diritto penale è *soltanto* la *Magna Charta* del criminale; e che il relativo processo null'altro è che un baconiano *idolum theatri*: un sistema di lungaggini e di inefficienze: espressione di una giustizia penale *dannosa*, perché *soltanto costosa*.

In realtà, l'*efficienza ad ogni costo* – di una politica criminale a *tolleranza zero* – pare costituire l'*incipit* di ogni programma di *Stato di prevenzione* che intenda rispondere all'esigenza di sicurezza pubblica come fondamentale ed effettiva tutela del cittadino, il quale – ormai tutti i giorni – viene a trovarsi

nella condizione di dover domandare allo Stato una “giustizia immediata, energica, intransigente, severa”.

Criminalità sfrontata e spietata, senso diffuso di paura, esigenza di sicurezza, di tutela pronta ed effettiva conducono a un diritto della prevenzione criminale si può dire *a una sola dimensione*: come un autentico *corpo estraneo* in un *ordo iuris* che – nel processo – assume il volto sfigurato di una *praxis inquisitoria* nella quale: nei gradi di merito, gli interventi di cosmesi accusatoria hanno potuto “*d’une façon ou d’une autre abîmer le portrait*”, mentre in sede di legittimità il controllo giurisdizionale si trova talora scaduto a lustra: dato che – come viene costantemente ripetuto – “quanto alle misure di prevenzione le censure che possono esser dedotte col ricorso per cassazione debbono restar limitate alla violazione di legge” (C., Sez. I,

21.1.1999, Barbangelo, cit.). La legge della ragione – la kantiana *ragion critica* – si vorrebbe così superata dalla ragione della legge.

Un sofisma, forse superato nel numero dalle pronunce di inammissibilità. Fra i cui tanti pregi vi è anche quello di poter affermare che le ragioni degli Altri, quand’anche dovessero sussistere: o *sono* di logica del fatto o, se da includere nello *spatium juris*, *sono* manifestamente infondate o, talvolta, *sono* persino capziose: come nel caso della sentenza riportata.

Quella della inammissibilità, così, è una via d’uscita: comoda per chi la utilizza; straziante per chi ne deve subire gli effetti: si presenta, avrebbe detto Franz Kafka, come “il lembo di un mantello liso che non riesce a nascondere una terribile falsa divinità” (*Die acht Oktavbäfte*, trad. it., *Quaderni in ottavo*, Milano, 1991, 77).

STUDI

L'equo processo europeo (sintesi di dottrina e giurisprudenza)

di Sandro Furfaro

(Scritto destinato al *Codice ipertestuale delle leggi penali speciali*,
a cura di Gaito e Ronco, Torino, 2009)

1. *Il diritto ad un equo processo: oggetto e scopo della norma; le limitazioni consentite.*

– La norma prevede il diritto al processo e definisce le caratteristiche che ogni processo deve avere per soddisfare l'esigenza imprescindibile di affermazione della dignità umana nell'ambito degli ordinamenti. Il «processo equo», infatti, «oltre a formare oggetto di uno specifico diritto fondamentale rappresenta una condizione essenziale per dare effettività agli altri diritti fondamentali» (così BALSAMO, *Contributo alla consultazione pubblica concernente l'istituzione dell'Agenzia dei diritti fondamentali*, Palermo, 17.12.2004, ora in *www.ec.europa.eu*).

La proposizione normativa è duplice: ogni persona ha diritto a promuovere un giudizio per la tutela dei propri diritti (reali o presunti); il processo non può svolgersi che a determinate condizioni, in considerazione del fatto che, come autorevolmente affermato, «le parti sono persone, cioè soggetti di doveri e di diritti; e stanno davanti al giudice non come sudditi, oggetti di suprema supremazia tenuti ad obbedire passivamente, ma come cittadini liberi e attivi che di fronte al giudice hanno non solo doveri da adempiere, ma anche diritti da far rispettare» (CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, 122).

«L'art. 6. par. 1, garantisce a ciascuno il diritto a che un tribunale esamini tutte le contestazioni relative ai suoi diritti e doveri» (C. eur., 9.10.1979, Airey c. Irlanda, § 22), per cui «l'effettività del diritto in esame richiede che un individuo goda della possibilità chiara e concreta di contestare un atto che violi i

suoi diritti» (C. eur., 4.12.1995, Bellet c. Francia, § 36). In conseguenza di ciò, non si può ritenere che «un grado di accesso al giudice limitato alla facoltà di proporre una questione preliminare sia sufficiente a garantire il *diritto ad un tribunale*, in base al principio della preminenza del diritto in una società democratica» (C. eur., 30.1.2003, Cordova c. Italia, §§ 52-53; C. eur., 20.4.2006, Patrono e altri c. Italia, § 56, entrambi in tema di incompatibilità della tutela della reputazione con l'immunità dei parlamentari). La nozione di equità, utilizzata anche nella rubrica dell'art. 6, «serve ad indicare la configurazione che deve possedere ogni processo per potersi definire effettivamente tale e non esserne soltanto un'apparenza» (UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Milano, II ed., 2009, 19). In relazione a ciò, è evidente che «equità» compone un concetto che nella norma sviluppa una serie di garanzie, le quali, a ben riflettere, vanno al di là di quelle enunciate dalla stessa norma. Queste, infatti, forniscono «un elenco con funzione meramente esemplificativa e specificatrice di quelli che devono essere i requisiti imprescindibili di un processo ... conforme alle prescrizioni di fonte internazionalistica sui diritti umani» (UBERTIS, *op. loc.*, cit.).

Si ha, allora, che il 1° comma stabilisce le caratteristiche che ogni processo deve avere per essere considerato «equo»; i commi 2° e 3° prevedono «gli specifici diritti riconosciuti all'accusato nel processo, affinché possa essere assicurata la buona amministrazione della giustizia che ... costituisce la ratio della disposizione in parola» (APRILE, *Diritto pro-*

cessuale penale europeo e internazionale, Padova, 2007, 171).

Effettività dei diritti fondamentali dell'uomo e buona amministrazione della giustizia sono espressioni che nell'interpretazione della norma in esame offerta dalla Corte europea assumono univocità di senso, risolvendosi quasi in una vera e propria sovrapposizione. Se, infatti, nel lessico comune (soprattutto italiano), l'espressione «buona amministrazione della giustizia» è quasi naturalmente correlata agli aspetti organizzativi (e, quindi, alle disfunzioni) della «macchina giudiziaria», tale prospettiva, nella decisioni della Corte europea, non costituisce che un aspetto del più ampio «diritto alla buona amministrazione della giustizia», nel quale la «funzione della giustizia» è un tutt'uno con la garanzia del rispetto dei diritti fondamentali e quindi della dignità umana.

Gli avverbi «equamente» e «pubblicamente», utilizzati nel § 1 dell'art. 6 unitamente all'espressione «entro un termine ragionevole», e il complesso dei diritti specifici di cui al § 3, prima di costituire il momento portante dell'equità di una procedura in corso, definiscono sinteticamente il diritto al processo come realizzazione della preminenza del diritto in quanto valore riconosciuto dalla coscienza collettiva. Cosicché, «il principio della preminenza del diritto e la nozione di processo equo, sanciti dall'art. 6 della Convenzione, fatte salve prevalenti necessità di interesse generale, si oppongono [infatti] all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia con lo scopo di influire sull'esito giudiziario di una controversia o di impedirla» (C. eur., Gr. Ch., 28.10.1999, Zielinski e alt. c. Francia, § 57; C. eur., Gr. Ch., 29.3.2006, Scordino c. Italia, § 126; C. eur., 22.10.1997, Papageorgiou c. Grecia, § 34).

Chiara la Corte europea, in proposito: «In una società democratica come intesa ai sensi della Convenzione, il diritto ad una buona amministrazione della giustizia occupa uno spazio così importante che un'interpretazione restrittiva dell'art. 6, § 1 non corrisponderebbe allo scopo e all'oggetto di tale di-

sposizione» (C. eur., 27.6.1968, Wemhoff c. Germania, § 8), per cui, rispetto all'art. 6, § 1, gli artt. 5, § 4 e 13 (relativi ad un ricorso effettivo, nel primo caso, in tema di controllo sulla libertà personale; nell'altro, sui diritti e le libertà riconosciute dalla CEDU) hanno carattere peculiare e non limitano la portata della norma in esame che, oltre a garantire l'accesso ad un giudice qualifica e definisce i limiti entro i quali la decisione è equa ed accettabile (C. eur., 21.2.1975, Golden c. Regno Unito, §§ 33-34).

«Certo, l'art. 6 non costringe gli Stati ad istituire corti d'appello o di cassazione. Nondimeno, uno Stato che si doti di giurisdizioni di simile natura ha l'obbligo di assicurare che coloro che devono essere giudicati godano davanti ad esse delle garanzie fondamentali dell'art. 6» (C. eur., 17.1.1970, Delcourt c. Belgio, § 25).

Le limitazioni eventualmente poste al diritto al processo equo, evidentemente non possono essere tali da intaccarne l'essenza. Esse, secondo la giurisprudenza della Corte europea, sono consentite alla condizione che siano proporzionate e rispondenti ad uno scopo legittimo (in tema, UBERTIS, 23).

Per la Corte, infatti, «il diritto ad un tribunale non è assoluto; si presta a limiti impliciti, specialmente in ordine alle condizioni di ricevibilità di un ricorso che, per sua natura, richiede di una regolamentazione da parte dello Stato, che gode al riguardo di una certa discrezionalità. Tuttavia, tali limiti non possono restringere l'accesso aperto a chi è sottoposto alla giustizia in un modo o ad un punto tale che il suo diritto di accesso ad un tribunale venga pregiudicato nella sua stessa sostanza» (C. eur., 17.7.2003, Luardo c. Italia, § 85; C. eur., 28.5.1985, Ashingdane c. Regno Unito, § 57).

Tali limiti, inoltre, «si conciliano con l'art. 6, par. 1, solo allorché tendano ad uno scopo legittimo e qualora esista un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito» (C. eur., 28.10.1998, Ait-Mouhoub c. Francia, § 52; C. eur., 23.10.1996, Levages Prestation Service c. Francia, § 40).

«Spetta alla Corte decidere in ultima istanza sul rispetto dei requisiti della Convenzione in caso di limitazioni al diritto all'equo processo. La Corte, infatti, deve convincersi che le limitazioni applicate non restringano oltre la ragionevolezza il diritto dell'individuo e l'accesso ad esso aperto dalla norma» (C. eur., 21.11.2001, Al-Adsani c. Regno Unito, § 50; C. eur., 22.10.1996, Stubbings e alt. c. Regno Unito, § 50).

I casi considerati dalla Corte sono di diversa natura. Tra essi, degni di particolare attenzione per le problematiche trattate paiono i seguenti:

a) in tema di infermità mentale, C. eur., 24.10.1979, Winterwerp c. Paesi Bassi, § 60 ha ritenuto che «le infermità mentali possono pure condurre a limitare o modificare l'esercizio del diritto all'equo processo, ma non possono giustificare un pregiudizio alla sua stessa sostanza. In proposito, possono essere imposte garanzie speciali di procedura per proteggere coloro che, a causa delle loro alienazioni mentali, non sono pienamente capaci di agire»;

b) in tema di immunità degli Stati, C. eur., 21.11.2001, Al-Adsani c. Regno Unito, § 54-56, ha osservato che «l'immunità degli Stati sovrani è una nozione di diritto internazionale, derivata dal principio *par in parem non habet imperium*, in virtù del quale uno Stato non può essere sottoposto alla giurisdizione di un altro Stato. Accordare l'immunità sovrana ad uno Stato persegue lo scopo legittimo di osservare il diritto internazionale allo scopo di favorire la cortesia e i buoni rapporti fra Stati grazie al rispetto della sovranità di un altro Stato. Di conseguenza, non si possono considerare, in linea generale, come restrizioni sproporzionate del diritto di accesso a un tribunale misure adottate da un'Altra Parte contraente che rispecchiano principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti in materia di immunità degli Stati»;

c) in tema di immunità parlamentare, in relazione al diritto-dovere di svolgimento di indagini complete ed imparziali la Corte, interessandosi di tre casi concernenti lo Stato Italiano ha statuito che l'attribuzione dell'im-

munità ai parlamentari soddisfa l'esigenza di garantire a questi la piena ed insindacabile libertà di espressione e quella di assicurare la separazione tra i poteri dello Stato, ma, rappresentando nel contempo una forma di ingerenza e di ostacolo nel diritto d'accesso in giudizio dei terzi per la tutela dei propri interessi, integra una violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU allorché ostacola il diritto di terzi alle riparazioni per le lesioni dei propri interessi (C. eur., 3.6.2004, De Jorio c. Italia).

In particolare la Corte ha affermato che se nel contesto di un dibattito parlamentare l'immunità è funzionale all'esercizio del proprio mandato, al di fuori di tale ambito non è concepibile una limitazione del diritto ad agire in giudizio in assenza di un legame evidente con l'attività parlamentare medesima (C. eur., 30.1.2003, Cordova c. Italia, §§ 60-63). Tale conclusione è stata ripresa da C. eur., 6.12.2005, Ielo c. Italia, che ha specificato (§ 51) che «l'assenza di un legame evidente con un'attività parlamentare richiede un'interpretazione rigorosa della nozione di proporzionalità tra lo scopo perseguito e i mezzi utilizzati. E ciò vale soprattutto quando le restrizioni al diritto di accesso derivano da una deliberazione dell'organo politico, [posto che], concludere diversamente equivarrebbe a restringere in modo incompatibile con l'art. 6, par. 1, il diritto di accesso degli individui ad un tribunale, ogni qual volta le frasi contestate in giudizio siano state pronunziate da un membro del Parlamento»;

d) in tema di condizioni all'esercizio di diritti processuali, la Corte europea ha ritenuto generalmente illegittimo subordinare lo svolgimento di impugnazioni e ricorsi a condotte o prestazioni dell'interessato che pregiudicano la sostanza stessa del diritto di ricorso. In tal modo, secondo la Corte, «si impone al ricorrente un peso sproporzionato che rompe il giusto equilibrio che deve esistere tra lo scopo legittimo di assicurare l'esecuzione delle decisioni giudiziarie e l'esercizio del diritto di difesa» (C. eur., 29.7.1998, Omar c. Francia, § 40).

In particolare, la Corte ha ritenuto che l'impossibilità di opporsi alla condanna senza la preventiva costituzione in carcere costituisce condizione sproporzionata e, quindi, convenzionalmente illegittima (C. eur., 24.2.2005, Stiff c. Belgio, §§ 30-33; C. eur., 29.7.1998, Guerin c. Francia, §§ 43-46, entrambe in tema di ammissibilità del ricorso per cassazione). Nondimeno, ha ritenuto che non sussiste lesione dell'art. 6, par. 1, CEDU, nel caso di ammissibilità del ricorso subordinata alla costituzione in carcere allorché l'accusato venendo meno agli obblighi imposti dalle misure cautelari non detentive, si priva della possibilità di comparire libero innanzi all'autorità giudiziaria (C. eur., 16.5.2002, Karatas e Sari c. Francia). È, poi, convenzionalmente illegittimo subordinare la presentazione di un ricorso al pagamento anticipato delle spese di giustizia o di cauzione senza considerare le particolarità del caso concreto, prima tra tutte, la solvibilità del ricorrente (C. eur., 20.12.2007, Paykar Haghtanak Ltd. c. Armenia, § 48-49).

2. *Ambito di applicazione della disposizione.* – La disposizione in esame si applica a tutti i tipi di processo, per cui quanto a giustizia penale, «la *fairness* processuale ... deve essere rispettata per tutti i tipi di reato, dai più semplici ai più complessi, anche nei procedimenti successivi all'emanazione di una sentenza ... nonché quando si tratta di decidere su questioni preliminari d'ordine processuale...» (UBERTIS, 19).

L'art. 6, CEDU, considerando i fondamentali diritti che rendono equo un processo si applica anche nella fase di esame dell'ammissibilità di una istanza di revisione di una sentenza penale, nel senso che in sede di revisione si deve avere riguardo che l'intero processo svoltosi a carico dell'interessato si sia svolto nell'applicazione delle garanzie contenute nella norma pattizia. Per altro, il giudizio di revisione conseguente all'ammissibilità della stessa deve svolgersi nel rispetto delle garanzie previste dalla stessa norma, anche se è legittima la limitazione di specifiche garanzie in considerazione della specifica fase di revisione, ma senza che ciò pregiudichi l'e-

quità del processo (Camera dei diritti dell'uomo per la Bosnia e l'Erzegovina - C. eur., 9.3.2003, Ivanovic c. Federazione della Bosnia e Erzegovina).

Se la legge nazionale prevede che un detenuto sottoposto a privazioni speciali dispone, per sollevare un reclamo contro di queste, di dieci giorni dalla comunicazione della decisione stessa senza effetti sospensivi, il giudice al quale il reclamo è proposto deve, a sua volta, statuire nel termine di 10 giorni. L'assenza di decisione nel detto termine viola il diritto del richiedente a che la sua causa sia valutata da un Tribunale, con la conseguente violazione dell'art. 6, CEDU (C. eur., 30.10.2003, Ganci c. Italia, riferita esplicitamente alla previsione del co. 2 *quinquies*, art. 41 *bis*, L. 26.7.1975, n. 354, la Corte Europea ha significato, tra l'altro, che «se la legge applicabile prevede un termine di decisione di soli dieci giorni, esso è dovuto, da un lato dalla gravità dell'impatto del regime speciale sui diritti del detenuto, dall'altra dalla validità limitata nel tempo della decisione impugnata»).

Il fatto di costituirsi parte civile equivale ad introdurre in ambito penale una domanda di risarcimento, per cui, «anche quando un procedimento davanti ai tribunali penali riguarda unicamente la fondatezza dell'accusa penale è decisivo per l'applicazione dell'art. 6, par. 1, accertare se, a far data dalla costituzione di parte civile fino alla conclusione del procedimento, l'aspetto civile sia rimasto strettamente connesso allo svolgimento del procedimento penale o, in altri termini, se quest'ultimo condizioni l'aspetto civile. *A fortiori*, l'art. 6 deve essere applicato ai procedimenti che riguardano contestualmente la fondatezza dell'accusa e l'aspetto civile del caso» (C. eur., Gr. Ch., 12.2.2004, Perez c. Francia, §§ 64-67).

L'ambito oggettivo di applicazione della disposizione è comunque segnato dall'oggetto della controversia. Ai sensi dell'art. 6, § 1, infatti, l'organo giudiziario deve essere evocato a decidere «sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale», cosicché le

problematiche concernenti l'estradizione o l'espulsione degli stranieri, eventualmente rilevanti ai sensi degli artt. 3 e 5 CEDU, non sono ricomprese nella norma, almeno in relazione alle questioni relative all'entrata, al soggiorno e all'ingresso delle persone straniere.

«L'estradizione da parte di uno Stato contraente può sollevare una questione relativa all'art. 3 e, quindi, impegnare la responsabilità dello Stato a titolo della Convenzione allorché sussistano gravi e provati motivi per ritenere che l'interessato, se estradato verso il paese di destinazione, corra un rischio effettivo di essere sottoposto a un trattamento contrario a tale disposizione. Le decisioni relative all'ingresso, al soggiorno e all'allontanamento degli stranieri non comportano [però] la contestazione dei diritti o degli obblighi di carattere civile di un ricorrente, né la fondatezza di un'accusa in materia penale sollevata contro di lui, cosicché non è applicabile per esse l'art. 6, par. 1 della Convenzione» (C. eur., Gr. Ch., 5.10.2000, Maaouia c. Francia, § 40; C. eur., 16.4.2002, Penafiel Salgado c. Spagna; C. eur., Gr. Ch., 4.2.2005, Mamatkoulov e Askarov c. Turchia, § 82).

3. Essenzialia iudicii: *premissa*. – S'è visto che il principio dell'equo processo va ricondotto all'idea della buona amministrazione della giustizia, senza alcuna distinzione di tipologia processuale (penale, civile, amministrativa e tributaria). Prima di affrontare le questioni specifiche relative alla realizzazione dell'equo processo penale (v. *infra* §§ 7 ss.), pare opportuno fermare l'attenzione sui caratteri comuni che, a mente dell'art. 6, §1 della Convenzione ogni tipo di procedimento accertativo deve possedere per potere essere convenzionalmente legittimo.

Indipendenza, imparzialità e precostituzione del giudice, pubblicità della trattazione e ragionevolezza nei tempi di definizione sono, infatti, *costanti* necessarie affinché qualsivoglia procedimento sia conforme al modello che, sia pure in termini di massima, è rassegnato dalla norma in esame.

Può dirsi, per meglio definire le posizioni

delle parti nel processo, che dall'indipendenza e dall'imparzialità del giudice rispetto all'oggetto della controversia e rispetto agli altri protagonisti del processo deriva per necessità di cose quella trilateralità fondamentale che, quali che sia la natura della contesa, costituisce l'essenza stessa di ogni rapporto processuale. La norma in esame, muovendo dall'ottica dei diritti attribuiti alla persona, non esprime in maniera esplicita l'essenza del rapporto processuale in termini di trilateralità necessaria; nondimeno, l'aspetto, per così dire, *sostanziale* delle relazioni processuali, quale che sia la natura della procedura di accertamento di un *quid* giuridicamente rilevante, si pone sempre come dimensione dialettica che, come acutamente rilevato, «riproduce sempre, sia pure in ambiti di volta in volta ben definiti, la situazione di base che contraddistingue ogni fattispecie processuale, e cioè una situazione di conflittualità in ordine ad un interesse ritenuto leso ed una forma processuale attraverso la quale dirimere il conflitto» (GAITO, *Incidente di esecuzione e procedimenti incidentali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1989, 51).

4. (Segue): a) *indipendenza, imparzialità e precostituzione del giudice*. – Secondo l'art. 6, il giudice di una controversia deve essere precostituito dalla legge, indipendente e imparziale.

Le diverse aggettivazioni corrispondono ad altrettante *posizioni* che, nella delicata geometria dello *iusdicere*, definiscono la capacità del giudice. Esse delimitano l'ambito entro il quale taluno, ovviamente già ritenuto idoneo alle funzioni di giudice, può esser tale nel caso concreto. Può dirsi, anzi, che, se in relazione all'organizzazione e al riparto della giurisdizione, le varie ipotesi di incompetenza hanno ad oggetto il rapporto tra la controversia e l'attribuzione di essa ad un *officium* di giudice individuato nel genere ma non nella soggettività che lo compone, l'attribuzione di taluno all'ufficio o alla funzione si pone, invece, in stretta relazione con la controversia che dovrà trattare.

Si intende: stabilito che giudice è solo il soggetto del rapporto processuale che rispetto

alle posizioni sostanziali assunte dalle parti è indipendente e imparziale, la precostituzione di esso sta a significare la realizzazione nel concreto della terzietà e dell'imparzialità fondamentali. A monte, infatti, non possono che sussistere indipendenza e imparzialità, mentre la precostituzione è il referente che le esprime.

La riserva di legge è garanzia di terzietà e imparzialità e, a sua volta, garantisce, di volta in volta, contro la possibilità di arbitrio da parte dell'apparato organizzativo istituzionale. Se ciò è vero, però, solo il giudice che, oltre ad esserlo, «appaia» imparziale soddisfa l'indipendenza e, dunque, la precostituzione diventa il momento che realizza, in un circuito virtuoso alimentato dalle esigenze sostanziali che terzietà ed imparzialità esprimono, il «giudice giusto» e, quindi, il giudice veramente terzo ed imparziale (GIUNCHEDI, *Il giudice "giusto" tra Convenzione europea, Costituzione italiana, "sistema tabellare"*, in DPP, 2004, 1534).

Infatti, se indipendenza ed imparzialità sono concetti che evocano posizioni sostanziali correlate all'esigenza immediata – si direbbe *naturale* – che giudice della contesa sia soggetto di cui non si possa in alcun modo dubitare, la precostituzione è la garanzia contro ogni dubbio.

Ciò vero, risulta evidente come la considerazione della precostituzione come referente di indipendenza e imparzialità impone che il giudice, per poter esser tale (dunque, «giusto») in relazione alla decisione di un *affare* deve non ingenerare dubbi di parzialità. Volendo abusare in definizioni, la terzietà è la posizione che, nella struttura del rapporto processuale, il giudice assume rispetto alle parti, mentre l'imparzialità è l'«indifferenza» che esso ha rispetto alla contesa.

La precostituzione, in quanto «realizzazione della posizione» va, dunque, ad innervarsi principalmente sulla terzietà, definendo in termini di certezza il giudice e, così, escludendo *in nuce* il dubbio di parzialità.

Da tale prospettiva, la distinzione tra «giudice inteso come organo» e «giudice inteso come persona» pare evidentemente perdere

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

Legittimazione alla funzione di giudice, legittimazione all'ufficio, legittimazione al compimento di un atto e all'adozione di un provvedimento, quindi, sono momenti che, ferma restando l'ovvia distinzione nella dimensione organizzativa, rispetto all'esigenza di terzietà e indipendenza si confondono a tal punto tra loro da risultare ognuno rilevante ai sensi della disposizione in esame.

la Corte europea dei diritti dell'uomo che a più riprese ha evidenziato l'essenzialità del giudice, quale «garante della dinamica processuale» (C. eur., 22.4.2004, Cianetti c. Italia, in CP, 2004, 3825; C. eur., 18.2.1999, Cable e altri c. Regno Unito, in DPP, 1999, 5, 575; C. eur., 7.8.1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia, in GP, 1997, III, 449; C. eur., 22.2.1996, Bulut c. Austria, in DPP, 1996, 6, 700; C. eur., 29.4.1988, Belisos c. Svizzera; C. eur., 26.10.1984, De Cubber c. Belgio, in RIDPP, 1985, 929) e, dopo avere distinto i due piani della imparzialità prevista dall'art. 6, § 1 – quello «soggettivo», che si riferisce, ovviamente «al «foro interiore» del magistrato, ritenuto imparziale fino a prova contraria» e l'altro, «oggettivo», nel quale «vengono in considerazione quelle condizioni esteriori e anche le semplici «apparenze» che debbono assicurare una giustizia imparziale» (Corte eur., 26.10.1984, De Cubber c. Belgio) – è senza ombra di dubbio improntata a dar rilievo alla precostituzione come posizione di garanzia del rapporto, per la

cui realizzazione «*justice must not only be done: it must also be seen be done*», in quanto, appunto, «l'apparenza ha valore, poiché investe la fiducia che i tribunali di una società democratica devono ispirare all'imputato» (Corte eur., 1.10.1982, Piersack c. Belgio).

Per la Corte, il concetto di imparzialità del giudice deve essere ricondotto all'«assenza di pregiudizio e del rischio di prevenzione», tanto sotto il profilo soggettivo quanto sotto quello oggettivo dell'esistenza delle garanzie sufficienti ad escludere ogni legittimo dubbio (C. eur., 5.2.2009, Olujic c. Croazia; C. eur., 16.11.2000, Rojas Morales c. Italia; C. eur., 22.4.1994, Saraiva de Carvalho c. Portogallo; C. eur., 26.12.1993, Padovani c. Italia; C. eur., 24.8.1993, Nortier c. Paesi Bassi; C. eur., 24.2.1993, Frey c. Austria), con la precisazione che il rischio della prevenzione è ravvisabile nelle ipotesi di coincidenza soggettiva tra il giudice che ha compiuto atti definibili quali «istruttori» o ha emesso il provvedimento di rinvio a giudizio e il giudice chiamato a giudicare al dibattimento sul merito della stessa causa (C. eur., 22.2.1996, Bulut c. Austria; C. eur., 24.2.1994, Casado Cola c. Spagna; C. eur., 25.2.1992, Pfeifer-Plankl c. Austria, in *LP*, 1993, 739): rientra in tali ipotesi, ad esempio, il caso in cui l'organo giudicante sia un Tribunale militare nella cui composizione sono presenti giudici dipendenti dal potere esecutivo (C. eur., 4.6.2002, Yagmurdeli c. Turchia).

Con riferimento specifico al profilo soggettivo, occorre tener presente che, siccome l'imparzialità soggettiva deve essere sempre presunta fino a prova contraria, è insussistente la violazione convenzionale nel caso di una mera convinzione soggettiva dell'imputato circa la mancanza di imparzialità dell'organo giudicante (C. eur., 28.1.2003, Dell'Utri c. Italia), nonché nell'ipotesi in cui vi sia un semplice rapporto di conoscenza professionale tra un membro del collegio giudicante e uno dei testimoni dell'accusa (C. eur., 10.6.1996, Pullar c. Regno Unito); analoga considerazione deve farsi per il caso in cui uno dei componenti dell'organo giudicante

abbia svolto precedenti funzioni nello stesso procedimento, ove manchi una prova circa l'atteggiamento parziale del giudice competente (C. eur., 25.6.1992, Thorgeir Thorgeirson c. Islanda), nonché per la partecipazione di giudici ai collegi giudicanti in primo e in secondo grado, a meno che alla stessa non si accompagni altro comportamento dal quale desumere sospetto di parzialità (C. eur., 28.10.1998, Castillo Algar c. Spagna), mentre la partecipazione del giudice a precedente processo per fatti tra loro collegati, implicando la conoscenza dei profili della causa, integra la violazione della disposizione convenzionale (C. eur., 7.8.1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia).

Con riferimento, poi, al profilo oggettivo, l'art. 6, par. 1, CEDU è violato anche nel caso in cui la giurisdizione nazionale (sia essa composta da magistrati togati o laici) non rispetti il dovere di verificare se, quanto alla sua composizione, essa costituisca un «Tribunale imparziale», quando sul punto sorga una contestazione che *ictu oculi* non appaia manifestamente priva di fondamento (C. eur., 23.4.1996, Remli c. Francia). L'intervento del giudice dell'istruzione al giudizio di fronte al Tribunale del riesame in qualità di parte inquirente, viola, invece l'art. 5, par. 3, CEDU in relazione alla traduzione davanti ad autorità giudiziaria priva di indipendenza ed imparzialità nell'ambito del procedimento (C. eur., 5.4.2001, H.B. c. Svizzera).

La casistica affrontata dalla Corte europea in proposito è alquanto varia. Premesso che è irricevibile il ricorso *ex art. 6, par. 1, CEDU*, se non sono state previamente esperite le vie previste dal diritto interno (C. eur., 15.11.2001, Rezzonico c. Italia: nel caso, il ricorrente, potendolo fare, non ha ricusato l'organo decidente), è stato comunque affermato che la garanzia di indipendenza e di imparzialità, di cui all'art. 6, par. 1, CEDU non è suscettibile di estensione ai rappresentanti dell'accusa essendo essi stessi «parti» processuali (C. eur., 15.11.2001, Rezzonico c. Italia).

Per altro, l'esercizio successivo da parte dello stesso giudice, prima alla fase preparatoria

del processo, poi alla camera di consiglio non viola l'art. 6, par. 1, CEDU, in quanto, il fatto che un giudice «abbia preso decisioni prima del processo, in particolare sulla detenzione provvisoria, non è sufficiente a sospettare della sua imparzialità» poiché «quello che conta è la natura e la ragione della misura» (C. eur., 16.5.1993, Nortier c. Paesi Bassi; C. eur., 24.2.1993, Frey c. Austria; C. eur., 16.12.1992, Sainte-Marie c. Francia). E, dunque, il fatto che un giudice abbia statuito in ordine ad una richiesta di ricusazione, non è idoneo a far dubitare circa la sua imparzialità (C. eur., 5.4.2001, Priebeke c. Italia: in particolare, si dubitava dell'imparzialità del collegio giudicante che aveva rigettato il ricorso per Cassazione, in quanto era presieduto dal medesimo giudice che aveva statuito in ordine alla ricusazione dei membri del Tribunale militare); la circostanza che il giudice del dibattimento sia lo stesso che ha precedentemente revocato la libertà su cauzione dell'imputato non è sufficiente ad integrare la violazione ex art. 6, par. 1, CEDU (C. eur., 15.6.2000, Pullicino c. Malta).

Venendo ad altri aspetti affrontati dalla Corte, l'errore di diritto in cui incorra un giudice non è di per sé indice della sua prevenzione nei confronti dell'imputato, per cui la convinzione soggettiva nutrita dall'imputato sulla l'imparzialità di tale giudice è del tutto irrilevante per invocarne la ricusazione, in mancanza di prove oggettive circa la presunta mancanza di imparzialità (C. eur., 28.1.2003, Dell'Utri c. Italia); quando gli interventi del giudice, sia in sede di controesame del testimone, sia di esame diretto dell'imputato, sono determinati dalla necessità di ricevere spiegazioni sulla linea difensiva adottata, per chiarirne alcuni importanti aspetti e non comportano inoltre alcun pregiudizio alla possibilità dell'imputato di rendere la propria versione dei fatti, non si sostanziano in una violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU (C. eur., 19.12.2001, C.G. c. Regno Unito).

La violazione all'art. 6, par. 1, si riscontra, invece, tanto nel caso in cui un collegio giudicante sia composto da giudici appartenenti

ad una diversa giurisdizione (C. eur., 10.7.2003, Yurtdas e Inci c. Turchia; in specie, la Corte di Sicurezza di uno Stato era composta anche da un giudice militare; conf. C. eur., 9.3.2004, A. c. Turchia), quanto nel caso in cui sia emesso un verdetto di colpevolezza da un giudice «non sufficientemente distaccato dai fatti oggetto della causa» (C. eur., 27.1.2004, K. c. Cipro: la Corte ha ritenuto che nell'esercizio delle sue funzioni un Tribunale non fosse imparziale oltre ogni legittimo dubbio, in modo da potere infondere piena fiducia sia nei riguardi del pubblico che dell'imputato, avendo direttamente giudicato quest'ultimo responsabile di oltraggio nei confronti della stessa).

5. (Segue): b) *la pubblicità della trattazione*. – A livello sovranazionale il carattere pubblico delle udienze penali è garantito dall'art. 6, par. 1, CEDU come una delle peculiarità dell'equo processo.

La medesima previsione è poi ripetuta, sia pure con formulazione parzialmente diversa, dall'art. 14, par. 1, Patto ONU e pare potersi dire, in prima battuta, che nella distinzione tra stampo e pubblico si coglie la possibilità di una disciplina differenziata tra pubblicità mediata e pubblicità immediata (CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 282; ID., *Processo e garanzie*, 224). Per quanto attiene alla natura della decisione di procedere «a porte chiuse», dalla formulazione della norma convenzionale sembra potersi desumere l'attribuzione al giudice di un potere discrezionale, comunque circoscritto entro i limiti delineati dalla norma medesima (CHIAVARIO, *Processo e garanzie*, 226 ss.).

Lo stesso art. 6, CEDU letteralmente dispone, comunque, che «l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o una parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la tutela della vita privata delle parti nel processo, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal Tribu-

nale quando, in speciali circostanze, la pubblicità potrebbe pregiudicare gli interessi della giustizia».

La *ratio* della disposizione convenzionale è stata mirabilmente individuata dalla Corte europea nell'esigenza di proteggere «contro una giustizia segreta, sottratta al controllo del pubblico» (C. eur., 14.11.2000, Riepan c. Austria, § 27), costituendo, la pubblicità, il mezzo per realizzare la trasparenza dell'amministrazione della giustizia (C. eur., 25.7.2000, Tierce e altri c. San Marino, § 92).

Quanto al contenuto del diritto ad una pubblica udienza, la Corte ha, poi, osservato come la pubblicità dell'udienza deve essere «sostanzialmente garantita» e non soltanto «non formalmente esclusa», per cui il processo deve tenersi «in un luogo facilmente accessibile, in aula capace di contenere un certo numero di spettatori, normalmente raggiungibile e riconoscibile attraverso adeguata informazione» (C. eur., Riepen c. Austria, cit. ha ritenuto violato l'art. 6, 1° par., C.e.d.u. nel caso di udienza tenuta in carcere senza che, sebbene i *media* fossero stati informati, fosse presa alcuna misura particolare in ordine al modo di raggiungere il luogo dell'udienza stessa).

In merito al rapporto tra principio ed eccezione in relazione alle udienze camerali è più volte intervenuta la giurisprudenza della Corte europea; recentemente, a proposito di udienze camerali, in una vicenda relativa a cittadini italiani sottoposti a procedura di prevenzione (C. eur., 13.11.2007, Bocellari e Rizza c. Italia, sulla quale, volendo, FURFARO, *Il diritto alla pubblicità dell'udienza tra sistema interno e giusto processo*, in *GI*, 2008, 1762).

Giova indugiare sulle decisioni ora dette, in quanto il caso riproduce un approccio al tema dell'assenza di pubblicità dell'udienza sovente confuso con l'altro, relativo all'effettività del contraddittorio e con l'assenza di controlli su di esso.

La Corte europea ha ritenuto violato il diritto ad una pubblica udienza nel caso di procedimento di prevenzione, nel corso del qua-

le i ricorrenti avevano sempre richiesto che la trattazione avvenisse in pubblica udienza. Alle diverse eccezioni proposte nel corso dei gradi del giudizio interno in proposito pose fine la Corte di cassazione che ritenne la relativa doglianza infondata «poiché il giudizio di prevenzione si è svolto secondo il pieno rispetto delle regole procedurali stabilite dalla legge e nel pieno rispetto del contraddittorio tra le parti».

Alla tesi dei ricorrenti, che sottolineavano come l'assenza dell'udienza pubblica, nel giudizio per l'applicazione caso delle misure di prevenzione, non fosse giustificata, sottolineando, vieppiù, che il tema investiva il loro diritto di proprietà in quanto colpiti da confisca ai sensi dell'art. 2 *ter* della L. 575 del 1965, il Governo italiano replicava sostenendo che il diritto alla pubblica udienza, secondo l'orientamento della Corte europea, è un diritto assoluto e che, nel caso, la procedura non pubblica era giustificata dalla natura e della specie dell'affare trattato, essendo il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione, anche nel caso di confisca, «altamente tecnico», basato essenzialmente su documenti, «nel quale il pubblico non può esercitare alcun controllo», posto che vi è da determinare solamente l'eventuale origine illecita dei beni sequestrati.

La Corte, dopo avere richiamato la propria giurisprudenza sul diritto alla pubblicità dell'udienza e sui limiti entro i quali può essere compromesso, ha concluso, ritenendo essenziale che ai giudicabili in una procedura di applicazione di misure di prevenzione sia offerta la possibilità, se lo vogliono, di richiedere ed ottenere la trattazione del giudizio in pubblica udienza, posto che «il diritto alla pubblicità del procedimento è assolutamente distinto da quello concernente l'accesso agli atti di causa» e la mancanza di pubblicità non è giustificabile «neppure richiamando la presunzione di non colpevolezza» costituendo «un principio fondamentale consacrato per tutelare gli imputati contro la giustizia segreta che sfugge al controllo pubblico e per conservare la fiducia dei cittadini nei giudici» (così, pure, C. eur., 24.11.1997,

Szücs c. Austria, in tema di udienza camerale per indennizzo a seguito di ingiusta detenzione).

Diverse sono le pronunce della Corte afferenti alla sfera della procedura camerale. A proposito di giudizio sulle impugnazioni, la Corte, dopo aver affermato che gli Stati contraenti devono provvedere a che gli individui godano delle garanzie predisposte dall'art. 6 CEDU in ogni grado del giudizio, ha precisato che le modalità di applicazione della citata norma possono dipendere dalle particolarità della procedura di cui si discute, tenendo conto del ruolo del procedimento penale e del ruolo che vi gioca la giurisdizione d'appello, poiché la pubblicità del dibattimento e la mancata audizione dell'imputato possono considerarsi giustificate – sempre che tale condizioni siano state soddisfatte in prima istanza –, quando il riesame della causa nel secondo grado di giudizio investa solo i punti di diritto e non quelli di fatto (C. eur., 26.5.1988, Ekbatani c. Svezia).

L'oggetto della pronuncia, incentrato sull'udienza d'appello, non pare smentire, comunque, l'impostazione generale offerta dalla Corte europea in tema, chiaramente indicativa della necessità dell'udienza pubblica quale «garanzia di correttezza nell'acquisizione della prova», in relazione alla quale essa «costituisce un diritto per l'imputato» (C. eur., 14.11.2000, Riepen c. Austria; C. eur., 8.2.2000, Stefanelli c. San Marino; C. eur., 29.9.1999, Serre c. Francia).

Sotto altro aspetto, è stato ritenuto che la pubblica udienza non rappresenta soltanto una garanzia in più nella ricerca della verità, ma costituisce una tutela per quanto concerne la possibilità da parte dell'accusato e dei terzi, di controllare l'indipendenza e l'imparzialità del giudice (C. eur., 25.7.2000, Tierce e altri c. San Marino; C. eur., 8.12.1983, Accsen c. Germania).

Ovvio, in relazione a diritti e interessi specifici da tutelare, oltre che al tenore della norma convenzionale, che il principio di pubblicità delle udienze possa subire limitazioni, ma solo se giustificate dal rispetto di diritti

e interessi legati alla vita privata delle parti e alla salvaguardia di esigenze di giustizia (C. eur., 26.9.2000, Guisset c. Francia). La decisione di svolgere il processo a porte chiuse, oltre ad essere adeguatamente motivata in relazione alle eccezionali esigenze previste dalla disposizione convenzionale, non si esime dal controllo da parte della Corte europea in relazione alla sussistenza effettiva delle ritenute esigenze eccezionali (C. eur., 8.6.1976, Engel c. Regno Unito).

L'autonomia di giudizio della Corte in ordine alla limitazione giustificata è stata ribadita di recente da C. eur., 5.2.2009, Olujic c. Croazia (sintesi in DPP, 2009, 526), che ha ritenuto illegittima la decisione di un organo di giustizia amministrativa (il Consiglio Nazionale della Magistratura) di procedere a porte chiuse motivata dall'esigenza di protezione della dignità dell'interessato nonostante l'esplicita richiesta di udienza pubblica avanzata dal medesimo.

6. (Segue): c) *la ragionevole tempestività della decisione*. – Il diritto all'esame della causa entro un termine ragionevole è un diritto fondamentale e un imperativo per tutte le procedure contemplate dall'art. 6, § 1 della Convenzione.

La *ratio* della disposizione è evidente ed è stata efficacemente definita dalla Corte europea: «la giustizia sia resa senza ritardi tali da comprometterne l'efficacia e la credibilità» (C. eur., Gr. Ch., 25.3.1999, Pélissier e Sassi c. Francia, § 74).

Altrettanto chiaro il monito rivolto agli Stati: «La Corte ricorda che ha ripetutamente affermato che l'art. 6, par. 1 obbliga gli stati contraenti ad organizzare il loro sistema giudiziario in modo tale da consentire ai loro organi giurisdizionali di conformarsi ai requisiti di tale disposizione, in particolare relativamente al termine ragionevole. Infatti, è inevitabile constatare che il miglior rimedio in assoluto è, come in molti altri ambiti, la prevenzione» (C. eur., 16.9.1996, Süßmann c. Germania, § 55).

Al cospetto di ciò, l'indicazione della necessità del rimedio interno che funga da stimolo alla tempestività è del tutto consequenziale:

«Quando un sistema giudiziario è lacunoso, la soluzione più efficace è costituita da un ricorso che consenta di far accelerare il procedimento al fine di evitare la sopravvenienza di una durata eccessiva. Un simile ricorso presenta un incontestabile vantaggio rispetto ad un ricorso esclusivamente indennitario poiché evita che si debbano constatare violazioni successive per il medesimo procedimento e non si limita ad operare esclusivamente *a posteriori* come accade per un ricorso indennitario, quale quello previsto per esempio dalla legge italiana» (C. eur., Gr. Ch., 29.3.2006, Scordino c. Italia, §183).

Nondimeno, diversi tipi di ricorso, soprattutto nei Paesi dove già esistono violazioni connesse alla durata dei procedimenti, possono rimediare alla violazione. E la Corte in proposito ha ritenuto che costituisce rimedio effettivo e soddisfacente la riduzione della pena inflitta in considerazione dell'eccessiva durata della procedura (C. eur., 26.6.2001, Beck c. Norvegia, § 27), l'azione indennitaria e sollecitatoria insieme (C. eur., 1.5.2005, Michalak c. Polonia; C. eur., 8.10.2002, Fernandez-Molina Gonzales c. Spagna; C. eur., 4.7.2002, Slavicek c. Croazia).

In punto di apprezzamento della durata e delle relative ripercussioni, la Corte ha chiarito che «È incontestabile che l'apprezzamento della durata di una procedura e delle sue ripercussioni, in particolare per ciò che concerne il pregiudizio morale, non si presta ad una quantificazione esatta ed è rimesso ad una valutazione equitativa che tenga pure conto del comportamento degli interessati, oltre che di quello delle autorità» (C. eur., 30.9.2003, Koua Poirrez c. Francia, §§ 59, 61; C. eur., 26.2.1988, Pafitsi e alt. c. Grecia, § 95).

Di conseguenza «Le giurisdizioni nazionali (o le altre autorità competenti) possono calcolare il risarcimento relativo alla eccessiva durata del procedimento senza applicare in modo rigoroso e formalistico i criteri adottati dalla Corte di Strasburgo. Pur disponendo di un margine di discrezionalità, esse devono conformarsi alla giurisprudenza della Corte europea nell'accordare ai ricorrenti il risarcimento del danno. Uno scarto eccessivo tra la

giurisprudenza di Strasburgo e l'applicazione della legge interna non può essere giustificato» (C. eur., 27.3.2003, Scordino c. Italia).

La Corte europea ha riconosciuto anche alle società e agli enti in genere il diritto alla riparazione del pregiudizio morale subito dalla violazione dell'art. 6, § 1 CEDU. In tal senso, C. eur., Gr. Ch., 6.4.2000, Comingersoll c. Portogallo, §§ 33-35).

7. *L'equità nel processo penale*: a) *le nozioni di «accusato» e di «accusa penale»*. – I commi 2 e 3 della norma in esame si riferiscono in maniera univoca al procedimento penale. È l'uso del termine «accusato» a rendere evidente tale direzione, anche se nelle decisioni della Corte europea si registrano ampliamenti significativi che, sul concetto che il termine assume nel sistema della Convenzione, definiscono la posizione di «accusato» in relazione alla condotta attribuita al soggetto e alla natura delle conseguenze ricadenti su di lui. Si ha, così, che la «la nozione di *accusato* deve essere apprezzata non soltanto in riferimento al diritto nazionale ma altresì in riferimento al significato pattizio», per cui essa può essere definita come «la notificazione ufficiale fatta ad un individuo dalle autorità competenti, della circostanza che egli ha commesso un reato» (C. eur., 20.10.1997, Serves c. Francia).

Ancor più specificamente, la Corte ha affermato l'autonomia della nozione *accusa in materia penale* e nella sua giurisprudenza ha stabilito che «per decidere se una persona è accusata di un reato occorre tenere conto di tre criteri: anzitutto la classificazione del reato in relazione al diritto nazionale, poi la natura del reato e infine la natura e la soglia di gravità della sanzione» (C. eur., 29.8.1997, A.P., M.P. e T.P. c. Svizzera, § 39).

