

PAROLA alla DIFESA

rivista bimestrale diretta da
Beniamino Migliucci, Giorgio Spangher, Giovanni Flora



www.parolaalladifesa.it

3
DUEMILADICIASSETTE

maggio-giugno

Comitato scientifico:

A. De Caro, F. Dinacci, O. Dominioni, G. Fiandaca, L. Filippi, A. Gaito,
M. Gallo, A. Gargani, G. Garuti, A. Giarda, F. Giunta, G. Insolera,
A. Lanzi, V. Maiello, V. Manes, A. Marandola, N. Mazzacuva,
G. Pecorella, D. Siracusano, L. Stortoni



**Pacini
Giuridica**

Indice

Editoriale

GAETANO INSOLERA, *Il giudice e la cultura del limite. Il limite della legge* p. 241

Opinioni

FAUSTO GIUNTA, *La legittimazione della giustizia penale nell'epoca del diritto tecnocratico*..... » 251

LORENZO ZILLETTI, *Sezioni Unite e specificità dell'appello: pròfasis, aitia, archè*..... » 255

VINCENZO COMI, *Difesa d'ufficio: criticità e prospettive*..... » 261

FEDERICA RESTA, *Fughe di notizie, trojan, trial by media: i nodi da sciogliere in tema di intercettazioni* » 267

Dal Parlamento / Al Parlamento

DARIO MICHELETTI, *Il progetto di riforma della prescrizione (d.d.l. n. 4369 approvato dalla camera dei deputati il 15 marzo 2017)* » 273

FEDERICO EMILIANI, *Legge 8 marzo 2017 n. 24: novità in tema di responsabilità medica*.» 285

Dalle corti

Cas. Pen., sez. V, 23 novembre 2016 (dep. 13 febbraio 2017). n. 6790, con nota di LUIGI LUDOVICI, *Il cumulo tra le misure dopo la l. n. 47 del 2015 tra nuove ipotesi applicative e vecchie questioni di fondo*..... » 299

Cass. pen., sez. II, 7 dicembre 2016 (dep. 18 gennaio 2017), n. 2487, con nota di MARIA FRANCESCA CORTESI, *La disciplina del fermo di indiziato di delitto nei confronti del prevenuto al vaglio della suprema corte*..... » 303

Cass. Pen., sez. V, 24 novembre 2016 (dep. 31 gennaio 2017), n. 4672, con nota di Margherita PALA, *La "soggettivizzazione" del delitto di diffamazione a mezzo stampa e la responsabilità del direttore del giornale* » 307

Cass. pen. sez. III, 15 dicembre 2016 (dep. 14 marzo 2017), n. 12160, con nota di GABRIELE ARONICA, *La nozione "debole" di frode e l'interpretazione teleologica della prescrizione*» 317

Sez. Un., 19 gennaio 2017 (dep. 14 aprile 2017), n. 18620, con nota di VALERIO AIUTI, *Brevi note in tema di abbreviato d'appello* » 323

Focus / Dibattiti

A proposito delle finestre giurisdizionali: ma se valorizzassimo quelle già esistenti?

A cura di FABIO ALONZI

Il sindacato sui tempi dell'iscrizione, di Katia La Regina – *Tango serenata per una proroga*, di Lorenzo Zilletti – *L'ART. 104 C.P.P.: "l'eccezione che divora la regola"*, di Francesco Petrelli – *In tema di intercettazioni le finestre giurisdizionali esistono già (ma la giurisprudenza le lascia chiuse)*, di Leonardo Filippi – *A proposito del ruolo del giudice cautelare nella fase di applicazione della misura sulla liberta' personale*, di Antonella Marandola – *L'imperfetto ruolo del giudice cautelare nella fase di applicazione della misura sulla liberta' personale*, di Paola Spagnolo..... »

333

Stanza di Gaetano

361

di GAETANO PECORELLA

Il giudice e la cultura del limite.

Il limite della legge*

Editoriale

Relazione, riveduta, al Convegno
“Il giudice e la cultura del limite” nell’ambito
dell’inaugurazione dell’anno giudiziario dei penalisti italiani.
Matera 10-11 febbraio 2017.