Tale affermazione consente di superare i diversi significati che i vari ordinamenti interni attribuiscono al termine ovvero definiscono la posizione del soggetto cui sia stata attribuita la commissione di un reato. In aderenza ad essa, la Corte ha avuto modo di specificare che, ai sensi dell'art. 6, par. 2, CEDU, per l'accertamento in capo a taluno della

qualità di «accusato», occorre principalmente fare riferimento alla classificazione degli illeciti operata dall'ordinamento statale, alla natura del procedimento cui il soggetto sia stato sottoposto, al tipo di sanzione in cui può incorrere, posto che colui che in sede civile viene individuato quale «responsabile» non necessariamente deve ritenersi «accusato» ai sensi della CEDU, con la conseguenza dell'inapplicabilità in via di principio dell'art. 6, par. 2, CEDU ai procedimenti civili, mentre, se nel corso di un procedimento civile, l'operato degli organi giudiziari sia tale da creare una stretta connessione tra un progressivo procedimento penale conclusosi con un'assoluzione e la successiva causa civile, non solo si rende possibile un'estensione anche a quest'ultima dell'ambito di operatività dell'art. 6, par. 2, ma può certamente porsi il dubbio di una sua violazione (C. eur., 11.2.2003, Y c. Norvegia; C. eur., 11.2.2003, Ringvold c. Norvegia; C. eur., 11.2.2003, Hammern c. Norvegia; C. eur., 11.2.2003, O. c. Norvegia, tutte in situazioni in cui l'imputato, assolto da fattispecie penale, era stato sottoposto a procedimento civile per il risarcimento dei danni morali in favore delle presone offese e nel corso di tale procedimento l'atteggiamento dei giudici è risultato, secondo la Corte, tale da pregiudicare il principio di presunzione d'innocenza, essendo stata messa in dubbio, senza possibilità di prova del contrario, la correttezza della precedente assoluzione).

Non si tratta, com'è evidente, di disattendere le nozioni dei termini accusa penale e accusato utilizzata negli ordinamenti interni, bensì di evitare che il riferimento ad esse impedisca la protezione di diritti individuali concreti ed effettivi.

Esplicita in tal senso la Corte che «Indubbiamente, la Convenzione, consente agli Stati, nell'ambito della loro funzione di tutori dell'interesse pubblico, di mantenere o istituire una distinzione tra diritto penale e di diritto disciplinare, nonché di fissarne i contenuti, ma a talune condizioni. Li lascia liberi di elevare ad illecito penale un'azione o un'omissione che non costituisce esercizio nor-

male di uno dei diritti garantiti ... [e] simile scelta che ha per effetto l'applicabilità degli artt. 6 e 7, si sottrae, in linea di principio, al controllo della Corte. La scelta opposta, invece, è sottoposta a norme più restrittive. Se gli Stati contraenti potessero, a loro piacimento, qualificare disciplinare piuttosto che penale un illecito, o perseguire l'autore di un illecito *misto* sul piano disciplinare invece che per via penale, l'effetto delle norme fondamentali degli artt. 6 e 7 sarebbe subordinato alla loro volontà sovrana. Una così ampia libertà rischierebbe di condurre a risultati incompatibili con l'oggetto e lo scopo della Convenzione» (C. eur., 8.6.1976, Engel e alt. c. Regno Unito, § 81).

In tale prospettiva, «Se occorre prendere in considerazione il principio secondo cui i procedimenti penali, che hanno ad oggetto la determinazione della responsabilità penale e l'imposizione di misure di carattere repressivo e dissuasivo, rivestono una certa gravità, va da sé che alcune di esse non comportano carattere infamante per ciò a cui mirano e per il fatto che le *accuse in materia penale* non hanno tutte lo stesso peso ... Adottando un'interpretazione autonoma della nozione di *accusa in materia penale* gli organi della Convenzione hanno gettato le basi per un'estensione progressiva dell'applicazione del profilo penale dell'art. 6 ad ambiti che non rientrano formalmente nelle categorie tradizionali del diritto penale» (C. eur., Gr. Ch., 23.11.2006, Jussila c. Finlandia, § 43).

Cosicché le procedure relative alle contravvenzioni amministrative (C. eur., 21.2.1984, Örtürk c. Germania), alle punizioni per inosservanza della disciplina penitenziaria (C. eur., 28.6.1984, Campbell e Fell c. Regno Unito), alle infrazioni doganali (C. eur., 7.10.1988, Salabiaku c. Francia; C. eur., 25.2.1993, Funke c. Francia), alle sanzioni pecuniarie inflitte in violazione delle leggi sulla concorrenza (C. eur., 27.2.1992, Soc. Stenuit c. Francia), alle ammende comminate da giurisdizioni finanziarie e quelle concernenti la violazione delle prestazioni assicurative obbligatorie (C. eur., 16.5.2006, Pirinen c. Finlandia) non sono sottratte dall'ambito dell'art. 6.

8. (Segue): b) *la presunzione d'innocenza*. – La presunzione di innocenza o di non colpevolezza, considerata a livello sopranazionale dall'art. 6, par. 2, CEDU e dall'art. 14, par. 2, Patto ONU, si concretizza nell'esigenza di evitare «situazioni, gesti o parole, tali da suonare come vere e proprie anticipazioni di un eventuale giudizio di colpevolezza o, peggio ancora, tali da propiziare quel giudizio predisponendovi psicologicamente il giudice» (CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, Milano, 1984, 13-14).

Un'analisi del principio in lettura congiunta con l'art. 27, 2° comma, Cost., in UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Milano, II ed., 2009, 85 ss.

«Il principio della presunzione d'innocenza costituisce anzitutto una garanzia di natura processuale in materia penale, ma la sua portata è più estesa: non si impone unicamente al giudice che decide sulla fondatezza di un'accusa ma anche alle altre autorità» (C. eur., 25.3.1983, Minnelli c. Svizzera, § 37; C. eur., 25.8.1993, Sekanina c. Germania, § 22). Infatti, «la presunzione di innocenza sancita dall'art. 6, par. 2 è pure violata se una decisione giudiziaria concernente un imputato rispecchia la sensazione che egli sia colpevole, quando la sua colpevolezza non è previamente provata legalmente» (C. eur., 10.2.1995, Allenet de Ribemont c. Francia, § 35).

Il principio della presunzione d'innocenza è violato da una decisione che lasci intuire senza esplicita enunciazione, la colpevolezza di un soggetto in assenza di un accertamento giudiziale della stessa.

Di conseguenza non è ravvisabile una violazione dell'art. 6, par. 2, CEDU, quando le asserzioni del G.I.P. si limitano a descrivere uno stato di sospetto verso la responsabilità personale del predetto, senza raggiungere il tenore di una vera e propria constatazione della colpevolezza del ricorrente (C. eur., 28.11.2002, Marziano c. Italia). La Corte, nel caso, ha negato che il provvedimento del G.I.P., col quale furono archiviate le indagini per essere gli elementi di prova raccolti non idonei a sostenere l'accusa in giudizio, costituisse violazione dei diritti umani,

essendo, una decisione da cui traspariva solo un dubbio circa la reità di un soggetto «perfettamente conforme al principio della presunzione d'innocenza».

Il principio in esame è, poi, intimamente legato, tanto a quello del diritto al silenzio, quanto all'altro, della responsabilità personale.

La Corte europea in proposito è stata oltremodo incisiva.

«Il diritto al silenzio e il diritto a non contribuire alla propria incriminazione sono norme internazionali generalmente riconosciute che costituiscono il nucleo della nozione di processo equo. La loro ragion d'essere riguarda in particolare la protezione dell'accusato contro una coercizione abusiva da parte delle autorità. In particolare, il diritto di non contribuire alla propria incriminazione presuppone che, in una causa penale, l'accusa cerchi di fondare le proprie argomentazioni senza ricorrere ad elementi di prova ottenuti con coercizione o con pressioni, contro la volontà dell'accusato. In tal senso, questo diritto è strettamente legato al principio della presunzione di innocenza consacrato dall'art. 6, par. 2» (C. eur., 17.12.1996, Saunders c. Regno Unito, § 68).

«Esiste una norma fondamentale generalmente riconosciuta dall'ordinamento internazionale, secondo la quale la responsabilità penale è personale. E non sopravvive all'autore dell'illecito. A parere della Corte, tale regola vale anche per la presunzione di innocenza. Ereditare la colpevolezza del defunto non è compatibile con le norme della giustizia penale in una società retta dalla preminenza del diritto» (C. eur., 29.8.1997, A.P., M.P. e T.P. c. Svizzera, § 48).

9. (Segue): c) *l'iniziativa, le indagini e l'assunzione della qualità di imputato*. – Per quanto attiene alla finalità delle indagini preliminari, la *ratio* dell'art. 13, CEDU, secondo la quale ad ogni Stato membro incombe l'obbligo di indagini ufficiali ed effettive, al fine e che tale obbligo, impone che nel momento in cui le autorità abbiano avuto conoscenza di tale reato debbano individuare le cause di esso ed i suoi responsabili.

Tale finalità è stata individuata dalla giurisprudenza della Corte (C. eur., 14.3.2002, Edwards c. Regno Unito; C. eur., 23.5.2001, Denizci e altri c. Cipro; C. eur., 28.7.1998, Ergi c. Turchia; C. eur., 19.2.1998, Kaja c. Turchia), che ha sottolineato pure come la necessità di completezza ed adeguatezza delle indagini comporta che le stesse siano affidate ad autorità investigative indipendenti preposte per legge alla conduzione di esse sicché ogni volta che risulti incompleta l'indagine ovvero essa sia condotta in modo da risultare manifestamente orientata per fini diversi dall'acquisizione completa di prove a carico o a discarico dell'accusato risulta violato il disposto sostanziale della norma convenzionale (C. eur., 27.7.1998, Gulec c. Turchia, in *LP*, 1998, 1000; conf. C. eur., 19.2.1998, Caia c. Turchia; C. eur., 28.11.1997, Mantes c. Turchia; C. eur., 25.9.1997, Ajdin c. Turchia; C. eur., 27.9.1995, Meehan c. Regno Unito). Quanto ai poteri della Corte europea, è compito delle giurisdizioni nazionali valutare gli elementi raccolti e la pertinenza di quelli che l'accusato desidera produrre; alla Corte spetta, invece, di verificare se l'accusato ha avuto adeguata e sufficiente occasione di difendersi e se le indagini compiute siano state complete ed adeguate anche ai sensi della normativa statale (C. eur., 27.7.2000, Pisano c. Italia; C. eur., 22.5.2001, Sarli c. Turchia).

La previsione di un limite cronologico entro il quale svolgere le indagini risponde all'esigenza, sancita dall'art. 6, CEDU, di un processo svolto entro tempi ragionevoli.

Va tuttavia sottolineato che secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo la valutazione sulla ragionevolezza deve essere effettuata caso per caso, in relazione alla complessità della fattispecie, al comportamento dell'inquisito e alla difficoltà oggettiva delle indagini (C. eur., 27.8.1992, n. 346, Tomasi c. Francia; C. eur., 27.11.1991, Kemmache c. Francia). Come è stato chiarito dalla giurisprudenza della Corte (C. eur., 15.7.1982, Eckle c. Regno Unito), *la dies a quo* per calcolare la durata del processo decorre dal momento in cui i sospetti contro una determi-

nata persona iniziano ad avere ripercussioni importanti sulla sua posizione giuridica, dal che si desume l'esigenza di arginare entro limiti cronologici adeguati anche la fase delle investigazioni. Tuttavia, posto che secondo la Corte la ragionevolezza del tempo impiegato per l'istruzione deve essere verificata caso per caso, in funzione della complessità della fattispecie, nel comportamento dell'inquisito e della difficoltà oggettiva delle indagini (C. eur., 27.8.1992, n. 346, Tomasi c. Francia), sembra lecito chiedersi se la previsione di limiti preconfezionati in ordine alla durata massima della attività investigativa, nonché in relazione alle possibili proroghe, sia compatibile con il suddetto orientamento.

S'è visto che, secondo la Corte europea, la ragionevolezza del tempo impiegato per l'istruzione e per la celebrazione del processo deve essere valutata caso per caso, in funzione della complessità della fattispecie, della condotta dell'inquisito e del comportamento delle autorità (C. eur., 27.11.1991, Kemmache c. Francia; C. eur., 27.8.1992, n. 346, Tomasi c. Francia). Non sono mancate, però, decisioni che, in senso restrittivo, hanno ritenuto che fino al momento in cui l'accusa non viene formalizzata secondo i contenuti propri della contestazione (v. par. 3), l'indagato non può essere considerato un "accusato" ai sensi della normativa pattizia; la qual cosa ha comportato che è stato ritenuto irrilevante, ai sensi dell'art. 6, par. 3, lett. a), CEDU, il fatto che, prima, l'indagato non sia tempestivamente informato dell'esistenza di attività investigative già svolte nei suoi confronti (C. eur., 8.12.1998, Gestoso c. Spagna).

10. (Segue): *d*) la contestazione dell'accusa. Alla luce del dettato convenzionale, per esercizio dell'azione penale si intende la «notificazione ufficiale fatta ad un soggetto, della circostanza che egli ha commesso un reato». La CEDU esplicita in maniera chiara che la conoscenza da parte di un accusato dell'esistenza di un procedimento a suo carico si pone come momento di realizzazione dell'equità del procedimento stesso e ciò implica

in via assoluta che al soggetto accusato siano garantite tutte le facoltà concesse dall'art. 6, CEDU. Da ciò consegue, per un verso, il diritto dell'accusato di conoscere «per tempo» il contenuto dell'accusa [art. 6, par. 3, lett. a), CEDU; art. 14, 3° co., lett. a), Patto ONU] e, per altro verso, che l'imputazione deve essere resa nota in modo tale che il fatto risulti «particolareggiatamente dettagliato», al fine di consentire l'esercizio del diritto di difesa (C. eur., 25.7.2000, *Mattoccia c. Italia*), assicurando, per giunta, una compiuta definizione giuridica in rapporto alla fattispecie violata (C. eur., 1.3.2001, *Dallos c. Ungheria*; C. eur., 25.3.1999, *Pelissier c. Francia*, in *LP*, 1999, 642), sicché appare difficilmente compatibile con le finalità sottese ad una tempestiva informazione dell'addebito l'idea che si possa giungere al giudizio, tanto con la contestazione «generica» del fatto, quanto con la contestazione c.d. «alternativa» del fatto stesso in rapporto alle norme penali che si assumono violate.

L'esistenza di una situazione che importa «notevoli ripercussioni sulla condizione della persona», però, generalmente comporta che la locuzione «azione penale» comporta che le garanzie pattizie relative all'equità del procedimento si applichino anche alla fase istruttoria ovvero, a seconda degli ordinamenti, a quella delle indagini affidate ad un soggetto indipendente dall'esecutivo (C. eur., 16.12.1997, *Tejedor Garcia c. Spagna*; C. eur., 20.10.1997, *Serves c. Francia*; C. eur., 15.7.1982, *Eckle c. Germania*; C. eur., 27.2.1980, *Denweer c. Belgio*).

La Corte ha ritenuto che l'imputazione, non solo deve contenere l'allegazione dettagliata dei fatti posti a sostegno dell'accusa, ma altresì la qualificazione giuridica che tali fatti assumono, essendo la completezza dell'atto d'accusa un «pre-requisito» per garantire l'equità del processo (C. eur., 1.3.2001, *Dallos c. Ungheria*, in *LP*, 2001, 1097). La circostanza, poi, che il ricorrente non sia stato informato nel giudizio d'appello della modifica intervenuta nella qualificazione dei fatti addebitatagli, anche se in un primo momento influisce negativamente sulle *chances* di

difesa, non integra una violazione all'art. 6, par. 1 e 3, CEDU, se nel corso del giudizio di legittimità i fatti addebitati sono stati riesaminati alla luce della nuova veste giuridica assunta (C. eur., 1.3.2001, *Dallos c. Ungheria*, in *LP*, 2001, 1097). S'è visto, infine, che, secondo la Corte, la ragionevolezza del tempo impiegato per l'istruzione e per la celebrazione del processo deve essere valutata caso per caso, in funzione della complessità della fattispecie, della condotta dell'inquisito e del comportamento delle autorità (C. eur., 27.11.1991, *Kemmache c. Francia*; C. eur., 27.8.1992, n. 346, *Tomasi c. Francia*).

In relazione a siffatta impostazione l'imputazione deve contenere pure l'allegazione dettagliata dei fatti posti a sostegno dell'accusa, sì che il fatto, la qualificazione giuridica di esso e le prove determinano la completezza dell'«atto di accusa» che è definibile, in sé, «pre-requisito» di garanzia per l'equità del processo (C. eur., 1.3.2001, *Dallos c. Ungheria*). I dettagli della fisionomia della fattispecie contestata rendono, poi, «concreta» l'accusa, consentendo all'accusato l'esercizio del proprio diritto di difesa (C. eur., 28.2.2002, *D.C. c. Italia*; C. eur., 25.7.2000, *Mattoccia c. Italia*; C. eur., 19.12.1989, *Komasinski c. Austria*), per cui è violato l'art. 6, par. 3, CEDU, non soltanto quando l'accusato non è notiziato della data e del luogo del commesso reato, ma, altresì, quando tali elementi essenziali per la definizione del fatto sono portati alla sua cognizione solo a giudizio inoltrato.

D'altro canto, «l'omessa menzione di un fatto criminoso nei capi di imputazione elencati nel decreto che dispone il giudizio, non integra di per sé una violazione dell'art. 6, par. 1 e 3, lett. a) e b), CEDU solo se l'imputato abbia avuto conoscenza ufficiale dell'episodio per il quale è stato in seguito condannato e la possibilità di presentare in relazione ad esso e in tutti i gradi del procedimento, le difese ritenute necessarie» (C. eur., 25.3.1999, *Pelissier c. Francia*: è stata ritenuta sussistente la violazione dell'art. 6, par. 3, CEDU, perché i ricorrenti originariamente imputati di concorso in bancarotta sono stati

condannati in appello per favoreggiamento; la Corte ha precisato che il reato di favoreggiamento comprende una serie di elementi costitutivi, tra i quali la connessione ad un reato commesso da un imputato principale e dal punto di vista soggettivo, la finalizzazione criminosa del proprio agire, impossibili da considerare implicitamente conosciuti perché contenuti nell'imputazione concorsuale). In aderenza a tali principi è stato chiarito che l'informazione, relativa alle accuse rivolte all'imputato, sia al momento dell'arresto in forma scritta, sia direttamente dal giudice dell'istruzione è conforme al diritto in capo ad ogni persona, di essere informata sui motivi di fatto e di diritto che hanno portato al proprio arresto, così come stabilito all'art. 5, par. 2, CEDU (C. eur., 5.4.2001, H.B. c. Svizzera) e che le autorità nazionali ottemperano correttamente al disposto dell'art. 6, par. 3, lett. a), CEDU soltanto quando l'informazione sulla natura e sui motivi dell'accusa contiene l'indicazione precisa e dettagliata dei fatti che il soggetto è sospettato di aver commesso e, altresì, solo quando è specificata la qualificazione giuridica che l'organo dell'accusa ritiene di potergli attribuire (C. eur., 25.3.1999, Pelissier e Sassi c. Francia; nel senso che l'informazione data nella prima fase della procedura non deve necessariamente menzionare gli elementi di prova a carico, C. eur., 7.6.1976, X c. Belgio).

11. (Segue): e) *la conoscenza del processo e la partecipazione al giudizio*. – La partecipazione fisica dell'accusato nel processo riveste un'importanza "capitale" in relazione al suo diritto ad essere ascoltato e alla necessità di controllare l'esattezza delle sue affermazioni confrontandole con quelle della vittima e dei testimoni.

La «fondamentalità» della stessa, per altro, determina la correttezza globale della procedura, posto che il principio «dell'eguaglianza delle armi» postula la possibilità per ciascuna parte di presentare la sua causa in condizioni tali da non trovarsi in una posizione di svantaggio in rapporto all'altra parte. Il Patto ONU espressamente, per altro, all'art. 14, 3° comma, lett. d) enuncia il diritto «ad es-

sere presente al processo», mentre la Raccomandazione n. 11 adottata il 21.5.1975 dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, nel dettare nuove «regole minime» cui informare il giudizio contumaciale, chiaramente individua, ai punti 1 e 6, il principio di «effettività» della citazione e della conoscenza del giudizio, introducendo il problema della necessità di ovviare alle conseguenze delle condanne pronunciate *in absentia* senza la certezza che l'imputato abbia effettivamente saputo del giudizio a suo carico. La giurisprudenza della Corte sulle considerazioni ora dette appare alquanto omogenea. Per i Giudici di Strasburgo, infatti, la partecipazione personale dell'imputato alle fasi del processo a suo carico, costituisce un diritto che trova il suo fondamento nella facoltà concessa dall'art. 6, par. 1, lett. c), CEDU, di interrogare personalmente i testi a discarico e controinterrogare quelli a carico, proponendo direttamente istanze al giudice (C. eur., 10.11.2004, Sejdivic c. Italia; C. eur., 25.3.1998, Belziuk c. Polonia; C. eur., 25.11.1997, Zana c. Turchia; C. eur., 12.10.1992, T. c. Italia; 12.2.1985, Colozza c. Italia).

La fondamentale importanza della partecipazione trova poi riscontro nella necessità di verificare l'esattezza delle affermazioni dell'imputato e di compararle con quelle della vittima e dei testimoni: finalità, queste, che determinano che il legislatore statale, pur essendo legittimato a disincentivare le assenze ingiustificate, non può mai sanzionare in alcun modo l'esercizio del diritto di partecipazione dell'imputato al suo giudizio (C. eur., 21.1.1999, Van Gejseghem c. Belgio; C. eur., 25.3.1998, Belziuk c. Polonia; C. eur., 13.5.1980, Artico c. Italia).

Integra, quindi, la violazione dell'art. 6, par. 1 e 3, CEDU, per grave violazione dei diritti di difesa, il mancato riconoscimento del diritto dell'imputato a comparire personalmente alle udienze del processo a suo carico, giustificato dalla sua qualità di detenuto (C. eur., 3.10.2000, Pobornikoff, c. Austria: nel caso la Corte ha ritenuto che la partecipazione al giudizio del difensore, seppure suffi-

ciente a garantire la difesa tecnica su questioni processuali, non consentiva di dire “giusto” il processo celebrato in assenza dell'imputato non tradotto).

La Corte ha precisato, poi, che è la nozione stessa di «processo giusto» ad implicare la facoltà, per l'accusato, di assistere al suo giudizio (C. eur., 15.7.2003, Forcellini c. San Marino), specificando che né la lettera, né lo spirito dell'art. 6, CEDU impediscono all'imputato di rinunciare a dei suoi diritti atti a garantire il giusto processo e che ciò può avvenire sia in maniera espressa, sia tacitamente sempre che la rinuncia sia non equivoca e non incida su interesse pubblico rilevante (C. eur., 28.6.2005, Hermi c. Italia; C. eur., 24.5.2005, Stoichkov c. Bulgaria; C. eur., 10.11.2004, Sejdovic c. Italia; C. eur., 20.11.2000, Kwiatkowska c. Italia; C. eur., 21.2.1990, Hakansson c. Svezia).

Ovvia conseguenza è che l'imputato, detenuto per altra causa, debba essere tradotto, a meno di sua rinuncia espressa, e che non si può procedere nella di lui contumacia se, detenuto all'estero, non sia stato estradato ovvero non abbia espressamente rinunciato a comparire (C. eur., 31.5.2005, Mariani c. Francia; C. eur., 13.2.2001, Krombach c. Francia). Essendo, poi, la partecipazione un diritto rinunciabile dell'imputato, la rinuncia non deve comportare pregiudizio alcuno, sicché l'accusato non può perdere il diritto ad essere effettivamente difeso da un avvocato a causa della propria mancata comparizione in giudizio, rientrando tra i requisiti fondamentali dell'equo processo il diritto ad essere difeso (C. eur., 20.3.2001, Goedhart c. Belgio; C. eur., 13.2.2001, Krombach c. Francia; C. eur., 22.9.1994, Lala c. Paesi Bassi).

Date tali premesse, sono ovvie le conseguenze in relazione alla contumacia, ai diritti e alla difesa dell'imputato contumace.

Per la Corte europea «un procedimento svoltosi in assenza dell'imputato non è in linea di principio incompatibile con l'art. 6 della Convenzione. Tuttavia, la persona condannata in contumacia, che in modo non equivoco non ha rinunciato a comparire e a

difendersi e che non ha avuto l'intenzione di sottrarsi alla giustizia, deve potere ottenere che una giurisdizione statutaria nuovamente, dopo averlo ascoltato, sul fondamento delle accuse, i fatto come in diritto. La Convenzione lascia agli Stati grande libertà nella scelta dei mezzi che consentono di soddisfare le esigenze dell'art. 6. È, invece, compito della Corte verificare se il risultato voluto dalla Convenzione è effettivamente raggiunto e, cioè, valutare l'idoneità degli strumenti processuali offerti all'accusato dal diritto e dalla pratica interna. L'obbligo di garantire all'imputato il diritto di essere presente al processo costituisce, infatti, uno degli elementi essenziali dell'art. 6. Il rifiuto di riaprire un procedimento che si è svolto in contumacia, quando l'imputato non ha rinunciato al diritto a comparire, va considerato, pertanto, come un “flagrante diniego di giustizia” che corrisponde alla nozione di procedura “manifestamente contraria alle disposizioni dell'art. 6 e ai principi ivi contenuti”» (C. eur., Gr. Ch., 1.3.2006, Sejdovic c. Italia, §§ 82-85; C. eur., Gr. Ch., 21.12.2006, Zuic c. Italia, §§ 58-60).

Conseguentemente, «un imputato non perde il diritto ad essere effettivamente difeso da un avvocato, eventualmente d'ufficio, per il solo fatto di essere assente al processo. Nello stesso tempo, la comparizione dell'imputato riveste una importanza cruciale per l'equità del giudizio penale. Pertanto, il legislatore deve potere scoraggiare le astensioni ingiustificate, a condizione che le sanzioni non siano sproporzionate e che l'accusato non sia privato del diritto all'assistenza di un difensore. L'art. 6, par. 3, lett. c riconosce a ogni accusato di difendersi da solo o di farsi assistere da un avvocato, ma non precisa le condizioni di tale diritto. La norma, dunque, lascia agli Stati la scelta dei mezzi più idonei a garantire le esigenze di un processo equo. Compito della Corte è valutare se la scelta rispetta le esigenze di un processo equo. Sotto questo profilo, non va dimenticato che la Convenzione ha lo scopo di proteggere i diritti non in modo teorico e illusorio, ma concreto ed effettivo e che la nomina di un av-

vocato d'ufficio non assicura da sola l'effettività dell'assistenza all'imputato» (C. eur., Gr. Ch., 1.3.2006, Sejdovic c. Italia, §§ 91-95; C. eur., Gr. Ch., 21.12.2006, Zuic c. Italia, §§ 62-63).

Posta la correlazione tra presenza al giudizio e possibilità di autodifesa, la compressione di tale modalità difensiva determinata dalla esclusione dell'imputato dall'aula di udienza per motivi disciplinari appare essere incompatibile con la normativa pattizia in tema di diritto al contraddittorio (oltre all'art. 6, par. 1, CEDU, pure l'art. 14, par. 1, Patto ONU). Da ciò, però, non pare si possa trarre argomento per concludere che l'allontanamento dell'imputato dall'udienza, previsto da quasi tutti gli ordinamenti europei, sia di per sé illegittimo ai sensi delle disposizioni pattizie. Ferma restando, infatti, la ineludibile interferenza tra l'allontanamento e l'esercizio dell'autodifesa, la questione conseguente dovrebbe condurre «a circoscrivere entro i confini di una rigida eccezionalità i casi di allontanamento coattivo» (CHIAVARIO, *Le garanzie fondamentali del processo nel patto internazionale sui diritti civili e politici*, in RIDPP, 1978, 487), dovendosi rilevare come la conclusione risultante dall'interpretazione data, ad esempio dalla giurisprudenza italiana alla norma che prevede l'allontanamento dell'imputato dall'udienza, pare essere in sintonia con l'esigenza di evitare che l'«eccezionalità» risulti aggirabile.

La Corte di cassazione italiana, infatti, ha interpretato il potere di allontanamento alla luce di tre principali considerazioni: la necessità di contemperare le diverse esigenze di tutti i soggetti processuali; la volontarietà delle condotte che costituiscono il presupposto dell'allontanamento coattivo dell'imputato; e, soprattutto, la non incidenza della esclusione *de qua* sul concreto esercizio del diritto di difesa, la cui esplicazione viene affidata al difensore che rappresenta a tutti gli effetti l'imputato (C., Sez. I, 14.11.1985, Andriani, in GP, 1986, III, 651).

La Corte europea ha avuto modo, altresì, di pronunciarsi circa la traduzione dell'imputato in udienza, ritenendo che sussista

violazione dell'art. 6, CEDU, quando, per la modalità della traduzione, gli imputati possano presumibilmente trovarsi in uno stato di minor resistenza fisica e psichica al momento di affrontare l'udienza, quando cioè, nonostante l'assistenza dei legali, essi hanno bisogno di tutti i loro mezzi per difendersi e specialmente per affrontare i loro interrogatori e concentrarsi efficacemente con i loro avvocati.

In tale prospettiva, la regola di libertà per l'imputato, anche se detenuto, è imposta dalla norma pattizia, posto che essa è funzionale alla realizzazione della garanzia riconosciuta pure dall'art. 14, par. 3, lett. d), Patto ONU, ai sensi del quale «ogni individuo accusato di un reato» ha diritto, tra l'altro, «ad essere presente al processo ed a difendersi personalmente»: situazione, questa, che appare indissolubilmente legata alle condizioni nelle quali all'imputato è consentito o imposto di assistere all'udienza (C. eur., 6.12.1988, Barberà, Messeguè e Jabardo c. Spagna: nella fattispecie gli imputati furono tradotti, dal luogo di restrizione cautelare a quello del processo situato a notevole distanza, poche ore prima dell'inizio dell'udienza).

La necessaria partecipazione dell'imputato al «suo» giudizio risolve, poi, nel senso della violazione della norma pattizia, tutte le questioni concernenti le previsioni normative che ne escludono per qualsivoglia ragione la presenza e, in primo luogo per l'esperienza giudiziaria italiana, le procedure cc.dd. camerali che è stabilito si svolgano con la presenza necessaria soltanto del P.M. e del difensore.

12. (Segue): f) *il diritto al silenzio*. – Il diritto al silenzio, che la CEDU pone al centro della nozione di “giusto processo”, protegge la libertà dell'individuo nello scegliere liberamente se parlare o meno e, quindi, di scegliere la via che meglio ritiene utile alla sua difesa e ai suoi obiettivi processuali. Più concretamente, può dirsi, con la Corte europea, che la norma convenzionale vieta l'utilizzazione nel processo di ogni affermazione che il soggetto non abbia dichiarato liberamente di manifestare ovvero, nel caso in cui gli sia

stata comunque carpita, non abbia poi confermato.

Infatti, nonostante il diritto al silenzio e quello a non autoincriminarsi non siano esplicitamente menzionati all'art. 6, CEDU, essi rappresentano indubbiamente dei «principi internazionali generalmente riconosciuti che stanno alla base della stessa nozione di giusto processo», che, fornendo all'accusato una garanzia contro le pressioni – sia proprie che improprie – dell'autorità giudiziaria o di polizia, «contribuiscono ad evitare errori giudiziari e ad assicurare il perseguimento degli obiettivi considerati dalla norma patrizia» (C. eur., 5.2.1996, Murray c. Regno Unito).

S'è già visto a proposito di presunzione di innocenza (*supra*, § 8) come «Il diritto al silenzio e il diritto a non contribuire alla propria incriminazione sono norme internazionali generalmente riconosciute che costituiscono il nucleo della nozione di processo equo» e come «la ragion d'essere [di tali principi] riguarda in particolare la protezione dell'accusato contro una coercizione abusiva da parte delle autorità. In particolare, il diritto di non contribuire alla propria incriminazione presuppone che, in una causa penale, l'accusa cerchi di fondare le proprie argomentazioni senza ricorrere ad elementi di prova ottenuti con coercizione o con pressioni, contro la volontà dell'accusato. In tal senso, questo diritto è strettamente legato al principio della presunzione di innocenza consacrato dall'art. 6, par. 2» (C. eur., 17.12.1996, Saunders c. Regno Unito, § 68). Sensibile in modo particolare alla *ratio* della disposizione, la Corte europea ha ritenuto che violi l'art. 6, par. 1, CEDU, «in quanto trattasi di informazioni ottenute contro la volontà del dichiarante che si è sempre avvalso della facoltà di non rispondere» l'utilizzazione di confessioni e di dichiarazioni autoincriminanti acquisite in maniera fraudolenta dal dichiarante in stato di detenzione utilizzando all'uopo un codetenuuto che, munito di strumento di registrazione audiovisiva messagli a disposizione dall'autorità, lo ha sollecitato a parlare, producendo, poi, quan-

to registrato all'autorità medesima (C. eur., 5.11.2002, Allan c. Regno Unito).

Per altro, le esigenze di equità processuale di cui all'art. 6, par. 1 e 2, CEDU, si applicano a tutti i procedimenti penali e a tutte le tipologie di crimine, per cui «l'interesse pubblico non può essere invocato per giustificare l'utilizzo di dichiarazioni non spontanee, ottenute nell'ambito di un'indagine non giudiziale per incriminare l'accusato durante il processo» (C. eur., 21.12.2000, Heaney e McGuinness c. Irlanda; C. eur., 21.12.2000, Quinn c. Irlanda).

Conseguenza di ciò è, non soltanto che l'accusa si procuri da sola gli elementi a carico dell'incriminato, senza potersi avvalere di nessuna dichiarazione che sia stata estorta al medesimo (C. eur., 17.12.1996, Saunders c. Regno Unito), ma la sussistenza della violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU nel caso in cui il giudice, dal silenzio dell'accusato in sede di interrogatorio davanti alla polizia giudiziaria, tragga elementi *contra reum*, posto che nessuna conseguenza negativa può trarsi dal fatto che l'imputato eserciti un proprio diritto (C. eur., 8.10.2002, Beckles c. Regno Unito).

Posto, poi, che è irrilevante il carattere strettamente incriminatorio o meno di una dichiarazione coartata, il diritto a non autoincriminarsi viene leso ove tale dichiarazione sia in qualsiasi modo utilizzata a sostegno della tesi accusatoria (C. eur., 17.12.1996, Saunders c. Regno Unito). Mentre, nonostante il ruolo centrale del diritto al silenzio in seno alla norma di cui all'art. 6, par. 1, CEDU, non è riscontrabile una violazione di essa quando la condanna del ricorrente sia stata fondata su una molteplicità di elementi probatori ottenuti *aliunde* dagli organi inquirenti (C. eur., 22.6.2000, Coeme e altri c. Belgio).

In relazione alle c.d. tecniche di acquisizione probatoria condotte dalla polizia verso arrestati se è indubbiamente vero che la Corte europea ha sempre assunto un atteggiamento di particolare rigore, non è men vero che una recente decisione sembra mettere in discussione il principio di assoluta incompatibilità

di ogni forma di maltrattamento posta in essere da investigatori ed inquirenti volta ad estorcere confessioni e accuse.

Si tratta di Corte eur., 30.6.2008, Gäfgen c. Germania (notizia pure in *LP*, 2008, 359, con nota di QUATTROCOLO, *La Corte europea e i frutti dell'albero avvelenato*) secondo cui le minacce subite nel corso di un interrogatorio da un arrestato al fine di confessare e accusare i complici, pur costituendo trattamento in sé contrario al divieto di cui all'art. 3 CEDU, non violano l'art. 6 CEDU stante la dichiarata inutilizzabilità processuale della successiva confessione e la prova a carico comunque diversamente acquisita anche nei confronti degli altri accusati.

Si sono viste le problematiche in relazione alla violazione dell'art. 3 CEDU (v. *sub art. 3*, § 7), va ripreso il tema in relazione alla violazione dell'art. 6.

In proposito, la Corte ha sottolineato che, oltre la confessione dell'arrestato, «le altre prove considerate dal Tribunale non erano direttamente riconducibili ai maltrattamenti inflitti», aggiungendo, però, in modo alquanto contraddittorio, che «altre prove hanno avuto il rilievo di confermare l'attendibilità della confessione».

In attesa che la Grande Chambre si pronunci sul ricorso dell'interessato, pare doversi riprendere (e sottolineare) quanto sostenuto dal giudice Kalaydjieva nella sua opinione dissenziente, secondo il quale se il diritto a non contribuire alla propria incriminazione «è al centro della nozione di processo giusto consacrata nell'art. 6», la protezione dell'accusato contro una minaccia abusiva posta in essere dalle autorità costituisce un diritto assoluto autonomo e distinto, per cui la possibilità che la Corte promuova un diverso costume nei rapporti autorità-persona, privilegiando il risultato piuttosto che la rispondenza del metodo al modello convenzionale, potrebbe indurre la polizia ad abusare di mezzi contrari alla Convenzione e ciò sostanzialmente svilire la componente preventiva insita nel divieto.

L'obbligo di dire la verità in capo al testimone può comportare un certo grado di coer-

cizione e siccome la stessa «è volta esclusivamente ad assicurare la sincerità delle dichiarazioni e non già a forzare il testimone a deporre», la sottoposizione a giuramento non integra una violazione di alcuna norma convenzionale (C. eur., 20.10.1997, *Serves c. Francia*).

13. (Segue): g) *la difesa e i difensori*. – La CEDU riconosce all'accusato il diritto ad autodifendersi, ad avere l'assistenza di un difensore di fiducia, alla gratuità della difesa di ufficio in presenza di certe condizioni. Inoltre, il Patto Internazionale sui diritti civili e politici pone a carico dell'apparato giudiziario l'obbligo di informare l'accusato del diritto di avere un patrocinatore (art. 14, par. 3, lett. d). Nell'interpretare i rapporti tra difesa affidata ad un esperto e autodifesa, la Corte europea sembrava pervenuta a considerare le differenti modalità come alternative, il cui potere di opzione era rimesso non agli imputati, bensì ai singoli ordinamenti (MARZADURI, *Sui contenuti del diritto di difesa nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *FI*, 1984, IV, 153 ss.).

Nel prosieguo, però, è stato escluso che autodifesa e difesa tecnica possano essere poste su uno stesso piano, risultando evidenziato il ruolo essenziale del patrocinatore e scartata l'ipotesi che il riconoscimento del diritto di autodifesa possa giustificare l'esclusione di una difesa tecnica, venendo riconosciuto senza limitazioni il diritto dell'accusato, che non voglia difendersi da sé, di poter ricorrere all'operato di un difensore di sua scelta (C. eur., 13.5.1980, *Artico c. Italia*; C. eur., 25.4.1983, *Pakelli c. Francia*).

L'imprescindibilità del ricorso ad un tecnico giurisperito, non rappresenta comunque in sé la garanzia di una reale tutela del diritto di difesa nel caso di difesa d'ufficio (C. eur., 13.5.1980, *Artico c. Italia*), mentre la nomina di difensore di fiducia sembra determinare l'assunzione da parte dell'imputato del rischio circa la capacità e la diligenza del patrocinatore nominato (C. eur., 7.6.2005, *Falcomatà c. Italia*), la qual cosa non pare conforme alla *ratio* della norma pattizia, che attribuendo, come s'è visto, carattere di essen-

zialità alla difesa tecnica, pare individuare nel difensore che sia stato nominato dalla parte che abbia rinunciato ad autodifendersi una figura di *munus publicus*, la cui inattività (od omissione) pregiudizievole per l'imputato e, quindi, per le finalità del processo, dovrebbe determinare un onere dello Stato volto, per un verso, a predisporre garanzie in ordine alla effettiva capacità di coloro i quali sono preposti alla funzione difensiva e, per altro verso, ad apprestare rimedi processualmente rilevanti (e, quindi, diversi dalle eventuali azioni di responsabilità e/o disciplinari) al fine di ovviare alle conseguenze delle carenze difensive poste in essere dal difensore di fiducia.

Il diritto ad essere effettivamente difeso da un avvocato rientra, comunque, tra i requisiti fondamentali dell'equo processo e l'accusato non può perdere tale beneficio a causa della propria mancata comparizione in giudizio (C. eur., 20.3.2001, Goedhart c. Belgio; C. eur., 13.2.2001, Krombach c. Francia; C. eur., 22.9.1994, Lala c. Paesi Bassi).

Dal punto di vista sovranazionale il diritto alla difesa di ufficio risulta, infine, collegato alla situazione economica dell'accusato ed agli interessi di giustizia: tanto l'art. 6, par. 3, lett. c), CEDU, che l'art. 14, 3° comma, lett. d), Patto ONU, considerano, infatti, in modo unitario ufficiosità della difesa e gratuità del patrocinio.

Rientra, poi, nel generale diritto di difesa il diritto del soggetto di essere informato in una lingua a lui comprensibile. L'art. 6, CEDU, anzi, stabilisce il diritto dell'alloglotto all'impiego della «madrelingua» nei rapporti con le autorità pubbliche, costituendo la lingua lo strumento primario di garanzia del patrimonio culturale di ciascun gruppo etnico (Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Milano, 1984, 38-39). Tale diritto, del resto, è riconosciuto anche da norme di diritto internazionale pattizio, e, in particolare dall'art. 27, Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato il 16.12.1966 dall'Assemblea dell'ONU (ratificato dall'Italia con L. 25.10.1977, n. 881), in forza del quale la persona appartenente ad una minoranza lin-

guistica non può essere privata del diritto ad usare la lingua materna all'interno dell'area d'insediamento della propria comunità etnica. Va, inoltre, osservato come l'art. 1, Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali (adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 10.11.1994) ribadisca in modo inequivocabile che la tutela linguistica «costituisce elemento indefettibile della protezione delle minoranze nazionali, rappresentando parte integrante della garanzia internazionale dei diritti umani» (RIVELLO, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, Milano, 1999, 44). Il diritto a farsi assistere da un interprete, poi, non è che un riflesso del diritto dell'imputato alloglotto a un'effettiva tutela processuale, mettendolo in grado di conoscere l'addebito e di partecipare consapevolmente al processo. In relazione a ciò, la limitazione prevista in alcuni ordinamenti all'assistenza dell'interprete soltanto gli atti orali senza la previsione della traduzione degli atti scritti, si traduce in un meccanismo inidoneo a raggiungere gli scopi per i quali il diritto all'interprete è conferito (GERACI, *Il minimo etico del giusto processo per gli imputati stranieri*, in *GI*, 2003, 2384).

Giova considerare i quattro «punti fermi» della giurisprudenza della Corte Europea. Il primo: «Gli avvocati in uno Stato di diritto sono i garanti della giurisdizione, per cui è legittima l'aspettativa di un loro contributo al corretto andamento della giustizia e al mantenimento della fiducia dell'opinione pubblica nei tribunali» (C. eur., 25.5.1998, Schopfer c. Svizzera); il secondo: «Assicurare l'effettività e l'adeguatezza della difesa tecnica rientra tra i doveri della Corte stessa» (C. eur., 23.10.2001, Alvarez Sanchez c. Spagna); il terzo: «La sola nomina di un avvocato a spese della collettività non assicura di per sé all'accusato l'effettività della difesa che si ha l'obbligo di garantirgli» (C. eur., 21.4.1998, Daud c. Portogallo; C. eur., 24.11.1993, Imbroscia c. Svizzera); il quarto: «Gli errori commessi da un avvocato nominato d'ufficio rientrano nella responsabilità dello Stato solo nei casi in cui l'inademp-

mento dell'obbligazione di assicurare all'accusato una difesa effettiva, sia manifesto o comunque venga altrimenti portato all'attenzione dell'autorità giudiziaria» (C. eur., 21.4.1998, Daud c. Portogallo).

Da ciò, paiono ricavabili i seguenti principi: a) la Corte Europea, nel ribadire che la CEDU ha lo scopo di garantire dei diritti concreti e non meramente simbolici, ritiene che il diritto dell'accusato ad una difesa debba essere effettivo; b) l'effettività della difesa non può ritenersi indifferente all'operato del patrocinatore nell'intera vicenda.

Quanto al tempo di intervento del difensore, va rappresentato che, in linea di massima, ogni ritardo all'accesso all'assistenza legale pregiudica il diritto a scegliere un'adeguata linea difensiva violando conseguentemente l'art. 6, par. 3, CEDU (C. eur., 6.6.2000, Averill c. Regno Unito) e che la privazione dell'assistenza difensiva sin dal primo momento dell'interrogatorio, in un «contesto» in cui il diritto di difesa risulti pregiudicato è contraria alla medesima norma «se le dichiarazioni rese dall'arrestato in assenza del proprio difensore costituiscono il fondamento dell'impianto» (C. eur., 6.6.2000, Magee c. Regno Unito).

In effetti, come ricordato anche di recente dalla Gran Corte (C. eur., 12.5.2005, Ocalan c. Turchia), l'art. 6 può svolgere un ruolo prima del giudizio di merito «se e nella misura in cui l'inosservanza iniziale delle sue disposizioni rischia di compromettere gravemente il carattere equo di un processo», sicché seppure è vero che la norma esige normalmente che l'imputato possa beneficiare dell'assistenza di un difensore fin dai primi interrogatori, tale diritto può essere sottoposto a restrizioni che, di volta in volta, saranno considerate nell'insieme della procedura ai fini della loro incidenza sul diritto ad un equo processo (C. eur., 8.2.1996, Murray c. Regno Unito; C. eur., 24.11.1993, Imbronia c. Svizzera).

Il diritto dell'imputato di comunicare col suo difensore al di fuori della portata di ascolto di un terzo figura tra le esigenze basilari del processo equo, posto che ove un avvocato

non potesse comunicare col suo assistito senza una tale sorveglianza e ricevere delle notizie confidenziali o delle indicazioni riservate, la sua assistenza perderebbe di ogni utilità, mentre lo scopo della CEDU è quello di proteggere diritti concreti ed effettivi (C. eur., 28.11.1991, S. c. Svizzera).

L'importanza della «confidenzialità» dei colloqui tra l'imputato e i suoi avvocati al fine dell'esercizio del diritto di difesa è stata ribadita in diverse occasioni da parte della Corte, che ha ritenuto, tra l'altro, che «la sorveglianza dei colloqui tra difensore e assistito limita il diritto di difesa violando l'art. 6, lett. b) e c), CEDU, anche quando è giustificata dalla finalità probatoria conseguente alla possibilità che tra difensore e difeso potesse esserci collusione o complicità» (C. eur., 31.1.2002, Lanz c. Austria).

Altri aspetti della libertà di comunicazione tra difensore e difeso sono costituiti dal controllo dei flussi e dei dialoghi telefonici e dal controllo della corrispondenza.

In relazione al primo aspetto, la Corte ha perentoriamente stabilito che «per sottoporre a controllo le linee telefoniche di uno studio legale, è necessario verificare sia che esista una legge di copertura a base del provvedimento in questione, sia che la «qualità» di tale legge sia o meno conforme all'art. 8, CEDU, ossia che il diritto nazionale indichi con sufficiente precisione l'estensione e le modalità d'esercizio del potere di interferire nel diritto alla vita privata e alla corrispondenza» ritenendo, nel caso concreto violata la norma convenzionale per mancanza di legge interna che escludesse la possibilità di intercettare i dialoghi telefonici tra difensore e difeso (C. eur., 25.3.1998, Kopp c. Svizzera). È evidente come tale arresto non possa essere limitato alle intercettazioni delle linee telefoniche degli studi legali ma si estenda a ricomprendere ogni tipo di intercettazione (compresa quella c.d. ambientale) che abbia l'attività legale. Tale conclusione, imposta dalla *ratio* sottesa all'attenzione, tende ovviamente a proteggere, non già l'attività legale genericamente considerata ovvero verso la qualità professionale del soggetto che la eser-

cita, ma le notizie che, a prescindere dalla condotta e dalla sfera privata del soggetto avvocato, coinvolgono interessi di difesa del soggetto sottoposto a processo.

In relazione al controllo della corrispondenza difensore-difeso è stata dichiarata la violazione dell'art. 8, CEDU, che stabilisce il diritto di ogni uomo "al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio, e della sua corrispondenza", in riferimento alla libertà di corrispondenza fra detenuto e difensore, sottolineando che l'ordinamento penitenziario non definisce chiaramente la portata e le modalità di esercizio della discrezionalità attribuita alle pubbliche autorità. Nei casi specifici trattati, l'esercizio smodato di tale potere, infatti, ha impedito ai ricorrenti di avvalersi della garanzia prevista dalla norma internazionale (C. eur., 15.11.1996, Diana c. Italia; C. eur., 15.11.1996, Domenichini c. Italia).

«La perquisizione e il sequestro di documenti presso il difensore, condotti con modalità non conformi all'art. 8, par. 2, CEDU integrano anche una violazione dell'art. 6 nella misura in cui risulta compromesso l'equilibrio tra le parti processuali» (C. eur. 16.10.2007, Wieser e alt. c. Austria, in *IP*, 2008, 765, con nota CASSIBA, *Le perquisizioni presso lo studio del difensore alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*; C. eur., 5.2.2008, Romanauskas c. Lituania, § 52).

Circa le condotte che il difensore deve comunque tenere e le conseguenze nel caso di revoca, la Corte ha ritenuto che le critiche degli avvocati sull'andamento della giustizia devono rispettare determinati limiti derivanti dal bilanciamento degli interessi coinvolti come il diritto dei cittadini di ricevere informazioni sollevate sulle questioni giudiziarie e la necessità di assicurare la corretta amministrazione della giustizia e la dignità della professione legale (C. eur., 28.11.1991, Schopfer c. Svizzera). Mentre, nel caso in cui il difensore di uno stadio precedente del processo sia decaduto dall'incarico in quanto sostituito dall'imputato con un altro patrocinatore, l'avviso del rinvio del dibattimento deve es-

sere dato all'ultimo avvocato designato e non al primo; in tal caso, infatti, il nuovo difensore si sostituisce definitivamente al vecchio, con possibilità di richiedere un termine per predisporre la difesa (C. eur., 9.4.1984, Goddi c. Italia).

Risulta particolarmente ricca ed interessante l'interpretazione data dalla Corte all'art. 6, nei casi nei quali all'accusato sia nominato un difensore d'ufficio. La Corte Europea, infatti, nel ribadire che la CEDU ha lo scopo di garantire dei diritti concreti e non meramente simbolici, ritiene che nel sistema della CEDU il diritto dell'accusato all'assistenza gratuita di un avvocato d'ufficio costituisce in materia penale, uno degli elementi della nozione di giusto processo purché manchino i mezzi per la remunerazione del difensore e la nomina sia necessaria per gli "interessi della giustizia" (C. eur., 9.6.1998, Twalib c. Grecia; C. eur., 25.9.1992, Pham Hoang c. Francia). Gli errori del difensore d'ufficio nella redazione di un ricorso, costituiscono una carenza che impedisce all'imputato di godere di un'effettiva difesa e integrano quindi una violazione all'art. 6, parr. 1 e 3, lett. c), CEDU, così come il mancato rispetto, da parte del difensore d'ufficio, di una semplice regola formale nella presentazione di un ricorso, rappresenta una situazione di carenza manifesta di assistenza difensiva, che richiede l'intervento in forma correttiva o integrativa da parte delle autorità procedenti, al fine di assicurare il concreto ed effettivo rispetto del diritto di difesa dell'accusato (C. eur., 10.10.2002, Czekalla c. Portogallo).

L'effettività della difesa, poi, non può essere soddisfatta qualora al patrocinatore non sia concesso un congruo lasso di tempo che gli consenta, tenuto conto del caso concreto, di approntare una adeguata difesa. Più in particolare si ritiene violato l'art. 6 ogni qualvolta l'Autorità giudiziaria, nominato il difensore in udienza, non disponga un rinvio o una sospensione (C. eur., 9.4.1984, Goddi c. Italia), così come quando, indipendentemente dalla richiesta di un termine a difesa, il giudice non rinvii il dibattimento nel caso in cui il difensore sia stato nominato solo pochi

giorni prima dell'apertura del processo (C. eur., 21.4.1998, Daud c. Portogallo). Sebbene nelle pronunce della Corte sia data ampia rilevanza alla gravità del fatto ed alla complessità del processo, non può negarsi come dalle stesse emerga una generale logica connessione tra effettività della difesa ed adeguata conoscenza della vicenda processuale da parte del difensore di ufficio. L'art. 6, par. 3, CEDU, però, non attribuisce un diritto di scelta del difensore d'ufficio, la cui mancata specializzazione limitatamente al procedimento in corso deve essere provata (C. eur., 7.11.2000, Franquesa Freixas c. Spagna).

L'assistenza legale gratuita risulta imposta dall'art. 6, par. 1 e 3, lett. c), CEDU, quando sia richiesta dall'interesse della giustizia e quando l'imputato non abbia i mezzi sufficienti per retribuire il difensore (C. eur., 18.12.2001, R.D. c. Polonia) ed in sede di applicazione delle disposizioni pattizie la Corte europea ha fornito, pure, una interpretazione piuttosto ampia del concetto di «insufficienza di mezzi economici», non ritenendo necessario raggiungere una prova piena dello stato di non abbienza in un caso in cui «un piccolo commerciante di modeste risorse finanziarie» aveva offerto di provare la sua scarsa disponibilità patrimoniale davanti agli organi processuali (C. eur., 25.4.1983, Pakelli c. Francia). Quanto agli «interessi di giustizia», quale ulteriore condizione legittimante il ricorso all'assistenza legale gratuita, l'orientamento è quello di considerare l'importanza del caso giudiziario concreto in riferimento alla privazione della libertà personale, alla complessità delle questioni giuridiche che dovranno essere affrontate nel processo, alla severità della pena, oltre che alla gravità del reato e alla personalità dell'accusato (C. eur., 28.10.1994, Maxwell c. Regno Unito).

Si afferma infatti che il diritto all'assistenza legale gratuita deve comunque essere garantito anche se il procedimento in questione ha natura civile per il diritto interno, qualora i caratteri repressivi e la gravità della pena, che lo connotano, inducano a ritenere che

si è in presenza di accusa di carattere penale (C. eur., 10.6.1996, Benham c. Regno Unito).

L'istituto del gratuito patrocinio non è comunque visto come una *condicio sine qua non* del giusto processo, rientrando nella discrezionalità degli Stati contraenti organizzare i propri sistemi processuali (C. eur., 9.6.1998, Twalib c. Turchia; C. eur., 3.10.1997, Andronicou e Constantinou c. Grecia). E l'art. 6, par. 1, CEDU non trova però applicazione al procedimento relativo alla richiesta dell'imputato di essere ammesso al gratuito patrocinio, non riguardando tale procedimento né il merito di un'accusa penale né la contestazione di diritti e obbligazioni di carattere civile (C. eur., 12.6.2003, Gutfreund c. Francia).

14. (Segue): h) *il diritto alla prova, l'onere probatorio, l'acquisizione e l'utilizzabilità delle prove*. – Nel sancire il diritto dell'accusato di interrogare o fare interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico la norma in esame (§ 3, lett. d) «riconosce il diritto alla prova nella prospettiva delle garanzie difensive, contemplandone l'eventuale disapplicazione al caso in cui il procedimento penale seguito dagli organi nazionali non possa sfociare, e di fatto non sia sfociato, in una dichiarazione di colpevolezza» (FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008, 61; in tema, pure, UBERTIS, *Principi*, cit., 71). Dal punto di vista della dinamica processuale, il diritto alla prova si traduce, poi, nel diritto all'ammissione del mezzo istruttorio richiesto e nell'assunzione di esso.

A) *L'ammissibilità delle prove*.

L'ammissibilità delle prove è materia primariamente rimessa alle regole del diritto interno e in via di principio alle giurisdizioni nazionali compete la valutazione degli elementi raccolti da esse e la pertinenza di quelli che gli accusati desiderano poter presentare.

Nondimeno, alla Corte europea, nell'ambito del giudizio sull'equità del processo, è sempre rimessa la valutazione della legittimità della decisione interna concernente le prove.

Di conseguenza l'accusato, nell'ipotesi di mancata ammissione dei mezzi di prova a discarico, non può invocare la violazione dell'art. 6, par. 3, lett. d), CEDU, soltanto se la sua richiesta non è stata supportata da indicazioni circa la necessità di tali prove per la dimostrazione della verità giudiziaria (C. eur., 25.7.2001, Perna c. Italia; C. eur., 4.5.2000, Ubach c. Andorra).

La necessità che l'autorità giudiziaria nazionale esprima sempre una valutazione sulla rilevanza della prova scartata, implica che il silenzio mantenuto dal Tribunale giudicante circa l'ammissione di testi a discarico si riveli non compatibile con la nozione di giusto processo di cui all'art. 6, CEDU (C. eur., 27.3.1992, Vidal c. Belgio) e che viola la norma convenzionale il «consapevole rifiuto» di acquisire una prova da parte dell'autorità giudiziaria, anche nel periodo delle indagini affidate a rappresentante pubblico dell'accusa, quando il risultato della prova sia risultato poi, anche a giudizio della Corte europea, essere effettivamente rilevante per la difesa ai fini del giudizio (C. eur., 27.4.2000, Kuopila c. Finlandia).

In sede di giurisdizione europea si è affermata la violazione dell'art. 6, par. 1 e 3, CEDU, tanto nel caso di condanna fondata unicamente o in misura determinante sulle dichiarazioni raccolte all'estero e lette in dibattimento di un testimone che l'accusato non ha potuto interrogare né in fase istruttoria, né durante il dibattimento (C. eur., 14.12.1999, A.M. c. Italia, in *LP*, 2000, 152), che nel caso in condanna basata esclusivamente sulle dichiarazioni rese prima del processo da coimputati che si sono rifiutati, poi, di testimoniare e che in base al diritto interno sono state oggetto di lettura in dibattimento (C. eur., 5.12.2002, Craxi c. Italia), in quanto ogni accusato, ai sensi dell'art. 6, 1° e 3° comma, lett. d), CEDU, «ha il diritto di interrogare i testimoni a suo carico, rientrando in tale qualifica non solo i testimoni *stricto sensu*, ma anche i testimoni coimputati» (C. eur., 27.2.2001, Lucà c. Italia).

In tema di prove formate illegalmente o illecitamente, la Corte europea ha escluso di

potere determinare in via di principio, se particolari generi di prova – ad esempio le prove ottenute *contra legem* – possano essere ammesse, sottolineando come «la questione che deve essere risolta consiste nell'equità della procedura nel suo complesso, con riferimento anche al modo in cui le prove sono state ottenute» (C. eur., 25.9.2001, P.G. e J.H. c. Regno Unito, § 76).

Il tema dell'ammissione della *prova nuova* ha, sia pure marginalmente, interessato la Corte europea in relazione al duplice aspetto: «sia quale incremento conoscitivo, funzionale alla ricerca della verità, sia con specifico riferimento al settore dei rimedi processuali» (in tema, FIORIO, 65 ss.).

In relazione al primo aspetto, C. eur., 27.7.2000, Pisano c. Italia, §§ 22-23 ha stabilito che il rifiuto del giudice nazionale di escutere un testimone indicato solamente dopo l'apertura del dibattimento non integra violazione dell'art. 6, parr. 1 e 3 CEDU nel caso in cui, secondo il diritto interno, la convocazione dei testimoni non tempestivamente indicati dalla parte è sottoposta alla decisione del giudice sulla necessità di essa. L'art. 6, par. 3 lett. d, secondo la Corte, «non impone la convocazione di tutti i testimoni, ma tende alla parità delle armi».

In relazione al secondo aspetto, la Corte ha invece ritenuto che integra una violazione dell'art. 6, parr. 1 e 3, la condanna in grado di appello dell'imputato assolto in primo grado, sulla base della mera rivalutazione contraria delle deposizioni a discarico rese in primo grado, senza accogliere la richiesta difensiva di nuova escussione testimoniale (C. eur., 18.5.2004, Destrehem c. Francia, § 45).

Ciononostante, l'impianto proposto dal sistema interno risulta necessario termine di paragone al fine della valutazione complessiva dell'equità della procedura, per cui «siccome nell'ordinamento italiano l'ammissione delle prove nuove in appello riveste un carattere eccezionale, dovendo essere disposta solamente nel caso in cui il giudice ritenga di non essere in grado di decidere allo stato degli atti, non si rinviene la violazione della

previsione convenzionale nel caso di mancata ammissione di una prova nuova, nonostante che essa avrebbe potuto innegabilmente confermare o confutare le accuse mosse al ricorrente» (C. eur., 13.10.2005, Bracci c. Italia, §§ 64-65, in tema di mancata ammissione di indagine tecnica su prelievo di DNA. La Corte, nel caso, ha comunque ritenuto iniqua la procedura per violazione del contraddittorio, v. *infra* § 15).

B) L'assunzione delle prove.

Con riguardo all'assunzione della prova, la Corte europea ha costantemente affermato l'imprescindibile necessità del contraddittorio.

«Combinato con il par. 3, il par. 1 dell'art. 6 obbliga gli Stati contraenti a misure positive. Esse consistono precisamente a informare l'accusato nel più breve tempo possibile dell'accusa contro di lui, ad accordargli tempo e facilitazioni necessarie per preparare la sua difesa, ad assumere direttamente la sua difesa o avvalersi di un difensore, ad interrogare o fare interrogare i testi a carico ed ottenere la convocazione dei testi a scarico nelle stesse condizioni di quelli a carico. Questo diritto implica, non solamente l'esistenza, in materia, d'un equilibrio tra accusa e difesa, ma anche che, in generale, l'esame dei testimoni deve avvenire in contraddittorio» (C. eur., 6.12.1988, Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna, § 78).

c) Particolarità.

La Corte europea si è espressa, poi, in tema di «poliziotti coperti», affermando che in via di principio non esistono preclusioni all'ingresso di dichiarazioni provenienti da poliziotti che agiscono sotto copertura, pur se bisogna tenere presente che a differenza dei testimoni disinteressati e delle vittime, costoro hanno un dovere generale di obbedienza al potere esecutivo e sono legati da un rapporto funzionale col P.M. (C. eur., 23.4.1997, Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi).

In aderenza a ciò, si è sancito, altresì, che la lettura in dibattimento, delle dichiarazioni scritte di un infiltrato coadiutore della polizia che non è stato possibile interrogare o

fare interrogare viola l'art. 6, par. 1 e 3, lett. d), CEDU, ponendosi in contraddizione, tanto col diritto al contraddittorio testimoniale, tanto col divieto di acquisire diversamente informazioni provenienti da soggetto «ignoto», poiché pur essendo legittimamente giustificato l'interesse dell'autorità di proteggere l'anonimato, il diritto della difesa subisce comunque delle limitazioni tali da impedire al ricorrente di beneficiare di un "giusto processo" (C. eur., 15.6.1992, Ludi c. Svizzera).

Vige, comunque, in proposito il criterio della rilevanza di quanto dichiarato ai fini della condanna, per cui non è lesa alcuno dei diritti garantiti all'art. 6, par. 1 e 3, lett. d), CEDU soltanto se, ai fini dell'affermazione di responsabilità dell'imputato, l'utilizzazione delle dichiarazioni acquisite sia sorretta da altre prove acquisite al processo (C. eur., 21.3.2002, Calabrò c. Italia: nel caso, il dire di un "agente provocatore passivo" resosi irreperibile era stato valutato insieme alle testimonianze di altri soggetti e all'acquisizione di intercettazioni audio-video, per cui è stata ritenuta irrilevante l'utilizzazione in sede dibattimentale delle dichiarazioni da lui rilasciate in un procedimento connesso, a seguito della sua irreperibilità).

Più in generale, secondo la Corte, l'utilizzazione di testimonianze anonime finalizzate a fondare una condanna non può dirsi *in nuce* incompatibile con la CEDU poiché i principi del "giusto processo" richiedono che in alcuni casi gli interessi della difesa vengano bilanciati con quelli dei testimoni o delle vittime chiamate a rendere dichiarazioni. In tali situazioni lo svantaggio a carico della difesa deve essere controbilanciato dalle procedure seguite dall'autorità giudiziaria al fine di valutare la necessità dell'anonimato e l'attendibilità delle dichiarazioni rese.

Accertato, però, che la decisione di responsabilità è fondata esclusivamente sulla base di un «apparato probatorio preordinato alla istigazione dell'accusato a commettere il reato posto in essere da agente provocatore» risulta palesemente violato l'art. 6, par. 1, CEDU, dal momento che, nel caso, a pre-

scindere dal rilievo “sostanziale” concernente i limiti di rilevanza penale dell’attività “provocata”, la responsabilità dell’accusato non può evincersi dalla prova costituita dalla dichiarazione dell’“agente provocatore” che abbia positivamente indotto il soggetto a porre in essere il reato attribuitogli (C. eur., 9.6.1998, Teixeira de Castro c. Portogallo; nello stesso senso, C. eur., 26.11.2001, Calabrò c. Italia, che, riaffermando il principio, ha ritenuto però insussistente la violazione, stante la sussistenza di prove decisive ai fini della verifica della determinazione dell’imputato al compimento del reato).

Secondo la Corte, viola il disposto dell’art. 6, par. 2, CEDU, in quanto affetta da illegittima inversione dell’onere della prova, la decisione di condanna che si fondi esclusivamente su elementi probatori idonei solo a presumere, ma non a concretamente rappresentare la colpevolezza dell’accusato (C. eur., 20.3.2001, Telfner c. Austria: nel caso, la decisione dell’autorità giudiziaria nazionale si era basata esclusivamente su un rapporto redatto dalla polizia, secondo il quale l’imputato sarebbe stato responsabile di lesioni colpose commesse in violazione delle norme sulla circolazione stradale perché “notoriamente” conduttore dell’autovettura investitrice).

15. (Segue): i) *il contraddittorio e la discovery*. – Secondo la Corte europea, a prescindere dai sistemi e dalle regole particolari, ogni procedimento per potersi dire impernato davanti al giudice imparziale non può che implicare, per ciascuna delle parti, «la facoltà di conoscere le osservazioni e gli elementi di prova prodotti dalla controparte, nonché di discuterli, e ciò, anche nel caso in cui una forma procedurale prescinda dalla partecipazione personale delle parti stesse» (C. eur., 28.8.1991, Brandstetter c. Austria; C. eur., 22.2.1996, Bulut c. Austria. Più di recente, C. eur., 9.5.2003, Papageorgiou c. Grecia; C. eur., 11.7.2002, Goç c. Turchia; C. eur., 16.2.2000, Fitt c. Regno Unito).

L’affermazione generale pare imporre una preliminare digressione al fine di evidenziare come l’esigenza del rispetto delle regole del

contraddittorio (oltre che della terzietà e imparzialità del giudice) è soddisfatta appieno non soltanto nei casi in cui la verifica e il confronto delle parti sul materiale probatorio preceda la decisione del giudice, ma anche laddove esigenze particolari (si pensi agli atti c.d. a sorpresa, quali i provvedimenti di applicazione di misure cautelari; ovvero agli atti che per esigenze di indagine presuppongono la segretezza, quali quelli autorizzativi delle intercettazioni telefoniche o ambientali) impongano la conoscenza differita e, quindi, la verifica successiva.

Il concetto di autonomia di qualsivoglia procedimento accertativo di qualsivoglia fatto (di merito o di rito) comunque necessario alla decisione pare dovere essere considerata appieno laddove ci si voglia confrontare adeguatamente con la disposizione convenzionale.

Tanto nel caso in cui sia previsto un sistema di controlli congegnato come impugnativa da proporre davanti ad altro giudice, che laddove, invece, il tutto segua lo schema della “eccezione” da proporre allo stesso organo giurisdizionale che ha emesso il provvedimento ovvero a quello del procedimento presso il quale l’accertamento è rilevante, le posizioni rassegnate dal modello convenzionale devono comunque essere soddisfatte e, dunque, quel modello rispettato (volendo, FURFARO, *L’accertamento dei fatti processuali*, in GAITO, *La prova penale*, I, Torino, 2008, 395 ss.).

Anche in proposito sovvienne la giurisprudenza della Corte europea, che, considerando la posizione della parte ontologicamente più debole del processo (l’accusato), ha in diverse occasioni espresso il concetto di «possibilità di difendersi», costituito dalla concreta previsione da parte del sistema interno di un mezzo col quale il soggetto possa fare valere le proprie ragioni. Molte le decisioni in tema di controlli dei provvedimenti privati della libertà personale (tra le tante, C. eur., 30.11.2000, G.B. c. Svizzera; C. eur., 30.11.2000, M.B. c. Svizzera), in tema di eccezioni processuali, rilevante è la casistica sulle possibilità di verifiche postume circa

la legittima adozione di mezzi invasivi di ricerca della prova e sulle operazioni conseguenti (di recente, C. eur., 29.3.2005, Matheron c. Francia).

Concettualizzando, può dirsi che la considerazione di qualsivoglia procedimento accertativo come complesso di procedimenti comporta l'approccio atomistico ad ognuno di essi che, *sui generis* quanto ad oggetto dell'accertamento, potrà comportare particolarità strutturali conseguenti, fermo restando, però, il rispetto delle condizioni che convenzionalmente lo legittimano.

Il diritto ad un processo penale imperniato sul contraddittorio implica, tanto per l'accusa, quanto per la difesa, la facoltà di conoscere le osservazioni e gli elementi di prova prodotti dalla controparte, nonché di discuterli. In forza di tale rilievo, secondo la CEDU, anche nel caso di procedura che prescindendo dalla partecipazione personale delle parti (quali quelle «camerali» previste dai vari ordinamenti) la mancata comunicazione degli scritti di ciascuna delle parti all'altra integra una violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU (C. eur., 22.2.1996, Bulut c. Austria; C. eur., 28.8.1991, Brandstetter c. Austria, in tema di omessa comunicazione al difensore delle osservazioni del rappresentante dell'accusa).

Ciò non esaurisce, però, l'ambito delle violazioni in relazione alle fasi del procedimento, dal momento che l'avvenuta trasmissione di note scritte del P.M. al giudice del riesame dell'ordinanza cautelare, senza che di esse sia data comunicazione al difensore integra, inoltre, la violazione del principio di difesa e di parità delle armi di cui all'art. 5, par. 4, CEDU (C. eur., 31.1.2002, Lanz c. Austria). In sostanza, le esigenze di cui all'art. 6, par. 3, CEDU rappresentano soltanto un aspetto particolare del diritto all'equo processo stabilito dall'art. 6, par. 1, per cui, siccome il processo penale deve essere caratterizzato dal contraddittorio effettivo e concreto, è necessario che ognuna delle parti prenda cognizione delle osservazioni o degli elementi di prova prodotti dall'altra e, più in particolare, si esige, pena la violazione della dispo-

sizione di cui all'art. 6, par. 1, che l'accusa comunicata alla difesa tutte le prove in suo possesso, a carico come a discarico (C. eur., 9.5.2003, Papageorgiou c. Grecia; C. eur., 11.7.2002, Goç c. Turchia; C. eur., 16.2.2000, Fitt c. Regno Unito). Ciò determina che ogni divieto di accedere al fascicolo dell'accusa, non consentendo di preparare la difesa in maniera adeguata e di beneficiare della "eguaglianza delle armi" comporta la violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU [C. eur., 26.4.2001, Meftaah c. Francia; C. eur., 18.3.1997, Foucher c. Francia; C. eur., 22.2.1996, Bulut c. Austria: tutte, in tema di impedimento dell'imputato, sprovvisto di difensore (che invece ne avrebbe diritto secondo l'ordinamento), a visionare il fascicolo delle indagini].

Dalla vasta gamma di decisioni della Corte europea si trae un'indicazione di fondo che condiziona l'interpretazione della norma patrizia in relazione alla violazione delle regole del contraddittorio; quella, secondo la quale è dalla decisione di condanna che può trarsi la violazione del principio alla luce delle prove utilizzate ai fini della decisione. Seppure, in generale, i parr. 1 e 3 dell'art. 6 impongono di accordare all'accusato la possibilità di interrogare un testimone o altro soggetto dichiarante, tale diritto è compreso in maniera incompatibile con la norma convenzionale soltanto nel caso in cui la condanna si fondi unicamente, ovvero in misura determinante, sulla deposizione di un soggetto che l'accusato non ha potuto esaminare ovvero contrastare nelle sue affermazioni. Ciò comporta di conseguenza che la violazione del principio del contraddittorio in relazione a prove non utilizzate ovvero non determinanti non comporta illegittimità patrizia del giudizio.

Tale conseguenza trova applicazione estensiva pure nel caso di mutamento della composizione dell'organo giudicante, laddove, pur essendo previsto in via generale che l'audizione di un testimone o di altro soggetto dichiarante sia rinnovata al cospetto della nuova composizione o del nuovo giudice (C. eur., 9.3.2004, Pitkanen c. Finlandia; C. eur., 4.12.2003, Milan c. Italia; C. eur.,

9.6.2002, P.K. c. Fianlandia) pena la violazione dell'art. 6, par. 1 e 3, CEDU, è da escludere la sussistenza di tale violazione nel caso in cui non sia stato rinnovato l'esame di testimoni o dichiaranti non utilizzati o decisivi ai fini della condanna (C. eur., 10.2.2005, Graviano c. Italia).

La Corte europea ha sottolineato che è regola generale la possibilità che tutto il materiale probatorio venga presentato e discusso nel corso di una pubblica udienza, alla presenza dell'imputato, nell'ambito di una procedura *adversary*, poiché è insito nel concetto di "giusto processo" che all'imputato sia adeguatamente garantita la possibilità di "opporci e di interrogare il testimone a carico" (C. eur., 14.2.2002, Visser c. Paesi Bassi).

Inoltre ha precisato che l'interesse dell'accusato di esaminare il querelante è di fondamentale interesse nel contesto di un processo, pur se tale interesse «deve essere verificato alla luce delle circostanze concrete del caso in questione, quindi sulla dimostrazione dell'utilità che l'audizione del querelante avrebbe, verso la ricerca della verità» (C. eur., 25.7.2001, Perna c. Italia). Nei procedimenti riguardanti reati sessuali, poi, legittima convenzionalmente l'adozione di misure di protezione della vittima, soprattutto se minore, ma le stesse devono conciliarsi con un effettivo ed adeguato esercizio del diritto di difesa.

In tal senso, l'ascolto in udienza delle domande e delle risposte fornite dal testimone minorenni e il video delle stesse, rese durante un interrogatorio condotto dalla polizia durante le indagini, rappresenta, secondo la Corte, un'occasione sufficiente per l'imputato di contestare gli elementi di prova a carico e la credibilità della vittima, il cui mancato esame dibattimentale non integra una violazione dell'art. 6, par. 1 e 3, lett. e), CEDU (C. eur., 2.7.2002, S.n. c. Svezia).

È stato altresì affermato che la mancata opportunità di interrogare la vittima, non integra una violazione dell'art. 6, par. 3, lett. d), CEDU, se è stato possibile, in sede dibattimentale, esaminare i testi a carico e soprattutto se, dichiarate inutilizzabili le dichiara-

zioni raccolte nelle indagini preliminari sul dire della vittima, la condanna si basa su altre prove (C. eur., 12.1.1999, S.E. c. Italia, in *LP*, 1999, 647).

La Corte ha poi precisato che quando gli interventi del giudice, sia in sede di controesame del testimone, sia di esame diretto dell'imputato, sono determinati alla necessità di ricevere spiegazioni sulla linea difensiva adottata, per chiarirne alcuni importanti aspetti e non comportano inoltre alcun pregiudizio alla possibilità dell'imputato di rendere la propria versione dei fatti, esse non integrano una violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU (C. eur., 19.12.2001, C.G. c. Regno Unito), sempre che ciò non impedisca ai difensori la possibilità di esaminare i testimoni a carico, nel momento in cui rilasciano le loro deposizioni ovvero successivamente (C. eur., 15.6.1992, n. 238, Ludi c. Svizzera).

Ha sottolineato, infine, che la procedura di assunzione delle dichiarazioni provenienti da testimoni la cui identità deve essere mantenuta segreta, deve essere tale da compensare adeguatamente la forte restrizione subita dal diritto al contraddittorio e inoltre, l'autorità che procede all'audizione deve dimostrare tutti gli elementi da cui desumere la necessità di mantenere nascosta l'identità dei testimoni (C. eur., 23.4.1997, Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi), posto che le restrizioni al diritto di difesa sono ammissibili limitatamente allo stretto necessario e devono comunque essere controbilanciate dalle modalità di svolgimento del procedimento.

Tuttavia, nei casi in cui la condanna si fonda esclusivamente o in modo decisivo, sulla deposizione di un soggetto che l'imputato non ha mai avuto l'occasione di interrogare, il diritto di difesa risulta limitato fino ad un punto incompatibile con le garanzie riconosciute dall'art. 6, CEDU (C. eur., 20.12.2001, P.S. c. Germania). È riscontrabile, dunque, la violazione del diritto ad un giusto processo, tutte le volte in cui la condanna, non soltanto si fonda esclusivamente o in modo determinante sulle testimonianze anonime, ma pure quando esse sono inficiate dal dubbio circa l'attendibilità delle fonti di

prova e non sono mai state oggetto di controesame da parte della difesa (C. eur., 28.3.2002, Birutis e altri c. Lituania).

Dalla giurisprudenza della Corte, in estrema sintesi, è dato rilevare che l'impossibilità per l'imputato di interrogare o far interrogare i testimoni a carico non integra una violazione all'art. 6, parr. 1 e 3, lett. d), CEDU soltanto alle seguenti condizioni: a) che il soggetto dichiarante sia giustificatamente irreperibilità; b) che le dichiarazioni rese dallo stesso non abbiano contribuito in maniera decisiva a fondare la condanna del ricorrente; c) che quest'ultimo non abbia dimostrato che la convocazione del teste era decisiva per la ricerca della verità e che la mancata escussione ha inficiato i diritti della difesa (C. eur., 5.12.2002, Craxi c. Italia).

In applicazione di tali indicazioni, la Corte ha ritenuto integrata la violazione della norma pattizia dall'impossibilità di interrogare o fare interrogare le persone offese escusse nelle indagini e rese irreperibili (C. eur., 13.10.2005, Bracci c. Italia, § 64), ovvero soggetti, le cui dichiarazioni, raccolte all'estero, lette poi nel dibattimento, abbiano determinato in misura determinante la condanna (C. eur., 14.12.1999, A.M. c. Italia).

In relazione a tale violazione è stati, poi, ritenuto assolutamente irrilevante che l'imputato, nel giudizio, non si sia opposto alla lettura nel caso in cui la sua opposizione sarebbe stata vanificata dall'esistenza di una norma che implicitamente o esplicitamente la vanificava (C. eur., 5.12.2002, Craxi c. Italia: nel caso, è stato ritenuto irrilevante ai fini della violazione dell'art. 6, parr. 1 e 3, lett. d), CEDU la mancata opposizione alla lettura, perché la norma di cui all'art. 512, nel testo precedente l'innovazione ex L. 1.3.2001, n. 63, avrebbe impedito qualsivoglia rilievo all'opposizione alla lettura eventualmente formulata dalla difesa).

In relazione ad aspetti particolari, la Corte ha così deciso:

- che la complessità del procedimento innanzi alla Corte di Cassazione può giustificare la riserva concessa ai soli avvocati di prendere la parola, ma ciò, però, non determina che

l'interessato che abbia scelto di difendersi senza l'assistenza di un avvocato, non debba essere messo a conoscenza del procedimento e godere del contraddittorio (C. eur., 26.4.2001, Meftah c. Francia; C. eur., 13.2.2001, Adoud e Bosoni c. Francia; C. eur., 8.2.2000, Voisine c. Francia; C. eur., 26.5.1988, Ekbatani c. Svezia; C. eur., 12.2.1985, Colozza c. Italia);

- che la mancata comunicazione in qualsiasi forma della relazione del consigliere relatore e del rappresentante del P.M. all'interessato integra la violazione dell'art. 6, CEDU, in quanto determina uno squilibrio incompatibile con la nozione di "processo giusto" (C. eur., 17.5.2000, Slimane-Kaid c. Francia; C. eur., 31.3.1998, Reinhardt c. Francia);

- infine, che la mancata nomina dell'interprete in seguito alla denuncia del difensore, da parte del giudice, impedisce all'imputato che lo necessiti, la comprensione dello svolgimento del processo e le conseguenze derivanti dall'adozione di una linea difensiva anziché un'altra (C. eur., 24.9.2002, Cuscani c. Regno Unito).

Ai sensi degli artt. 2, 3 e 8, n. 4 della decisione-quadro del Consiglio d'Europa del 15.3.2001 (2001/220/GAI), relativa alla posizione della vittima nel processo penale, il giudice nazionale deve avere la possibilità di autorizzare che i bambini che sostengono di essere stati vittime di maltrattamenti, rendano la loro deposizione secondo modalità che permettano di garantire loro un livello di tutela adeguato, ad esempio facendoli deporre al di fuori dell'udienza e prima che questa sia tenuta, con l'unico limite rappresentato dalla necessità che comunque il procedimento a carico dell'imputato non sia «iniquo» ai sensi dell'art. 6, CEDU (C. eur., 16.6.2005, conformità degli artt. 392 e 398, alla decisione-quadro 2001/220/GAI).

16. (Segue): 1) *la correlazione tra accusa e sentenza*. – S'è visto, trattando dell'esercizio dell'azione penale e dell'imputazione che quest'ultima, per essere conforme al dettato convenzionale, non solo deve contenere l'allegazione dettagliata dei fatti posti a sostegno dell'accusa, ma altresì la qualificazione giuridica

che tali fatti assumono e che la circostanza che il ricorrente non sia stato informato nel giudizio d'appello della modifica intervenuta nella qualificazione dei fatti addebitatagli, anche se in un primo momento influisce negativamente sulle *chances* di difesa, non integra una violazione all'art. 6, parr. 1 e 3, lett. a) e b), CEDU, soltanto quando nel corso del giudizio i fatti addebitati sono stati riesaminati alla luce della nova veste giuridica assunta. Alla luce di tali indicazioni «di massima» va letta la produzione giurisprudenziale della Corte europea (in verità non copiosa) concernente il tema della correlazione tra accusa e sentenza.

La Corte, infatti, ha ritenuto che la diversità tra reato oggetto della condanna e reato enunciato nell'imputazione, non viola l'art. 6, parr. 1 e 3, lett. a) e b), CEDU, se nel corso del giudizio d'appello e di quello in Cassazione, l'imputato viene comunque (*rectius*: formalmente) informato tempestivamente del mutamento dell'impu-

tazione. Ciò perché, alla luce del procedimento considerato nel suo complesso, risulta che sia stato rispettato il diritto ad essere informati dettagliatamente dell'accusa e ad avere tutte le facilitazioni per preparare la difesa (C. eur., 21.2.2002, Sipavicius c. Lituania; C. eur., 1.3.2001, Dallos c. Ungheria). L'imputato ha in ogni caso però diritto ad essere informato, pena la violazione dell'art. 6, par. 3, lett. a), CEDU, di tutti gli elementi «di fatto» che sorreggono l'accusa, anche se modificata, a prescindere dalla qualificazione giuridica che di essi sarà data (C. eur., 24.10.1996, De Salvator Torres c. Spagna: nel caso la Corte ha ritenuto non integrata la violazione perché la modifica in appello dell'imputazione da appropriazione indebita in peculato, non poteva tradursi in una immutazione del fatto, perché l'imputato non poteva ignorare che l'appropriazione gli era stata attribuita in quanto pubblico ufficiale).

La successione di norme processuali penali tra aspirazione al metodo e linee di politica criminale

di *Filippo Giunchedi*

(Scritto destinato al *Codice ipertestuale delle leggi penali speciali*,
a cura di Gaito e Ronco, Torino, 2009)

1. *La successione di norme nel tempo: "qualche precisazione" per una lettura ortodossa.* – In un periodo storico in cui la voracità bulimica del legislatore tende a creare disorientamenti in ordine alla stabilità normativa (RESCIGNO, *Disposizioni transitorie*, in *ED*, XIII, Milano, 1964, 219 ss.), risvegliando sopiti interessi verso il tema – di rado affrontato adeguatamente (v. la denuncia di CONSO, *Il problema delle norme transitorie*, in *GP*, 1989, III, 129) – uno studio sulla successione di norme penali processuali nel tempo costituisce un punto di partenza per "dotare" l'interprete di una bussola per orientarsi nella non facile convivenza tra norme che

si susseguono nel disciplinare il medesimo istituto.

Le diverse soluzioni adottate di volta in volta dal legislatore sottendono scelte di politica criminale tese, a seconda dei casi, ad applicare anche ai processi in corso la norma nuova, ovvero a calmarne gli effetti con un'entrata a regime in funzione della fase processuale nella quale è pervenuto il processo, senza trascurare i correttivi per via giurisprudenziale che spesso hanno una portata pratica addirittura maggiore della norma stessa. Nonostante ciò, deve convenirsi che l'immediata applicazione a tutti i processi in corso delle innovate regole offra maggiori garanzie,

non tanto perché le nuove norme debbano considerarsi migliori delle precedenti – dato che potrebbe non essere anche vero – quanto piuttosto perché le nuove tendono a conformare l'attività processuale alle nuove regole che «appunto perché tali, debbono senz'altro ritenersi più corrispondenti delle vecchie alla coscienza giuridica di un determinato popolo in un dato momento storico» (SPANGHER, *Tra vecchio e nuovo processo penale: norme di coordinamento e disciplina transitoria*, in AA.VV., *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Padova, 1989, 163).

Al proposito la Corte Costituzionale ebbe modo di ricordare che le scelte legislative concernenti le questioni intertemporali assecondano ragioni di opportunità politica liberamente apprezzate dal legislatore ordinario. Anche in assenza di specifiche indicazioni legislative, il giudice non sarebbe libero di gestire la successione di leggi nel tempo essendo comunque tenuto ad attenersi ai principi generali di diritto intertemporale desumibili dall'art. 11 disp. prel. c.c. (C. Cost., 25.3.1970, n. 9, in *GiC*, 1970, 468).

Uno dei primi problemi che l'interprete si trova a dover affrontare è quello di inquadrare la norma territorialmente e temporalmente, avendo ad oggetto fatti che si collocano nello spazio, nel tempo (KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952, 52) ed in funzione dei soggetti ai quali si rivolge [CHIAVARIO, *Norma (dir. proc. pen.)*, in *ED*, XXVIII, Milano, 1978, 466].

Secondo la letteratura classica sarebbe addirittura il tempo l'elemento differenziale tra norme sostanziali e processuali (GRISPIGNI, *Diritto processuale penale*, I, Roma, 1945, 175) tale da ricondurre alle seconde il disposto dell'art. 11 disp. prel. c.c. a cui va riferito il brocardo *tempus regit actum* il quale «postula: 1) che, intervenuta una nuova legge processuale penale, questa regola lo svolgimento del processo dal momento in cui entra in vigore; 2) che gli atti di un procedimento, iniziatosi con la legge processuale penale abrogata, mantengono il loro vigore» (BELLAVIDA, *Lezioni di diritto processuale penale*, 4^a ed., Milano, 1975, 29). Sulla scorta di ciò

si è opportunamente affermato che parlare di irretroattività della legge penale non è ortodosso in quanto anche le norme sostanziali non retroagiscono mai in quanto si applica la legge più favorevole in un arco temporale che ha quale punto di partenza il tempo del fatto di reato (MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, a cura di Conso e Pisapia, 6^a ed., I, Torino 1968, 207). Il vero punto dolente della ricostruzione, comunque, è legato a quegli atti che non hanno carattere istantaneo e conseguentemente non producono effetti immediati in quanto necessitano di una determinata porzione di tempo per realizzarsi e quindi possono creare problemi di compatibilità con differenti leggi che regolano lo stesso fenomeno (MARSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione penale*, Napoli, s.d., 511).

Certo è che “vecchio” e “nuovo” nel campo del diritto – ove a far da protagonista è quasi sempre l'interpretazione delle norme – sono connotati tanto vicini tra loro da potersi sovrapporre (A. GAITO, *Il giudizio di diritto nel processo penale*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di A. Palazzo, Napoli, 2001, 412). In pratica sono le ideologie che tendono ad interpretazioni che creano profonde spaccature e pongono problemi di conciliabilità tra processi vecchi e processi nuovi. Sul piano metodologico, poi, questi aspetti, spesso estranei al diritto, vengono ricondotti ai principi di affidamento e di ragionevolezza (per una loro disamina MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, 232 ss.).

2. *Profili metodologici.* – L'efficacia temporale del diritto si caratterizza in funzione di tre elementi: tempo, norma giuridica e attività che questa ultima regola (MAZZA, *La norma processuale*, 1). Oggetto dello studio è la norma come viene applicata nel tempo, laddove l'utilizzo del sostantivo «norma» è l'unico ortodosso in quanto «se la disposizione rappresenta l'oggetto su cui si svolge l'attività dell'interprete, la norma ne costituisce il risultato» (MAZZA, *La norma processuale*, 4), rifuggendo in tal modo la biunivocità dei due termini che nel linguaggio comune vengono

utilizzati come sinonimi (GUASTINI, *Disposizione vs. norma*, in *GiC*, 1989, II, 9).

Per comprendere l'incidenza del tempo sulle norme è fondamentale stabilire il loro possibile grado di "scomposizione", nel senso che la ricerca deve concentrarsi sull'esame della struttura dell'atto e sulla sua capacità ad essere segmentata in ulteriori atti rapportati ad altrettanti tratti temporali. La scomposizione può ritenersi possibile solo quando ogni singola porzione è potenzialmente in grado di produrre effetti giuridici (MAZZA, *La norma processuale*, 24), dovendosi altrimenti oblitare una atomizzazione all'infinito. Quelle attività – caratterizzate dalla tensione verso un unico fine (CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 84 ss.) – che si rendono necessarie per la realizzazione dell'unità giuridica minima (quella per intendersi che ha dignità di essere giuridicamente considerata) sono semplicemente ancillari ad un modello che acquista giuridica esistenza perfezionandosi nello schema tipico previsto dal legislatore (CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, 86). È, ad esempio, l'ipotesi dell'attività di scrittura della sentenza da parte del giudice che è irrilevante fino a quando non si perfeziona lo schema tipico previsto dal legislatore con l'art. 546 c.p.p.

Autonoma rilevanza assumono i singoli atti che vanno a comporre l'atto complesso che consta di più atti dotati di autonomia, i quali, se vengono scanditi in un certo ordine pre-stabilito dal legislatore, generano a loro volta un nuovo atto (per approfondimenti MAZZA, *La norma processuale*, 30 ss.).

È naturale, in tutti questi casi, che l'autonomia strutturale di ogni atto consente di "schermare" alle vicende di successione normativa i singoli atti a meno che non li si voglia considerare nella struttura di atto complesso come, ad esempio, fecero le Sezioni unite in relazione al procedimento probatorio (C., S.U., 13.7.1998, Citaristi, in *CP*, 1999, 112; C., S.U., 25.2.1998, Gerina ed altri, in *CP*, 1998, 1951).

Altrettante problematiche suscita la distinzione tra atto o fatto processuale istantaneo

e fatto processuale permanente. Nella prima categoria la istantaneità dell'atto non consente influenze da parte del succedersi del tempo; nella seconda, invece, proprio in ragione del fatto che l'atto con il decorrere del tempo si perfeziona, raggiungendo il fine cui è preordinato (CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, 76 s.) la successione di norme influisce sulla regolamentazione dell'istituto interessato.

I fatti processuali permanenti, invece, sono suscettibili di essere "travolti" dagli effetti di una norma successiva o da quella che regola il passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina (c.d. norme transitorie).

Il carattere volutamente sintetico del lavoro, impone per considerazioni sui profili relativi alla dinamica temporale delle norme processuali di rinviare al recente e completo saggio di MAZZA, *La norma processuale*, 33 ss.

3. *Diritto intertemporale e diritto transitorio: una distinzione imprescindibile.* – A fronte di un panorama dottrinale che utilizza gli aggettivi "intertemporale" e "transitorio" come se si trattasse di sinonimi, si è cercato di arginare una prassi applicativa tendente a creare omogeneità terminologiche per concetti che hanno significati distinti che si riversano sul piano contenutistico (MAZZA, *La norma processuale*, 91). In particolare per "diritto intertemporale" deve intendersi «il complesso delle norme e dei principi [...] che regolano la successione delle leggi nel tempo» (RESCIGNO, 221) e costituiscono «una categoria a sé di norme, e cioè la categoria delle norme che disciplinano altre norme (*ius supra iura*), e come tali sfuggono a qualsiasi classificazione tradizionale» (RESCIGNO, 227). In particolare alle norme intertemporali si ricorre quando il legislatore non ha disciplinato appositamente il mutamento legislativo [MONTAGNA, *Tempo (successione di leggi nel) (dir. proc. pen.)*, in *Digesto pen.*, Agg. IV, 2008, 1083] e quindi deve decidersi quale tra la vecchia o la nuova deve essere applicata.

Le norme transitorie – che al pari delle intertemporali sono norme strumentali –, invece, costituiscono una categoria a sé stante (POPOVILIEV, *Le droit civil transitorie ou in-*

tertemporel, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1908, 462 ss.) costituita da tutte quelle norme che regolano gli accadimenti compresi nel periodo in cui si verifica un mutamento normativo sostituendosi alla norma precedente e alla definitiva, al fine di regolarne l'entrata a regime. Si tratta di una sorta di «terzo regime legislativo, diverso da quello antico, e così pure da quello nuovo; cioè un terzo diritto, destinato a durare solo transitoriamente, finché dal vecchio diritto si sia pervenuti, in ogni parte, al nuovo» (PACCHIONI, *Diritto civile italiano. Parte prima. Le preleggi*, I, Padova, 1935, 89). Il regime transitorio, quindi, è destinato ad esaurirsi insieme al progressivo esaurirsi delle fattispecie concrete da essa contemplate (PAOLOZZI, *Giusto processo: un diritto transitoriamente affievolito*, in *DPP*, 2002, 1135).

Le norme transitorie godono di peculiarità, costituite – oltre che dalla tendenza ad esaurirsi per le ragioni anzidette – dal non ammettere estensione analogica e dalla circostanza che essendo esse stesse norme direttamente applicabili, possono dar luogo ad altre disposizioni transitorie e quindi essere sottoposte alle norme intertemporali (RESCIGNO, 230).

È dato incontestato che la predisposizione di norme transitorie non richieda la fissazione di principi e criteri direttivi, posto che questi sono già presenti nella legislazione precedente o in quella riformata e che compito della norma transitoria è proprio quello di coordinare i principi delle due discipline che si susseguono (SPANGHER, 161).

Quest'aspetto era già stato significativamente chiarito dalla Corte Costituzionale che, in riferimento al mutamento di disciplina del procedimento tributario, spiegò come non si possa «pretendere che la legge di delega, preordinata ad una generale riforma del sistema fiscale, [provved[er]a] alla puntuale specificazione della disciplina processuale idonea a soddisfare l'esigenza di una ricognizione dello Stato dei numerosissimi giudizi pendenti» (C. Cost., 11.6.1980, n. 85, in *GiC*, 1980, I, 720).

4. *Successione di leggi penali sostanziali e referenti costituzionali.* – In materia penale, a

livello interno, la successione di norme nel tempo è scandita da due *Grundnormen*: l'art. 2 c.p. e l'art. 25, 2° comma, Cost. Quest'ultimo ha segnato un significativo passaggio nella distinzione tra diritto penale sostanziale e diritto penale processuale (SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, 1987, 57 ss.).

A livello sovranazionale i referenti normativi che impongono l'irretroattività della legge penale sono costituiti dall'art. 7 C.e.d.u. e dall'art. 15 Patto internazionale dei diritti civili e politici.

La tutela apprestata dall'ordinamento sul piano dell'irretroattività è strettamente legato al principio di legalità. In particolare il destinatario della norma deve conoscere in anticipo se dalle sue azioni possono derivare delle responsabilità penali. Sarebbe erroneo, però, considerare i principi di legalità e di irretroattività inscindibilmente legati: si tratta di «due principi diversi che possono essere introdotti anche in modo indipendente l'uno dall'altro» (D'AMICO, *Art. 25*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, Torino, 2006, 545), tanto che con il principio di irretroattività il costituente si rivolge al legislatore vietandogli la possibilità di norme sfavorevoli all'agente sia con disposizioni che puniscono fatti che al tempo della commissione non costituivano reato, sia con l'applicazione di una norma successiva sfavorevole al reo. E, considerato che l'irretroattività tende a tutelare il bene primario della libertà, una deroga è prevista quando la legge posteriore sia più favorevole alla libertà rispetto alla precedente (MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, I, Torino, 1981, 368).

Sarebbe illusorio, però, pensare che queste garanzie siano e saranno sempre assicurate in quanto va affiorando una metodologia di approccio del legislatore, tendente ad intervenire «a posteriori» punendo l'agente soltanto perché, nonostante abbia rispettato le regole vigenti all'epoca in cui ha agito, adeguandosi ai canoni comportamentali e cautelari cono-

sciuti, abbia inconsapevolmente aumentato il rischio di eventi che al tempo non era possibile prevedere (STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in RIDPP, 2004, 80). Con questi interventi creativi della giurisprudenza, che delineano *ex post* i contorni dell'illecito, il diritto penale risulterebbe più efficace (SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in RIDPP, 2001, 1193 ss.). Inevitabili le ricadute anche sul piano dell'accertamento processuale in forza di un utilizzo incontrollato ed incontrollabile del principio del libero convincimento soprattutto per l'incapacità della scienza di offrire spiegazioni plausibili sul piano della causalità a determinati eventi con inevitabile arretramento della soglia di punibilità dall'evento al pericolo (STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001, 163 ss.; con maggiore attinenza ai profili processuali, SANTORIELLO, *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, Torino, 2008, *passim*).

5. *Possibile una tutela costituzionale anche per le norme processuali?* – La tutela approntata dall'art. 25, 2° comma, Cost. sembrerebbe confinata al solo settore penale, trattandosi di un riflesso del principio di legalità. Nonostante si tenda a mantenersi conformi a questa interpretazione con conseguente applicazione del principio *tempus regit actum* (PAGLIARO, *Legge penale nel tempo*, in ED, XXIII, Milano, 1973, 1067), allo stesso modo, da tempo, in maniera persuasiva, si tende a rifuggire una drastica diversificazione tra norme sostanziali e processuali in ordine alla copertura costituzionale in discorso. Infatti se «si è puniti in forza di una legge non soltanto con riferimento al titolo per cui si è puniti, ma altresì alle modalità del procedimento con cui le ragioni di punibilità sono accertate e la pena è irrogata e applicata [...] sotto l'ambito della norma costituzionale cade, oltre che la legge penale sostanziale, pure quella processuale» [M. GALLO, *Interpretazione della Costituzione e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria)*, in RIDPP, 1965, 215]. Questa interpretazione troverebbe ra-

gione proprio nel tenore dell'art. 25, 2° comma, Cost. il quale, utilizzando il termine «legge», non porrebbe alcuna preclusione alla legge processuale.

Che si tratti di questioni “di confine” ne è consapevole anche la recente giurisprudenza che ha escluso l'applicabilità del principio *tempus regit actum* in riferimento all'ammissione al giudizio abbreviato – che presenta profili non solo processuali –, influendo direttamente sulla determinazione della pena mediante la previsione di una sua riduzione (C., Sez. I, 17.6.2004, Gurliaccio, in ANPP, 2005, 512).

Simili approdi costituiscono l'epilogo di una serie di tappe che non ammettevano così facilmente una scissione tra norme sostanziali e processuali in campo penale per l'indiscutibile riflesso che ha sul diritto di difesa (NOBILI, *Art. 25 comma 1*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1981, 186, e già prima GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, II, Pisa, 1869, 453). Facendo leva sull'esegesi dell'art. 2 c.p., ed in particolare del 3° comma, si giungerebbe a ritenere che, ad un'iniziale delimitazione della prescrizione alle sole norme sostanziali, si possa con tranquillante certezza estenderne la portata anche a quelle processuali; anzi la formula si adatterebbe ad entrambe (CARNELUTTI, *Il ricorso in cassazione contro le sentenze dell'Alta Corte di giustizia è veramente escluso?*, in RDPr, 1946, II, 82).

Nonostante l'autorevole portata, questi contributi non hanno mai condotto a degli approdi convincenti, tanto che una datata presa di posizione della Corte Costituzionale ha instaurato un inderogabile divieto alla tendenza a creare commistione tra norme sostanziali e processuali sulla scorta del fatto che «l'art. 25, 2° comma, Cost., stabilisce una garanzia per l'imputato, e non si ha difficoltà ad ammettere altresì che la vera *ratio*, ravvisabile al fondo della norma, è un'esigenza di certezza. Tale riconoscimento non giustifica tuttavia, la deduzione che, quindi, nel campo penale, devono ritenersi irretroattive, non solo le norme sostanziali, ma anche quelle processuali» (C. Cost., 1.2.1982, n. 15, in

GiC, 1982, I, 85). Perentorio, quindi, il giudizio della Consulta che sottolineò la natura esclusivamente processuale della custodia preventiva.

In tema CONSO, *La libertà provvisoria a confronto con le esigenze di tutela della collettività ovvero la «legge Reale» tra politica e diritto*, in *GiC*, 1980, 470.

Le ragioni di questa differenziazione sarebbero da rinvenire proprio nel tenore dell'art. 2, 3° comma, c.p. che laddove fa riferimento «al tempo del commesso reato» sta ad indicare la natura prettamente penalistica – desumibile anche dalla collocazione nel codice penale – e nel fatto che l'applicazione di diverse regole, anziché giovare all'imputato, potrebbe pregiudicarlo in una rapida definizione del processo (LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Milano, 1968, 162 s.).

Nemmeno può farsi ricorso all'analogia esportando il principio dettato dalla norma sostanziale a quella processuale in quanto «nel settore processuale manca una "lacuna del diritto" intertemporale da colmare facendo ricorso all'analogia, valendo già il principio generale dell'efficacia immediata, sancito dall'art. 11, 1° comma, disp. prel. ed espresso con la formula *tempus regit actum*» (MAZZA, *La norma processuale*, 176).

Invero, nonostante gli sterili tentativi di individuare una tutela costituzionale quantomeno in un settore dove gli interessi in gioco sono più pregnanti come nell'ipotesi delle limitazioni provvisorie della libertà personale, pare che il limite all'estensione delle garanzie previste dall'art. 25, 2° comma, Cost. siano da rinvenire non tanto negli scopi perseguiti dalla norma quanto nella «natura del diritto soggettivo sottoposto a limitazione, la quale resta per l'appunto identica, quale che sia la finalità (processuale o sanzionatoria) della restrizione» (NOBILI, *Successione nel tempo di norme sui termini massimi della custodia preventiva e principi costituzionali*, in *FI*, 1982, I, 2138; più in generale DENTI, *Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, in *RDP*, 1964, 64 ss.).

Questa l'impostazione tradizionale. Non può

sfuggire, però, che con la costituzionalizzazione del giusto processo il legislatore costituente ha previsto che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge» (art. 111, 1° comma, Cost.), il che potrebbe apparire come una frase priva di reale significato (ANDRONIO, *Art. 111*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, Torino, 2006, 2111) se non quello meramente proclamativo. Una diversa lettura, al contrario, può offrire un'altra prospettiva che è strettamente legata all'innovato metodo di formazione e valutazione della prova introdotto dalla l. 1.3.2001, n. 63 che all'art. 26, relativo alla sua entrata a regime, prevede che la nuova disciplina sia immediatamente operativa, vale a dire applicabile a tutti i processi in corso. D'altronde una simile chiave di lettura è coerente con precedenti testi legislativi in quanto l'immediata operatività delle nuove norme oltre che costituire una norma di garanzia [A. GAITO, *L'altare e le vittime (a proposito del "giusto processo" in Cassazione)*, in *GiC*, 2000, 2985] non sconfinava in altrettante violazioni sul piano costituzionale, prime tra tutte quelle relative ai diritti di difesa e di uguaglianza (E. GAITO, *Sull'applicazione immediata del "nuovo" art. 513 c.p.p. nel giudizio di cassazione*, in *GI*, 1998, 322; A. GAITO, *L'altare e le vittime*, 2988). Le principali applicazioni si ritrovano in una visione dinamica del procedimento e ai variegati approdi a cui può pervenire fino a quando non si sia pervenuti alla *res iudicata* [significativamente BARGI, *L'immediata applicabilità del "nuovo" art. 513 c.p.p. nel giudizio di cassazione (ancora una volta a confronto il dogmatismo formalistico e la cultura del giusto processo)*, in *RDP*, 1999, 381 e A. GAITO, *L'operatività dell'innovato art. 513 c.p.p. (le incertezze della cultura processuale e l'inutile insegnamento delle Sezioni Unite)*, in *RDP*, 1998, 792], ove è da respingere con forza ogni forma di "atterraggio morbido" che costituirebbe una sorta di alchimia normativa tesa a limitare l'applicazione di regole più garantiste, mascherata con la veste di pretesi principi superiori (la durata ragionevole del processo, giusto per

utilizzare uno degli *escamotage* più gettonati, di fatto estranei ai valori costituzionali.

6. Il principio «tempus regit actum»: una “formula magica” con dei limiti. – Il passaggio dalla ricerca di un referente costituzionale per le norme processuali penali incentrato sull’individuazione di disposizioni potenzialmente idonee ad incidere in modo pregiudizievole su diritti e libertà fondamentali (MONTAGNA, *Tempo*, 1086) consente di acquisire consapevolezza circa i limiti di una classificazione unitaria, dovendosi, invece, riscontrare come si possano tracciare solo delle sottocategorie alle quali applicare una disciplina comune (CONSO, *Premesse per una discussione in tema di norme sulla prova nel processo penale*, in RIDPP, 1969, 3) caratterizzata dal trattarsi di «norme di garanzia» (CONSO, *Natura giuridica delle norme sulla prova del processo penale*, in RDPr, 1970, 10).

L’art. 11 disp. prel. c.c. è la norma che consente di sancire l’irretroattività della legge. Le nuove disposizioni regoleranno il processo per gli atti futuri, mentre quelli già compiuti sotto altra disciplina manterranno la loro efficacia. Questo a condizione che una norma transitoria non regoli diversamente la materia stabilendo una diversa regolamentazione, protraendo, ad esempio, gli effetti della precedente disciplina o facendo retroagire la nuova (chiarissima in tal senso MONTAGNA, *Tempo*, 1088).

Gli aspetti controversi si registrano laddove ci si trovi al cospetto di un atto non istantaneo (sulla definizione CHIAVARIO, 468) o con effetti permanenti. In queste ipotesi, assai frequenti, è importante soffermarsi sul concetto di *actus* che sta alla base della valenza del principio *tempus regit actum* su cui si fonda il contenuto dell’art. 11 disp. prel. c.c. Ritenere che il concetto possa estendersi all’intero procedimento costituisce l’equivoco esegetico in cui non incorrere poiché si assoggetterebbe l’intero procedimento ad una disciplina non più in vigore (CONSO, *La «doppia pronuncia» sulle garanzie della difesa nell’istruzione sommaria: struttura ed efficacia*, in GiC, 1965, 1150). E lo stesso è

a dirsi circoscrivendo l’*actus* ad un solo grado, stato o fase del procedimento, sebbene si consegua un’efficacia limitata al grado, allo stato o alla fase (MAZZA, *La norma processuale*, 119). Salvo ipotesi peculiari si è ritenuto di atomizzare l’*actus* fino a che sia potenzialmente in grado di produrre effetti giuridici (MAZZA, *La norma processuale*, 24).

Proprio la diversa tipologia di atti impone di prestare attenzione anche al concetto di *tempus*. In particolare, si era cercato di distinguere i soggetti che compiono l’atto: giudice o parti [ROUBIER, *Le droit transitorie. Conflits dans le temps* (1960), Cowansville, 1993, 545 s.]. Nel primo caso, si diceva, i mutamenti legislativi condizionerebbero anche l’attività precedente come in ipotesi di diversa disciplina in ordine alla competenza, andando a travolgere l’attività precedente. Nelle attività poste in essere dalle parti, invece, le vicende legislative successive non influenzerebbero le attività precedenti a meno che una specifica disposizione ne imponga l’applicazione. Queste conclusioni, invero, non appaiono convincenti, in quanto l’ordinamento non tollera un diverso trattamento di atti solo perché posti in essere da soggetti diversi, rilevando, al contrario, il modello al quale appartiene l’*actus* (MAZZA, *La norma processuale*, 124).

Superato questo incidente esegetico, i problemi maggiori attengono agli atti complessi non ancora esauriti al momento di un mutamento legislativo: anche gli effetti degli atti compiuti sotto l’egida della vecchia disciplina saranno regolati da quella vigente al momento della perfezione dell’atto (MAZZA, *La norma processuale*, 129).

7. *La successione di norme processuali penali: a) nel procedimento probatorio.* – Le premesse metodologiche appena illustrate, consentono di trattare uno dei temi che più ha impegnato giurisprudenza e letteratura: vale a dire disciplinare i mutamenti legislativi in materia di prove. Uno di quei temi a cui si accennava in relazione alla valenza garantistica che assumono, specie dopo la recezione in Costituzione del principio del giusto processo.

Le difficoltà ermeneutiche e le resistenze culturali in materia trovano matrice in direttive di politica criminale tendenti a salvaguardare i precedenti risultati ovvero a introdurre immediatamente l'innovata disciplina (MONTAGNA, *Procedimento probatorio e successione di norme nel tempo*, in *La prova penale*, Trattato diretto da Gaito, I, Torino, 2008, 154 s.). In ciò, d'altronde, non v'è nulla di nuovo. L'approccio, però, varia in relazione al modello processuale adottato. In un sistema tendenzialmente inquisitorio come quello delineato nel Codice del 1930, il legislatore godeva di una maggiore autonomia nel regolare l'entrata a regime di una nuova disciplina in tema di prove. Maggiori difficoltà ha incontrato quando si è trovato a dover valutare l'approccio tra vecchio e nuovo codice e soprattutto ora con la disciplina probatoria accusatoria, blindata dalla Costituzione. Ed era connaturale ai nuovi parametri garantistici rifiutare un sistema che, nelle sue estremizzazioni, rifiutava la presunzione di innocenza, che aveva abolito la scarcerazione automatica e che, in particolare, creava una sorta di *affidavit* sul rispetto delle procedure da parte degli inquirenti i quali godevano di grande discrezionalità (CORSO, *Codice di procedura penale*, in *Digesto pen.*, Agg. III, Torino, 2005, 171 ss.). Il nuovo codice, con i vari interventi di *lifting* legislativo e con le robuste dosi di ricostituente giurisprudenziale, ripropose un modello di purismo probatorio (FERRUA, *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni*, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di Kostoris, Torino, 2002, 6) con una profonda spaccatura tra la fase delle indagini e quella processuale tendente ad arginare le intimidazioni, gli inquinamenti e i ripensamenti, a meno che non siano le parti stesse a derogare alla formazione della prova in contraddittorio davanti al giudice. Coessenziale a ciò è una fase di passaggio che tende a ridurre i danni sui processi in corso con inevitabile *perpetuatio* di un regime probatorio illegale (A. GAITO, *L'altare e le vittime*, 2989). E qui, più che in altri settori, che la conser-

vazione dei precedenti atti tende a disarticolare il procedimento probatorio in molteplici fasi per tentare di salvaguardare gli atti probatori già compiuti e ritardare l'entrata a regime dell'innovata disciplina. Questa scomposizione tenderebbe a rendere applicabile il principio *tempus regit actum* alla singola fase, senza considerare, però, le conseguenze che ne deriverebbero nella fase conclusiva, quella c.d. valutativa, che si troverebbe a dover operare in aperto contrasto con i propri fondamenti.

Si prenda ad esempio quanto è avvenuto con la l. 7.8.1997, n. 267 che all'art. 6, relativo alla disciplina transitoria, non considerava il giudizio di cassazione.

Sono note a tutti le conclusioni alle quali pervennero le Sezioni unite chiare e ferme nel porre un drastico divieto alla scomposizione del procedimento probatorio che deve considerarsi unitariamente posto con la conseguenza di propagare l'inutilizzabilità al momento valutativo (C., S.U., 13.7.1998, Citaristi, in *CP*, 1999, 112; C., S.U., 25.2.1998, Gerina ed altri, in *CP*, 1998, 1951). Nulla di nuovo d'altronde, essendo conforme al perimetro normativo dell'art. 191 c.p.p. Naturale che il procedimento probatorio, culminante con il "peso" da attribuire alla prova, si arresti solo davanti al giudice che pronuncia la decisione destinata a divenire definitiva e quindi anche – come avviene molto di frequente nel processo penale – di fronte alla Corte di cassazione ove, pur essendo esclusa una valutazione di merito, si effettua un vaglio di legalità dell'*iter* probatorio mediante l'applicazione delle regole nuove in considerazione del principio del *tempus regit actum*. Infatti è davanti al giudice di legittimità – se adito – che si esaurisce il processo acquisitivo/valutativo della prova con la pronuncia della sentenza definitiva: pertanto il *tempus* a cui far riferimento è quello decisionale. D'altronde non «sussistono obiettivamente ragioni per poter affermare che l'inapplicabilità potrebbe derivare dalle specifiche funzioni della Corte di cassazione quale giudice di legittimità, nel senso che non essendo giudice del fatto, non potrebbe essere vincolata

da una norma che, siccome diretta a dettare regole per la valutazione e non per l'assunzione di una prova, si riferirebbe soltanto ai giudici di merito» (C., S.U., 3.2.1990, Belli, in *GI*, 1990, II, 145). In buona sostanza: la sentenza – riferibile al “traghetamento” dei processi in corso alla data dell’entrata in vigore del nuovo codice di rito verso le norme di valutazione probatoria introdotte dal nuovo codice – enuncia il principio di applicabilità immediata della nuova disciplina anche nel giudizio di cassazione e non soltanto in quello di merito, in quanto «le [norme che modificano i criteri di valutazione delle prove] stabiliscono come la prova deve essere valutata, [quelle che introducono la sanzione dell’inutilizzabilità] prescrivono se la prova deve essere valutata, ponendo rigide regole di esclusione» (C., S.U., 25.2.1998, Gerina ed altri, in *CP*, 1998, 1951).

D'altronde «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 della 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, in *CP*, 1999, 112). In chiave di estrema sintesi: alla Corte di cassazione è demandato di vagliare la conformità al dettato legislativo delle norme processuali stabilite a pena di nullità, inutilizzabilità, inammissibilità e decadenza, indipendentemente dall’iniziativa di parte in quanto l’art. 191, 2° comma, c.p.p. stabilisce che tale *re-*

gula iuris sia «rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento».

Sarebbe contrario ai principi costituzionali, infatti, non considerare il procedimento probatorio come attività complessa che culmina con la prova e quindi rendere applicabili, indiscriminatamente e senza limiti legati alla fase o al grado del procedimento, le nuove regole probatorie (A. GAITO, *L’effettività del contraddittorio*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di Cerquetti-Fiorio, Padova, 2002, 25).

Le problematiche appena enunciate si sono avvertite con intensità con la legge di attuazione del giusto processo, l. 1.3.2001, n. 63. Questa all’art. 26, dopo aver chiarito che la nuova disciplina in tema di formazione e valutazione della prova si applica a tutti i processi in corso alla data di entrata in vigore della legge, successivamente scandisce una serie di “deroghe” che hanno dato luogo ad una serie di disorientamenti giurisprudenziali tendenti a mantenersi sul filo di una tradizione ottusamente proclive a salvaguardare i risultati contenuti nei *materiaia iudicii* anche se in palese contrasto con l’innovato metodo di elaborazione della prova funzionale ad espungere dal fascicolo destinato alla decisione tutto quanto non ortodossamente acquisito nel pieno rispetto della regola che pretende che la prova non si formi unilateralmente, ma nel contraddittorio delle parti avanti al giudice.

La chiave di lettura offerta per ripudiare l’immediata operatività delle nuove regole trova giustificazione in un regime transitorio finalizzato a “dosare” l’entrata a regime della nuova disciplina, ove il campo si divide tra due contrapposte esigenze: quella del p.m. «di non mandare dispersa una prova oramai (e legittimamente, alla luce della normativa allora vigente) facente parte del fascicolo dibattimentale» e quella dell’imputato «di esaminare e controesaminare (anche in sede di rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale in fase di impugnazione) chi lo accusa, in ineludibile attuazione del diritto costituzionale della difesa» (A. GAITO, *L’effettività del contraddittorio*, 26).

Proprio per non creare una contraddizione *in re ipsa* si è cercato di mantenere fermo il principio del *tempus regit actum*, spostando il baricentro sul piano del procedimento probatorio, ammettendo una scomposizione dello stesso e proclamando il momento dell'assunzione della prova come punto centrale «poiché in quel momento si produce l'effetto di introdurre nel processo un elemento di prova utilizzabile ai fini della decisione» (C., Sez. II, 22.1.2002, Borragine e altri, in *DeG*, 2002, 21, 75; C., Sez. I, 9.2.2006, Maffioli ed altri, in *CED Cass.*, 233136; C., Sez. VI, 4.7.2003, Dell'Anna ed altri, in *RP*, 2004, 1261; C., Sez. I, 19.12.2002, Aletto e altri, in *CED Cass.*, 224591).

Le conclusioni alle quali è pervenuta la giurisprudenza lasciano alquanto perplessi in considerazione di una visione dinamica, anziché statica, del procedimento penale (A. GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in A. Gaito, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 53; UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, 51 ss.) che, tutt'al più legittima la conservazione delle attività istruttorie del pubblico ministero con un limite invalicabile costituito dal passaggio alla fase processuale (MONTAGNA, *Procedimento probatorio*, 159).

8. b) *In tema di libertà personale.* – Traendo matrice da principi di rango costituzionale (art. 27, 2° comma, e, soprattutto, art. 13) si è cercato di tratteggiare la fisionomia delle norme in materia di libertà personale come pervase da un'origine sostanziale che consentirebbe di rendere operativo il principio di cui all'art. 25, 2° comma, Cost. dal che, in caso di successione nel tempo di norme *contra libertatem*, le nuove non potrebbero incidere negativamente sulle situazioni detentive già in corso alla data della loro emanazione (GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 205 s.).

La Consulta ha, però, limitato la portata dello spunto costituzionale, circoscrivendo la locuzione «casi e modi» di cui all'art. 13 Cost. (C. Cost., 1.2.1982, n. 15, in *GiC*, 1982, I, 85).

Ha invece resistito alle critiche della giurisprudenza la prospettiva secondo cui il carattere di inviolabilità della libertà personale non patisce il carattere sostanziale o processuale della norma con conseguente applicazione del principio di irretroattività di cui all'art. 25, 2° comma, Cost. (NOBILI, *Successione nel tempo*, 2138).

Un dato è comunque certo: quelle in materia di libertà personale sono norme ad alto tasso garantistico, donde la necessità di rendere operativo un principio che consenta di applicare la norma più favorevole all'imputato; semmai il punto è legato a creare una solida base sistemica che ne ha sempre costituito il limite (MAZZA, *La norma processuale*, 219). L'aspetto che effettivamente assume rilievo è il problema di un atteggiamento deterioro da parte del legislatore in forza di una legge sopravvenuta (problema brillantemente risolto da A. GAITO, *Custodia preventiva e successione di leggi*, in *RIDPP*, 1975, 1362 ss.) anche in presenza di norme transitorie.

La risoluzione giurisprudenziale adottata in molteplici situazioni (significativamente l. 8.11.1991, n. 356 e l. 8.8.1995, n. 332) lascia insoddisfatti per un approccio riduttivo al tema (C., S.U., 1.10.1991, Alleruzzo, in *FI*, 1992, II, 65; C., Sez. I, 3.4.1992, Calascinetta, in *GI*, 1994, II, 288; C., Sez. I, 6.2.1992, Giammone, in *GI*, 1992, II, 633), con correlata aggressione dei c.d. diritti quesiti, vale a dire situazioni già definite sulla base della previgente normativa.

In letteratura sul tema specifico MONTAGNA, *Successione di leggi e vicende della custodia cautelare*, in *GI*, 1994, II, 288.

Il tema della sopravvenienza di una norma più favorevole talvolta ha riguardato le vicende cautelari solo indirettamente. È nota a tutti la *querelle* relativa alla valutazione dei gravi indizi di colpevolezza all'indomani della normativa sul giusto processo, ma non sarebbe sistematicamente ortodosso qualificare la questione di natura cautelare essendo di ordine probatorio (A. GAITO, *Tra nuove regole di esclusione e vecchi standards di utilizzabilità*, in *GI*, 2001, 2121; GIUNCHEDI, *Sull'incidenza nel giudizio de libertate della nuo-*

va disciplina in tema di formazione e valutazione della prova, in *GI*, 2001, 2119).

In giurisprudenza per due indirizzi contrastanti della questione cfr. C., Sez. I, 24.5.2001, Caforio, in *GI*, 2001, 2118; C., Sez. I, 10.4.2001, Campanale, in *GI*, 2001, 2119.

9. c) *In tema di precostituzione del giudice.* – Si è anche cercato di studiare il fenomeno intertemporale in relazione ai connotati minimali del giudice. Se ciò non deve apparire strano potendo mutare nel corso del tempo la disciplina, non altrettanto può dirsi, in via generale ed astratta, circa una situazione di potenziale vantaggio per l'imputato in ragione della neutralità del giudice, soprattutto in epoca di giusto processo (DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, *passim*).

In special modo l'aspetto che consente di sostenere con forza l'argomento è dettato dalla circostanza che la Costituzione richiede all'art. 25, 1° comma, che il giudice, oltre che naturale, sia precostituito, nel senso che deve preesistere al processo. E questo l'unico settore ove il diritto intertemporale trova un referente costituzionale (MONTAGNA, *Tempo*, 1094).

Gli aspetti problematici non mancano, però, poiché è decisivo individuare il momento dal quale opera la garanzia costituzionale. Se nel processo civile ai sensi dell'art. 5 c.p.c. la giurisdizione e la competenza si determinano in relazione alla data di presentazione della domanda, meno lineare è la risoluzione del problema nel processo penale, ove ci si potrebbe riferire tanto alla data del fatto-reato quanto all'iscrizione nel registro delle notizie di reato. Ovviamente le diverse opzioni implicano una maggiore o minore tutela del principio costituzionale (MONTAGNA, *Tempo*, 1094). La cifra di garanzia richiesta di fronte ad uno degli *essentialia* del processo ha suggerito di optare per la determinazione della giurisdizione e della competenza al tempo in cui viene commesso il reato (BARGIS, *Dubbi di costituzionalità nel passaggio di competenza dalla Corte di assise al tribunale per determinate categorie di reati*, in *RIDPP*, 1975, 302

ss.; DI CHIARA, *Revisione del giudicato e successione di leggi processuali: problematiche in tema di competenza*, in *RIDPP*, 1990, 795; DINACCI, *Competenza, tempus regit actum e precostituzione del giudice*, in *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, coord. da Gaito, Padova, 1996, 120; A. GAITO, *Gli accertamenti fiscali e patrimoniali per i fatti di mafia*, Milano, 1983, 42 e 167; GREVI, *Norme modificatrici delle circoscrizioni giudiziarie e garanzie del giudice precostituito per legge*, in *GiC*, 1967, 1012; MAZZA, *La norma processuale*, 223 ss.).

Qualora vari la disciplina che attribuisce la competenza appare contrario al principio costituzionale mutare il giudice in quanto in tal modo si passerebbe ad una post-costituzione del giudice incompatibile con uno stato di diritto con «pericolo di arbitrio e [...] limitazione di garanzia» (DINACCI, *Competenza, tempus regit actum e precostituzione del giudice*, 129) e tale quindi da rendere irrilevante lo *ius superveniens*.

A fronte dei punti fermi dettati dalla dottrina la giurisprudenza, in particolare ad opera della Consulta (C. Cost., 5.5.1967, n. 56, in *GiC*, 1967, 666; C. Cost., 28.5.1987, n. 207, in *GiC*, 1987, 1560) e delle Sezioni unite (C., S.U., 27.1.2003, Berlusconi, in *FI*, 2003, II, 239), ha tendenzialmente operato una riduzione del principio in parola, ammettendo delle modifiche alla competenza anche sui processi in corso. Non tutte le ipotesi di designazione del giudice *post factum* determina «la illegittima sottrazione della regiudicanda al giudice naturale precostituito». La violazione si verifica quando «il giudice venga designato a posteriori in relazione ad una determinata controversia o direttamente dal legislatore in via di eccezione singolare alle regole generali ovvero attraverso atti di altri soggetti, ai quali la legge attribuisca tale potere al di là dei limiti che la riserva impone. Il principio costituzionale viene rispettato, invece, quando la legge, sia pure con effetto anche sui processi in corso, modifica in generale i presupposti o i criteri in base ai quali deve essere individuato il giudice competente: in questo caso, infatti, lo spostamento

della competenza dall'uno all'altro ufficio giudiziario non avviene in conseguenza di una deroga alla disciplina generale, che sia adottata in vista di una determinata o di determinate controversie, ma per effetto di un nuovo ordinamento – e, dunque, della designazione di un nuovo giudice “naturale” – che il legislatore, nell'esercizio del suo insindacabile potere di merito, sostituisce a quello vigente» (C. Cost., 5.5.1967, n. 56, in *GiC*, 1967, 666).

Di recente, la casistica si è concentrata sulle ipotesi di rimessione del processo (C., S.U., 27.1.2003, Berlusconi, in *FI*, 2003, II, 239) che, però, è stata affrontata con argomentazioni poco convincenti facendo leva sulla precedente giurisprudenza costituzionale, perdendo così un'occasione per chiarire l'esatta portata delle norme che incidono sulla precostituzione del giudice.

La decisione ha comportato inevitabili critiche in relazione all'impostazione sistematica seguita [MAZZA, *L'intenzione del legislatore e le contraddizioni delle Sezioni unite (a proposito dell'immediata applicabilità della nuova disciplina in tema di rimessione)*, in *CP*, 2003, 2257].

Diversa l'impostazione ed il conseguente approccio al problema, qualora la competenza sia legata al mutamento di pena. In questo caso, incidendo la norma nuova direttamente sulla sanzione, la sfera della competenza viene attratta da quella sostanziale dell'art. 25, 2° comma, Cost. e dell'art. 2 c.p. risultando legittima l'investitura di un diverso organo. È quanto è avvenuto in passato in relazione all'inasprimento del trattamento sanzionatorio per il delitto di usura che ha sancito il principio della *perpetuatio iurisdictionis* (C., Sez. I, 6.6.1994, Carbonari, in *CP*, 1995, 2928). Qualora, al contrario, venga ritenuto prevalente il carattere processuale della norma, vigerà il principio *tempus regit actum* con immediata applicazione della nuova disciplina con nuova determinazione della competenza anche per i processi pendenti (C., S.U., 17.1.2006, Timofte Illie, in *FI*, 2006, II, 551; C., Sez. I, 2.12.1997, Della Maggiore, in *CP*, 1999, 1161).

I canoni interpretativi, in realtà, rispondono alla necessità di rinvenire una copertura costituzionale «per dare spazio ad un più generico principio di diritto intertemporale che trova riferimento in una norma di legge ordinaria» (MONTAGNA, *Tempo*, 1095).

10. d) *Nella sistematica delle impugnazioni.* – «Giustizia», «tempestività» e «certezza» costituiscono i “fondamentali” in materia di impugnazioni (A. GAITO, *Impugnazioni ed altri controlli: verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, Trattato diretto da A. Gaito, Torino, 1998, 15) che rispondono all'ineludibile esigenza di puntare ad un cognitivismo processuale conforme al diritto e, allo stesso tempo, tale da rifuggire ipertrofici ricorsi al sistema delle impugnazioni onde non appesantire oltre modo l'apparato giurisdizionale. Ciò per pervenire ad un giudicato sostanziale e formale appagante, tale da respingere l'idea preconcepita della limitatezza dei rimedi revocatori a fronte di un indiscriminato ed illimitato sistema delle impugnazioni che ha solo il fine distorto di alimentare all'infinito la reg Giudicanda (CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1981, 604).

Il quadro di riferimento si complica quando per effetto di nuove disposizioni di legge venga a mutare la disciplina delle impugnazioni. Il problema, come è ovvio, si pone per i controlli già attivati. Ciò è quanto si è verificato di recente quando a seguito del ridimensionamento del potere di appello avverso le sentenze di proscioglimento (l. 20.2.2006, n. 46) il legislatore, in modo poco organico e completo, non ha disciplinato la sorte di alcune impugnazioni (come quello avverso la sentenza di non luogo a procedere) proposte prima della pubblicazione della nuova legge, imponendone, salvo ipotesi circoscritte, l'immediata applicazione a tutti i procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del testo legislativo (art. 10, 1° comma, l. n. 46/2006).

In questi casi pesano fattori politici che devono misurarsi anche con il principio di affidamento del soggetto che, ignaro del futuro panorama legislativo, al tempo dell'impugnazione si è valso dello strumen-

to di controllo più acconcio alla posizione speculare rivestita.

L'impostazione prescelta, tesa ad offrire una chiave di lettura al fenomeno della successione di norme processuali penali nel tempo, suggerisce di non indugiare sui singoli casi, talvolta utili per comprendere i diversi approcci del legislatore e, in via interpretativa, di Corti e Cattedre, ma, al contempo, tendenti a distogliere da una visione organica del fenomeno che costituisce l'ambizioso proposito di questo studio.

Siamo consci che «l'equilibrio tra il nuovo ed il vecchio deve essere ottenuto entro il più breve tempo possibile, senza pretendere di continuare troppo a lungo nell'applicazione dei vecchi sistemi» (CONSO, *Il problema delle norme transitorie*, 133), ma siamo altrettanto consapevoli che un brusco passaggio potrebbe rilevare effetti indesiderati come quelli legati alla caducazione di impugnazioni non più consentite che, per l'effetto, risulterebbero *tamquam non essent*. Anche in queste ipotesi, occorre ragionare secondo le linee guida opportunamente scandite in riferimento alle prove – aspetto che pone un altro indizio a favore della stretta connessione tra “diritto delle impugnazioni” e “diritto delle prove” – e alle questioni inerenti la libertà personale. Anche in questo settore pesano in maniera determinante i diritti delle parti. Ed è ovvio che se il *novum* immediatamente applicabile ha evidenti ricadute sul diritto di difesa e sulla presunzione di non colpevolezza, un accorgimento, nel silenzio del legislatore, deve per forza di cose essere studiato. In differente posizione ci si deve porre se, al contrario, il *novum* immediatamente operativo non incide su diritti fondamentali e, in particolare, non si pone *contra reum*. Sul piano pratico, poi, sarà compito del legislatore, alla bisogna, determinare delle soluzioni persuasive che consentano di conciliare aspirazione alla semplificazione delle forme e alla rapida definizione delle situazioni incrostate alla precedente disciplina, da un lato, e principio dell'affidamento, dall'altro.

Certo. Siamo consapevoli che considerando il giudizio di impugnazione come uno svilup-

po eventuale del procedimento penale, il rispetto del principio *tempus regit actum* assume un ruolo funzionale a quello relativo alla perfezione e all'efficacia di un atto che deve essere valutato in conformità alle leggi del tempo in cui è stato compiuto, pena l'efficacia retroattiva della norma nuova inconciliabile con i principi generali in tema di successione normativa che, a loro volta, si riflettono nella privazione per una parte di uno strumento teso ad alimentare lo *ius litigatoris* (FOSCHINI, *Successione di leggi processuali e nuovo grado di impugnazione*, in RIDP, 1957, 830), ma un simile approccio, oltre che scontato, costituirebbe il portato di un retaggio culturale teso alla conservazione. Ma molto spesso nelle scelte legislative o nei successivi interventi correttivi (v. il volume a cura di A. GAITO, *La disciplina delle impugnazioni tra riforma e controriforma. L'incostituzionalità parziale della “legge Pecorella”*, Torino, 2007, che analizza le prospettive scaturenti da C. Cost., 6.2.2007, n. 26, in *GiC*, 2007, 221), pesa la mancanza di coraggio nel recidere il cordone ombelicale con il passato, il più delle volte conseguenza di una cultura inquisitoria.

11. *Questioni di confine: a) la norma dichiarata incostituzionale.* – Direttamente incidenti sulle questioni di diritto intertemporale sono le declaratorie di incostituzionalità di una norma, classificate come vere e proprie fonti del diritto (PIZZORUSSO, *Ancora sulle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale e sulla metodologia dello studio delle fonti del diritto*, in PD, 1987, 139 ss.), soprattutto quando siano sentenze di accoglimento additive o sostitutive.

Tralasciando la disamina delle varie tipologie delle sentenze della Corte costituzionale (v., in proposito, PARODI, *Art. 136*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, Torino, 2006, 2648), l'aspetto che rileva ai fini dello studio è legato all'efficacia di dette pronunce in quanto l'art. 136, 1° comma, Cost., che disciplina gli effetti della norma dichiarata incostituzionale, pone il problema di individuare il *dies a quo* dal quale si spiegano gli effetti (positivi o negativi) con-

seguenti alla decisione. Infatti l'inciso «dal giorno successivo alla pubblicazione» non è di pacifica determinazione potendosi riferire tanto al deposito del provvedimento in cancelleria (art. 19, l. 11.3.1953, n. 87) quanto alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale a cura del Ministro di giustizia o comunque entro il decimo giorno dal deposito in cancelleria (art. 30, l. 11.3.1953, n. 87). Allo stesso tempo è fondamentale distinguere tra giudizio in cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale e gli altri giudizi. Se nel primo caso l'efficacia è determinata dalla trasmissione da parte della Consulta al giudice remittente del testo del provvedimento (che deve avvenire entro due giorni dal deposito in cancelleria); più complessa risulta la questione relativa all'efficacia *erga omnes*. La pubblicazione in Gazzetta costituisce il momento in cui sorge una presunzione legale di conoscenza, per cui fissare questo momento come *dies a quo* è la soluzione più semplice che, però, non esenta dal considerare le conseguenze che ne possono derivare sul piano pratico in quanto dal deposito in cancelleria, soprattutto quando la decisione attiene a questioni di grande rilievo (è, ad esempio, quanto è avvenuto con C. Cost., 6.2.2007, n. 26, in *GiC*, 2007, 221, ove addirittura è stato reso noto il dispositivo prima del deposito della motivazione), la conoscenza diviene di dominio pubblico ed attendere la pubblicazione in Gazzetta per renderne operativi gli effetti, presta il fianco a conseguenze irreversibili finanche speculari a posizioni antagoniste. Per tali ragioni appare preferibile quest'ultima soluzione con l'accorgimento di limitare – se non addirittura facendolo coincidere – il lasso temporale intercorrente tra il deposito della decisione e la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale (PACE, *Superiorità della Costituzione ed efficacia immediata delle sentenze di incostituzionalità*, in *GiC*, 1997, 444 ss.; ID., *Ancora sul «deposito in cancelleria» come «pubblicazione» delle pronunce di illegittimità costituzionale*, in *GiC*, 1970, 2056; ID., *Osservazione sulla «pubblicazione» delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *GiC*, 1965, 462 ss.).

Una volta stabilito da quando dovranno decorrere gli effetti e conseguentemente i rapporti regolati dalla decisione di incostituzionalità, si potrà affermare con tranquillante certezza che la declaratoria impedisce di utilizzare la norma riconosciuta illegittima nei processi aperti o suscettibili di esserlo (MORELLI, *Art. 136*, in Crisafulli-Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 798) travolgendone gli effetti, in quanto solo il giudicato (ma anche le preclusioni processuali, le decadenze dall'impugnare un atto, etc.) non può essere aggredito dalla decisione di illegittimità costituzionale (PARODI, *Art. 136*, 2659). Gli effetti, semmai, saranno una questione da risolvere *post rem iudicatam* ai sensi dell'art. 673 c.p.p. relativamente alle norme penali sostanziali e a quelle che attengono al trattamento sanzionatorio [CHIAVARIO, 500; CONSO, *Natura giuridica*, 15].

In buona sostanza, a seguito della pronuncia di incostituzionalità si avranno due effetti: conservazione di quelli esauriti e caducazione di quelli pendenti con la conseguenza di conciliare due opposte esigenze, «determinate l'una dal fatto che la legge (magari per lungo tempo) è stata in vigore ed ha operato nell'ambito della collettività, l'altra dalla circostanza che essa, con la sua incostituzionalità, ha potuto ledere le posizioni giuridiche di determinati soggetti» (PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *ED*, X, Milano, 1962, 973). Ma quali possono essere le conseguenze sui processi pendenti? La stessa Corte costituzionale è incline a ritenere che a seguito delle proprie statuizioni «ridiventano operanti le norme abrogate sulle disposizioni dichiarate illegittime» (C. Cost., 23.4.1974, n. 107, in *GiC*, 1974; C. Cost., 23.4.1986, n. 108, in *GiC*, 1986, I, 582).

È, stando al non equivoco tenore del 3° comma dell'art. 30, l. n. 87/1953, come se la norma dichiarata incostituzionale «non fosse mai esistita» (MAZZA, *La norma processuale*, 319). Significa, cioè, che «la declaratoria d'illegittimità costituzionale determin[a], quale conseguenza diretta, l'estinzione retroattiva delle norme che, infatti, vengono private in-

tegralmente ed *erga omnes* della loro efficacia e della loro applicabilità, non potendo più essere invocate nemmeno per valutare atti compiuti anteriormente alla pubblicazione della sentenza di accoglimento, quando cioè le norme stesse erano ancora efficaci e applicabili. [...] Per continuare a utilizzare convenzionalmente la descrizione in termini di retroattività, bisogna quindi avere ben presente che la sentenza costituzionale non rivaluta accadimenti del passato alla luce di una diversa disciplina, ma si limita ad estinguere anche per il passato, e quindi “retroattivamente”, l’efficacia della norma giudicata illegittima. Nondimeno, occorre ricordare che, quale *conseguenza indiretta* della dichiarazione d’incostituzionalità, potrebbe anche verificarsi la reviviscenza della disciplina precedentemente abrogata dalla norma contraria alla Costituzione e quindi originariamente invalida. In questo caso, al pari della situazione conseguente ai decreti-legge decaduti, si realizzerebbe una forma di retroattività *sui generis*, in quanto gli atti compiuti durante il periodo di vigenza della norma poi estinta dalla pronuncia del giudice delle leggi finirebbero per essere rivalutati alla luce di una diversa disciplina che, tuttavia, anziché essere quella successiva, come avviene normalmente nelle ipotesi di retroattività, sarebbe quella anteriormente abrogata oggetto appunto di reviviscenza» (MAZZA, *La norma processuale*, 320 s.).

Per una migliore comprensione del problema è consigliabile uno sguardo su quanto verificatosi a seguito della declaratoria di incostituzionalità degli artt. 1 e 10, 2° comma, l. n. 46/2006 (C. Cost., 6.2.2007, n. 26, in *GiC*, 2007, 221) che ha comportato una ri-espansione della facoltà di appellare del pubblico ministero in assenza di un *novum* probatorio decisivo, sempre che la situazione processuale non si sia esaurita.

Critica la posizione della dottrina (A. GAITO, *Declaratoria di incostituzionalità di norme processuali penali e procedimenti in corso*, in *GI*, 1998, 1675; MONTAGNA, *Impugnazioni, diritto transitorio ed effetti della sentenza costituzionale sui procedimenti in corso*, in A.

GAITO, *La disciplina delle impugnazioni tra riforma e controriforma. L’incostituzionalità parziale della “legge Pecorella”*, Torino, 2007, 91 ss.), secondo cui un’impostazione coerente con quanto illustrato avrebbe suggerito che, a fronte della declaratoria di inammissibilità dell’appello e conseguente rimessione in termini per proporre ricorso in cassazione (2° e 3° comma dell’art. 10, l. n. 46/2006), i ricorsi pendenti in sede di legittimità una volta intervenuta la sentenza costituzionale di illegittimità avrebbe dovuto proseguire (MONTAGNA, *Impugnazioni, diritto transitorio ed effetti della sentenza costituzionale sui procedimenti in corso*, 95).

Epperò l’indirizzo interpretativo che è andato consolidandosi in sede di legittimità si è posto nel senso di annullare senza rinvio l’ordinanza di inammissibilità dell’appello *ex art.* 10, 2° comma, l. n. 46/2006, disponendo la trasmissione degli atti alla Corte di Appello competente per il giudizio di secondo grado (C., Sez. I, 2.3.2007, P.M. in proc. Poveda, in *CED Cass.*, 236119).

12. b) *I decreti-legge non convertiti*. – Le conseguenze dei decreti-legge non convertiti sono disciplinate dal 3° comma dell’art. 77 Cost. e possono compendiarsi nella loro perdita di efficacia «sin dall’inizio» e nella possibilità per le Camere di regolare «i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti».

Il discorso vale anche per la mancata conversione di singole disposizioni del decreto.

L’efficacia temporale derivante dalla non conversione è dettata dalla norma stessa con effetto retroattivo sull’efficacia delle relative norme anche per il loro periodo di vigenza provvisoria (MAZZA, *La norma processuale*, 289): «il decreto-legge deve essere considerato, *ab initio, tamquam non fuisset*» (QUADRI, *Art. 11, in Comm. Scialoja, Branchia, Disposizioni sulla legge in generale. Dell’applicazione della legge in generale*, Bologna-Roma 1974, 177).

Secondo la dottrina più rigorosa l’atto governativo dovrebbe configurarsi «come una parentesi di cui non deve restare traccia alcuna nell’ordinamento giuridico» (TARCHI, *Incom-*

petenza legislativa del Governo, interposizione del parlamento e sindacato della Corte costituzionale, in *GiC*, 1988, 946). Invero, l'assunto, pur sistematicamente ortodosso, appare irrealistico non essendo possibile azzerarne gli effetti a seguito di mancata conversione.

Più concretamente si può parlare di effetti precari ed il problema si sposta proprio sulle modalità di rimozione (CELOTTO-DI BENEDETTO, *Art. 77*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, Torino, 2006, 1522). Se i diritti quesiti conseguenti risultano intangibili, lo sono invece gli effetti giuridici, seppur astrattamente (TARCHI, 950).

Meno semplice da risolvere è la questione relativa alla conversione con emendamenti soppressivi o sostitutivi. Nel primo caso, le norme conseguenti possono essere considerate alla stregua di decreti non convertiti che perdono efficacia anche per il periodo compreso tra l'entrata in vigore del decreto-legge e l'approvazione dell'emendamento soppressivo. Per l'emendamento sostitutivo vi è da considerare un duplice aspetto: uno negativo

e uno positivo. Il negativo è legato alla mancata conversione e quindi alla soppressione dell'originaria disposizione del decreto-legge e delle norme da esse ricavate che perdono efficacia dal giorno dell'entrata in vigore del decreto-legge; l'aspetto positivo, incentrato sulla disposizione sostitutiva, si configura alla stregua di una modifica del testo originario e quindi va a fondare norme aventi efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione ai sensi dell'art. 15, 5° comma, l. 23.8.1988, n. 400 (MAZZA, *La norma processuale*, 291).

Le conseguenze degli atti compiuti durante la vigenza del decreto-legge, in campo penale, vanno valutate in considerazione della natura sostanziale o processuale delle norme. Se per le prime varrà il principio del *favor rei* ex art. 2 c.p., per le norme processuali dovranno considerarsi gli effetti che hanno prodotto e la divaricazione dal modello legale con rimozione di tutti gli effetti ad esse non conformi che, però, dovrà essere effettuata tempestivamente, pena il consolidamento degli stessi (SORRENTINO, *Il decreto-legge non convertito*, in *PD*, 1995, 85).

La disciplina della restituzione nel termine: dalle istanze sopranazionali alla legislazione italiana.

Risposte giurisprudenziali e prospettive

di *Alessandra Denza*

(Questo scritto è destinato alla *Giustizia penale*)

1. *Premesse introduttive.* – Il tema del giudizio *in absentia* del processo penale è argomento di costante attualità che stimola, quasi a ritmi ciclici, la riflessione sulle esigenze di riforma del sistema vigente. Si tratta di esigenze ancora presenti vista l'inadeguatezza dell'intervento legislativo del 2005 ad armonizzare l'istituto ai canoni del "giusto processo" come delineati dalla C.E.D.U. e dall'art. 111 Cost.

Permangono, inoltre, differenze notevoli ri-

spetto agli altri ordinamenti europei in cui il principio *ne absentes damnetur* è applicato. Rilevato dalle indagini comparatistiche, il brocardo latino si è concretizzato negli ordinamenti degli Stati dell'Unione Europea o con la sospensione del processo durante l'assenza e l'impiego di misure cautelari, oppure con l'ammettere, a favore dell'imputato, rimedi tali da comportare la caducazione della condanna pronunciata in contumacia e la rinnovazione del giudizio.

Verso il secondo modello sembra virare il legislatore italiano che, a seguito dei moniti della C.E.D.U., acquisisce consapevolezza di come la mancata comparizione in un processo governato dal principio del contraddittorio non può non essere che il frutto di una scelta cosciente e volontaria dell'imputato.

La lenta evoluzione del sistema è di sicuro imputabile alle diverse concezioni della contumacia. All'origine, come rivela la stessa etimologia, questa era intesa come disprezzo nei confronti del giudice. Nel codice Rocco, al contrario, si evidenziava una sorta di indifferenza nei confronti della scelta dell'imputato di presenziare o meno al processo. La prospettiva variava necessariamente dopo l'approvazione del codice Vassalli imperniato sui principi del modello accusatorio. Si affermava, lentamente, l'esigenza di contemperare la celebrazione del processo con la necessità di garantire che la contumacia fosse il frutto solo di una scelta consapevole dell'imputato.

L'esigenza di operare tale contemperamento si imponeva, in particolare, dall'importante monito al legislatore che la Corte europea rivolge nel "caso Colozza". Seppur relativa all'ordito normativo del codice Rocco, la sentenza incideva notevolmente sui lavori di riforma del nuovo codice di procedura penale.

«Nella fattispecie la Corte non è tenuta a decidere se e a quali condizioni un imputato possa rinunciare a tale comparizione, dato che in ogni caso la rinuncia all'esercizio di un diritto garantito dalla Convenzione deve risultare in modo inequivocabile»; si ammetteva tuttavia, l'esistenza di un giudizio in assenza dell'imputato, al fine di evitare inquinamento probatorio, prescrizione dell'illecito, paralisi dell'azione penale e diniego di giustizia, ma in questo caso, l'interessato una volta al corrente del giudizio, "deve poter ottenere che un giudice si pronuncerà di nuovo, dopo averlo ascoltato, sulla fondatezza dell'accusa mossagli. A tal fine bisogna che i mezzi offerti dal diritto interno si rivelino effettivi e che non spetti all'accusato provare che non intendeva sottrarsi alla giu-

stizia, né che la sua assenza era giustificata da un caso di forza maggiore» (testualmente, Corte eur., 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia, in *GP*, 1985, I, 114).

Mentre la Corte di Strasburgo condannava l'Italia per la normativa non garantista dell'effettività di quei principi che oggi chiamiamo del giusto processo, l'intervento sulla disciplina della contumacia era assolutamente pressante, tanto che l'approvazione della legge n. 89 del 1989 "Disciplina della contumacia" anticipava l'entrata in vigore dell'attuale codice di rito penale di pochi mesi. La novella garantiva l'inserimento di spazi per poter valutare anche la sola "mera probabilità" della conoscenza del procedimento ma mancava, ancora, quel retroterra culturale capace di interiorizzare il problema, trasformando una questione meramente tecnica in valori di fondo del giudizio contumaciale. Nonostante l'introduzione della nuova normativa in materia di processo penale, l'Italia si trovava nuovamente condannata dopo nove anni dal "caso Colozza". Questa volta la giurisprudenza europea inseriva elementi nuovi e differenti rispetto al caso precedente: si trattava del caso Somogyi. La Corte condannava la giurisprudenza italiana perché era venuta meno sulla valutazione della regolarità della notifica e sull'accertamento della volontà inequivoca dell'imputato di non partecipare al processo.

Erano passate poche settimane dalla sentenza Somogyi che la Corte Edu interveniva con un altro monito nei confronti del nostro Paese. Il "caso Sejdovic" (Corte eur., 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia, in *DeG*, 2004, 47, 107) fu una vicenda processuale forte soprattutto sull'impatto emotivo. Il presunto responsabile di un omicidio, individuato da alcuni testimoni oculari, risultava essere irreperibile sia al domicilio che alla residenza. Ebbene per i giudici italiani si sarebbe trattato di un caso inequivoco di volontaria sottrazione al processo collegata alla volontà di sfuggire alle conseguenze dello stesso.

Per i giudici di Strasburgo non era tutto così lineare. L'assenza dell'imputato dagli usuali luoghi di residenza o domicilio avrebbe po-

tuto solo dare l'impressione che l'imputato fosse stato al corrente o, avesse temuto, il rischio che ci fosse un provvedimento restrittivo nei suoi confronti tuttavia «informare qualcuno di un processo intentato contro di lui è un atto di tale importanza che deve essere effettuato in conformità ai requisiti procedurali e sostanziali capaci di consentire l'effettivo esercizio dei diritti dell'imputato. La conoscenza vaga ed informale per di più presunta non può bastare» (Corte eur., 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia, cit.).

Veniva introdotta una regola probatoria in un ambito del tutto sconosciuto alla nostra esperienza: la regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio con riferimento all'accertamento del dato processuale. La effettiva conoscenza del processo al di là di ogni ragionevole dubbio e la volontà in equivoca di presenziare allo stesso diventano oggi le due colonne portanti del rito *in absentia* sanciti dalle pronunce di Strasburgo.

L'ultimo intervento del legislatore in materia, infatti, aveva intenzione di strutturare una disciplina che consentisse strumenti riparatori per il contumace condannato che non fosse stato messo nelle condizioni di esercitare il diritto a presenziare al processo ma l'intento è stato vanificato da grossolane debolezze della normativa dettate anche da una decretazione d'urgenza (D.L. 21 febbraio 2005, n. 17, convertito in L. 22 aprile 2005, n. 60).

L'istituto della contumacia, senza dubbio, rimane sostanzialmente estraneo ad un processo di stampo accusatorio nel quale è fondamentale la presenza dell'imputato; in più, il 4° comma dell'art. 420 c.p.p., affidando al giudice la valutazione della "probabilità della conoscenza" non passibile di discussione successiva o di impugnazione, determina un arretramento di garanzie non facilmente superabile in via interpretativa. Oggi le speranze di una disciplina assolutamente conforme all'ispirazione di un "giusto processo" non possono che riporsi nel disegno di legge (disegno di legge delega varato il 6 febbraio 2009, in www.media.camerapenalemilano.it) che delega il governo in materia di sospen-

sione del processo celebrato in assenza dell'imputato, auspicando che diventi un intervento capace di distinguere non solo, in termini di effettività, il contumace non presente al processo per sua cosciente e volontaria scelta dall'assente involontario ma altresì capace di garantire l'effettività della conoscenza dell'accusa e del procedimento.

2. *La riforma del 2005.* – Per un principio di civiltà giuridica, il legislatore, recependo il c.d. "comando di legislazione" (BUONOMO, *Sentenze CEDU e adempimento, si cambia*, in *GDir*, 2005, 19, 108), ammetteva di non poter consentire la pronuncia di una condanna definitiva nei confronti di una persona che non era stata neppure informata dell'esistenza di un processo a suo carico o che comunque non era stata in condizione di partecipare.

Dopo la riforma costituzionale del "giusto processo" il contraddittorio, blindato nei disposti costituzionali e consacrato nelle norme codicistiche, rischiava di risultare assolutamente imperfetto se l'imputato fosse rimasto contumace; sarebbe stato finanche inesistente se l'imputato non avesse avuto conoscenza dell'atto introduttivo del giudizio o addirittura, come accade nel caso dell'irreperibile o latitante, non avesse avuto neppure conoscenza dell'accusa benché egli, secondo l'art. 111, 3° comma, Cost., avrebbe dovuto esserne informato "nel più breve tempo possibile".

Proprio per questo, dopo un burrascoso *iter* parlamentare, il d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, convertito in l. 22 aprile 2005, n. 60, costituiva la risposta del legislatore italiano all'invito di Strasburgo ad adottare rimedi non limitati ai casi specifici sottoposti al suo esame, ma di più ampio respiro, idonei a garantire il diritto del condannato in contumacia ad un "equo processo".

Se tante altre volte la critica al governo italiano riguardava l'eccessivo utilizzo del decreto legge come strumento "normale" di legislazione, magari accettando, o proponendo, in sede di conversione radicali modifiche al testo originario, in questo caso l'urgenza dell'intervento era indispensabile.

Secondo la prospettiva internazionale, il procedimento contumaciale non era di per sé incompatibile con le garanzie della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, purché il condannato assente non rinunciante potesse, una volta venuto a conoscenza della condanna a suo carico, beneficiare del diritto alla celebrazione di un nuovo giudizio in sua presenza. Poiché tale diritto non era previsto nel nostro sistema processuale, la Corte invitava lo Stato italiano a «sopprimere un ostacolo legale che [avrebbe potuto] impedire la riapertura nel termine o la tenuta di un nuovo processo» (Corte eur., 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia, cit.) nei confronti dell'assente non rinunciante.

Circostanza molto importante era che la Corte di Strasburgo non ha mai specificato se l'esigenza della *restitutio in integrum* dovesse necessariamente implicare un ritorno al processo di prima istanza o se essa potesse dirsi anche soddisfatta nell'ambito di un giudizio di impugnazione sulla sentenza contumaciale.

Oltre a rendere effettivo il diritto delle persone condannate in contumacia, prive di conoscenza del processo a loro carico e che non abbiano rinunciato in maniera certa e consapevole a comparire, ad un nuovo esame del loro caso da parte dell'autorità giudiziaria, la riforma aveva come *ratio* anche quella di armonizzare l'ordinamento giuridico nel suo complesso al nuovo sistema di consegna tra gli Stati europei, il quale consentiva, alle autorità giudiziarie degli Stati membri, di rifiutare l'esecuzione del mandato di arresto europeo in caso non fosse garantita la possibilità di un nuovo processo. Inoltre, l'intento della riforma era quello di adeguare il nuovo regime dell'impugnazione tardiva dei provvedimenti contumaciali al principio della ragionevole durata dei processi anche attraverso la razionalizzazione e la semplificazione del sistema delle notifiche in presenza della nomina di un difensore di fiducia.

Non può non osservarsi che la legge di conversione avesse determinato un processo contumaciale che non accoglieva la sospen-

sione del procedimento in caso di irreperibilità dell'imputato ma insisteva sulla via tradizionale interna di continuare la trattazione del procedimento anche nella assenza dell'imputato. Non erano accolte, infatti, le prospettive di riforme avanzate in dottrina e dirette a prevedere, in caso di irreperibilità dell'imputato, la sospensione del procedimento in corso, anticipata al momento della fase investigativa, a seguito della infruttuosa notificazione dell'avviso *ex art. 415 bis c.p.p.*, ovvero l'introduzione, quale rimedio a posteriori, di un automatico annullamento della sentenza di primo grado come effetto della successiva comparizione del contumace; soluzione per altro non sconosciuta alla nostra tradizione giuridica e scelta, nel panorama europeo, dall'ordinamento francese.

Non veniva incluso nemmeno l'automatico annullamento della sentenza di primo grado, con una nuova pronuncia di un giudice nel merito, previo istruttoria dibattimentale condotta alla presenza dell'imputato: questo si verificava perché la Corte Europea dei diritti dell'uomo nella sentenza Sejdovic in particolare, non arrivava nel suo cogente *dictum* ad indicare una tale soluzione come l'unica che avrebbe legittimato il sistema, consentendo di fatto soltanto un solo grado di giudizio di merito, oltre a quello di legittimità, nel processo penale a suo carico celebrato con la sua costante presenza.

L'attuale disciplina non sembrava, sin dall'inizio, aver risolto del tutto i problemi che si erano da sempre prospettati dietro la previsione del processo contumaciale. Del resto la scelta di un provvedimento d'urgenza non ha certo agevolato una mediata riforma su un istituto da più di venti anni sotto accusa da parte della comunità internazionale ed inspiegabilmente trascurato dal legislatore italiano.

Lo stesso travagliato iter parlamentare di conversione del decreto legge n. 17 del 2005 evidenziava la necessità di procedere ad una revisione organica del sistema processuale che appare, nonostante le modifiche agli artt. 157 e 175 c.p.p., ancora incapace di garantire, con la celebrazione di un pro-

cesso di merito rispettoso di tutte le garanzie costituzionali e sopranazionali, “un’effettiva tutela a chi è veramente all’oscuro di essere indagato o imputato” e di disincentivare “manovre dilatorie dei c.d. falsi irreperibili” (CHIAVARIO, *Una riforma inevitabile: ma basterà?*, in LP, 2005, 257).

3. *La restituzione in termini. In particolare la “conoscenza” e la “volontaria rinuncia a comparire” dell’art. 175 c.p.p.* – Il punto di equilibrio faticosamente raggiunto dalla riforma, se di equilibrio si possa parlare, è la risultante di una modifica relativa a due istituti: la restituzione in termini e le notificazioni. Le innovazioni non furono di poco conto anche se nel complesso si è rimasti all’interno di un sistema che, nella sua ispirazione di fondo, si limita solo ad una “riscrittura” dell’art. 175 c.p.p.

La nuova disciplina riconosce al contumace, nel 2° comma dell’art. 175 c.p.p., il diritto alla restituzione nel termine “salvo che... abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento e abbia volontariamente rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione. A tal fine l’autorità giudiziaria compie ogni necessaria verifica” e stabilisce che la richiesta debba avvenire entro trenta giorni da quello dell’effettiva conoscenza del provvedimento o, nel caso di estradizione dall’estero, dalla consegna del condannato (comma 2 *bis* dell’art. 175 c.p.p.).

Stando alla interpretazione letterale, le due condizioni ostative sarebbero alternative tra loro: provata l’effettiva conoscenza del procedimento, connessa alla rinuncia a comparire in giudizio, a nulla varrebbe la mancata cognizione effettiva del provvedimento. Questa disposizione sottolinea come il legislatore abbia voluto escludere che il soggetto, il quale si disinteressa “volontariamente” del proprio processo possa poi avanzare richiesta di restituzione nel termine per impugnare. Sembra quasi che si sia voluto stemperare la denunciata anomalia del sistema processuale italiano che prevedeva una disciplina comune a tutti i casi di non comparizione in dibattimento, senza distinguere tra

chi fosse veramente all’oscuro del processo e chi invece tentasse artificiose fughe dallo stesso: solo a colui che si trova nella condizione dell’assente può essere esclusa la restituzione nel termine per impugnare, anche se non abbia mai avuto conoscenza del provvedimento finale.

L’attuale formulazione, ponendo in capo al giudice l’obbligo di compiere ogni necessaria verifica per accertarsi che l’imputato fosse effettivamente a conoscenza del procedimento a suo carico o del provvedimento, solleva l’interessato dall’onere di fornire la prova negativa della conoscenza e costruisce la restituzione come un vero e proprio diritto anche qualora manchi la prova positiva della conoscenza, ovvero gli elementi siano ambigui o contraddittori, valendo in questo caso la regola dell’oltre ogni ragionevole dubbio. Sostanzialmente il 2° comma vuole distinguere il contumace “volontario” dalla ignoranza incolpevole: non c’è dubbio che le parole chiave del disposto normativo siano “effettiva conoscenza e rinuncia”. Ai fini della decisione, infatti, sull’istanza di restituzione nel termine per proporre impugnazione avverso una sentenza di condanna contumaciale, il giudice, se abbia motivo di dubitare delle allegazioni dell’interessato, deve compiere gli opportuni accertamenti per verificare se il soggetto istante abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento e se abbia o meno volontariamente rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione.

Il 2° comma pone quindi problemi interpretativi tanto è vero che la giurisprudenza ha concretizzato diversi orientamenti.

L’orientamento giurisprudenziale di legittimità, facendo leva sulla lettura logica e sulla natura della modifica apportata all’art. 175, ha ritenuto che la rinuncia fosse necessaria ai fini della restituzione in termini solo quando non vi sia stata informazione effettiva del procedimento nei riguardi dell’imputato. Un orientamento assolutamente in contrasto ha previsto che, una volta che sia stata verificata, attraverso gli accertamenti compiuti, l’esistenza di entrambi i predetti presupposti, il giudice respinga la domanda mentre nel

caso faccia difetto anche uno solo dei presupposti, restituisce il richiedente nel termine per proporre impugnazione.

Ormai la domanda di restituzione nel termine per impugnare una sentenza contumaciale, ex art. 175 c.p.p., viene respinta se il giudice accerti l'esistenza di due presupposti concorrenti: effettiva conoscenza del procedimento o provvedimento, volontaria rinuncia a comparire ovvero a proporre impugnazione opposizione. Di conseguenza se uno di questi presupposti fa difetto il giudice restituisce il richiedente nel termine per proporre impugnazione.

È necessario individuare l'oggetto dell'effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento da parte dell'imputato affinché possa considerarsi equo il processo celebrato nei suoi confronti e legittima la preclusione alla *restituito in integrum*.

L'"effettiva conoscenza" in giurisprudenza è stata sempre intesa come sicura consapevolezza della pendenza del processo e precisa cognizione degli estremi del provvedimento (autorità, data, oggetto) collegata alla comunicazione di un atto formale che consente di individuare senza equivoci il momento in cui questa conoscenza si sia verificata. Si tratta quindi di un contatto ufficiale con l'*iter* processuale, anche se lontano nel tempo della *vocatio in jus iudicium*.

Le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza, quindi, nell'ottica della Convenzione, è che la conoscenza effettiva del procedimento presuppone un atto formale di contestazione idoneo ad informare l'accusato nel più breve tempo possibile, in una lingua comprensibile ed in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico, al fine di consentirgli di difendersi nel merito.

Le pronunce della Corte Europea costantemente sottolineano che la necessità di «avvisare qualcuno delle azioni penali rivoltegli costituisce un atto giuridico di tale importanza da dover corrispondere a condizioni di forma e sostanza idonee a garantire l'esercizio effettivo dei diritti dell'accusato [mentre] una conoscenza vaga e non ufficiale non po-

trebbe bastare» (Corte eur., 12 ottobre 1992, T. c. Italia).

A questo punto, il rischio che i primi commentatori segnalavano è quello di equiparare situazioni completamente diverse: una cosa è essere a conoscenza di un'indagine che è stata avviata nei propri confronti, ben altra cosa è essere informati dall'esercizio dell'azione penale, della citazione o emissione di un decreto penale di condanna.

Proprio sollevando l'importanza di questa distinzione emerge il secondo requisito richiesto: la volontaria rinuncia a comparire che si desume da un atto formale o per *facta concludentia*. La rinuncia potrà dirsi consapevolmente effettuata e, quindi, volontaria anche se tacita, in quanto il titolare del diritto sia informato in ordine ad una regudicanda ormai identica all'imputazione che accompagna la *vocatio in iudicium*.

La rinuncia prevista dall'art. 175 consiste in un comportamento concludente purché inequivoco e rigorosamente accertato dal giudice con ogni necessaria diligenza. La rinuncia tacita deve consistere in un comportamento incompatibile con l'esercizio del diritto a partecipare al proprio processo e deve essere preceduta da una comunicazione all'imputato delle imputazioni contestate, della data del processo e dell'indicazione delle conseguenze cui il soggetto va incontro in caso di mancata presentazione all'udienza fissata, così da metterlo in condizione di scegliere consapevolmente come esercitare il proprio diritto di difesa. Ora, è opportuno precisare che la rinuncia possa essere espressa mediante comportamenti concludenti non significa ammettere presunzioni fondate su una conoscenza indiretta dell'apertura di un procedimento: deve trattarsi di un comportamento incompatibile con l'esercizio del diritto di partecipare al proprio processo preceduta almeno da una comunicazione dell'imputato che, secondo la Corte Europea, può essere fornita anche dal difensore, qualora l'imputato abbia eletto domicilio presso questo ultimo (Corte eur., 2 settembre 2004, Kimmel c. Italia).

Ne deriva quindi che l'omessa comunicazio-

ne da parte dell'imputato all'autorità giudiziaria procedente delle variazioni del domicilio in precedenza eletto costituisce una precisa manifestazione di rinuncia a prendere parte al processo, essendo la condotta finalizzata ad impedire la reperibilità dell'imputato che si pone nella volontaria condizione di non avere conoscenza degli atti processuali.

Il disposto normativo elimina, dando ascolto al monito dei giudici di Strasburgo, la c.d. *probatio diabolica*, per cui sarà onere dell'autorità giudiziaria compiere ogni necessaria verifica al fine di accertare la ignoranza incolpevole o la volontaria assenza.

La giurisprudenza sopranazionale chiarisce cosa si intenda per "ogni necessaria verifica" muovendo dall'idea prioritaria che sia obbligo dell'autorità compiere ogni sforzo per procurare all'accusato la conoscenza reale del procedimento, condizione essenziale di una rinuncia consapevole e non equivoca a comparire. Spetta pertanto agli organi dello Stato l'onere di dimostrare «al di là di ogni ragionevole dubbio» (così sent. Somogyi, cit.) l'abbandono del diritto di intervenire all'udienza da parte dell'imputato che abbia avuto la possibilità di apprendere ufficialmente il contenuto dell'accusa.

Parte della dottrina ritiene che queste "opportune verifiche" avvengano con la presenza delle parti e nel rispetto del disposto dell'art. 127 c.p.p., consentendo agli interessati di partecipare all'udienza nella quale, qualora occorra assumere nuove prove costituenti, potrebbe esplicitarsi una forma di contraddittorio embrionale.

La restituzione in termini, quindi, può essere negata oggi solo al soggetto che abbia avuto effettiva conoscenza del processo a proprio carico e abbia deciso di non intervenire rinunciando al diritto di essere presente e di essere ascoltato dal giudice chiamato a decidere.

Purtroppo non sono valutabili soluzioni soddisfacenti a causa di un sistema processuale che, anche dopo l'intervento del legislatore del 2005, non riesce a stroncare le manovre dei c.d. "falsi irreperibili". Oltre la difficoltà

effettiva di individuarli, il problema è amplificato dal fenomeno del contumace "consapevole".

3.1. *Termini e modalità di presentazione della richiesta.* – Una delle novità introdotte dal legislatore è stata l'ampliamento del termine per la richiesta della restituzione: dai dieci giorni agli attuali trenta.

La modifica è stata indispensabile perché è innegabile quanto sia irrisorio un termine di dieci giorni per organizzare una difesa ad una restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale o il decreto penale di condanna quando il soggetto richiedente è stato all'oscuro dell'esistenza di un processo a proprio carico e non risulti più assistito da un difensore d'ufficio, essendosi ormai conclusa la sua vicenda processuale. In questa prospettiva anche il termine di dieci giorni, previsto ancora per il 1° comma, risulta troppo ristretto anche per chiedere la restituzione nel caso in cui il soggetto non abbia potuto esercitare la facoltà cui il termine era preordinato a caso fortuito o forza maggiore. L'art. 175, comma 2 *bis*, c.p.p. prevede una decorrenza differente del termine perentorio a seconda che il ricorrente si trovi nel territorio italiano oppure debba essere consegnato da uno stato estero in seguito ad una procedura di estradizione (C., Sez. I, 9 maggio 2006, E. A. A., in *ANPP*, 2007, 68).

Quanto al difensore, il *dies a quo* per proporre istanza di restituzione in termini *ex art. 175* al fine di impugnare la sentenza contumaciale decorre dalla data in cui sia provato che egli abbia avuto effettiva conoscenza del provvedimento e non dalla data in cui ne ha potuto avere cognizione l'imputato, con la precisazione che, in ipotesi di spedizione dell'istanza a mezzo di servizio postale, la decadenza di cui al comma 2 *bis* dell'art. 175 c.p.p. si verifica con riguardo alla data di invio e non a quella della ricezione dell'atto, atteso il principio generale in materia di impugnazioni di cui all'art. 583 c.p.p.

Nel caso in cui sia in corso una procedura di estradizione all'estero, il termine decorre dalla consegna del condannato e, fin quando questa non sia avvenuta, l'interessato può

utilmente formulare un'istanza di restituzione nel termine.

Si tratta di una disposizione che risponde all'esigenza, segnalata dagli organi internazionali, di rendere concretamente accessibile la procedura *ex art. 175 c.p.p.* per quei soggetti che, per la loro situazione economica, culturale e linguistica, difficilmente possono essere al corrente dei rimedi previsti dall'ordinamento italiano.

Tuttavia il comma in esame, prevedendo l'espresso riferimento all'"imputato", porta ad escludere che il difensore del procedimento principale possa proporre istanza *ex art. 175 c.p.p.*, a meno che non sia munito di uno specifico mandato. La giurisprudenza invece sembra prediligere la tesi favorevole alla legittimazione del difensore purché, nel caso di opposizione di un ricorso per cassazione, il legale sia iscritto nell'albo dei patrocinanti davanti alle giurisdizioni superiori e siano rispettate la forma e la ricezione della dichiarazione di impugnazione.

4. *Le modifiche in tema di notificazioni.* – Il tema della conoscenza del destinatario degli atti del processo è argomento complesso soprattutto su un piano di prospettiva contumaciale; occorre partire da un assunto logico secondo il quale nemmeno la consegna di un atto nelle mani della persona cui era destinata legittima l'affermazione che questa è venuta a conoscenza del contenuto di quell'"atto" trattandosi di un fenomeno eminentemente psichico. La legge, infatti, ha sempre optato per un sistema di "percezione futura", anche se il legislatore del 1988 è stato più sensibile, ispirandosi alla conoscenza legale come fatto di mera rilevanza processuale e non necessariamente naturalistica; apprendo, così, alcuni spazi al recupero della conoscenza reale del contenuto dell'atto notificato.

Sulla scorta delle considerazioni fatte poco sopra, proprio nel caso Sejdovic la Corte di Strasburgo ha ritenuto che le novità in tema di processo contumaciale siano state insufficienti a rendere il sistema delle notificazioni idoneo a garantire l'indefettibile informazione dell'imputato circa l'esistenza di un procedimento a suo carico.

Proprio sulla scia del "comando" giurisprudenziale il legislatore del 2005 opera una vera e propria inversione dell'onere probatorio prevista dalla normativa precedente; sarà il giudice a dover compiere opportune verifiche al fine di accertare la effettiva conoscenza dell'atto. Lo sgravio di questo onere probatorio in capo all'imputato ha dettato una necessaria rivisitazione delle norme in tema di notifiche relativamente al "nuovo" art. 175 c.p.p.

Il fine ultimo della nuova disciplina è quello di coniugare l'effettività delle garanzie del giusto processo, in particolare, l'effettiva conoscenza del procedimento o provvedimento ad esigenze di semplificazioni ed accelerazione dei tempi processuali. Infatti, con il novellato 2° comma dell'art. 175 c.p.p. il legislatore introduce un ampliamento delle ipotesi in cui è ammessa l'impugnazione tardiva della sentenza contumaciale, sostituendo alla prova della conoscenza del procedimento una sorta di presunzione *iuris tantum* di non conoscenza.

Il giudice dovrà dare opportuna motivazione del perché una notificazione validamente eseguita deve ritenersi dimostrativa dell'effettiva conoscenza da parte dell'interessato e fornire una compiuta, puntuale e logica motivazione in ordine alle circostanze dedotte dall'interessato, che allegghi di non aver avuto conoscenza dell'atto.

Tuttavia in materia di notificazione l'art. 2, 1° comma, d.l. n. 17 del 2005 modifica l'art. 157 c.p.p. aggiungendo il comma 8 *bis*, in materia di prima notificazione all'imputato non detenuto, disponendo che, una volta avvenuta la prima notifica secondo le regole contemplate nell'art. 157 c.p.p., le successive notifiche vengano effettuate presso il difensore di fiducia, se designato, salvi i casi in cui il destinatario abbia eletto domicilio altrove o il difensore stesso abbia rifiutato al notificazione.

L'art. 2 del suddetto decreto integrava anche il comma 4 *bis*, concernente l'elezione e la dichiarazione di domicilio. Nell'originaria intenzione del legislatore tutti gli atti del procedimento, compreso il primo qualora suc-

cessivo alla nomina, dovevano essere notificati al difensore di fiducia.

In sede di conversione, il decreto legge subiva una serie di modifiche che hanno comportato l'allargamento delle ipotesi di notifica presso il difensore di fiducia indipendentemente dalla elezione di domicilio, rendendo più pregnante il dovere del difensore stesso di portare effettivamente a conoscenza dell'assistito tutti gli atti processuali che lo riguardano, salva la possibilità di rivolgersi al giudice per comunicare che non intende accettare le notificazioni.

Il nuovo comma 8 *bis* dell'art. 157 c.p.p., insomma, non incide in alcun modo sui complessi meccanismi disciplinati, introducendo semplicemente un nuovo automatismo per le notifiche successive alla prima e solo per il caso che sia intervenuta una nomina fiduciaria, pur senza elezione del domicilio.

Tutto ciò comporta che, se da un lato la notificazione presso il difensore di fiducia è del tutto equiparabile, ai fini dell'effettiva conoscenza dell'atto, alla notifica dell'imputato personalmente, dall'altro vi è un implicito riconoscimento della intrinseca debolezza delle cosiddette "presunzioni di conoscenza", legate alle notificazioni effettuate a mani di un difensore nominato d'ufficio all'imputato processato in contumacia. Tali notificazioni sono di per sé inidonee a dimostrare l'esistenza del procedimento o del provvedimento in capo all'imputato, salvo che la conoscenza non emerga ovvero non si dimostri che il difensore d'ufficio è riuscito a rintracciare il proprio assistito e ad instaurare un effettivo rapporto professionale con lui.

Stabilito che le notificazioni successive alla prima vanno sempre effettuate, in presenza di una nomina fiduciaria e in assenza di elezione o dichiarazione di domicilio da parte dell'imputato, al difensore di fiducia, occorre soffermarsi su i due casi in cui l'art. 157 8 *bis* c.p.p. non opera.

Il primo caso riguarda l'avvenuta elezione di altro domicilio da parte dell'imputato, secondo quanto si ricava dalla interpretazione letterale dell'incipit dell'art. 157 c.p.p. Il secondo è costituito dal rifiuto tempestivamen-

te opposto dal difensore alla ricezione della notificazione (art. 157, comma 8 *bis* parte seconda c.p.p.). L'ultimo disposto del comma 8 *bis* dell'art. 157 c.p.p. consente la possibilità di ricorrere all'art. 148 comma 2 *bis* per le modalità di notificazione; ed è proprio qui che nascono problemi interpretativi. Se la notificazione viene effettuata al difensore con "mezzi idonei", è dubbia la possibilità per il difensore di proporre rifiuto. Una risposta negativa darebbe vita ad ulteriori interrogativi circa i tempi e i legittimi destinatari della manifestazione del rifiuto.

La questione rimane aperta sotto il profilo logico-sistematico: se le notificazioni successive alla prima destinate all'imputato non detenuto ed effettuate, in assenza di elezione di domicilio, presso il difensore di fiducia possono essere eseguite nelle forme di cui l'art. 148, comma 8 *bis* c.p.p., la dottrina offre una risposta positiva affermando che non esiste un procedimento unico e generalizzato di notificazione, attesa la eterogeneità dei mezzi di comunicazione e i continui progressi tecnologici, pur essendo necessarie cautele per garantire l'effettività della conoscenza dell'atto.

Rispondendo alla considerazione effettuata poco sopra non si può nascondere la consapevolezza di un limite intrinseco della disciplina astratta delle notificazioni; se il legislatore deve puntare alla conoscenza effettiva e lo fa attraverso la notifica più immediata, la "consegna nelle mani di" o attraverso le forme che si avvicinano il più possibile a questa tecnica, non può introdurre un'ipotesi come quella dell'art. 157, comma 8 *bis*. Si confondono le modalità dell'esercizio della difesa tecnica con la nozione di conoscenza effettiva – *rectius* – presunzione di conoscenza assoluta. Sarebbe più opportuno invece individuare forme più adeguate per il recupero del «dato naturalistico» (QUATTROCOLO, *Commento alla legge 22 aprile 2005 n. 60*, in *LP*, 2005, 302) che possano indicare la reale ignoranza incolpevole dell'imputato in merito a provvedimenti e procedimenti posti a suo carico.

5. *Il rapporto tra il novellato art. 175 c.p.p. e*

l'art. 603, comma quarto: una questione ancora aperta di "giusto processo". – «Il giudice dispone, altresì, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale quando l'imputato, contumace in primo grado, ne fa richiesta e prova di non essere potuto comparire per caso fortuito o forza maggiore... sempre che in tal caso il fatto non sia dovuto a sua colpa, ovvero, quando l'atto di citazione per il giudizio di primo grado fosse stato notificato mediante consegna al difensore nei casi previsti dagli artt. 159, 161, comma 4°, e 169 c.p.p., non si sia sottratto volontariamente alla conoscenza degli atti del procedimento» (art. 603, 4° comma, c.p.p.).

Il legislatore, nel modificare l'art. 175 c.p.p., ha omesso qualsiasi forma di coordinamento con l'art. 603 in tema di condizioni per ottenere la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello da parte dell'imputato che in primo grado si è reso contumace.

Questa ultima previsione è, infatti, rimasta immutata nel testo originario, prevedendo così per l'imputato, restituito nei termini in forza dei nuovi presupposti, l'onere di fornire la prova di non essere potuto comparire per caso fortuito o forza maggiore, ovvero di non avere avuto conoscenza dell'atto di citazione in giudizio senza sua colpa e di non essersi sottratto volontariamente alla conoscenza degli atti del procedimento.

Tuttavia la formulazione del 4° comma dell'art. 603 c.p.p. aveva un suo coordinamento con l'originaria formulazione del testo dell'art. 175 c.p.p., 2° comma, nella parte in cui riconosceva all'imputato contumace il diritto alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, gravandolo della prova di non essere stato a conoscenza del procedimento o provvedimento.

Mentre l'art. 175 elimina la c.d. *probatio diabolica*, la normativa dedicata all'appello non si rinnova e riserva ancora per l'imputato condannato in contumacia in primo grado l'onere probatorio nonostante i moniti della Corte di Strasburgo.

In questa prospettiva, che pare configurare una riforma "claudicante", è doveroso chiedersi se si possa parlare di giusto processo

alla luce dei parametri offerti dalla Costituzione e di quelli internazionali. In realtà, il legislatore è intervenuto con una certa urgenza sull'impeto del c.d. comando legislativo della Corte dei diritti realizzando una riforma poco soddisfacente sul piano dell'effettività dei diritti e delle garanzie. Si potrebbe piuttosto parlare di un giusto processo "sfumato", quasi non *effettivo* a causa delle conseguenze che ne discendono. Basti pensare all'imputato in fase di appello, rimasto contumace in primo grado, non può sollevare eccezioni in precedenza non formulate dal suo difensore (*ex art. 491, 1° comma, c.p.p.*), non può proporre atti ormai preclusi, può subire pregiudizi a causa di accordi svantaggiosi in materia probatoria tra accusa e difesa, non può più avvalersi del patteggiamento o del giudizio abbreviato, salvo che il difensore munito di procura speciale abbia reiterato. Anche in riferimento ad altri aspetti, la normativa risulta deludente. In presenza di una sentenza, ad esempio, che all'esito del giudizio d'appello instaurato a seguito dell'impugnazione del pubblico ministero, abbia ribaltato la pronuncia assolutoria di primo grado affermando la penale responsabilità dell'imputato, la restituzione nel termine per proporre impugnazione può consentire solo il ricorso per Cassazione, di per sé inidoneo ad assicurare un giudizio nel merito delle accuse.

Dinnanzi all'evidente disparità di trattamento rispetto ad un imputato "presente" è auspicabile almeno un'opera interpretativa della giurisprudenza che sopperisca a tale disarmonia normativa, assicurando al contumace restituito in termini per la proposizione dell'appello, il diritto alla prova con gli stessi presupposti che hanno consentito tale restituzione.

6. *La sentenza 31 gennaio 2008 n. 6026 delle S. U.: la definizione di un "nuovo" rapporto tra unicità del diritto di impugnazione e restituzione nel termine per impugnare una sentenza contumaciale.* – Un altro aspetto critico della normativa introdotta dal legislatore del 2005 riguarda la mancata armonizzazione tra la restituzione in termini nei confronti del

contumace e l'impugnazione dell'imputato (art. 571 c.p.p.).

Proprio in merito a questo delicato e sempre aperto problema è intervenuta recentemente un'importante pronuncia delle S.U. della Cassazione (C., S.U., 31 gennaio 2008, H. L. V., in *CP*, 2008, 2358) mutando completamente l'orientamento giurisprudenziale e facendo suo l'iter logico utilizzato dalla Consulta con la sentenza n. 117 del 2007.

La Suprema Corte risolve il contrasto giurisprudenziale realizzando un «ragionevole bilanciamento» tra l'unicità del diritto di impugnazione e i limiti dell'esercizio del «concorrente» (DE AMICIS, *Osservazioni in margine ad una recente pronuncia delle sezioni unite in tema di rapporti tra unicità del diritto di impugnazione e restituzione nel termine per impugnare una sentenza contumaciale di condanna*, in *CP*, 2008, 2370 ss.) potere di impugnazione spettante all'imputato avverso una sentenza contumaciale di condanna, quando una precedente ed autonoma impugnazione sia stata proposta dal difensore e sia intervenuta a riguardo una decisione definitiva di Cassazione.

Si tratterebbe, più in particolare, di capire se l'impugnazione proposta dal difensore “consumi” o meno il potere di impugnare riconosciuto alla parte personalmente, con la conseguenza che non esiste un termine nel quale l'imputato contumace possa essere restituito.

L'ordinanza di remissione del 20 novembre 2007 sottoponeva alle Sezioni Unite il quesito se sia precluso o meno, all'imputato latitante, che non abbia avuto effettiva conoscenza del provvedimento o procedimento e non abbia volontariamente rinunciato a comparire, l'esercizio del diritto di restituzione nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale di condanna, per il solo fatto che dal difensore d'ufficio fosse stato precedentemente e autonomamente proposto appello e poi ricorso per Cassazione avverso la medesima sentenza divenuta ormai irrevocabile.

La S.C. giunge ad una decisione forte che definisce precluso il diritto alla restituzione

del termine dopo che l'impugnazione sia stata già proposta dal difensore d'ufficio.

Partendo dalla innovata disciplina dopo l'intervento della l. 60 del 2005 la Corte spiega che il novellato comma 2° dell'art. 175 c.p.p. ha ampliato le ipotesi in cui è ammessa l'impugnazione tardiva della sentenza contumaciale e ha sostituito alla prova della non conoscenza del procedimento una sorta di “presunzione *juris tantum*” di non conoscenza. Ne consegue, per un sillogismo quasi ovvio dettato da queste premesse, che la richiesta di restituzione deve essere necessariamente accolta anche quando il difensore abbia già impugnato la sentenza contumaciale. Prendendo le mosse, invece, dai principi generali del nostro sistema processuale, la restituzione in termini per proporre impugnazione riguarda il mezzo con la quale è proposta e, in base alla c.d. teoria dell'unicità del diritto di impugnazione, il potere del difensore che abbia esercitato il suo diritto di impugnativa “consuma” quello omologo riconosciuto personalmente alla parte.

Il consolidato orientamento giurisprudenziale di legittimità ha sempre affermato, infatti, che l'esaurimento del mezzo di gravame da parte del difensore opera una preclusione nei confronti dell'assistito; la stessa persona non può giovare dell'eventuale notifica o comunicazione ex art. 128 c.p.p., sia perché il primo gravame induce a ritenere che ci sia stata un'effettiva conoscenza dell'atto impugnato, sia perché il diritto di impugnare è stato validamente esercitato e la relativa facoltà si è ormai esaurita.

Tuttavia la Corte di Cassazione enuncia che l'impugnazione proposta dal difensore, di fiducia o di ufficio, nell'interesse dell'imputato contumace (nella specie latitante), preclude a quest'ultimo, una volta che sia intervenuta la relativa decisione, la possibilità di ottenere la restituzione nel termine per proporre a sua volta impugnazione. Osserva, in particolare, che nella sue pronunce la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha evocato come strumenti di adeguamento dell'ordinamento nazionale ai principi della Convenzione o la possibilità di coltivare un appello il cui termine è incol-

pevolmente decorso per il contumace non rinunciante o un meccanismo analogo ad una sorta di purgazione del giudizio contumaciale; non è mai pervenuta ad ipotizzare un doppio giudizio impugnatorio.

Inoltre la Corte Costituzionale, con la sentenza del 21 marzo 2007, n. 117, nel giudicare infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 159, 160, 420 *quater*, 1° comma, e 484 c.p.p., in riferimento agli artt. 3, 10, 1° comma, 96, 1° comma, e 11, 2°, 3° e 4° comma, Cost., nella parte in cui non prevedono la sospensione obbligatoria del processo nei confronti degli imputati ai quali il decreto di citazione a giudizio sia stato notificato previa emissione del decreto di ir-reperibilità, ha osservato che la C.E.D.U. non accorda in tema di processo *in absentia* garanzie maggiori di quelle previste dall'art. 111 Cost.

Proprio in questa prospettiva la stessa Consulta sottolinea che la disapplicazione della disposizione di legge da parte del giudice che reputasse una determinata disciplina non conforme alle previsioni della C.E.D.U., sarebbe illegittima perché in contrasto con la stessa Costituzione: trattandosi di fonti interposte destinate ad integrare il parametro offerto dall'art. 117, 1° comma, Cost., le norme della C.E.D.U. si collocano pur sempre ad un livello sub costituzionale e non possono sottrarsi al relativo sindacato da parte del Giudice della Legge. In più si ravvisava che l'eventualità di un doppio giudizio sulla medesima *res iudicanda* avrebbe creato una moltiplicazione di processi aventi però tutti uguale oggetto, con la evidente, conseguenza di una dilatazione dei tempi processuali che contrasterebbe con il principio della ragionevole durata, fissato dall'art. 111, 2° comma, secondo periodo, Cost., come connotato essenziale di ogni giusto processo.

In conclusione, la Suprema Corte ritiene che l'astratta configurabilità di una duplicazione di impugnazioni, promananti le une dal difensore e le altre dall'imputato, rappresenterebbe una opzione non solo mai "suggerita" dalla Corte europea ma palesemente incompatibile con l'esigenza di assegnare una ra-

gionevole durata al processo, imposta dall'art. 111 Cost. e dallo stesso art. 6 C.E.D.U. Gli orientamenti in dottrina su il principio di unicità del diritto di impugnazione, paiono tra loro nettamente divergenti, soprattutto in ragione del punto di equilibrio creatosi tra due esigenze entrambe meritevoli di tutela: quella del "processo giusto", che impone al contumace un nuovo giudizio di merito e, quella riconducibile alla natura unitaria ed indivisibile del processo, ormai giunto alla sua naturale conclusione per effetto dell'iniziativa di un soggetto legittimato e della conseguente pronuncia di una sentenza definitiva in sede di gravame.

Su una diversa prospettiva, invece, potrebbero ammettersi due giudizi e distinte decisioni anche tra loro contrastanti sulle due impugnazioni. Si dovrebbe dedurre, logicamente, sulla base del disposto normativo dell'art. 571, 4° comma, c.p.p, che l'iniziativa dell'imputato dovrebbe sempre prevalere su quella del difensore.

C'è, infatti, chi valuta che la consolidata affermazione giurisprudenziale dell'unicità del diritto di impugnazione risale al periodo in cui era vigente l'originaria formulazione normativa dell'art. 571, 3° comma, c.p.p. ma a seguito dell'abrogazione intervenuta con l'art. 46 della l. n. 479 del 1999 e soprattutto dopo la novella legislativa n. 60 del 2005, sembra che il suddetto principio non possa più condividersi, perché la legge vuol riconoscere all'imputato personalmente il diritto di impugnare, indipendentemente dalla impugnazione eventualmente proposta dal suo difensore.

Si è inoltre ravvisata la necessità di un intervento legislativo che affronti almeno due temi particolarmente controversi: il regime della prescrizione e la previsione di strumenti idonei ad assicurare la conservazione delle prove acquisite in precedenza. Per il primo aspetto è stato proposto un effetto sospensivo dei termini per il periodo che separa il momento di accertamento dell'irreperibilità della persona sottoposta a procedimento da quello della sua eventuale comparizione, secondo il meccanismo delineato dall'art. 175, 4° comma, c.p.p.

Per quanto riguarda la previsione di strumenti idonei ad assicurare la conservazione delle prove potrebbe risultare utile il modello processuale offerto dagli artt. 70, 2° comma, e 71, 4° comma, c.p.p.: nel contraddittorio con il difensore potrebbero essere assunte non solo prove da questo ultimo richieste ma anche ogni altra prova richiesta dalle parti, quando vi sia pericolo di ritardo. In ottica intermedia, infine, sono state proposte distinzioni tra l'ipotesi in cui il giudizio di impugnazione promosso dal difensore sia stato nel frattempo già definito e abbia così consumato la facoltà al cui esercizio era diretta la richiesta ex art. 175, 2° comma, c.p.p. e il caso di possibile concorrenza, una volta che l'imputato venga restituito in termini, di entrambi i gravami con conseguente coesistenza e trattazione congiunta degli stessi, sempre che l'imputato non decida di togliere effetto all'iniziativa del difensore a norma dell'art. 571, 4° comma, c.p.p.

Al di là delle questioni sorte in dottrina, la sentenza della Cassazione si presenta come un punto di rottura rispetto all'orientamento precedente, perché, mutato il quadro normativo, si era creata una nuova visione giurisprudenziale secondo cui la nuova disciplina della restituzione in termini è di natura speciale rispetto alle regole generali sulle impugnazioni; ad essa, quindi, non sarebbe applicabile il principio di unicità del diritto di impugnazione, per effetto del quale l'esercizio di tale diritto da parte del difensore d'ufficio preclude all'interessato, una volta scaduti i termini, di attivare il medesimo mezzo di impugnazione. Nell'ottica di quell'orientamento escludere un nuovo giudizio in conseguenza dell'impugnazione proposta dal difensore d'ufficio significava vanificare la portata della nuova disposizione di cui l'art. 175, 2° comma, ma anche disattendere il precetto fissato nell'art. 6, 3° §, C.E.D.U., che riconosce il diritto ad una nuova pronuncia sulla fondatezza dell'impugnazione in tutti i casi nei quali risulti accertato che l'imputato ha rinunciato a comparire e a difendersi.

Sulla stessa linea interpretativa si è collocata una successiva pronuncia (C., Sez. II, 7 dicembre 2006, V. N., in *RP*, 2007 953) che ha affermato il principio secondo cui l'imputato contumace, che non abbia avuto conoscenza del processo e della sentenza, può avanzare richiesta di restituzione nel termine per presentare ricorso in Cassazione anche se tale impugnazione sia stata già proposta dal difensore d'ufficio a sua insaputa, essendo la disciplina legislativa della restituzione nel termine collegata esclusivamente alla mancata conoscenza del procedimento o del provvedimento ed alla assenza di rinuncia volontaria alla impugnazione.

Le S. U., infatti, hanno dichiarato inammissibilità, stabilendo che l'impugnazione proposta dal difensore nell'interesse dell'imputato contumace, una volta che sia intervenuta la relativa decisione, preclude all'imputato la possibilità di ottenere la restituzione nel termine per proporre a sua volta impugnazione. La potenzialità di una duplicazione di impugnazioni in merito, promanati dal difensore e dall'imputato, rappresenterebbe ad avviso della Corte una opzione mai "suggerita" dalla Corte di Strasburgo e palesemente incompatibile con il principio della ragionevole durata al processo sulla base dell'art. 111 Cost. e dallo stesso art. 6 C.E.D.U.

7. Rimessione in termini ed incidente di esecuzione: il problema di eseguibilità di una sentenza passata in giudicato emessa a seguito di un processo dichiarato "non equo" dalla Corte di Strasburgo. Il caso Dorigo. – Il caso Dorigo mette in luce le complesse problematiche dinanzi al giudice di legittimità, cercando di dare una risposta su quanto concerne il valore e l'efficacia da attribuire alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e di stabilire se queste prevalgono o comunque incidano sul giudicato penale formatosi a seguito della sentenza emessa dal giudice nazionale sullo stesso caso.

Paolo Dorigo era condannato con sentenza del 10 ottobre 1994 pronunciata dalla Corte d'Assise di Udine alla pena di tredici anni e sei mesi di reclusione per associazione con finalità di terrorismo, ricettazione, banda ar-

mata, detenzione e porto illegale di armi, attentato per finalità terroristiche e rapina aggravata. La sentenza, confermata in Cassazione, diveniva irrevocabile il 27 marzo 1996. Dorigo proponeva ricorso davanti alla Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo lamentando la violazione dell'art. 6 della stessa.

Intanto Dorigo, il cui processo celebrato in Italia risultava *unfair* innanzi alla Commissione europea dei diritti dell'uomo per violazione del principio del contraddittorio (erano state utilizzate dichiarazioni di collaboratori di giustizia che si erano rifiutati di rispondere in dibattimento sulla base del vecchio testo dell'art. 513 c.p.p.), presentava innanzi alla Corte d'Appello di Bologna istanza di revisione *ex art. 630 c.p.p.*, a mezzo della quale prospettava la questione di costituzionalità di detta norma nella parte in cui non prevedeva tra i casi di revisione quello in cui i fatti posti a fondamento della sentenza non si conciliano con la pronuncia emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, laddove questa avesse rilevato l'assenza dell'equità del processo.

Da ultimo il 19 ottobre 2006 il Comitato dei Ministri esaminava nuovamente il "caso Dorigo" sottolineando positivamente lo sforzo compiuto dall'autorità giudiziaria italiana che, previa scarcerazione dello stesso, aveva nel frattempo sollevato la *questio legitimatis* dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non consentiva la revisione del processo a fronte di una sentenza della Corte Europea che abbia accertato la violazione della Convenzione. Tenuto conto della situazione creata, il pubblico ministero di Udine decideva di investire il giudice dell'esecuzione al fine di ottenere una declaratoria di legittimità della detenzione di Dorigo.

Nel rigettare la richiesta della Procura della Repubblica, la Corte d'Assise di Udine osservava che l'indagine affidata al giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 670 c.p.p. risultava limitata al controllo dell'esistenza di un valido titolo esecutivo, mentre restavano preclusi sia il rilievo delle eventuali nullità verificatesi nel giudizio di cognizione sia le valu-

tazioni riguardanti il merito dello stesso. Proprio contro la decisione della corte di Udine, il pubblico ministero proponeva ricorso per Cassazione lamentando l'erronea applicazione degli artt. 666 e 670 c.p.p., sull'assunto che la soluzione del problema posto al giudice dell'esecuzione avrebbe dovuto essere impostata secondo linee già indicate dalla Suprema Corte nel caso Cat Berro. Il fine era quello di chiarire se l'art. 5 della Convenzione, nella specie § 2 lett. a), precludesse o meno l'esecuzione nell'ordinamento italiano di una sentenza di condanna emessa a conclusione di un processo giudicato non equo dalla Corte europea.

In particolare il ricorrente sosteneva che se la questione oggetto dell'incidente di esecuzione fosse stata correttamente impostata, il giudice dell'esecuzione avrebbe dovuto dichiarare l'inefficacia sopravvenuta del giudicato contrastante con la decisione della Corte Europea.

La pronuncia della Suprema Corte percorre un *iter* logico-giuridico che trova come presupposto la convinzione di una immediata applicazione della sentenza della Corte di Strasburgo nell'ordinamento interno, anche in assenza di norme specifiche (non a caso il giudice di esecuzione negava la possibilità di ritenere inesequibile il giudicato ricorrendo alla inesistenza di un mezzo processuale necessario).

Secondo i giudici di legittimità, insomma, la "stretta ed essenziale correlazione che emergerebbe dal complesso della normativa patrizia tra l'art. 6 e l'art. 5, § 2, lett. a), della Convenzione impedisce di considerare legittima e regolare una detenzione fondata su una sentenza di condanna pronunciata in un giudizio, nel quale siano state poste in essere determinate violazioni delle regole dell'equo processo accertate dalla Corte europea, tali da rendere non equitale non soltanto la procedura seguita, ma anche la pronuncia di condanna".

La conclusione a cui arriva la Corte di Cassazione è imponente; smentisce l'impostazione della Corte d'Assise di Udine, affermando il principio secondo il quale "il giu-

dice dell'esecuzione deve dichiarare a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguitabilità del giudicato quando la Corte Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna sia stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione e abbia riconosciuto il diritto al condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia ommesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il processo". La Corte, quindi, riconosce il diritto alla rinnovazione del processo derivante dalla sentenza di condanna dei giudici europei, dalla quale discende per lo Stato e per i suoi organi l'obbligo positivo di ripristinare una procedura rispondente alla legalità sancita dalla Convenzione al fine di eliminare le conseguenze pregiudizievoli verificatesi in dipendenza della violazione accertata.

Nel caso specifico la pronuncia giurisprudenziale si traduce nel dovere del giudice dell'esecuzione di dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p. l'ineseguitabilità del giudicato. Nasce, in maniera quasi devastante, la consapevolezza che il diritto generale europeo costituisca il patrimonio su cui il giudice nazionale debba necessariamente ispirarsi nel momento in cui è chiamato ad applicare e interpretare una norma che non potrà mai operare in violazione della Convenzione Europea, anche dinanzi ad un giudicato interno. Una Corte, quella di Strasburgo, che nasce come Corte dei diritti e diviene quasi Corte di legittimità (C, Sez. I, 3 ottobre 2006, S. T. N., in CP, 2007, 1002 ss.).

8. *L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Pinerolo. La Corte Costituzionale perde una opportunità di "modifica" (sentenza n. 117/2007).* – In maniera forse troppo sbrigativa e sintetica, la Corte Costituzionale ha perso nuovamente l'occasione di affrontare uno degli argomenti più dibattuti del sistema processuale penale nella prospettiva di un giusto processo come delineato dall'art. 111 Cost. dopo la riforma del 1999.

Così come nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, anche nella nostra Carta

fondamentale è mancato fino ad ora un espresso riconoscimento dell'imputato a presenziare al proprio processo: i giudici di Strasburgo hanno colmato la lacuna ritenendolo un diritto implicito nel concetto stesso di *fairness* o *équité* sotteso all'art. 6 C.E.D.U., questo non si spiegherebbe se non presupponendo la presenza dell'imputato in giudizio.

L'ordinanza di rimessione del tribunale di Pinerolo definisce il contrasto con la connotazione "oggettiva" assunta oggi dal contraddittorio dopo i c.d. "disposti codicistici" dell'art. 111 Cost.. Proprio dal mutamento del quadro costituzionale, da cui figurano «limiti ben più stringenti di quelli che sarebbero derivati da una mera disposizione-archetipo di fonte patrizia» (T. Pinerolo, 31 gennaio 2006, in CP, 2006, 2946), discenderebbe oltre alla illegittimità del processo *in absentia* dell'imputato irreperibile ignaro dell'accusa a suo carico, anche la necessità di adottare strumenti preventivi di tipo inibitorio come la sospensione del processo. Nessun contraddittorio avviene se non con il presupposto indispensabile della conoscenza della citazione in giudizio.

Il giudice *a quo*, nel ricordare l'orientamento già espresso in precedenza dal Giudice della legge (C. Cost., n. 399 del 1998) in ordine alla rispondenza del rito degli irreperibili con i canoni della Costituzione, sottolinea come il mutato quadro delle fonti sovraordinate con l'avvento della novella costituzionale del 1999 in tema di "giusto processo", renda non manifestamente infondata la scelta di invocare nuovamente una pronuncia della Consulta sul punto.

Il Tribunale di Pinerolo, quindi, invitava la Corte Costituzionale a rivedere l'orientamento espresso nella sentenza n. 399 del 10 dicembre 1998 con la quale essa aveva già sottoposto per una riflessione di legittimità gli artt. 159 e 160 c.p.p. ed aveva dichiarato infondato il dubbio sollevato.

Il rimettente sollevava la medesima questione in vista del mutato quadro costituzionale di riferimento; a suo giudizio, infatti, l'esigenza di una rivisitazione giurisprudenziale era det-

tata dalla nuova formulazione dell'art. 111 Cost. che «gli sembra[va] porsi in netto contrasto con la possibilità che un processo venga celebrato nella totale ignoranza dell'imputato irreperibile, che nulla sa non solo dell'esistenza di un processo a suo carico e della relativa udienza dibattimentale, ma addirittura della stessa accusa (sostanziata nel capo di imputazione contenuto nel decreto che dispone il giudizio) da cui dovrebbe difendersi» (T. Pinerolo, 31 gennaio 2006, cit.).

Già nell'ordinanza di rimessione del 2 giugno 1997, che aveva promosso il giudizio di legittimità conclusosi con la sentenza n. 399 del 1998, il giudice *a quo* aveva censurato la legittimità degli artt. 159 e 160 c.p.p. nella misura in cui il rito degli irreperibili rendeva possibile l'instaurazione e la definizione di un giudizio penale all'insaputa dell'interessato, con evidente ed ingiustificata disparità di trattamento tra imputati e inaccettabile *vulnus* al diritto di difesa.

Il rimettente all'epoca aveva affermato l'opportunità di prevedere la sospensione obbligatoria dei processi nei quali non fosse stato possibile eseguire una notifica regolare all'imputato né garantirgli la conoscenza effettiva dell'accusa e del procedimento in corso. A supporto di ciò il giudice aveva anche richiamato le garanzie previste dall'art. 6, 3° §, C.E.D.U., a suo parere non ancora pienamente attuate nell'ordinamento italiano.

Senza dubbio, il percorso logico dell'ordinanza si snoda poi attraverso un'argomentazione già svolta in dottrina (CAPRIOLI, "Giusto processo e rito degli irreperibili", in *LP*, 2004, 586 ss.), che tende a ricollegare in termini finalistici il profilo strettamente soggettivo del diritto dell'imputato alla conoscenza dell'accusa al piano più generale dei caratteri oggettivi e necessari del processo equo.

Proprio perché la conoscenza dell'accusa da parte dell'imputato è funzionale alla realizzazione dello schema *adversary*, la sua mancanza determina una lacuna del procedimento sul piano dei principi costituzionali, poiché si impedisce che le parti si confrontino dialetticamente davanti al giudice, non offrendo a questo ultimo uno strumento gnoseologico

attendibile. Tuttavia in dottrina si è più volte sottolineato come questa valenza oggettiva del contraddittorio costituisca un connotato essenziale del rito penale: il processo che nasce privo o nella impossibilità di svolgersi in contraddittorio tra le parti rappresenta un non processo, perché carente dei caratteri indefettibili della giurisdizione, fissati nel contesto costituzionale. È una garanzia soprattutto oggettiva, metodo dello svolgimento del processo: «la c.d. regola d'oro» (FERRO, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2005, 37). Per questo il giudice *a quo* riteneva che gli artt. 159, 160, 420 *quater*, 1° comma, e 484 c.p.p. apparivano in contrasto con il comma 2° e 4°, parte prima, dell'art. 111 Cost. perché nei confronti del contumace irreperibile, consentono l'instaurarsi e il proseguirsi di un processo senza il necessario contraddittorio oggettivo e soggettivo ed anche con il connesso 3° comma dell'art. 111, essendo per di più vanificati il diritto alla conoscenza dell'accusa e quello di disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la difesa.

Sotto il profilo della violazione delle norme di diritto internazionale accettate dall'Italia, sembrerebbe pur sempre rilevare il contrasto con le lett. a) e b) dell'art. 6, 3° §, C.E.D.U., in relazione ai termini di difesa ed ai connessi diritti alla conoscenza dell'accusa (diritti che sembrano sostanzialmente azzerati nel rito degli irreperibili). Sarebbe stata anche disattesa la Risoluzione 21 maggio 1975, n. 11 del Consiglio d'Europa "sui criteri da seguire nel giudizio in assenza dell'imputato", laddove viene affermato che nessuno può essere sottoposto a giudizio se non in precedenza effettivamente raggiunto da una citazione; appare sintomatico come la stessa risoluzione riconosca il diritto ad un nuovo giudizio a chi, opportunamente citato, non sia comparso e provi che l'assenza nonché l'impossibilità di avvisare tempestivamente il giudice siano dovute a cause indipendenti dalla sua volontà.

Tuttavia il rimettente ipotizzava la sospensione obbligatoria del processo a carico dei soli imputati irreperibili e non nei confronti de-

gli altri contumaci. La sospensione stessa, oltre a porsi oggi come soluzione costituzionalmente obbligata, non implicherebbe problemi di innesto nella disciplina generale del diritto penale sostanziale e processuale.

Sotto il profilo più squisitamente processuale, il vero carattere peculiare dell'ordinanza di remissione era il ricordare che l'attuale sistema già conosce un'ipotesi di impossibilità di esplicazione del contraddittorio, oggettivo e soggettivo: quella dell'imputato incapace di stare in giudizio (*ex art. 71 c.p.p.*). Questa situazione, consistente nella assoluta non consapevolezza dell'accusa da parte di chi è sottoposto al processo, appariva assolutamente assimilabile al caso dell'imputato irreperibile. Inconsapevolezza paragonabile, in un caso, a patologie della salute mentale, nell'altro dipendente da una materiale mancata ricezione, incolpevole, dell'atto di citazione a giudizio. Detta prospettata ipotesi non sembrava peraltro cozzare con il principio della ragionevole durata del processo, posto che si tratti di garanzia riferibile esclusivamente al modello legale di processo penale costituzionalmente accettabile e della cui irragionevole durata ci si deve pertanto occupare.

La Corte dichiarava non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 159, 160, 420 *quater*, 1° comma, e 484 c.p.p. nella parte in cui non prevedono la sospensione obbligatoria del processo nei confronti degli imputati ai quali il decreto di citazione a giudizio sia stato notificato previa emissione del decreto di irreperibilità.

A tutte queste argomentazioni la Consulta rispondeva che la disciplina del processo contumaciale e del rito degli irreperibili, come riformato dal codice Vassalli e della l. 23 gennaio del 1989, n. 22, aveva già dimostrato come "il legislatore italiano non fosse rimasto insensibile ai reclami provenienti da diverse sedi europee". La scelta del legislatore sembrerebbe orientata lungo due direttrici convergenti, intese a rispettare gli obblighi internazionali incumbenti sullo stato in materia di diritti della difesa: da un lato assicurando la conoscenza effettiva del procedimento attra-

verso la predisposizione di una serie di accorgimenti finalizzati a realizzare una piena informazione preventiva, dall'altro garantendo sufficienti rimedi riparatori esperibili anche dal contumace irreperibile.

Per confutare la tesi dell'ordinanza del Tribunale di Pinerolo, la Consulta eccepiva che non era in gioco la conformità del rito degli irreperibili alla CEDU ma si sarebbe dovuto discutere solo dell'esigenza dell'ordinamento italiano di garantire i rimedi ritenuti doverosi affinché l'imputato "inconsapevole", condannato in contumacia, potesse ottenere di essere riascoltato da un organo giurisdizionale sulla fondatezza dell'accusa.

Secondo la Consulta dalla sentenza del "caso Colozza" non si sarebbe dovuta ricavare alcuna intenzione della Corte di Strasburgo di imporre un modello processuale unico ed infungibile, risultando anzi confermata la più ampia libertà degli Stati contraenti di disporre mezzi più idonei ad evitare possibili violazioni della Convenzione.

Inoltre dopo aver ripercorso le motivazioni già addotte nella sentenza n. 399/1998, la Consulta, con argomentazioni alquanto scarse, non si pronunciava sulla validità del contraddittorio "oggettivo", o meglio, non giungeva a rinnegare l'esistenza di una componente oggettiva dello stesso ma ne sottolinea la correlazione reciproca con la componente soggettiva, giungendo ad affermare che, in ogni caso, il contraddittorio oggettivo costituisce un aspetto del diritto di difesa.

Rispetto al contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo del principio di ragionevolezza, la Corte ha sinteticamente rigettato la tesi del giudice a quo che segnalava la ingiustificata disparità di trattamento tra irreperibilità ed incapacità nella misura in cui, a fronte di un'analoga situazione d'inconsapevolezza, solo la seconda categoria di imputati è garantita dalla sospensione obbligatoria del processo (*ex art. 71 c.p.p.*). Proprio su questo punto la Corte afferma l'impossibilità di invocare la situazione processuale degli incapaci quale *tertium comparationis*, ritenendo che la presenza fisica dell'imputato al processo e la nomina del curatore speciale prevista per

legge determinino una condizione processuale del tutto diversa e non assimilabile a quella dell'irreperibile.

Se la *ratio* della sospensione risiede proprio nella necessità di garantire all'imputato infermo di mente la possibilità di un esercizio personale e consapevole di tutti i suoi diritti, la stessa situazione non potrebbe essere negata all'irreperibile che vive la stessa impossibilità di esercizio.

Tuttavia, per quanto concerne il profilo di lamentata violazione dell'art. 6, 3° §, lett. a) e b), C.E.D.U., la Corte si è semplicemente limitata ad osservare che nella sentenza emessa dalla Grande Camera nel caso *Sejdic* la Corte europea non ha «negato in linea di principio il rilievo che possono assumere idonee misure ripristinatorie». Insomma, per la Consulta, il contraddittorio deve ritenersi integrato quando le parti processuali siano poste nella situazione di esercitarlo. Questa tesi porta a concludere che pur avendo l'art. 111 costituzionalizzato il principio del contraddittorio, non sembra affatto che la sua estrinsecazione esiga la partecipazione dell'accusato al giudizio o neghi la difesa personale sino a giungere «quella particolare forma di esercizio che è il non esercizio» (PULITO, *Dal processo in contumacia al processo in assenza: cronaca di una operazione di maquillage (poco riuscita)*, in *DPP*, 2008, 915.). In questa prospettiva la contumacia dell'imputato, se cosciente e volontaria, non toglierebbe nulla alla perfezione del contraddittorio. È indubbio che la sentenza n. 117/2007 affermando la compatibilità del rito contumaciale con le garanzie dell'equo processo, sembra porsi in direzione opposta rispetto ad una chiara prassi internazionale contraria alle celebrazioni di giudizi *in absentia*, prassi dalla quale si rileva il principio del *ne absens damnetur*, principio generale di diritto processuale riconosciuto dalle Nazioni Unite.

8.1. *Linee di debolezza della questione di legittimità.* – Proprio all'indomani dell'introduzione, nel testo dell'art. 111 Cost., della regola del contraddittorio, parte della dottrina sosteneva vigorosamente l'incompatibilità tra processo accusatorio e rito contumaciale,

auspicandone l'eliminazione. In realtà la sentenza n. 117/2007 offriva la possibilità di valutare un tema di spiccata attualità meritevole di essere analizzato anche in una prospettiva più ampia.

La grande debolezza dell'ordinanza di rimesione è stata probabilmente l'incapacità del Tribunale di Pinerolo di prospettare una riflessione più approfondita, non ponendo adeguatamente in rilievo le garanzie previste dall'art. 6 della C.E.D.U. come interpretato dalla Corte Europea. Sicché, sembra che le argomentazioni del giudice *a quo* siano apparse alla Consulta così poco stringenti da farle concludere che il richiamo alla norma pattizia venga operato più come rinvio ad una «fonte ispiratrice del diritto interno in materia e dei criteri per interpretarlo che come autonomo parametro di costituzionalità» (NEGRI, *Commento all'art. 1 l. 60/2005*, in *LP*, 2005, 669).

Tuttavia la critica da muovere affonda le radici, se si valutano le tendenze evolutive della disciplina della contumacia, nello stesso periodo in cui la Consulta era investita della questione di legittimità.

Colpisce, infatti, come le conclusioni cui è pervenuta la Corte in ordine alla compatibilità del processo contumaciale con gli artt. 111 Cost. e 6 C.E.D.U., appaiano in evidente contrasto con gli orientamenti legislativi espressi nei due progetti di riforma del codice di procedura penale del 2007. Entrambi i progetti individuavano nella contumacia uno degli istituti processualpenalistici per i quali maggiormente si avverte l'urgenza di una profonda rivisitazione non solo alla luce della novella dell'art. 111 ma anche delle censure e delle spinte innovatrici che provengono dalla giurisprudenza europea.

La Corte di Strasburgo, attraverso le numerose condanne intervenute proprio in materia di rito contumaciale e di ragionevole durata del processo, definisce nuovi gli orientamenti delle corti interne e soprattutto della Cassazione «diretti a riconoscere la preminenza delle garanzie offerte a livello soprannazionale con necessario adeguamento della disciplina interna» (Relazione introduttiva al d.d.l. Mastella).

Tuttavia il profilo europeo nella sentenza è del tutto fugace: la Consulta accenna brevemente al caso Sejdovic solo per avvalorare la tesi della compatibilità del processo contumaciale con la C.E.D.U. ma trascura la ricchezza dei contenuti che caratterizza la giurisprudenza europea consolidatasi in materia di giusto processo.

La sentenza *de qua* si inserisce, complessivamente, in uno specifico filone giurisprudenziale della Corte di Strasburgo secondo il quale la presenza dell'imputato costituisce un elemento d'importanza essenziale nell'interesse dell'equità del processo penale e condizione indefettibile ai fini del rispetto dell'art. 6. Si tratta di un diritto che per la Corte non è assoluto, potendosi ammettere sia limitazioni dettate dall'esigenza di salvaguardare la corretta amministrazione della giustizia, sia limitazioni dipendenti da una legittima e volontaria rinuncia a comparire dinanzi al Tribunale.

Pertanto lo Stato che voglia far valere la legittimità della celebrazione del giudizio in contumacia, eccedendo la rinuncia dell'imputato a comparire fonte di una corretta e valida *vocatio in iudicium*, deve utilizzare la massima diligenza nell'accertarsi se tale condizione effettivamente ricorra e se essa sia provata "al di là di ogni ragionevole dubbio". Se tale rinuncia non risulti in maniera chiara e non equivoca, lo Stato si rende responsabile della violazione dell'art. 6 C.E.D.U., per diniego di giustizia, ogni volta che il contumace condannato non riesca ad ottenere successivamente la revisione del processo ed una nuova pronuncia sulla fondatezza dell'accusa.

Proprio in questo filone giurisprudenziale si inserisce la sentenza n. 117, le cui conclusioni traggono forza dalla soluzione ermeneutica adottata a Strasburgo in ordine alla valenza dei rimedi riparatori offerti dall'ordinamento interno.

Altro punto fallace della sentenza è il completo disinteresse alla prassi internazionale e ai rilievi comparatistici.

Diritto e prassi internazionale sembrano dunque manifestare un chiaro giudizio di di-

svalore nei confronti del processo contumaciale e muoversi nella direzione dell'affermazione di un divieto generalizzato di giudicare *in absentia*. Già il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici e il Comitato dei Diritti dell'Uomo delle Nazioni Unite, sul piano interpretativo, chiariscono il senso e la portata dell'art. 14 affermando la natura del tutto eccezionale dei processi contumaciali e l'esigenza imperativa che essi rispettino in maniera ancora più rigorosa il diritto di difesa.

Il Comitato consente la possibilità di celebrare questo tipo di processo solo in presenza di specifiche circostanze e nell'interesse della corretta amministrazione della giustizia a condizione che vi sia stata valida ed efficace *vocatio in iudicium*.

La Corte ha sprecato una occasione importante per far chiarezza sulla legittimità dell'istituto soprattutto in coincidenza a una recente giurisprudenza italiana volta a riconoscere un ruolo sempre più significativo alle decisioni della Corte Europea.

In definitiva, la Corte non ha ravvisato nell'attuale formulazione dell'art. 111 Cost. elementi nuovi né ha ritenuto opportuno ricorrere in chiave interpretativa alle omologhe garanzie processuali internazionali. Afferma la compatibilità del rito degli irreperibili con la nostra Costituzione, nonostante si ponga chiaramente in antitesi alle garanzie dell'equo processo previste dalla Convenzione di Roma e dal Patto ONU e in più con un filone internazionale tendenzialmente favorevole all'abolizione dei giudizi *in absentia*; "salvando", insomma, il rito degli irreperibili.

9. *L'ultima proposta in materia di processo in absentia. Le modifiche tentate circa la disciplina delle notificazioni e le conseguenze della riforma.* – È sorprendente pensare che mentre veniva depositata la sentenza n. 117/2007 della Corte Costituzionale, il Consiglio dei Ministri approvava un disegno di legge di segno contrario, volto a ripristinare la situazione di effettività delle garanzie del giusto processo dettate dagli "obblighi" della Corte di Strasburgo.

In più, le sentenze della Corte Suprema da

poco citate sembrano inquadarsi, perfettamente, nella teoria della priorità e della diretta applicabilità dei trattati internazionali quali “standard internazionali minimi di implementazione” degli obblighi pattizi assunti dagli Stati, che concorrono a realizzare la progressiva integrazione tra ordinamenti nella direzione dell’affermazione di un diritto globale.

C’era la consapevolezza di un rito non “giusto” che doveva essere riformato, ma la necessità di modifica era dettata più dalla “spinta” europea che da una interiorizzazione culturale della questione.

Era stato approvato, nella seduta del 5 aprile 2007, il d.d.l. n. 2776 presentato dal Ministro di Giustizia Mastella che, nell’intento di realizzare un intervento volto a razionalizzare il processo penale, prevedeva una serie di modifiche ed istituti disciplinati dal codice di rito vigente.

In particolare, in tema di notificazioni degli atti, l’intervento riformatore si poneva tre obiettivi: anzitutto il conseguimento della “conoscenza effettiva” del processo da parte dell’imputato; la razionalizzazione del sistema delle garanzie; infine, la valorizzazione della professionalità degli ufficiali giudiziari). Inoltre le Camere, sulla scia di tendenza di altri Paesi (si pensi alla Francia con la modifica del 2000), inserivano l’istituto della revisione della sentenza, quale straordinario mezzo di impugnazione da esperire nell’ipotesi in cui una pronuncia della Corte di Strasburgo avesse contestato la iniquità del processo celebrato dal giudice italiano. Se queste erano le prospettive del passato prossimo, non andate in porto per motivi di dinamica politica più che costituzionale, l’attuale dibattito sulla giustizia, oggi, assumendo come valore preminente o meglio totalizzante - la ragionevole durata del processo - approda ad un disegno di legge delega varato il 6 febbraio 2009.

Accanto a previsioni dirette a modificare numerose norme processuali, sostanziali, dell’ordinamento penitenziario, di quello giudiziario e della Legge Pinto, il disegno di legge contiene ben cinque deleghe al Governo per

intervenire su settori cruciali dell’ordinamento, con l’obiettivo di assicurare efficienza e garanzie alla giustizia penale. Proprio per questo motivo risulta difficile dare un giudizio complessivo sul progetto che si presenta come un “mix” (LORUSSO, *Per dare efficienza e garanzie al processo penale elaborato un mix non sempre coerente di misure*, in *GDir*, 2009, 9, 6), non sempre coerente, di efficienza e garanzia.

Nell’intento di garantire la reale, concreta ed effettiva conoscenza del processo e dell’accusa, il testo cerca di cristallizzare forme efficaci e non presuntive di notifiche definendo una prospettiva inversa a quella proposta nel 2007 dal Ministro Mastella che introduceva ipotesi di presunzioni *iuris tantum* di conoscenza del processo.

Escludendo questi interventi di mero maquillage che si risolvevano in una rimodulazione dell’attuale sistema di presunzioni di conoscenza della pendenza di un procedimento, il disegno di legge si prefigge l’intento di istituire un sistema che ponga l’imputato al centro della disciplina della *vocatio in ius*.

Il disegno di legge delega del 6 febbraio 2009 prevede, infatti, che per la prima udienza dibattimentale, la citazione venga notificata all’imputato personalmente, o a mani di un familiare convivente, quando la stessa risulti notificata in modo da non garantire l’effettiva conoscenza del procedimento [ex art. 27, punto 1, lett. a)].

Se questo non è possibile, il giudice dispone la sospensione del processo. Analogamente, la celebrazione del processo in assenza avverrà se l’imputato è stato arrestato, fermato, o sottoposto a misure cautelari, o in ogni altro caso in cui l’assenza è frutto di una consapevole, quindi cosciente e volontaria rinuncia.

In realtà, l’imputato presente alla prima udienza, non comparso alle successive, si definisce presente non comparso.

In caso di contezza della conoscenza, è prevista la revoca della sospensione del processo che determina la validità degli atti compiuti precedentemente e, garantisce all’imputato,

l'ammissione di prove, ai sensi dell'art. 493 c.p.p. o la rinnovazione di quelle da lui ritenute rilevanti.

La delega al governo prevede la necessaria previsione della rinnovazione dibattimentale, in fase di appello, per l'imputato non presente in primo grado, sempre che egli chieda e provi di non esser potuto comparire per caso fortuito, forza maggiore o legittimo impedimento per colpa a lui non imputabile.

Il Governo dovrà anche valutare l'opportunità e i limiti in cui si possa concludere la remissione in termini per formulare la richiesta di riti alternativi.

Quell'interiorizzazione culturale cui si è fatto riferimento poco prima sembra essere avvenuta; ma in attesa di una più puntuale disciplina, strettamente tecnica demandata al governo e capace di risolvere il problema in termini di effettività ed efficienza, non possono non essere valutate alcune sviste significanti.

Quanto alla notifica che deve avvenire "personalmente" l'unica via percorribile è quella della notificazione a mani proprie dell'imputato sin dal decreto di fissazione dell'udienza preliminare unito alla richiesta di rinvio a giudizio; parimenti, la notifica a mani proprie dovrà essere la regola per ogni variazione dell'imputazione nel corso del processo. Rimane salvo il caso in cui al difensore di fiducia venga conferita procura speciale per la ricezione dell'atto.

Il grande passo sembra essere stato compiuto, ma non del tutto: rimane ancora dubbia sia l'operatività della prescrizione per tutta la durata della sospensione del processo, la legittimità della c.d. *probatio diabolica* prevista alla lett. f) dell'art. 27 del disegno di legge delega.

Tuttavia se da una parte risulta apprezzabile l'istituto della rimessione in termini per formulare richiesta di riti alternativi (scelta schiacciata dalla disciplina attuale per l'imputato), dall'altra è criticabile la delega tout court al Governo circa l'opportunità e i limiti per prevederlo.

In questa prospettiva si comprende come il rito degli irreperibili non abbia più ragion

d'essere nell'ordinamento. Un processo in cui, per definizione, l'accusato non è rintracciabile, oltre ad essere un'assoluta finzione, si connota per un inutile spreco di risorse. In questo senso l'eventuale dichiarazione di irreperibilità non potrà che comportare la sospensione del procedimento (e, ovviamente, della prescrizione), e l'iscrizione del nominativo in un elenco di persone da ricercare ai fini della notifica degli atti. Nel corso delle indagini preliminari si potrebbe mantenere l'attuale sistema che prevede le notifiche presso il difensore, salvo disporre la sospensione del procedimento alla notifica dell'avviso ex art. 415 *bis* c.p.p.

Vero è che, nell'alveo di note positive, nell'intento di ispirare la disciplina del processo *in absentia* allo spirito accusatorio, il disegno di legge ha voluto sottolineare anche la necessità di ricorrere all'istituto della revisione delle sentenze a seguito di condanna della Corte Europea dei diritti dell'uomo, avvicinando l'Italia a Paesi che, avendo optato per questo sistema già da tempo, sono stati identificati baluardi di civiltà giuridica.

10. *Rilievi comparatistici: esempi di procedimento in "default". Al di qua e al di là d'Europa.* – Si è più volte accennato circa l'esistenza di una prassi internazionale sempre più insistente, sostenuta anche dai Tribunali penali internazionali e dalle Corti miste, che, in tema di rito contumaciale, sottende la tendenza degli ordinamenti interni a vietare o, quanto meno, a ridurre drasticamente questi tipi di giudizi.

Il divieto di condannare in contumacia, che affonda le radici nel principio di diritto romano *ne absens damnetur*, ha recentemente registrato un'affermazione sempre più ampia e può dirsi attualmente condiviso nella maggior parte dei membri della comunità internazionale; una sorta di *trend* riformista che si sta consolidando negli ordinamenti civilistici più progrediti.

Negli ordinamenti di *common law* il divieto di procedere in contumacia costituisce la regola, a meno che non vi sia una esplicita rinuncia alla presenza in aula o sia necessario allontanare l'imputato per condotta incom-

patibile con lo svolgimento regolare ed indisturbato dell'udienza. La tassatività di questo orientamento trova autorevoli conferme nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti e della House of Lords britannica. Quanto ai Paesi di tradizione romano-germanica, esistono esempi importanti di ordinamenti che escludono processi in contumacia e tendono a limitarne il campo di applicazione, come avviene ad esempio in Germania, dove si tende a procedere *in absentia* per i reati più gravi; ed in Russia dove il nuovo codice di procedura penale in vigore dal 1 luglio 2002 ha abolito la celebrazione di qualsiasi tipo di giudizio contumacia. Anche l'ordinamento francese, uno degli ultimi baluardi dei processi in contumacia, ha cominciato a cedere dopo le condanne pronunciate dalla Corte di Strasburgo, e solo dopo due secoli, dall'approvazione del *Code d'instruction criminelle* del 1808 all'adozione della riforma del 2004, ha iniziato a modificare la disciplina codicistica, stabilendo tassativamente le ipotesi in cui è possibile processare in contumacia ed introducendo maggiori garanzie per l'imputato giudicato *par défaut criminel*.

Dopo gli interventi della Corte di Strasburgo quasi tutti gli Stati Europei e gli Stati della Convenzione hanno adottato soluzioni volte a rimuovere le anomalie. Mentre l'Italia operava l'approvazione del decreto legge 21 febbraio 2005, n. 17, ventitré Paesi, prevedevano a livello legislativo, un sistema di riapertura dei processi penali ed, in altri sei casi, sopperivano i giudici nazionali. Come rilevato dal rapporto dello Steering Committee for Human Rights del Consiglio d'Europa (21 aprile 2005) Francia, Germania, Grecia, Paesi Bassi e Lussemburgo hanno modificato le norme processuali penali interne introducendo disposizioni per garantire la revisione dei processi, anche in caso di sentenze passate in giudicato, quando esse siano stati bocciati dalla Corte di Strasburgo.

In altri Stati, un simile risultato è stato raggiunto grazie all'opera interpretativa degli organi giurisdizionali che hanno consentito la riapertura dei processi equiparando, in ta-

luni casi, la sentenza di condanna di Strasburgo ad un fatto nuovo.

La Corte Suprema della Svezia e della Finlandia hanno ammesso la revisione del processo, sostenendo che la sentenza interna emessa in contumacia dell'imputato fosse frutto di un errore giuridico procedurale.

In Spagna è stata la Corte costituzionale ad intervenire, ritenendo, con una decisione del 6 dicembre 1998, che una sentenza interna giudicata iniqua da Strasburgo "deve essere considerata contraria al sistema costituzionale spagnolo" e può condurre alla revisione del processo, quando vi siano state gravi conseguenze per la parte lesa. Come nell'ordinamento francese, anche in quello spagnolo si distinguono procedure più o meno rigorose, in relazione alla maggiore o minore gravità dei reati. Ma la vera peculiarità in questo Paese è il fatto che la contumacia assume rilievo costituzionale, che si ricava dai tre principi su cui si basa il procedimento penale.

La *ratio* di fondo è quella di assicurare la presenza dell'imputato e solo in casi eccezionali, in presenza di reati minori, per i quali è prevista una pena pecuniaria o la reclusione inferiore ad un anno, è possibile procedere in assenza dell'imputato.

Così, sebbene la regola generale sia quella della necessaria sospensione del procedimento in assenza dell'imputato (la cui presenza è ovviamente coercibile), esistono delle ipotesi di giudizio abbreviato in assenza. Esse riguardano reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena detentiva inferiore ad un anno. In tali casi l'imputato, che deve comunque aver ricevuto rituale notifica (quanto meno in un luogo o presso una persona all'uopo designati), è rappresentato dal proprio difensore. Al di fuori di queste eccezioni, la dichiarazione di contumacia determina la sospensione del processo una volta che ne sia stata completata la fase istruttoria.

Tuttavia, al fine di limitare gli espedienti meramente dilatori, è previsto che se la dichiarazione di contumacia interviene dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, ed in pendenza del ricorso in appello, pro-

posto dalla pubblica accusa o dall'imputato, il giudizio prosegue con la rappresentanza del difensore (d'ufficio, ove non vi sia nomina fiduciaria) e la sentenza possa divenire irrevocabile.

Tuttavia il processo in contumacia e le sue prospettive richiamano inevitabilmente esplicazioni del giusto processo; la conoscenza dell'accusa e il diritto a partecipare al processo in maniera cosciente e volontaria rientrano in quel catalogo di garanzie fondamentali, da cui nessun ordinamento giuridico di "civiltà", può prescindere. Il sistema penale in Gran Bretagna, infatti, non prevede di regola il procedimento in assenza dell'imputato, ad eccezione fatta per i reati minori condotti alla cognizione delle *Magistrate Courts* e per i processi di appello innanzi alla *Court of Appeal*. Nelle *Crown Courts* assai più limitatamente, si può esaminare un'accusa in assenza soltanto per l'adempimento di incombenzi in relazione ai quali l'imputato ha già reso una dichiarazione e non vi sia necessità della sua presenza. L'imputato presente che rifiuti di entrare in aula non può esservi condotto con la forza, ma può essere condannato per contempt of Court.

Negli U.S.A. il diritto ad essere presente nel processo gode di copertura costituzionale, essendo desumibile dal "diritto ad un giusto processo" e da quello a "confrontarsi con i testimoni dell'accusa", entrambi sanciti nel *Bill of Rights* del 1971. Il diritto ad essere presente è rinunciabile se la rinuncia formulata espressamente è cosciente e volontaria. Tuttavia quando l'imputato dichiara di non voler essere presente ma di aver ricevuto copia dell'accusa o dell'informativa e si dichiara non colpevole è necessario che la Corte accetti il suo rifiuto a comparire.

11. *Considerazioni conclusive e nuove pendenze.* – L'indagine comparatistica fin qui svolta è necessaria per optare tra soluzioni migliori di cui la nostra normativa risulta ancora esserne bisognosa. Il procedimento *in absentia* oggi è ben lontano dalla prospettiva di un contumace che "disdegna" ma non è molto lontano da un ordinamento che risulta indifferente alla situazione di non presenza

in giudizio. Se da una parte le pronunce della C.E.D.U., a cominciare dalla sentenza che decide il "caso Colozza", impongono l'esigenza di garantire il diritto alla conoscenza del processo per tutti gli Stati che hanno siglato la Convenzione di Roma, pena la condanna della stessa, dall'altra la prospettiva è assai più delicata. L'ordinamento non è in grado di garantire in maniera assoluta la conoscenza effettiva anche quando esistono ipotesi di più immediato rapporto tra l'atto da notificare e il destinatario.

In realtà la disciplina della restituzione in termini rinnovata nel 2005 ha nascosto grandi debolezze: tra le due possibilità di rimedio per il contumace ha optato per quello successiva, evitando la soluzione della sospensione del processo. In più da una parte la riforma ossequia il principio della conoscenza effettiva al di là di ogni ragionevole dubbio dall'altra lascia inalterato l'art. 603, 4° comma, c.p.p. Se nell'art. 175 il legislatore attribuisce all'imputato un diritto pieno, nella disposizione correlata in grado di appello lo svincola. Non solo, il c.d. "domiciliatario forzato" consentendo la notifica al difensore di fiducia dopo la prima, tutto assicura tranne che un rapporto diretto con la conoscenza effettiva, definendo così una sorta di presunzione assoluta.

Risultano, così, ancora irrisolte le questioni poste dalle sentenze Dorigo e Cat Berro che avrebbero richiesto un intervento chiaro, organico e coerente del legislatore. La prova provata che si tratti un tema ancora non del tutto concluso è C., Sez. I, 2 luglio 2008, n. 35555 (in www.cortedicassazione.it). Si ripropone, infatti, la medesima questione della sentenza n. 6026 del 31 gennaio 2008: l'esercizio di impugnazione da parte del difensore di ufficio consuma o no il diritto ad impugnare dell'imputato condannato in contumacia? La Corte di Appello di Bologna ha ritenuto inammissibile la richiesta di restituzione nel termine per proporre appello avverso la sentenza contumaciale di primo grado emessa in data 22 novembre 2001 dalla Corte di Assise di Piacenza; e ciò sulla base di una sola argomentazione, quella della avvenuta consuma-

zione del diritto di impugnazione spettante all'imputato in conseguenza dell'appello proposto dal difensore d'ufficio. La Cassazione richiama la sentenza che la stessa ha reso in Sezioni Unite (C., S.U., 31 gennaio 2008, H. L. V., cit.) e con la quale si è esplicitamente affrontata la stessa questione pervenendo alla conclusione che «la impugnazione proposta dal difensore, di fiducia o di ufficio, nell'interesse dell'imputato contumace, una volta che sia intervenuta la relativa decisione, preclude all'imputato la possibilità di ottenere la restituzione nel termine per proporre a sua volta impugnazione». Ebbene la Corte oggi, sulla prospettazione fatta dalla Corte di Appello d'Assise di Bologna, dichiara, alla luce della recentissima giurisprudenza delle Sezioni unite sulla portata normativa dell'art. 175, 2° comma, non manifestatamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in relazione a tale norma, nella parte in cui preclude all'imputato la restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale quando l'impugnazione sia stata proposta dal difensore di ufficio e nella parte in cui non consente all'imputato restituito nel termine l'esercizio del diritto alla prova. La Suprema Corte, pertanto, rimette la questione

alla Corte Costituzionale. Nell'attesa di una risposta dal Palazzo la Consulta, si comprende come quel processo culturale, cui accennavo poco sopra, non si è del tutto concluso, presentandosi quasi a ritmi ciclici le medesime questioni. Tuttavia gli ultimi interventi tentati, non a caso definiti operazioni di *maquillage*, non sono entusiasmanti perché non capaci di garantire un diritto effettivo alla presenza dell'imputato. Le ipotesi di conoscenza "presupposta" avrebbero rischiato di condurre ad ulteriori condanne per violazione del diritto di partecipare al processo; e soprattutto nell'ipotesi in cui tale diritto venisse garantito, finirebbe per essere compreso nelle disposizioni presenti nello stesso d.d.l., viziate sul piano della logica e lesive dei diritti della difesa. Inoltre, le presunzioni assolute di effettiva conoscenza insuperabili. Non resta auspicare che l'attuale intervento di riforma, per ora non del tutto dotato di completezza, prescindendo dalle "tradizioni" e migliorando le operazioni di *maquillage* tentate, tenga conto di rendere effettiva, con un sufficiente grado di certezza, la sintassi costituzionale e sopranazionale, che impone, necessariamente, un processo giusto sorretto dal principio della ragionevole durata.

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

Parte civile

Cass., Sez. VI, 11.3.2009, dep. 19.3.2009, n. 12165, Pres. Agrò, Rel. Citterio, ric. P.C. in proc. Muscariello

La mera assenza in giudizio della parte civile che abbia proposto ritualmente appello non può essere di per sé considerata quale manifestazione inequivoca di una rinuncia implicita all'impugnazione.

Difensore

Cass., Sez. VI, 26.2.2009 (dep. 18.3.2009), n. 11937, Pres. De Roberto, Rel. Cortese, ric. Mautone

La nomina di un secondo difensore, effettuata dal difensore di fiducia alla presenza e nel silenzio del suo assistito durante l'interrogatorio di garanzia è pienamente legittima. Infatti la presenza dell'indagato all'atto dell'espletamento del suo interrogatorio ed il fatto che la nomina del secondo difensore proviene da un soggetto deputato ad agire nel suo interesse rappresentano elementi idonei a conferire all'atteggiamento silente dell'assistito una portata dimostrativa di una volontà dello stesso nel senso enunciato dal difensore.

Cass., Sez. III, 29.1.2009 (dep. 12.3.2009), n. 10822, Pres. Onorato, Rel. Marini, ric. Zuffa
L'impedimento legittimo di uno solo dei due difensori di fiducia dell'imputato, non consentendo il rinvio dell'udienza ex art. 420 *ter*, 5° comma, c.p.p., non comporta – in caso erroneo accoglimento dell'istanza da parte del giudice – la sospensione del corso della prescrizione ai sensi dell'art. 159, 1° comma, lett. c), c.p.

Segreti

Cass., Sez. VI, 11.2.2009, dep. 4.3.2009, n. 9866, Pres. Agrò, Rel. Ippoliti, ric. Belluomo
In tema di deposizione del testimone che possa eccepire un eventuale segreto professionale: a) l'obbligo di avvisare i testi della facoltà di astenersi, previsto dall'art. 199, 2° comma, c.p.p., non è applicabile ai soggetti

elencati nell'art. 200 dello stesso codice, per effetto del quale essi non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria; b) l'esimente di cui all'art. 384, 2° comma, c.p., nella parte in cui prevede l'esclusione della punibilità se il fatto è commesso da chi avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal rendere informazioni o testimonianza, non si applica ai soggetti indicati nell'art. 200 c.p.p., ai quali l'esimente è invece applicabile nel caso in cui essi siano stati obbligati a deporre o comunque a rispondere su quanto hanno conosciuto per ragione del loro ministero, ufficio o professione, salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria.

Intercettazioni

Cass., Sez. VI, 12.2.2009, dep. 23.3.2009, n. 12722, Pres. De Roberto, Rel. Ippolito, ric. Lombardi ed altri

In tema di motivazione dei decreti di autorizzazione allo svolgimento delle operazioni di intercettazione, potendo la captazione delle altrui conversazioni essere disposta solo quando «è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini», è necessario che il relativo provvedimento dia conto delle ragioni che impongono l'intercettazione di una determinata utenza telefonica che fa capo ad una specifica persona, non potendosi omettere di indicare il collegamento fra l'indagine in corso e l'intercettando.

Prove

C. Cost., 6.2.2009, c.c. 26.1.2009, n. 29, Pres. Flick, Rel. Amirante

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 238 *bis* c.p.p. sollevata in relazione all'art. 111 Cost. sul presupposto che tale norma, contemplando la possibilità di acquisire le sentenze divenute irrevocabili,

consentirebbe l'introduzione, nel dibattimento, di una prova formatasi al di fuori del contraddittorio tra le parti, e ciò in quanto, in relazione alla specifica natura della sentenza irrevocabile (la cui natura non è né di documento in senso proprio né di prova orale), il principio del contraddittorio trova il suo naturale momento di esplicazione non nell'atto dell'acquisizione, rispetto al quale non sarebbe neppure ipotizzabile un contraddittorio, ma in quello, successivo, della valutazione e utilizzazione, sicché una volta che la sentenza sia acquisita, le parti restano libere di indirizzare la critica che si andrà a svolgere, in contraddittorio, in funzione delle rispettive esigenze.

Misure cautelari personali

Cass., Sez. Un., 23.4.2009, dep. 18.5.2009, n. 20780, Pres. Gemelli, Rel. Canzio, ric. Iaccarino

Il meccanismo di computo dei termini di durata delle misure cautelari previsto dall'art. 297, 3° comma, (c.d. "contestazione a catena") non si applica al caso in cui la precedente ordinanza cautelare sia stata emessa nell'ambito di un procedimento conclusosi con sentenza divenuta irrevocabile prima dell'adozione della seconda misura.

Cass., Sez. Un., 22.1.2009, dep. 24.2.2009, n. 8388, Pres. Gemelli, Rel. Canzio, ric. Novi

L'interesse all'impugnazione dell'ordinanza applicativa di una misura coercitiva (nella specie degli arresti domiciliari) persiste, ai fini del giudizio di riparazione per ingiusta detenzione, pur quando le censure contro il provvedimento, che nelle more sia stato revocato con la conseguente rimessione in libertà dell'interessato, non attengano alla mancanza delle condizioni di applicabilità di cui agli artt. 273 e 280 c.p.p., ma alla prospettata carenza di domanda cautelare. L'assenso scritto del Procuratore della Repubblica previsto dall'art. 3, 2° comma, d.lgs. 20.2.2006, n. 106 non si configura come condizione di ammissibilità della richiesta di misure cautelari personali presentata dal magistrato dell'ufficio del pubblico ministero assegnatario del procedimento, né di

validità della conseguente ordinanza cautelare del giudice.

Cass., Sez. Un., 22.1.2009, dep. 4.5.2009, n. 18190, Pres. Gemelli, Rel. Marasca, ric. La Mari

Qualora la custodia cautelare venga disposta per la prima volta dopo la sentenza di condanna, non è necessario procedere all'interrogatorio di garanzia di cui all'art. 294, 1° comma, c.p.p. dell'imputato. Ciò in quanto non può essere semplicemente sospettata di avere commesso un reato una persona giudicata colpevole perché condannata in primo grado e rimasta priva della libertà durante la procedura di ricorso da lei stessa intentata, che abbia impedito il passaggio in giudicato della sentenza e la sua esecuzione.

Sequestro

Cass., Sez. Un., 30.10.2008, dep. 4.3.2009, n. 9857, Pres. Gemelli, Rel. Carmenini, ric. Manesi

L'ordinanza del G.i.p., che a norma dell'art. 263, 5° comma, c.p.p., provvede sull'opposizione degli interessati avverso il decreto del P.M. di rigetto della richiesta di restituzione delle "cose" in sequestro o di rilascio di copie autentiche di documenti, è ricorribile per cassazione per tutti i motivi indicati dall'art. 606, 1° comma, c.p.p.

Il ricorso per cassazione contro l'ordinanza emessa dal G.i.p. a norma dell'art. 263, 5° comma, c.p.p. è deciso in camera di consiglio con le forme del rito non partecipato di cui all'art. 611 c.p.p.

Indagini collegate

C. Cost., 20.3.2009, c.c. 11.3.2009, n. 75, Pres. Amirante, Rel. Criscuolo

È costituzionalmente illegittimo l'art. 384, 2° comma, c.p. nella parte in cui non prevede l'esclusione della punibilità per false o reticenti informazioni assunte dalla polizia giudiziaria, fornite da chi non avrebbe potuto essere obbligato a renderle o comunque a rispondere in quanto persona indagata per reato probatoriamente collegato – a norma dell'art. 371, 2° comma, lett. b), c.p.p. – a

quello, commesso da altri, cui le dichiarazioni stesse si riferiscono.

Archiviazione

C. Cost., 24.4.2009, *c.c.* 20.4.2009, *n.* 121, *Pres. Amirante, Rel. Frigo*

È costituzionalmente illegittimo l'art. 405, co. 1 *bis*, c.p.p., aggiunto dall'art. 3, l. 20.2.2006, n. 46 (Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento) in quanto si pone in contrasto con i principi di cui agli artt. 3 e 112 Cost. L'articolo in questione, prevedendo in capo al p.m. l'obbligo – al termine delle indagini – di formulare richiesta di archiviazione quando la Corte di cassazione si sia pronunciata in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ai sensi dell'art. 273 c.p.p., e quando non siano stati acquisiti, successivamente, ulteriori elementi a carico della persona sottoposta a indagini, dà luogo ad una ingiustificata disparità di trattamento fra fattispecie identiche sul piano sostanziale. La norma infatti altera la logica dell'istituto dell'archiviazione, che per *ratio* storica e per il modo in cui è disciplinato, si propone come uno strumento di controllo volto a verificare, in funzione di garanzia dell'osservanza del precetto dell'art. 112 Cost., che l'azione penale non venga in-

debitamente omessa: laddove, per contro, nella prospettiva offerta dalla norma stessa, detto istituto assumerebbe l'opposto obiettivo di impedire che l'azione penale venga inopportunamente esercitata, anticipando, in pratica, la funzione di "filtro" che dovrebbe essere propria dell'udienza preliminare. La richiesta "coatta" di archiviazione, prevista dalla disposizione censurata, finisce così per trasformarsi in una sorta di sanzione *extra ordinem* per le iniziative cautelari inopportune dell'organo dell'accusa: sanzione inaccettabile sul piano costituzionale, in quanto discriminante tra le posizioni degli indagati in rapporto ad attività addebitabili all'organo dell'accusa.

Indulto

Cass., **Sez. Un.**, 23.4.2009, *dep.* 22.5.2009, *n.* 21501, *Pres. Gemelli, Rel. Ferrua, ric. Astorini*

La pena per il reato (od i reati) satellite, suscettibile di comportare la revoca dell'indulto e quindi di precluderne l'applicazione, va individuata nell'aumento inflitto a titolo di continuazione per ognuno di questi, spettando al giudice dell'esecuzione interpretare sul punto il giudicato, qualora in sede di cognizione siano state omesse le singole specificazioni.

**Questioni problematiche della nuova ipotesi di revisione
(Testo della Relazione al Convegno «Diritto penale e processo:
prospettive di riforma ed istanze comunitarie» – Taranto 28.3.2009)
di Filippo Giunchedi**

1. *Quid iuris* nell'ipotesi in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo riconosca con sentenza la violazione dei principi dell'equo processo?

Il nostro ordinamento attualmente non conosce una norma che prevede *expressis verbis* la possibilità di incrinare il giudicato interno in contrasto con quello sovranazionale, il che, se sotto un certo profilo può costituire uno strumento per dare certezza alle decisioni dell'autorità giudiziaria, da altra prospettiva, impone l'interrogativo dell'utilità dell'adesione dell'Italia alla Convenzione europea e la creazione di un organo deputato a giudicare i comportamenti lesivi dei diritti da questa riconosciuti, i cui effetti se non si riflettono sulla decisione ritenuta iniqua sono *tamquam non essent*.

La questione non è di poco conto e va analizzata in funzione di quelle che sono le prospettive nuove tracciate dal d.d.l. Alfano (il n. 1440 presentato alla presidenza del Consiglio dei Ministri il 10 marzo) per la riforma del processo penale non sottacendo le precedenti soluzioni adottate.

Mi muoverò lungo una direttrice tesa a ricostruire i passaggi fondamentali del tema per poi soffermarmi sulle problematiche interpretative della soluzione proposta.

2. Tacendo della soluzione prevista dal d.d.l. Alfano della quale parlerò in seguito, la necessità di rendere omogeneo il diritto interno con il diritto sovranazionale nel corso degli anni è passato da una serie di tappe costituite dall'approccio culturale, dalla ricerca di interpretazioni del diritto interno coerenti con i principi fondamentali espressi nelle convenzioni internazionali, ed infine dalla predi-

sposizione di rimedi atti a rimuoverne le violazioni. Sono queste, in sintesi, le problematiche che il legislatore italiano ha cercato di superare in armonia con i caratteri di "internazionalizzazione" previsti dall'art. 10 Cost., dalla direttiva n. 1 della legge-delega al codice di procedura penale e dalle indicazioni fornite dalla comunità degli studiosi [per tutti BALSAMO-KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008; GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006; GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Padova, 2007].

In particolare il fenomeno – per le finalità che rilevano in questa sede – impone di focalizzare l'aspetto relativo ai rimedi apprestati dall'ordinamento domestico per rimuovere pronunce interne in contrasto con quelle della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano accertato la violazione di un diritto fondamentale tutelato dalla Convenzione.

La varietà delle soluzioni opera su tre piani, tutti ancillari alla creazione di un «diritto comune europeo» (PISANI, *Il «processo penale europeo»: problemi e prospettive*, in *RDPr*, 2004, 653 ss.). E se, fino a qualche tempo fa, sotto il profilo speculare, i risultati apparivano inconsistenti, negli ultimi anni una maggiore sensibilizzazione ha portato – in attesa di una soluzione legislativa – a conseguire apprezzabili risultati che, per interventi progressivi, hanno spinto la Suprema Corte di cassazione a pubblicare la sentenza "Somogyi" (C., Sez. I, 12 luglio 2006, Somogyi, in *GI*, 2007, 1227) e, a distanza di pochi mesi, la sentenza "Dorigo" (C., Sez. I, 1° dicembre 2006, P.M. in proc. Dorigo, in *CP*, 2007,

1441, prima di un ciclo di decisioni molto confortanti in ordine all'omologazione del diritto sovranazionale anche sul piano effettuale), che, a tacer del fatto che hanno risolto lunghe e tortuose vicende giudiziarie, rappresentano il simbolo dell'effettiva penetrazione della cultura europea nell'ordinamento giudiziario italiano a testimonianza del fatto che si sta aprendo una nuova prospettiva che innanzitutto deve passare dalla rivisitazione di alcuni istituti, come quello del giudicato, che fino ad oggi parevano dei punti fermi e che, invece, rappresentano la base per un percorso teso ad assicurare effettivamente il rimedio ad una violazione di un diritto proclamato dalla Convenzione europea.

Peraltro, sulla collocazione del diritto internazionale – questione rimasta sempre aperta – è intervenuta la Corte costituzionale (sent. nn. 348 e 349 del 2007) che ha fissato dei punti fermi, specificando che «il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma C.e.d.u., poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi», con la conseguenza che «nell'ipotesi di una norma interposta [la norma C.e.d.u., N.d.A.] che risulti in contrasto con una norma costituzionale, [la Corte costituzionale] ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano» (Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *GiC*, 2007, 3475; C. Cost., 24 ottobre 2007, n. 349, *ibidem*, 3534).

Ma procediamo con ordine.

3. Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo spiegano, in virtù del tenore dell'art. 46, § 1, C.e.d.u., la loro efficacia obbligatoria per lo Stato nell'ambito dell'ordinamento internazionale in quanto ad esso soggetto.

Il problema che ci si è posti fin dall'origine è stato quello di determinare il modo con cui i giudici nazionali, pur in assenza di specifiche

norme interne, possano intervenire sul diritto nazionale per attuare le sentenze della Corte europea che abbiano riconosciuto la violazione di un diritto fondamentale dell'individuo. Il *drafting* giurisprudenziale relativo ad altri Paesi europei si risolve nell'eliminare tutte quelle circostanze che di fatto comprimono il diritto violato, in modo da assicurare la *restitutio in integrum* della vittima (gli esempi vanno dalla cancellazione della condanna dal casellario giudiziale al rimborso dell'ammenda versata, oppure all'annullamento dell'ordinanza di sequestro cautelare). Non si dimentichi, infatti, la natura eminentemente dichiarativa delle sentenze della Corte europea che quindi lascia libertà agli Stati nel determinare i mezzi da utilizzare per conformarsi. Va, però, precisato come negli ultimi tempi la Corte ha incominciato a specificare nelle proprie sentenze quali misure di carattere generale o individuale si rendono necessarie per adempiere all'obbligo di esecuzione cercando «di mettere il ricorrente, per quanto possibile, in una situazione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se non vi fosse stata una violazione dei requisiti imposti dalla Convenzione» [Corte eur., 1° marzo 2006 (Grande Camera), *Sejdovic c. Italia*].

La casistica italiana risulta meno nutrita, nonostante qualche precedente facesse ben sperare sull'apertura del nostro Paese alle pronunce della Corte di Strasburgo (è il caso del provvedimento di sospensione della patria potestà dei genitori proprio sulla scorta della sopravvenienza dell'elemento nuovo costituito dalla sentenza della Corte europea (Trib. Min. Firenze, 18 settembre 2000, *Scozzari*, inedita, a seguito della decisione sovranazionale Corte eur., 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*.), ovvero l'assunzione di un ricorrente presso l'amministrazione comunale (conseguentemente a Corte eur., 21 novembre 1983, *Foti ed altri c. Italia*).

Le vicende illustrate a mero titolo esemplificativo, costituiscono degli esempi di armonizzazione dei giudizi nazionali alle pronunce della Corte europea mediante il mutamen-

to di giurisprudenza ovvero discostandosi dalla prassi precedente o offrendo alla disposizione interna un'interpretazione coerente con le indicazioni rilevabili dalla sentenza dei giudici di Strasburgo.

4. Di recente l'attività interpretativa della Corte di cassazione ha posto dei punti fermi in ordine alla determinazione dello strumento processuale più acconcio per valutare se sia eseguibile una condanna interna riportata all'esito di un processo ritenuto "non equo" da parte della Corte di Strasburgo. La Cassazione (C., Sez. I, 22 settembre 2005, Cat Berro, in *GI*, 2006, 1935), annullando con rinvio un'ordinanza di inammissibilità emessa *de plano* dalla Corte di Assise di Appello di Milano, ha sottolineato che in tutti i casi in cui l'incidente di esecuzione – nell'ipotesi concreta finalizzato ad ottenere l'annullamento, la revoca o l'ineseguibilità dell'ordine di esecuzione emesso a seguito di sentenza irrevocabile in un procedimento pronunciato in "apparente" contumacia – abbia ad oggetto l'esame dell'incidenza del giudicato sovranazionale su quello interno, deve avvenire nel contraddittorio delle parti. Con queste modalità il giudice del rinvio dovrà stabilire se dichiarare l'inefficacia della sentenza "iniqua" o, al contrario ed in evidente spregio dei principi sovranazionali, far prevalere il giudicato interno qualora l'istante risulti detenuto regolarmente secondo il disposto dell'art. 5, § 1, lett. a), C.e.d.u.

Più pragmaticamente, il problema che ci si pone quando la Corte accerta una violazione da parte di uno Stato, è quello di ripararne le conseguenze, posto che le sentenze della Corte europea hanno natura dichiarativa, nel senso che spetta allo Stato convenuto la scelta dei mezzi per riparare alla violazione. La questione, sulla scorta di queste prime premesse, si presenta meno semplice di quanto possa apparire, passando da un primo stadio in cui alla riparazione della violazione devono e possono provvedere solo le autorità nazionali ai sensi dell'art. 46, § 1, C.e.d.u., ad un secondo in cui viene corrisposta un'equa soddisfazione accordata dalla Corte europea in virtù dell'art. 41 quando vi

sia l'impossibilità per il ricorrente di ottenerla dallo Stato condannato. In questo caso la Corte gode di un potere sussidiario che, però, opera solo «quando il diritto interno dello Stato convenuto non permette di eliminare perfettamente le conseguenze della decisione o della misura litigiosa» (SUNDBERG, *Art. 41, in Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole-Conforti-Raimondi, Padova, 2001, 661 ss.). Dispone, però, lo Stato di istituti per rimuovere le conseguenze negative della decisione ritenuta iniqua dalla Corte? La questione – nonostante i buoni propositi legislativi – è ancora sommersa, anche se vanno affiorando segnali positivi dalla giurisprudenza (cfr. le sentenze sinora citate e la recente C., Sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, in questa *Rivista*, 2009, 1, 38, che si è discostata dalle precedenti utilizzando per analogia lo strumento del ricorso straordinario per cassazione previsto dall'art. 625 *bis* c.p.p.), la quale, originariamente disorientata sulla necessità o meno di dover nuovamente esperire tutte le vie di ricorso per ottenere il riconoscimento del diritto stabilito dalla Corte europea, ha poi imboccato itinerari chiari e volti ad agevolare il ricorrente: egli sarà tenuto ad adottare una procedura per la riparazione alla violazione solo quando questa si presenti rapida ovvero, quando invece lo Stato non disponga di un modello procedurale "snello", sarà onere del ricorrente offrirne dimostrazione in modo che la Corte si attivi per la corresponsione dell'equa soddisfazione.

A tacer delle modalità di quantificazione dell'equa soddisfazione accordata dalla Corte europea, si può affermare con tranquillità che se, da un lato, il sistema residuale della corresponsione di una somma a titolo di equa soddisfazione merita plauso in quanto offre effettività alla procedura sovranazionale; dall'altro lato, non è certamente questo il modello da affinare, dovendosi indirizzare verso una metodologia d'approccio che tenda alla riapertura delle procedure o al loro riesame. La riparazione efficace delle violazioni constatate, infatti, non è solo una que-

stione che riguarda il ricorrente individuale, ma costituisce un punto fondamentale per il buon funzionamento di tutto il sistema della Convenzione.

Allo stesso tempo, oltre alla riparazione della violazione, lo Stato condannato deve apprestare una serie di rimedi volti ad evitare la reiterazione della violazione per un duplice ordine di ragioni: in relazione al caso specifico, per ottemperare agli impegni assunti con l'adesione alla Convenzione ai sensi dell'art. 46, § 1, C.e.d.u. e, in prospettiva profilattica, ad evitare il dilagare di casi analoghi. D'altronde che la sistematica dei rimedi nella fase esecutiva richieda un imprescindibile apporto dello Stato condannato, è connesso al sistema: in mancanza della cooperazione del Paese tenuto alla riparazione si rivelerebbe vuota tautologia, priva di effetti pratici per il ricorrente che perderebbe interesse ad agire se al riconoscimento di una violazione di un diritto non conseguisse una concretizzazione sul piano effettuale tale da rimuovere l'ostacolo alla sua piena espansione. In questo senso, la prassi del Comitato dei Ministri si sta orientando nel senso di specificare, a carico degli Stati, oltre a quello riparatorio, un ulteriore obbligo: adottare tutte le misure necessarie per evitare la reiterazione delle violazioni, sia sul ricorrente stesso che su tutti coloro che si vengano a trovare nella medesima situazione.

Questa linea programmatica è confermata dal fermento ideologico che ha portato, per interventi progressivi, ad un cambiamento di prassi, in attesa che un testo di legge operativo – in forza di una maggiore specificazione delle modalità di riparazione alla sentenza nazionale – vincoli i giudici meno “sensibili” alla forza dirompente della giurisprudenza sovranazionale.

Il nostro Paese mediante l. 15 dicembre 2005, n. 280 si è mostrato recettivo delle indicazioni della Convenzione europea di accettare incondizionatamente la forza vincolante delle sentenze della Corte europea. La volontà del legislatore italiano nel senso suddetto è ulteriormente confermata dall'approvazione di un altro rilevante testo di legge, l.

9 gennaio 2006, n. 12, recante «Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo».

Fino ad oggi, però, la vincolatività delle decisioni della Corte europea per lo Stato condannato è stata resa operativa solo da significativi interventi giurisprudenziali, tendenti a disconoscere il vincolo della *res iudicata* nazionale a fronte di una sentenza di segno opposto da parte degli organi di Strasburgo che abbiano accertato la violazione delle garanzie dell'equo processo.

Proprio con la sentenza “Somogyi” la Cassazione penale (C., Sez. I, 12 luglio 2006, Somogyi, cit.) ha infranto il dogma del giudicato, richiamando i limiti posti dal tenore del § 1 dell'art. 35 C.e.d.u. che per la ricevibilità dei ricorsi “europei” richiede il previo esaurimento delle vie di ricorso interne. Per tale ragione «qualsiasi sentenza della Corte di Strasburgo che accerti una violazione dell'art. 6 C.e.d.u. posta in essere dall'autorità giudiziaria nazionale verrà sempre, inevitabilmente, fisiologicamente (e quindi istituzionalmente) a collidere con un giudicato nazionale. Ed è appena il caso di aggiungere che il principio di intangibilità del giudicato, nel nostro ordinamento giuridico, non è poi così assoluto (basti pensare all'istituto della revisione ovvero al più recente istituto del ricorso straordinario *ex art. 625 bis c.p.p.*)», tanto che proprio quest'ultimo istituto viene utilizzato per analogia nella decisione della Cassazione relativa al caso “Drasich”.

Le problematiche che ha dovuto risolvere la Corte di cassazione si incentrano sul principio dell'intangibilità del giudicato e sugli ambiti conoscitivi che consente il sistema delle impugnazioni (*recte*: controlli). Questo, come è noto, muove dal concetto di irrevocabilità ed esecutività in forza del combinato disposto degli artt. 648 e 650 c.p.p. ed adempie alla duplice funzione di «assicurare la sicurezza dei cittadini» e l'«esigenza di pace sociale» (DE LUCA, voce «Giudicato», in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, 2). È chiaro che se, da un lato, questi elementi tendono a garantire l'intangibilità delle situazioni giu-

ridiche secondo il principio dell'infallibilità dell'accertamento della responsabilità; dall'altro lato, tale rigidità lascia l'ordinamento impotente di fronte a situazioni di iniquità. Plasmatosi su questi due interessi contrapposti, il codice del 1988 – avvantaggiato dall'abbandono del principio dell'unità della giurisdizione – presta una maggiore attenzione alla necessità di predisporre una serie di rimedi revocatori. Sono queste, in breve, le ragioni che attualmente vedono nel nostro sistema processuale una serie di possibili interventi tesi a modificare, seppur con intensità e modalità variegata, il giudicato. Al rimedio classico, costituito dalla revisione della sentenza di condanna e del decreto penale, si affiancano altri strumenti che permettono di manipolare il titolo mediante interventi *in executivis*: la revoca della sentenza meno favorevole al condannato in caso di *bis in idem* (art. 669 c.p.p.), la disciplina dell'applicazione del concorso formale e del reato continuato (art. 671 c.p.p.), la revoca della sentenza per *abolitio criminis* o per declaratoria di incostituzionalità di una norma incriminatrice (art. 673 c.p.p.). Allo stesso modo non possono trascurarsi altri istituti che alla bisogna permettono di superare una situazione formalmente ineccepibile in quanto consacrata nel giudicato, ma che in effetti non corrisponde alla fenomenologia della responsabilità e alla disciplina processuale per risconrarla. Il pensiero corre subito a quelle ipotesi di estensione dell'impugnazione previste dall'art. 587 c.p.p. che opera come forma di rimedio straordinario che, secondo l'interpretazione offerta dalle Sezioni unite (C., S.U., 24 marzo 1995, Cacciapuoti, in *CP*, 1995, 2497.), interviene in seconda battuta e quindi ipoteticamente anche a pena già interamente espiata. Anche in quest'ipotesi, spetta al giudice dell'esecuzione rendere operativo l'effetto estensivo *in melius* quale «rimedio straordinario contro il giudicato che ne determina, secondo i casi, la rescissione totale o parziale» (C., Sez. I, 23 gennaio 1995, Filippone, in *GI*, 1995, II, 608). In generale, i rimedi predisposti *in executivis* avviano un processo osmotico tendente a

creare un fenomeno complesso che interseca attività cognitiva ed esecutiva che si riverbera sul piano delle forme.

Proprio mediante i rimedi *post rem iudicatam*, la Corte di cassazione ha compiuto un ulteriore e significativo passo avanti verso l'effettività delle decisioni della Corte europea. La Sezione I della Suprema Corte (C., Sez. I, 1° dicembre 2006, P.M. in proc. Dorigo, cit.), ponendo fine al caso “Dorigo”, ha conferito poteri al giudice dell'esecuzione nel togliere effetto a pronunce interne in contrasto con una decisione della Corte europea.

La pronuncia – la più perentoria di quelle sinora enunciate – è stata criticata (UBERTIS, *Corte europea dei diritti dell'uomo e «processo equo»: riflessi sul processo penale italiano*, in *RDP*, 2009, 43) nella parte in cui non assicurerebbe una completa *restitutio in integrum* al condannato andando ad incidere solo sulla libertà personale, ma senza adeguarsi per intero alla sentenza europea con la conseguenza di collocare la decisione interna «in una sorta di limbo processuale» (PUGIOTTO, *Vent'anni dopo l'insegnamento di Giovanni Battaglini*, in *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, a cura di Brunelli-Pugiotta-Bin-Veronesi, Torino, 2007, 193).

Infine a completamento della congerie dei rimedi alla rimozione del giudicato ingiusto, v'è il ricorso straordinario per cassazione a rimedio di un errore materiale o di fatto della Corte di cassazione, richiamato dalla Suprema Corte nella sentenza “Somogyi”. Proprio questo specifico strumento assume un ruolo estremamente importante nella cultura delle impugnazioni che in tal modo, contrariamente al tenore della Costituzione e delle sue propaggini interpretative, rivisita gli ambiti del giudicato penale.

Questa breve panoramica sui rimedi revocatori permette di aderire alle considerazioni della Suprema Corte che, nell'aprirsi verso le decisioni sovranazionali, sottolinea la flessione del principio dell'intangibilità del giudicato tramite l'istituto della revisione e del ricorso straordinario *ex art. 625 bis c.p.p.*

Nonostante questi segnali positivi, l'anno scorso l'opera di maieutica della Cassazione è stata arginata dalla Corte costituzionale che, traendo spunto dai principi di ordine generale espressi con le decisioni nn. 348 e 349 del 2007 (Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, cit.; Id., 24 ottobre 2007, n. 349, cit. dalle quali sortirebbe un invito ad un adeguamento culturale), ha subito una battuta d'arresto sempre in relazione all'*affaire* Dorigo. La Consulta (C. Cost., 30 aprile 2008, n. 129, in *GiC*, 2008, 1506), adita per contrasto dell'art. 630, 1° comma, lett. a), c.p.p. con gli artt. 3, 10 e 27 Cost., ha ritenuto non fondata la questione, esortando, però, il legislatore, «ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 C.e.d.u.». La decisione, peraltro, pur assumendo, sotto certi aspetti, un atteggiamento "pilatesco" «non è di quelle che sbarrano definitivamente la strada a decisioni *overruling*» (CHIAVARIO, *Giudicato e processo «iniquo»: la Corte si pronuncia (ma non è la parola definitiva)*, in *GiC*, 2008, 1522).

5. In quest'ottica si è fatto sempre più pressante la necessità di un intervento dello Stato (sottoforma di revisione del giudicato interno, rimozione dell'elemento pregiudizievole, etc.), nonostante sul piano legislativo nel nostro Paese oramai da tempo si cerchi di ampliare lo spettro delle ipotesi di revisione con quella afferente una pronuncia di condanna dello Stato per violazione dei diritti tutelati dalla Convenzione. Non sarebbe, infatti, appagante arginare al solo stadio proclamativo il giusto processo sovranazionale, senza alcun concreto effetto positivo derivante dal riconoscimento di una violazione.

A seguito di alcuni casi che hanno dato luogo a gravi problemi di esecuzione per l'assenza di adeguate possibilità di riparare le violazioni che erano state accertate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, il Comitato dei Ministri, organo deputato a vigilare sull'adempimento degli obblighi a carico del-

lo Stato in seguito all'accertamento di una violazione, il 19 gennaio 2000 ha adottato la Raccomandazione n. R (2000) 2, invitando le Alte Parti contraenti ad «assicurarsi che esistano a livello interno delle possibilità adeguate di realizzare, nella misura del possibile, la *restitutio in integrum*». Questa, insomma, è la direttrice percorsa a livello sovranazionale; agli Stati non resta che adeguarsi, fornendo i propri sistemi processuali di una congerie di strumenti per rimuovere il dogma del giudicato.

Il primo Paese che ha intrapreso la strada indicata dalla predetta risoluzione è stata la Francia che con l. 15 giugno 2000, n. 516 ha istituito un meccanismo di revisione delle sentenze penali definitive nel caso in cui risulti «da una sentenza resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che la condanna è stata pronunciata in violazione delle disposizioni della Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei suoi protocolli addizionali, nella misura in cui, per la sua natura e la sua gravità, la violazione accertata implichi per il condannato delle conseguenze pregiudizievoli alle quali l'«equa soddisfazione» riconosciuta alla base dell'art. 41 della Convenzione non potrebbe mettere fine». Quest'ipotesi di revisione ha natura sussidiaria e ad essa sono legittimati il procuratore generale presso la Corte di cassazione ed il condannato.

L'Italia rispondendo all'esigenza di conformarsi alle sollecitazioni del Comitato dei Ministri [cfr. la Risoluzione DH (2002) 30, adottata dal Comitato il 19 febbraio 2002, in occasione del controllo sull'esecuzione della sentenza relativa al caso F.B.C.], oltre che alle critiche espresse nella *dissenting opinion* del giudice Zupancic nel caso "Lucà c. Italia" (Corte eur., 27 febbraio 2001, Lucà c. Italia) aveva predisposto diversi disegni di legge tutti finalizzati ad ottenere la revisione delle sentenze penali ritenute inique dalla Corte di Strasburgo, approdati a diverse versioni che, però, lasciavano spazio a vibranti critiche (GIUNCHEDI, *Cultura dell'«equo processo» europeo e giustizia interna*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di*

un processo giusto, a cura di Cerquetti-Fiorio, Padova, 2002, 93; SACCUCCI, *Revisione dei processi in ottemperanza alle sentenze della Corte europea: riflessioni de iure condendo*, in DPP, 2002, 247) per il limite dettato dal circoscriverlo al solo art. 6 C.e.d.u. non annoverando altri diritti pregnanti come quelli previsti dall'art. 5 C.e.d.u. a presidio della libertà fisica in senso stretto e della sicurezza di tutte le persone, detenuti inclusi quasi a voler proteggere dalla forza travolgente del giudizio rescindente della Corte europea violazioni di diritti estranee alla procedura. Limiti che, francamente, avevano alimentato non poche perplessità sulla reale efficacia del rimedio.

È evidente che il principio generale secondo cui un accertamento privo del vincolo della *res iudicata* risulta incapace di proiettare nella fase rescissoria, implica, pena l'inammissibilità della revisione, l'imprescindibile definizione della procedura sovranazionale ai sensi dell'art. 44 C.e.d.u. e cioè rinuncia, inutile decorso del termine per impugnare dinanzi alla Grande Camera (tre mesi), reiezione della richiesta di rinvio da parte della Grande Camera.

In differente prospettiva, il c.d. "giudicato aperto" presta il fianco a considerazioni legate all'effettività della decisione, tale da allargare a dismisura le maglie del giudicato con una fase rescissoria in sede sovranazionale ed una rescissoria di competenza della Corte d'Appello, deputata al giudizio di revisione interno. Pertanto, non risultavano peregrini i suggerimenti di coloro che suggerivano di «subordinare espressamente la richiesta di revisione alla condizione che essa appaia l'unico strumento attraverso il quale sia concretamente possibile rimuovere in modo integrale le conseguenze pregiudizievoli della violazione riscontrata dalla Corte di Strasburgo» (SACCUCCI, *Revisione dei processi in ottemperanza alle sentenze della Corte europea: riflessioni de iure condendo*, cit., 250).

Detto dell'*iter* legislativo volto all'introduzione nel sistema delle impugnazioni di un nuovo caso di revisione e delle perplessità che

sono state manifestate dalla comunità scientifica in ordine alla commistione tra giudizio interno e sovranazionale con le inevitabili ripercussioni sull'irrevocabilità delle decisioni, dovute ad un elemento esterno, occorre stabilire se il sistema delle impugnazioni e la necessità di offrire certezza alle decisioni, possa ritenersi compatibile con questo rimedio. Ed appare naturale che l'analisi passi dalla fisionomia dell'istituto della revisione sulle cui basi strutturali deve operare l'innovato ed eventuale caso di impugnazione straordinaria.

La revisione trova il suo referente costituzionale nella necessità di porre rimedio agli errori giudiziari (art. 24, 4° comma, Cost.) per scongiurare «il pericolo che al rigore delle forme siano sacrificate le esigenze della verità e della giustizia reale» (DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, Napoli, 1966, 328). La revisione è per definizione classificata come impugnazione straordinaria e l'aggettivo utilizzato manifesta *ex se* che l'ordinarietà è la decisione giusta, tanto che di fronte alla decisione errata (ingiusta, cioè) è previsto, appunto, un rimedio diverso, azionabile in ogni tempo e solo *pro reo*. Ed ecco il punto.

Se, in effetti, nella sistemática delle impugnazioni è previsto un rimedio teso a scongiurare l'errore giudiziario e i confini di questo istituto tendono ad una costante dilatazione (si pensi alla fisiologica estensione, per via giurisprudenziale, della casistica della prova nuova (C., S.U., 26 settembre 2001, Pisano, in CP, 2002, 1953 e, in letteratura FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008), non si può sottacere la congerie di quegli strumenti, sussidiari alla revisione, di cui può valersi il condannato non tanto per ripristinare il suo *status* di non colpevole, quanto per ristabilire il corretto trattamento sanzionatorio mediante il diritto alla sentenza più favorevole tra quelle rese per il medesimo fatto, ovvero beneficiando della disciplina del concorso formale o del reato continuato o rimuovendo il provvedimento di condanna nel caso di *abolitio criminis*.

In chiave di estrema sintesi, l'ordito processuale nella consapevolezza che l'errore giudi-

ziario sull'*an* e sul *quantum* della pena si annida costantemente nelle pieghe della giustizia, ha previsto dei rimedi volti a ripristinare la giusta decisione. In un'ottica strumentale acquista senza dubbio un alto valore sintomatico, tanto la possibilità prevista dalla Costituzione del diritto alla prova contraria a discarico in ogni tempo, quanto l'espansione della revisione anche avverso le sentenze di "patteggiamento", precluso prima della l. 12 giugno 2003, n. 134, che ha integrato l'art. 629 c.p.p.

Si tratta, insomma, di fermenti legislativi sempre più rispondenti alla necessità di approdare ad una decisione che oltre ad essere formalmente giusta, rispetti sul piano sostanziale gli ineludibili diritti umani che le carte fondamentali assicurano. Sulla base di questi principi è d'obbligo estendere il rimedio revocatorio anche alle ipotesi in cui sia stata constatata la violazione di un diritto fondamentale che incide sulla sfera soggettiva dei cittadini proprio dall'organo a ciò deputato, ridefinendolo da classico rimedio "chiuso", la cui operatività è condizionata all'insorgenza di fatti e/o "conoscenze" posteriori al giudicato di condanna, a rimedio "aperto", comunque esperibile allorché si tratti di porre riparo ad una condanna che appaia ingiusta, specialmente alla luce degli strumenti approntati dal diritto internazionale. Per questo ordine di considerazioni le varie proposte legislative che si sono succedute peccavano di alcune addende che impedivano ad una cultura giuridica tendenzialmente refrattaria di rendere effettivamente operative le pronunce della Corte europea e che oggi, come hanno recentemente ammonito la Corte costituzionale e la Suprema Corte, «resta urgente e non più differibile la necessità di un intervento legislativo che renda azionabile il diritto al nuovo processo anche nei casi nei quali l'accertata violazione della Convenzione riguardi [...] la lesione di garanzie di ordine sostanziale, accertata da una decisione della Corte europea, che abbia avuto influenza decisiva sull'esito del giudizio» (Cass., Sez. I, 1° dicembre 2006, P.M. in proc. Dorigo, cit.).

Sotto questo profilo si ritiene che, una volta operato il vaglio di ammissibilità in termini di pertinenza dell'*error in procedendo* accertato dalla Corte sovranazionale secondo i parametri imposti dall'art. 631 c.p.p. e dall'innovata regola di giudizio del *beyond any reasonable doubt*, debba procedersi secondo gli schemi del giudizio di rinvio che in forza dell'art. 627, 3° comma, c.p.p. impone al giudice *ad quem* di uniformarsi «alla sentenza della Corte di cassazione per ciò che concerne ogni questione di diritto con essa decisa». Ovvio che in questa ipotesi la Corte d'Appello competente ai sensi dell'art. 11 c.p.p. dovrebbe rendere operativa, senza riserva alcuna, la motivazione della Corte di Strasburgo nella parte afferente l'accertata violazione. Siamo tutti consci che non v'è alcuna norma della Convenzione europea e dei protocolli aggiuntivi che impone di motivare le sentenze, ma è anche vero che per consolidata giurisprudenza della Corte europea «i giudici devono [...] indicare con una chiarezza sufficiente i motivi sui quali esse si fondano» di modo che «ogni accusato possa esercitare utilmente i ricorsi contro le decisioni giudiziarie» (Corte eur., 16 dicembre 1992, Hadjianastassiou c. Grecia.). Solo così si eviterà di disperdere il patrimonio giuridico-culturale proveniente dalla Corte europea. Diversamente la nuova ipotesi di revisione si rivelerà rimedio meramente utopistico.

6. Ma veniamo alle prospettive prossime. Il d.d.l. Alfano prevede al Capo III («Disposizioni in materia di impugnazioni e di revisione delle sentenze a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo»), art. 9, nell'ambito di una più generale riforma del sistema delle impugnazioni, la «Revisione delle sentenze nei casi di condanna dello Stato italiano per violazione dei principi del giusto processo». Dopo una breve illustrazione delle modalità con le quali il legislatore intende risolvere la *vexata quaestio*, sulla scorta delle considerazioni precedenti, cercherò di individuare pregi e difetti del nuovo caso di revisione. La modifica che prevede l'introduzione della

lett. *d-bis*) all'art. 630 c.p.p. consente l'istanza di revisione «se la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato lo Stato italiano per violazione delle disposizioni di cui all'art. 6, § 3, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» [art. 9, lett. a), che introduce la lett. *d-bis*) all'art. 630 c.p.p.].

La novità, 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 del c.d. diritto di difesa (dal diritto di informazione effettiva dell'accusa al tempo e alle facilitazioni necessarie per apprestare la difesa; dal diritto alla autodifesa, alla difesa tecnica e al patrocinio per i non abbienti al diritto al confronto con il teste a carico e il diritto alla prova contraria; e per finire il diritto all'interprete per l'alloglotta), della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, quale *summa* delle fondamentali garanzie soggettive processuali, *naturalia* del giusto processo. I confini delineati dal legislatore paiono discutibili. Se, infatti, non si può sottacere come il § 3 annoveri gran parte delle garanzie alla base del principio del giusto processo, non si può certamente ritenere che possano in tal modo “coprirsi” tutte le ipotesi di divaricazione rispetto al modello di processo delineato proprio per avvicinarsi agli *standards* europei. E non è difficile facendo un raffronto tra il testo dell'art. 111 Cost. ed il § 3 dell'art. 6 C.e.d.u., notare, ad esempio, che non vi è alcuna forma di tutela mediante la riapertura del processo nelle ipotesi di accertata violazione dei requisiti fondamentali del giudice a fronte di un monito da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo teso ad offrire peso anche alle apparenze.

A tacere poi di ulteriori violazioni involgenti la presunzione di non colpevolezza che ha riflessi sul processo in relazione alla ripartizione dell'onere della prova; il sistema delle impugnazioni che si ritrovano tanto in altri paragrafi dell'art. 6 C.e.d.u. quanto in altri articoli o Protocolli che sempre più spesso

sono posti a fondamento delle condanne dello Stato per infrazione delle regole del giusto processo convenzionale.

Sulla ristrettezza del tema valgono le considerazioni svolte, ma non sarebbe intellettualmente ortodosso eludere uno sforzo teso a verificare se effettivamente l'accertamento delle altre violazioni possa essere riparato diversamente; vale a dire se solo le infrazioni inerenti il diritto di difesa possano trovare sfogo nella riapertura del processo. La risposta come è intuibile è negativa, basti pensare alle conseguenze che possono derivare da un atteggiamento del giudice tendente a sovvertire le regole di valutazione, ponendo a carico di un soggetto l'onere della prova, ovvero alle ipotesi di tribunale composto da soggetti pregiudicati. Lo stesso problema può verificarsi nelle problematiche relative alla violazione di diritti fondamentali come nelle questioni in tema di intercettazioni di comunicazioni che trovano tutela nell'art. 8 C.e.d.u. Sono solo esempi che offrono la dimensione della limitatezza dell'intervento legislativo *tranchante* di innumerevoli diritti, la cui violazione è alquanto ricorrente.

È opportuno chiedersi se la previsione di uno strumento per la riapertura dei processi mediante la revisione legittimi ancora interventi vicari della giurisprudenza come quelli fondati sulla declaratoria di inefficacia del titolo esecutivo. A mio avviso l'impostazione tracciata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 129 del 2008 non autorizza più la Corte di legittimità a supplire in funzione vicaria, posto che proprio in questa decisione la Consulta ha “invitato” il legislatore ad intervenire, sottendendo con ciò l'illegittimità di “decisioni-tampone”.

Sulla scorta di ciò vale la pena di non escludere una violazione sul piano della discriminazione (art. 3 Cost.) tra coloro che potranno attingere al rimedio previsto dalla lett. *d-bis*) dell'art. 630 c.p.p. e coloro che non vedranno “coperte” da un caso di revisione l'accertata violazione ad altrettanto decisivi (per la sorte del processo) principi fondamentali.

Mantenendo un atteggiamento falsificazionista

può risultare produttivo osservare se solo le violazioni previste dal § 3 dell'art. 6 possano avere in via di principio – ma lo abbiamo escluso – un'efficienza causale con la pronuncia di condanna e, quindi, portare ad intravedere nella riapertura del processo l'unica via possibile per superare il dogma del precedente giudicato. Anche in questo caso è agevole superare il dubbio interpretativo, posto che, ad esempio, è intuibile come questioni di infrazioni sul piano delle captazioni di conversazioni costituiscono gli aspetti focali di determinate pronunce (soprattutto in ragione del carattere di assoluta indispensabilità che riveste lo strumento dell'intercettazione).

Faccio notare, però, che la norma non evidenzia il carattere determinante della violazione, per cui parrebbero essere ammesse tutte le revisioni, a meno che non intervenga in via correttiva la giurisprudenza come già avviene per la revisione ogni qualvolta un vizio non abbia un peso specifico tale da influire sulla trama motivazionale.

Altra condizione di ammissibilità del ricorso al rimedio della revisione è costituita dallo «*stato di detenzione*» attuale o prossimo «*in virtù di un ordine di esecuzione, anche se sospeso*» ovvero quando l'istante «*sia soggetto all'esecuzione di una misura alternativa alla detenzione, diversa dalla pena pecuniaria*» [art. 9, lett. *b*), che introduce il comma 1 *bis* dell'art. 631 c.p.p.]. La matrice dell'inciso è da rinvenirsi nella Raccomandazione n. R (2000) 2 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa richiamata da tutte le successive raccomandazioni e risoluzioni del medesimo organo, secondo cui la riapertura del processo è condizionata da due circostanze:

- 1) la sussistenza di una grave violazione della Convenzione tale da «*far seriamente dubitare sul risultato del procedimento interno contestato*»;
- 2) la permanenza a carico del condannato «*di conseguenze giuridiche molto gravi a causa della decisione nazionale, conseguenze che non possono essere compensate dall'equo indennizzo*».

Rimarrebbero escluse, quindi, altre ipotesi

che non implicano la limitazione della libertà personale, per le quali si ritiene che lo Stato condannato possa ovviare mediante altri strumenti tesi ad operare la *restitutio in integrum*.

Appare, pertanto, evidente come il rimedio della revisione assuma quel carattere di eccezionalità o straordinarietà conformemente all'esigenza di non sovraccaricare l'apparato giudiziario.

L'istanza – che deve essere corredata della copia autentica della sentenza della Corte europea [lett. *c*) dell'art. 9 che modifica il 2° comma dell'art. 633] – deve essere proposta nel termine di tre mesi da quando la sentenza sovranazionale è divenuta definitiva [nuovo comma 1 *bis* dell'art. 634 c.p.p. introdotto dalla lett. *d*) dell'art. 9].

7. Da una lettura “a caldo” del testo emergono una serie di contraddizioni che mi limiterò ad analizzare a “flash”.

È certamente ortodosso l'inquadramento del rimedio apprestato quale strumento di impugnazione straordinario avendo ad oggetto un provvedimento irrevocabile, ma al contempo non appare convincente l'inserimento come caso di revisione essendo ben differenti le caratteristiche dell'istituto che si caratterizza per essere ammissibile «*in ogni tempo*» (art. 629 c.p.p.), mentre nell'ipotesi in esame la proposizione dell'impugnazione è limitata ai tre mesi dalla decisione della Corte europea. Altro motivo di perplessità è legato alla limitazione del rimedio ai condannati che stiano spiando la pena *in vinculi* o siano prossimi a farlo, quando, al contrario, l'art. 629 c.p.p. non pone limitazioni in riferimento all'ammissibilità («*anche se la pena è già stata eseguita o estinta*»).

Discutibile il *dies a quo* dal quale far decorre il termine per la proposizione dell'istanza. Chi è aduso ai giudizi strasburghesi, sa che il procedimento di pubblicazione delle sentenze avviene mediante una comunicazione (per posta ordinaria) che preannuncia l'imminente adozione della sentenza e della data in cui verrà pronunciata la sentenza e la “pubblicazione” sul sito internet (HUDOC) della Corte; il giorno prefissato la sentenza

viene inserita nel sistema informatico e diviene visibile a chiunque; la Corte contemporaneamente ne invia copia cartacea con certificazione di conformità a ciascuna parte (sempre per posta ordinaria). Quando la sentenza diviene definitiva (le ragioni le ho enunciate prima) le parti vengono avvertite con lettera della Corte (ancora per posta ordinaria) della definitività che viene iscritta sul frontespizio. La mancanza di una comunicazione che offra certezza sulla conoscenza effettiva della pubblicazione della sentenza impone di guardare con circospezione alla divaricazione rispetto allo schema della revisione che non pone limiti temporali alla domanda.

La lett. *f*) dell'art. 10 d.d.l. introdurrà l'art. 201 *bis* disp. att. c.p.p. («Adempimenti in caso di sentenza di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo») che si propone una duplice finalità:

1) la trasmissione da parte della Corte europea di una copia autentica della sentenza di condanna del nostro Paese per infrazione dell'art. 6, § 3, C.e.d.u. al Ministro della giustizia da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri in ottemperanza al dovere di promuovere l'esame da parte delle Commissioni parlamentari permanenti e per la relazione sullo stato di esecuzione delle pronunce di Strasburgo [art. 5, 3° comma, lett. *a-bis*), l. 23 agosto 1988, n. 400];

2) il Ministro della giustizia, ricevuta la sentenza, dispone la traduzione in lingua italiana della sentenza inoltrandola al procuratore generale presso la Corte di Appello competente per il giudizio di revisione, in quanto organo deputato a farne istanza.

È contemplata una disposizione transitoria (art. 33, 4° comma) che prevede «per le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che hanno accertato la violazione delle disposizioni di cui all'art. 6, § 3, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, divenute definitive prima dell'entrata in vigore della presente legge; la richiesta di revisione ai sensi dell'art. 630, 1° comma, lett. *d-bis* c.p.p. è presentata a pena di inammissibilità,

entro novanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge. Decorso il termine di cui al periodo che precede, la pena o la misura di sicurezza la cui esecuzione sia stata sospesa dal giudice a seguito della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo viene in ogni caso messa in esecuzione».

La previsione è coerente con i precedenti d.d.l. n. 1440 sul punto che prevedevano una sorta di restituzione in termini per le decisioni della C.e.d.u. precedenti per le quali fosse già decorso il termine previsto per proporre istanza di revisione.

Il testo contiene, però, un'incongruenza costituita dal fatto che il termine è espresso in giorni (novanta), rispetto ai tre mesi previsti per la istanza di cui all'art. 634, comma 1 *bis*, c.p.p. Pregevole, invece, la previsione di una proroga pari al tempo previsto per l'istanza di revisione *ex* lett. *d-bis*) dell'art. 630 c.p.p. per l'esecutività delle decisioni la cui esecuzione era stata sospesa *ex* art. 670 c.p.p.

È scomparso rispetto al precedente d.d.l., il n. 1797/S, la legittimazione della Cassazione nel fungere da giudice deputato a vagliare l'ammissibilità dell'istanza – e quindi la limitazione dell'istanza ai soli difensori iscritti all'albo speciale della Cassazione –. Ciò all'evidente fine, sulla scorta delle esperienze di Francia e Belgio, – oltre che a rendere effettiva la tutela del singolo – di uniformare le procedure interne mediante la funzione nomofilattica propria della Corte di legittimità. Preferivo la versione, più capillare, dell'anzidetto d.d.l. perché anche sistematicamente, mediante l'introduzione dell'art. 647 *bis* e ss. c.p.p., pur mutuando in parte il prototipo modulare della revisione, costituiva una forma di riparazione all'errore giudiziario anche per il fatto della non automaticità dell'accesso all'istituto che richiede determinate condizioni legate allo *status detentionis* dell'istante.

Sul piano probatorio, poi, mi convinceva la depurazione dai *materialia iudicii* degli «atti ai quali si riferiscono le violazioni accertate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo» (art. 647 *septies*, 2° comma, c.p.p.).

Anche in ordine alla competenza funzionale,

qualche perplessità in relazione al diritto al doppio grado di giurisdizione di merito emerge nell'attribuzione esclusiva alla Corte di appello quale giudice deputato alla fase rescissoria. È ciò rileva anche per le ipotesi in cui il giudice nel processo di merito italiano sia stata un'Assise.

Il maestro Carnelutti: prosa ed arte oratoria (riflessioni di una laureanda)

di *Eleonora Fonseca*

1. L'Accademia dei Lincei ha ospitato una giornata in memoria del Maestro Francesco Carnelutti nell'anniversario della sua nascita (1879 ad Udine), all'interno della sfarzosa cornice di Palazzo Corsini. Le voci di Giovanni Conso (presidente dell'Accademia) e gli allievi del Maestro divenuti illustri giuristi hanno echeggiato nella sala del convegno, per riportare alla memoria dei presenti i tanti ricordi della vita di Carnelutti.

Significativo è stato l'intervento di Giuseppe De Luca: un'accurata analisi della personalità del Maestro e delle tecniche da Lui utilizzate nelle aule di giustizia ed in quelle universitarie.

Il professore De Luca ha affrontato la critica alla dottrina di Carnelutti e nella trattazione ha cercato di dimostrare quanto l'orazione sia stata la "filigrana" delle opere del Maestro e come caratteristiche peculiari della sua *eloquenza* siano state la forza ordinatrice delle idee ed il metodo di classificazione utilizzato per le stesse, c.d. *concettualismo classificatorio*. Egli ritrovava nell'oratore il ruolo di "chiarificatore di tenebre": getta la luce nelle tenebre e mette ordine nel caos, i pensieri vengono sublimati dall'oratore e trasformati in opinioni ragionate. Carnelutti viene definito dai posteri il più grande oratore del secolo e nella critica alla sua prosa si ritrova come costante la sua affermazione di "linguaggio che pensa" cioè l'idea che esista una simbiosi perfetta tra la parola ed il pen-

Ma forse, dopo anni di attesa ad un istituto capace di rendere realmente effettive le pronunce strasburghesi, legarsi agli aspetti peculiari può costituire un freno verso un modello che con il tempo dovrà affinarsi e dare effettività anche alle impugnazioni sovranazionali.

siero, se il pensiero non s'incarna nella parola allora non è pensiero. Il Maestro nel libro "Interpretazione del padre nostro" (1941) compie un'opera di ammirazione verso il *pater noster* che viene definito come la *summa* dei discorsi sulla vita di Gesù e sottolinea come nella preghiera composta da 52 parole sia contenuto tutto il messaggio cristiano. *Gesù*, continua l'analisi, *ci ha insegnato una preghiera che contiene la dottrina* (di libertà e giustizia) *e non è solamente un poema; è un trattato. Il suo valore non si rivela se non si considera la potenza della sintesi, che vi è racchiusa.* E chiede perdono al Salvatore per tutte le volte che Egli ha recitato la preghiera senza che *l'anima tremasse di ammirazione* e di *gratitudine* e per quel misero tentativo di scoprirne la verità e la bellezza.

Le *simmetrie* qualche volta lo portavano ad aprire false porte; il gioco delle *antitesi*, che si divorano e si rigenerano incessantemente l'una dopo l'altra con una consequenzialità pitagorica e l'*eloquenza* contrassegnata da una emozione razionante e da una razionalità emotiva: non esprimeva un concetto se non aveva raggiunto nella sua mente una precisa chiarezza.

Il professore De Luca si sofferma sulla *voce* del maestro, individuando nel suo calco fonico un indice di esemplarità. Tutto appare perfetto: volume, registro, toni, pause (silenzi chiarificatori) e la modulazione della voce che talvolta si perdeva nell'evanescenza.

Per far percepire agli uditori quanto Carnelutti sia stato oratore in ogni attimo della sua vita, il suo allievo narra un episodio emblematico: nel teatro di Napoli mentre il Maestro parlava gli venne urlato dalla platea di voler alzare il volume della voce, prontamente egli rispose: “ad un suonatore di violino, direste «più forte»?!”.

Si passa poi alla lettura di alcuni concetti richiamati da Carnelutti nel manuale di teoria generale del diritto, nelle ultime pagine si legge: il giudice, nel giudizio, si trova non di fronte la soluzione del dramma ma alla sua stretta. Fino al 1905 Arturo Rocco definiva la fase del giudizio come mero *sillogismo*, mentre Carnelutti distrugge questa teoria sostenendo che il giudizio è il luogo ideale in cui il problema si focalizza ed i giudici in camera di consiglio non fanno sillogismi. Il giudizio assume quindi una funzione *inventiva* per cui si aveva il passaggio dalla norma all'azione e l'interprete, nel fare questo, ha bisogno di un atto inventivo.

Carnelutti era dotato di ciò che De Luca definisce “l'intuizione dell'artista” ossia la comprensione immediata del particolare concreto. Ed arriva così a formulare anche l'idea del giudice che giudica sul tipo e distinguendo tra giustizia del caso tipico e giustizia del caso concreto. La fattispecie viene scorticata fino all'osso ed il giudice coglie la stretta finale. Se è vero che il giudizio ha carattere inventivo è anche vero che la soluzione finale sarà rinvenibile come la sentenza *animii* del giudice, si cerca di seguire la via dell'obiettività riportando le regole ma comunque resta sempre la subiettività del giudice. La scelta della soluzione è il momento supremo, l'*anima* del giudice è così eterna e la scelta da lui fatta non è sottoponibile ad ordini o revoche. Questa può essere definita come la razionalità sostitutiva che dà luogo ad una procedura razionale: alla fine c'è un atto di opzione compiuto dal giudice ed è necessario che a questo il giudice arrivi senza procedure. Ulteriori rimedi all'esercizio della subiettività del giudice sono il contraddittorio nella formazione della prova e l'uguaglianza tra le parti.

Carnelutti utilizzava spesso la forma retorica del *paradosso* e quelli da lui formulati contenevano un'immediatezza esplicativa talvolta avvincente. Kraus sosteneva che i paradossi siano mezze verità o una verità e mezza, i paradossi hanno comunque un nucleo di verità.

Da molti il Maestro viene definito *l'artista del diritto* anche perché era irraggiungibile nel campo della versatilità, è stato l'unico giurista che ha arato tutti i campi del diritto, con una capacità di diagnosi superiore a quella degli altri giuristi. Ha studiato diverse aree del diritto e questa versatilità ha la sua matrice nella versatilità umanista. Caratteristica del grande umanista è infatti quella tipica dell'oratore, ossia hanno entrambi l'attitudine a respirare come propria ogni area dello scibile e De Luca richiama gli insegnamenti di Tacito secondo il quale condizione essenziale è la conoscenza di vasta dottrina e conoscenze generali.

Ricordare la *versatilità* di Carnelutti probabilmente è stato un atto di provocazione da parte del Prof. De Luca: indubbiamente il Maestro era dotato di elevate capacità intellettuali e per questo le sue idee erano ben ascoltate in tutte le sezioni del diritto ma la dottrina oggi, sarebbe disponibile verso un giurista in grado di muoversi con abilità nelle diverse materie? Aggiungo, i giuristi di nuova generazione sono preparati per dare e ricevere *impulsi* alle tante aree del diritto?

La facoltà di giurisprudenza ha subito diverse modifiche nel corso degli anni e nella condizione attuale ha accentuato la suddivisione dei diversi settori scientifici.

Gli studenti, inizialmente spinti dalla *passione* per alcune delle materie e successivamente indirizzati dallo stesso modello organizzativo, operano delle scelte decidendo così di focalizzare tutto il loro studio essenzialmente su un solo settore (civile o pubblico). Sono rare le lezioni in cui più Professori, esperti di diverse materie, si confrontano, cercando di trovare dei punti d'incontro su questioni apparentemente molto diverse ma ben collegate tra loro, perché alla base vi sono dei principi che occorrono per la ricostruzione sul

piano logico di tutte le aree giuridiche. Queste lezioni a “più voci” potrebbero servire per stimolare l’aspirante giurista ad aprire i propri orizzonti, evitare che la curiosità si fermi ad una sola tematica ma porsi sempre davanti nuove sfide, con altri limiti interpretativi da superare. Questi nuovi giuristi sono in assoluta contrapposizione con il modello proposto dal Prof. Carnelutti.

Carnelutti concepiva la toga dell’avvocato e del professore come emblema di un ufficio morale, non era superbia ma orgoglio connaturato al ruolo. Era un Maestro scomodo ed intellettuale eterodosso che portava ciascuno a schierarsi in un campo o in un altro, Lui rimase sempre al di sopra della mischia. Sosteneva inoltre che “in cattedra non si mente” e questo gli ha dato la forza per avere coraggio civile. Nel processo di Venezia, Piero Piccioni venne difeso dal grande Carnelutti, verrà assolto, per non aver commesso il fatto. Ma quando Montanelli polemizzò con il maestro sostenendo che “i giornalisti devono dar voce, seguire, l’indignazione dell’opinione pubblica”, Carnelutti replicò severamente richiamando “fervori dettati da vocazioni colpevoliste”. Queste sue dichiarazioni servirono alla stampa per spostare il bersaglio mediatico dall’imputato (oramai scagionato) al suo avvocato.

Ed è sintomatico, di continui equivoci tra l’opinione pubblica e quanto sentenziato nelle aule di giustizia, anche il processo al giornalista Tortora. Il caso Tortora, sinonimo d’ingiustizia e superficialità, fu una delle matrici del nuovo codice di procedura penale: abolizione del processo inquisitorio e più garanzie per l’imputato. Eppure non ci si ricor-

da del nome dell’avvocato, vi è un’esaltazione del giudice e del pubblico ministero mentre la voce dell’avvocato è uno “stridulo suono”, De Luca definisce questa situazione come *un qualcosa che sopravvive, non vive*.

Ma nonostante questo Carnelutti dimostrò sempre che in ogni cosa c’è una libertà da difendere: non si difende solo l’individuo che si assiste ma anche il principio che prende forma attraverso l’individuo. Il maestro sul *Corriere della sera* in riferimento al circolo giudiziario contrapposto al circolo mediatico che si era creato nel caso Piccioni scrisse: “se non avessi parlato avrei compiuto una menzogna per omissione, il coraggio civile esige la fedeltà a se stesso”. La fedeltà a se stesso comportava dei rischi, e lui li affrontò. De Luca conclude sottolineando ancora una volta il rispetto “senza restrizioni” che si traduce in ammirazione e l’ammirazione si traduce in soggezione. Al termine del discorso, l’applauso da parte dell’intera sala è immediato e lo è anche il mio pensiero: il segreto della grandezza di Carnelutti è contenuto nella libertà che ha sempre inseguito nella sua vita. Il Cardinale Marco Cè dirà di Lui: “Per un uomo del foro, com’era Lui, il confronto con la libertà dell’uomo e la realtà cruda del male morale non poteva non essere drammatico. Ad un certo punto del suo itinerario interiore, Egli ha rifiutato nella sua professione forense il ruolo dell’accusatore, per svolgere solo quello del difensore. Gesù crocifisso difende, di fronte il Padre, i suoi crocifissori, perché *non sanno quello che fanno*”. Carnelutti trasmette una speranza insieme a chiunque segua i suoi insegnamenti.

QUESITI

Può il P.M. al termine del giudizio abbreviato richiedere il sequestro preventivo finalizzato alla confisca?

di *Rossella Governa*

La *quaestio iuris* in esame concerne l'esperibilità, da parte del p.m., della richiesta di sequestro preventivo finalizzato alla confisca nell'ambito del giudizio abbreviato. Richiesta che – è qui il punto focale – viene ad essere avanzata in un momento successivo alla presentazione delle conclusioni da parte della stessa pubblica accusa.

Ci si trova innanzi ad una problematica di non poco conto dovendosi argomentare circa l'accoglibilità o meno di una richiesta che si sostanzia nell'articolazione di una domanda diversa da quella esperita nel momento conclusivo dell'udienza preliminare.

Occorre prendere le mosse dall'analisi della struttura e delle finalità del giudizio abbreviato, per poi dedurre la compatibilità della summenzionata ipotesi con il procedimento speciale.

Il giudizio abbreviato, anche alla luce delle modifiche apportate dalla l. n. 479 del 1999, costituisce un procedimento “a prova contratta”, con il quale la regiudicanda viene ad essere «definita all'udienza preliminare alla stregua degli atti d'indagine già acquisiti» (C., S.U., 21.6.2000, Tammaro, in *DPP*, 2000, 938, che prosegue «[...] così consentendo di attribuire agli elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari quel valore probatorio di cui essi sono normalmente sprovvisti nel giudizio che si svolge invece nelle forme ordinarie del “dibattimento” [...]») salvo le ipotesi, legislativamente disciplinate, di successiva integrazione probatoria. Infatti, nonostante possa ancora essere definito come “giudizio allo stato degli atti”, dalla l. n. 479 del 1999 sono stati riconosciuti poteri di integrazione probatoria non solo all'imputato stesso qualora avanzi la richiesta di abbreviato c.d. “condizionato”, ma anche

al giudice che ritenga di non potere decidere allo stato degli atti (art. 441, 5° comma, c.p.p.).

Nel disegno complessivo del nuovo giudizio abbreviato, la volontà dell'imputato assume una valenza preponderante rispetto agli altri protagonisti della scena processuale «sino a quasi trasformarsi in un diritto allo svolgimento del rito e all'ottenimento dei conseguenti effetti premiali» (così MONTAGNA, *Giudizio abbreviato*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg. II, Torino, 2004, 325). La figura che resta maggiormente sguarnita di poteri è quella del p.m. al quale è preclusa la possibilità di contestazioni suppletive o di modificazione della imputazione a seguito del provvedimento che dispone il giudizio abbreviato, anche nell'ipotesi che dispone la trasformazione del rito prevista dall'art. 458, 2° comma, c.p.p. È fatta salva l'ipotesi in cui il giudice valuti positivamente la possibilità di un giudizio abbreviato condizionato (il p.m. può chiedere l'ammissione di prova contraria); nonché l'ipotesi in cui vi sia un'integrazione probatoria, sia essa sollecitata dall'imputato o prospettata d'ufficio dal giudice (il p.m. può modificare l'imputazione *ex art.* 423 c.p.p.).

La *ratio* di tale disciplina, apparentemente foriera di gravi sperequazioni, è rinvenibile nella rinuncia, da parte dell'imputato, alla regola della formazione della prova in contraddittorio (cfr. C., Sez. IV, 2.10.2001, Spaccavento, in *C.E.D. Cass.*, 220858, secondo la quale «tale disciplina non si pone in contrasto con i principi del nuovo art. 111 Cost., atteso che il comma quinto di tale norma prevede espressamente che alla regola della formazione della prova in contraddittorio possa farsi eccezione “con il consenso

dell'imputato»); in senso conforme: C., Sez. VI, 1.3.2000, Bovini e altri, in *C.E.D. Cass.*, 217071) che comporta, peraltro, l'utilizzazione di tutto il materiale probatorio raccolto nel fascicolo del p.m.

Nondimeno la richiesta dell'imputato si fonda su una valutazione della piattaforma probatoria, sino a quel momento acquisita, che porta a ritenere conveniente lo svolgimento del processo nella forma del giudizio abbreviato.

Si pone come necessario corollario di tale quadro il diritto – riconosciuto all'imputato – di recedere dal giudizio abbreviato, optando per il procedimento ordinario, nonché di usufruire delle garanzie previste ex art. 423, 1° comma, c.p.p., ogniquale volta il p.m. esperisca una contestazione suppletiva (a seguito dell'integrazione probatoria) che comporta la modifica dell'imputazione (in proposito v. LAVARINI, *Il nuovo giudizio abbreviato*, in *RDP*, 2001, 766, secondo cui «la modifica dell'imputazione deve costituire una specifica conseguenza derivante da fatti emersi per la prima volta in ragione dell'attività integrativa e non può rappresentare il risultato di una diversa valutazione dei fatti da causa»).

Se queste sono le premesse, risulta evidente come la rinuncia al rispetto della regola della formazione della prova in contraddittorio non si ponga in contrasto con i principi dell'art. 111 Cost. solo qualora sia affiancata dal consenso dell'imputato (C., Sez. IV, 2.10.2001, Spaccavento, cit.; in senso conforme: C., Sez. VI, 1.3.2000, Bovini e altri, cit.). Consenso che può legittimamente venire meno qualora le integrazioni comportino modificazioni dello «stato degli atti» dando forma a un «negozio pubblico [...] viziato, per l'imputato, da una situazione di elementi non più *sic stantibus*» (in tal senso BONETTI, *Il giudizio abbreviato*, in PISANI, *I procedimenti speciali in materia penale*, Milano, 2003, 73,

che prosegue «deve ritenersi il corrispettivo diritto dell'altra parte non solo alla controprova, ma anche a far retrocedere quanto innescato, proprio perché ne è stato squilibrato il quadro di riferimento»).

Occorre dunque evidenziare come nel giudizio abbreviato non pare possa trovare collocazione un «effetto sorpresa» a fronte del quale non si conceda quantomeno all'imputato la possibilità di modificare una manifestazione di volontà conseguenza di una situazione probatoria ben diversa da quella scaturita dalla contestazione suppletiva.

Orientamento oramai consolidatosi e suscettibile d'accoglimento in relazione alle «novità» intervenute nella fase anteriore alla presentazione delle conclusioni. Ancor di più lo è a fronte del *novum* introdotto, peraltro dal p.m. (che non ha facoltà di esperire integrazioni probatorie se non in risposta a quelle attivate dall'imputato o dal giudice) tramite una domanda diversa presentata dopo le proprie conclusioni.

Qualora, infatti, il p.m. abbia articolato una nuova domanda (in questo caso di sequestro preventivo finalizzato alla confisca) valutando in maniera diversa i documenti pregressi, questa non è certamente da considerarsi ammissibile essendo chiusa l'udienza preliminare e ritenendo l'autorità giurisdizionale di potere decidere.

Se, invece, il p.m. ha svolto indagini integrative, avrebbe dovuto depositarle prima della chiusura dell'udienza preliminare (cfr. art. 421, 3° comma, c.p.p.) in modo tale da garantire all'imputato la possibilità di retrocedere nel rispetto dell'art. 111 Cost.

Sulla scorta di queste considerazioni, ogni qualvolta nel corso del rito contratto sia avanzata dal titolare dell'accusa richiesta di sequestro finalizzata alla confisca, è auspicabile il rigetto, dovendosi e potendosi attendere l'eventuale sentenza di condanna contestualmente alla quale esperire la confisca.

Recensione

(VINCENZO GAROFOLI, *Diritto processuale penale*,
ed. Giuffrè, Milano, 2008)
di G. Spangher

Con l'intensa attività legislativa che interessa periodicamente il processo penale – si pensi alla recente legge 23 luglio 2008, n. 124: “*Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato*” e al decreto legge 23 maggio 2008, n. 92 conv. con modifiche nella legge 24 luglio 2008, n. 125: “*Misure urgenti in materia di pubblica sicurezza*” – e la scure della Corte costituzionale che, sistematicamente, ne ridefinisce i contenuti (vedi, tra le altre, 6 febbraio 2007, n. 26; 6 febbraio 2007, n. 32; 20 luglio 2007, n. 320; 20 giugno 2008, n. 219; 30 luglio 2008, n. 305) diventa quanto mai arduo proporre un'opera che sappia offrire una lettura compiuta ed esaustiva del processo penale.

Si assiste, con sempre più preoccupante frequenza, alla destrutturazione del sistema processuale, mediante la creazione di meccanismi speciali per cui ne viene “corrotta” la coerenza dell'impianto normativo in conseguenza della crescita, al suo interno, di “norme intruse”, rivelatrici di antinomie, conflitti e sottosistemi autoreferenziali.

In questo quadro, non certo favorevole, il classico “filo logico” che deve condurre il lettore nello studio dell'opera che assurge a divenire esposizione sistematica di un settore del sapere giuridico finisce, inevitabilmente, per frantumarsi in numerosi segmenti e l'epilogo non è certo edificante: il disinteresse per questa materia e il ritorno all'arcaica idea del processo come “strumento” per l'applicazione del diritto penale sostanziale.

Restituire coerenza a un sistema che coerente non è sembra, dunque, essere l'obiettivo dell'autore del volume “Diritto processuale pe-

nale” attraverso il più classico dei percorsi epistemologici che, partendo da un'approfondita disamina dei principi generali, sia in grado di fornire gli adeguati canoni ermeneutici per affrontare lo studio di tutti gli istituti del processo penale.

Il metodo della giurisdizione, innanzi tutto, come complesso di attività e garanzie cui è affidata la “corretta” applicazione delle norme dell'ordinamento. Nei vari passaggi argomentativi emerge insistentemente la concezione teleologica dell'interpretazione intesa come attività tesa alla ricerca della verità: non una verità sostanziale e assoluta, bensì una verità formale, debole, relativa perché “*non pretende di essere la verità*”.

Che, nel ragionamento dell'autore, questo non rappresenti un mero sofisma ma, piuttosto, un approdo culturale cui informare l'intero studio del diritto processuale penale emerge, in tutta chiarezza, nel capitolo dedicato a “*Le decisioni del giudice*”, ove emerge insistentemente il rifiuto del mito della verità come “corrispondenza”, riconoscendogli al massimo la natura di principio limite, mai compiutamente raggiungibile. In aderenza alle più accreditate risultanze epistemologiche, anch'esso sposta l'accento dalla verità al rigore, ed eleva le regole decisorie da mere condizioni di validità delle decisioni giudiziarie, a vere e proprie condizioni di verità delle stesse. Ed invero, è la ricerca della verità che permea l'intera logica del processo penale, perché è noto che *veritas, non auctoritas facit iudicium*.

L'adozione del metodo della giurisdizione come canone ermeneutico cui informare l'interpretazione di tutti gli altri istituti proces-

suali, trasforma inevitabilmente il processo da strumento di potere a strumento di sapere, con l'adozione di regole chiare che, in stretta aderenza al principio ispiratore dell'ordinamento giuridico, fanno sì che tale metodo risulti di gran lunga il più idoneo ad offrire un'idea di omogeneità e di giustizia capace di andare al di là del "caso singolo" e della situazione contingente destinati, inevitabilmente, a svilire la sistematicità del sistema.

Nella parte dell'opera dedicata alla decisione, si assiste a una definita scelta di campo: l'abbandono della vetusta immagine del processo penale visto nella sua *"tensione dinamica verso l'applicazione della legge penale e la conseguente esecuzione della pena"*, tutta imperniata sul concetto di reato; ove la definizione di processo penale si risolve essenzialmente nel dire che esso è lo strumento predisposto per l'accertamento delle responsabilità penali.

Ecco il punto nevralgico della giurisdizione penale: non una malintesa "strumentalità" alla norma sostanziale, bensì il punto di incontro di opposte esigenze, il cui equilibrio riecheggia le particolari angolazioni storiche in cui viene a formarsi, nel tentativo di dare al brocardo *nulla poena sine iudicio* un significato non solo formale, ma anche, e soprattutto, sostanziale. Ed è proprio in questo equilibrio che deve necessariamente inserirsi la distinzione fra colpevoli ed innocenti.

È nel sottile equilibrio tra istanze di difesa sociale ed esigenze garantistiche, cui il processo è necessariamente informato, che l'autore delinea lo studio degli istituti processuali. Criterio dirimente, sotto questo aspetto, non può essere rappresentato che dalla "ragionevolezza" non solo nell'attività legislativa, ma anche in quella, non meno importante, interpretativa. Tradizionalmente sviluppata intorno al concetto di eguaglianza, il criterio di ragionevolezza, nell'opera, viene più efficacemente utilizzato per procedere a un sindacato *"per linee interne"* della norma per poterne offrire una lettura agevole e, soprattutto, razionale e coerente, basata sul principio di non contraddizione e, quindi,

avente ad oggetto non *"la voluntas del legislatore ma la consequenziarietà del ragionamento sviluppato in base alla medesima"*.

L'impiego di canoni ermeneutici chiari ed esplicitamente ispirati al principio di ragionevolezza spiega i suoi effetti su tutti gli istituti processuali; in questo senso, nel volume *"Diritto processuale penale"* si è inteso indugiare su alcuni temi che rappresentano l'indice di coesione di un sistema processuale verso tali principi.

Uno su tutti: il sistema delle informazioni processuali. Gli avvertimenti assolvono a un'imprescindibile esigenza propria del processo penale, quella cioè di fornire ai soggetti che vengono coinvolti (non solo ed esclusivamente nella veste di indagato o imputato) nel procedimento penale la possibilità di contribuire in maniera edotta e, quindi, più efficace al procedimento medesimo. Un soggetto "informato" infatti, è un soggetto "libero moralmente" di assumere il comportamento che più ritiene confacente ai propri interessi all'interno del processo penale con la consapevolezza di non essere in "balìa" dell'autorità procedente.

Sensibile alle esigenze di tutela dell'imputato *"non considerato colpevole sino alla condanna definitiva"* (art. 27, 2° comma, Cost.), l'autore sente l'esigenze di soffermarsi approfonditamente sugli aspetti funzionali dell'avvertimento processuale, come garanzia all'interno del sistema processuale, rappresentando al suo destinatario delle situazioni di rilievo giuridico che l'uomo comune, dotato di normale diligenza e, pertanto, sfornito di cognizioni tecnico-giuridiche, altrimenti non sarebbe capace di comprendere.

Ed altrettanto emblematica è la collocazione di questo argomento nella struttura dell'opera: subito dopo l'enunciazione dei principi generali, a simboleggiare l'importanza epistemologica dell'informazione nell'ambito del procedimento penale e prendendo le distanze dal criterio della segretezza che, invece, informava il sistema processuale precedente. Gli avvertimenti, insomma, sono i maggiori strumenti con il quale il nostro ordinamento affronta la problematica dell'ignoranza della

legge, nella fattispecie della legge processuale. Partendo, quindi, dalla considerazione che i destinatari di questi avvertimenti sono privi di cognizioni tecnico-giuridiche, il legislatore si fa carico della maggiore esigenza di tutela di cui questi abbisognano; d'altro canto, essendo il processo un "*complesso di garanzie preordinate a salvaguardia dell'individuo*", se non si rendesse il soggetto edotto delle facoltà di cui dispone si ridurrebbe, fino a neutralizzare, il sistema di tutela predisposto, perché non basta a conferire al singolo la titolarità *ex lege* di certi diritti e guarentigie, occorrendo altresì, che di tali diritti egli sia posto a conoscenza affinché possa praticamente esercitarli.

Non è un caso che l'art. 111, 3° comma, Cost. (ma formule del tutto assimilabili sono contenute nell'art. 6, n. 3, lett. a), della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nell'art. 14, n. 3, lett. a), del Patto internazionale sui diritti civili e politici) statuisca che "*nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico*". È innegabile come sullo sfondo di questa norma vi sia l'esigenza di scongiurare che il trascorrere del tempo fra il momento in cui inizia il procedimento penale a carico di un soggetto e il momento in cui quest'ultimo ne viene a conoscenza abbia riflessi negativi sulla sua difesa. L'opera, in questo senso, rappresenta un sicuro punto di riferimento nella parte in cui si sofferma sul rapporto fra disciplina codicistica e normativa sovranazionale: insomma, il processo come è e come deve essere nelle pagine del "Diritto processuale penale" che assurge a divenire un moderno strumento per lo studio del rito penale, attraverso le contraddizioni che tale confronto pone "drammaticamente" in evidenza.

Sotto questo aspetto, l'accoglimento *tout court* del metodo della giurisdizione come canone ermeneutico per la ricostruzione di quel "filo logico" che in tutta l'opera impegna l'autore rende inevitabile l'adozione di un giudizio critico verso l'applicazione di ta-

luni istituti processuali che, sin dalla loro introduzione, hanno destato e destano, da più parti, diverse perplessità.

D'altronde, se non ci si soffermasse sui risvolti pratici del sedimentarsi dei diversi interventi legislativi e della Corte costituzionale succedutisi nel tempo su determinati istituti (che potremmo, senza esagerazione, definire "martoriati", si pensi, per esempio, alla disciplina del diritto alla prova), svelandone la natura funzionale, si rischierebbe di fornire una lettura solo parziale dei contenuti problematici della materia.

Sensibile a queste tematiche, l'opera effettua un'analisi penetrante sulle asimmetrie giuridiche che vengono concretamente create da questa "alluvionale" produzione legislativa, con tutti i riverberi sull'intero ordinamento giuridico.

In questo sforzo ermeneutico, non poteva essere risparmiato il recente orientamento della Corte costituzionale (sentt. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349), per cui la Convenzione europea dei diritti dell'uomo – ma il discorso riguarda tutte le norme convenzionali recepite nella legislazione italiana – costituisce un vincolo per il legislatore: una "fonte interposta", un parametro di costituzionalità *ex art.* 117 Cost., alla luce del quale devono essere sindacate le norme di legge nazionali. In particolare, si è evidenziato come queste pronunce involgano la giurisdizione penale, laddove esclude che il controllo di "convenzionalità" della norma nazionale possa essere diffuso, accentrandolo a livello costituzionale, in applicazione della norma di cui all'art. 117 Cost. sui limiti alla potestà legislativa nazionale, derivanti dal rispetto degli obblighi internazionali.

Alla stessa stregua, la consapevolezza che un'opera sistematica di diritto processuale penale non possa prescindere da un'analitica trattazione delle tematiche concernenti la cooperazione giudiziaria internazionale, è stata puntualmente presa in considerazione, segnando l'inversione di tendenza rispetto ad un recente passato, in cui la dimensione nazionale della criminalità, unita ad una certa ritrosia a cedere consistenti porzioni di so-

vrantà nazionale in favore di un consolidamento dei rapporti di solidarietà tra gli Stati, ha indotto la manualistica ad assegnare uno spazio del tutto marginale in *subiecta materia*. Compito essenziale di ogni esposizione sistematica di diritto processuale penale che si rispetti è quella di mettere in evidenza come il rafforzarsi – e il conseguente “complicarsi” – della collaborazione giudiziaria internazionale abbia attraversato fasi alterne lungo tutto il processo di evoluzione politico-sociale europea.

In questo senso, il volume “Diritto processuale penale”, mettendo in evidenza come la cooperazione giudiziaria internazionale abbia assunto una precisa fisionomia a par-

tire dalla metà del XX secolo, quando la creazione di una stabile rete di relazioni internazionali, unitamente all’impetoso evolversi del fenomeno della globalizzazione dei fenomeni a base criminale hanno imposto l’adozione di una serie di meccanismi indicativi di una prima, ma significativa propensione degli Stati a conferire meno rigore al principio di territorialità della legge penale, rappresenta un sicuro punto di riferimento nella materia.

Queste le linee ermeneutiche attraverso cui si delinea tutto il quadro espositivo dell’opera in commento, realizzando compiutamente la ricostruzione di quel “filo logico” che è l’obiettivo preordinato dell’autore.

Metodo assiomatico e teoria del diritto
(a proposito di LUIGI FERRAJOLI, *Principia iuris*,
ed. Laterza, Roma-Bari, 2007)
di S.C. Sagnotti

1. *Premessa.* – *Principia iuris*. Se non fosse che già un altro filosofo del diritto ha usato il titolo *Questioni di principio* (mi riferisco a Dworkin), questo titolo sarebbe stato buono anche per questi volumi di Ferrajoli. E, d’altro canto, Aldo Schiavello (*Diritto come integrità: incubo o nobile sogno. Saggio su Ronald Dworkin*, Torino, 1998), nella sua monografia su Dworkin non a caso ha evidenziato alcuni punti di contatto tra i due autori. Sostenendo, in particolare, che alcune delle teorie del filosofo americano riecheggiano proprio quelle di Ferrajoli.

In *Principia iuris* potremmo dire, in somma, che si trattano questioni di principio, nel senso di questioni fondamentali non solo per la comprensione (interpretazione, ecc.) del diritto, ma anche per la sua valutazione tanto in termini di ragione (di calcolo, come più volte scrive lo stesso F.) quanto in termini ideologici o etici che dir si voglia.

Quasi superfluo dire che questo approccio non può che vedermi d’accordo. Ogni anno

principio le mie lezioni agli studenti precisando loro che “ragionare bene” non è un mero esercizio tecnico, ma una questione di giustizia. E, a tal proposito, desidero ricordare proprio le parole di Ferrajoli ad un seminario tenutosi a Roma anni or sono. In cui sostenne che non c’è frase più sciocca di quella “confido nella giustizia”. Nella giustizia non si confida. La si deve, invece, controllare. Perché questo è il solo modo perché essa sia. Nessuna teoria del diritto, né quella “avalutativa” di Weber, né quella “pura” di Kelsen sono, ha ragione Ferrajoli a ribadirlo, affatto neutre. E non possono esserlo. Perché, proprio come Kelsen sosteneva “nulla è più sporco del diritto”. Nulla più impreciso. Più indeterminato. E *antinomie* e *lacune* sono luoghi “fisiologici” di riempimento di idee ed ideologie, ben al di là dei classici criteri di risoluzione o di completezza di cui si legge nei manuali di diritto positivo (la nota dogmatica) non meno che in alcuni manuali di filosofia del diritto. Per tacere dei

mezzi di integrazione, oltre a quelli di interpretazione del diritto. Ricordo in proposito un ottimo lavoro di Giovanni Orrù (*I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, 2^a ed., Milano, 1997).

Fatta questa premessa, troppe sono ovviamente le cose che potrei dire a proposito della teoria del diritto e del metodo assiomatico contenuti nel lavoro di Ferrajoli. Quarant'anni per condurlo a termine. Una mole di studio imponente. Mi limiterò a due riflessioni. La prima riguarda il senso stesso della scelta del metodo assiomatico. La seconda l'origine di questa scelta.

2. *Il senso della scelta del metodo assiomatico.* – La scelta di formalizzare concetti, tesi, ragionamenti ... giuridici può, come lo stesso autore fa notare, sembrare appesantire il lavoro. Diversamente, lo rende più agile. Come direbbe Platone, dividi bene in principio ... dopo la strada sarà meno lunga. Di fatti il rigore logico, fatto di formule e simboli, seppur può “spaventare” chi ad esso non è avvezzo, in realtà può non di poco sciogliere dubbi o fraintendimenti. E di ciò non si può che esser grati al nostro ospite. Come lui stesso precisa, l'ultimo volume non è da leggere. Proviamo ad immaginarlo come un dizionario che ai propri lemmi anziché parole, verbi, congiunzioni, ... contenga gli equivalenti per “tradurre” in “logichese” ciò che è scritto in un linguaggio, quello del diritto, che, seppur tecnico, non è di per sé simbolico, ma retorico. Nel senso di comune od ordinario. Un dizionario che, in più, ci presenta anche dei “calcoli” attraverso i quali è possibile “controllare” la correttezza” dei rapporti che legano parole a parole, proposizioni a proposizioni. Attraverso formule tanto della logica dei predicati quanto della logica proposizionale.

Ma non basta, il metodo di Ferrajoli non è un qualunque metodo logico. È un metodo “assiomatizzato”. Ossia un metodo che in un percorso a ritroso di dimostrazioni non corre all'infinito. Arriva a un punto al quale si arresta. Visto, rovesciato, parte da un punto o

più punti che sono assunti in quanto “già pesati”, “già valutati”. Il che, anche etimologicamente, vuol dire “assiomatizzati”. E quali sono questi punti dietro i quali non c'è più nulla. Anzitutto i *termini primitivi* e le *tesi/postulato*. Concetti primi come quelli di permesso, soggetto, oggetto, interesse, *status*, comportamento, forza. Postulati sono quelli tipo: di ciò di cui non è permessa la commissione e permessa l'omissione. I soggetti hanno uno *status*, in forza del quale non sono oggetti. Ecc.

Una prima domanda: è possibile o corretto il processo di assiomatizzazione? Sul piano logico non solo lo è, ma, in alcuni casi non è neanche possibile diversamente.

Una seconda domanda: è possibile o corretto il processo di assiomatizzazione all'interno del mondo del diritto? In particolar modo direi. E questo perché il diritto è anche “convenzione”. Il legislatore sceglie di stabilire la maggiore età al compimento del diciottesimo anno. Di definire delle facoltà, e così di seguito. Questa è una peculiarità del diritto che certo non è sfuggita alla contemporanea scienza giuridica. Cito un solo nome per tutti. Quello di Robert Alexy. Che, nella sua teoria dell'argomentazione giuridica, tratta il ragionamento giuridico come un caso di argomentazione pratica particolare proprio in base al fatto che le regole, non di rado, le detta “artificialmente” il legislatore o, in alcuni casi, finanche il giudice. E questo aspetto legato all'artificialità e alla convenzionalità del linguaggio giuridico e del diritto, in senso lato, certo, non è sfuggito a Ferrajoli.

3. *Le origini della scelta del metodo assiomatico.* – Nello scorrere le pagine di *Principia iuris* due cose, tra le tante, hanno, in particolare attirato la mia attenzione.

La prima è una certa consonanza di metodo con Aristotele. Saranno mica gli assiomi quegli *endoxa* di cui ci parla il filosofo greco? Sì e no: è la risposta che ho dato io. Sì perché sono assunti come basi indimostrate di un ragionamento. No perché i “luoghi comuni” di Aristotele sono alla base del pensiero dialettico. E non di quello dimostrativo. Diver-

samente da Aristotele, Ferrajoli utilizza gli assiomi per costruire delle vere e proprie dimostrazioni.

In questo senso la teoria di Ferrajoli è più vicina a quella di alcuni economisti della metà del secolo trascorso. Tra tutti uno sopra gli altri: Gerard Debreu. E non è un caso che in ambito economico il metodo assiomatico abbia avuto tanta fortuna. Perché economia e diritto, seppur distinte, non sono prive di interrelazioni. L'economia, come ci ricorda Corradini, si coniuga al plurale, proprio come non esiste un mercato, ma solo "i mercati". E la pluralità dell'una e dell'altro dipendono dalla loro dipendenza "pragmatica", fattuale, dal diritto. Meglio ancora dai diritti. Come Irti ha mostrato. Giusto per fare un esempio, è ormai pacifico in economia che il prezzo non è semplicemente dato dal punto di incontro dell'offerta e della domanda, ma da questi due fattori più un fattore X, che ne ricomprende molti, ma che tra i tanti vede dominare il diritto. Basti pensare alla tassazione.

La teoria di Ferrajoli, in realtà è, per un aspetto (che subito vado a dire) più vicina

a quella di Debreu. Anche Debreu, partendo da assiomi, dimostra.

La seconda cosa che mi ha colpito è che vedo anche una certa assonanza di metodo tra Ferrajoli e uno dei suoi illustri Maestri: Uberto Scarpelli.

Scarpelli, ricordo, in breve, era un filosofo decisionista. Aveva infatti elaborato una teoria secondo la quale anche in campo etico si può ragionare correttamente, anche qui, in un percorso a ritroso che, però, a un certo punto si arrestava. E si arrestava di fronte ai c.d. principi etici primi. Questi erano indimostrati nel senso che erano frutto di scelte o decisioni, appunto, soggettive. Lì (in Scarpelli) si trattava di "razionalizzare" le scelte etiche. Qui, mi pare quelle giuridiche.

Così, in conclusione, l'opera di Ferrajoli si presenta ai miei occhi non sprovvista di una storia (da Aristotele a Debreu, passando per Scarpelli) e, al contempo, come una piattaforma originale sulla quale ricostruire – ricalcolare – termini, concetti, tesi – avendo a disposizione un vocabolario, una grammatica e una sintassi più ricche di quelle di cui – prima di *Principia iuris* – disponevamo.