GAETANO INSOLERA

SOMMARIO: 1. L’argomento. – 2. Un dibattito ininterrotto e irrisolto? – 3. La giustizia penale in Italia.

1. L’argomento.

Una premessa. Non dubito del fatto che gli organizzatori di questo incontro, nella scelta dell’argomento, abbiano pensato ai limiti dell’apporto del giudice nel passaggio dalla regola al giudizio: abbiano pensato al percorso che il nostro ordinamento traccia e impone affinché non si consenta all’interprete di tralignare dalla soggezione alla legge, di creare la regola.

Tema centrale dell’intervento non potrà quindi che essere quello del limite dell’interpretazione giudiziale.

Ma la peculiarità del contesto attuale mi porta a considerare quanto quel limite debba essere pensato anche con riferimento all’attività del PM.

La concentrazione dell’impatto punitivo per i fondamentali diritti civili compromessi dal diritto penale, si manifesta potente già nel corso di indagini preliminari di durata indeterminata. Quindi anche in questa fase occorre pensare, rivendicare, con forza, il rafforzamento e la effettività di limiti: limiti ai tempi delle indagini preliminari, controlli giurisdizionali effettivi non solo sul supporto indiziario delle misure cautelari, delle intercettazioni, degli atti a sorpresa, ma anche sulle ipotesi interpretative che ne determinano l’attuazione e la richiesta, controllo quest’ultimo che deve essere penetrante anche nell’udienza preliminare.

Osservazioni che si ambientano nel contesto di grandi tabù e di grandi totem: separazione delle carriere, da una parte, cultura della giurisdizione, obbligatorietà dell'azione penale dall'altra.

Quindi un fremito di compiacimento, e di speranza, ci ha colto per le parole del mio odierno interlocutore, il Presidente Canzio: pronunciate nella veste del suo ufficio e nella massima sede in cui si celebra l'annuale cerimonia de *le compte de justice*. Peccato che l'occasione sia stata disertata per protesta dal sindacato che raccoglie la maggior parte dei Magistrati e che ha fatto sentire una musica assai diversa con le parole del suo loquace e unanimistico presidente!

Compiacimento e speranza per le parole del Primo presidente: troppo lunghe le indagini preliminari, prevalere del "rito mediatico", spiccata autoreferenzialità dei PM, necessità di "finestre di controllo giurisdizionale nelle indagini, piuttosto che prevedere interventi di tipo gerarchico o disciplinare"¹. E io ho pensato alle SS.UU che, per ben due volte, hanno proposto solo quei rimedi a proposito del controllo sulla tempestività dell'iscrizione della notizia di reato. Un nodo cruciale questo.

Con franchezza, ed è questa proprio questione di interpretazione delle leggi, non sono d'accordo, quando si è apprezzata la nomofilachia delle SS.UU. nella decisione sul cd. *trojan horse*. E questo non tanto nella parte che ha risvegliato l'indignazione dei processualisti [dopo i fervori antiberlusconiani non mi sembra che sia più accaduto!], ma per aver consolidato l'iscrizione dell'art. 416 c.p. tra i reati di criminalità organizzata: non poteva essere ignorato l'uso strumentale di quella incriminazione, ormai invalso a livello di imputazione provvisoria nelle indagini preliminari in caso di concorso di persone nel reato (un altro limite travolto: quello con il concorso nel reato continuato). Le prestazioni probatorie perdurano anche in caso di caduta di quell'ipotesi (per i reati scopo), ma quella decisione contrasta proprio con i gli allarmi che ho richiamato (processo mediatico, coazione nelle indagini troppo lunghe, effettività di controlli giurisdizionali²).

2. Un dibattito ininterrotto e irrisolto?

In un recente, importante, contributo di un costituzionalista dedicato al tema dell'interpretazione e alla sua conformità a Costituzione si muove da una constatazione: l'imperativismo e il positivismo, coniugandosi, avevano assegnato all'attività giurisdizionale una funzione di mero accertamento: essendo la norma concepita come comando sanzionato, al giudice non spettava che prenderne atto, osservandola e trasformarla "da comando

¹ Ha ragione però Giorgio Spangher che ci ha ricordato come queste finestre già esistono: sono le prassi dominanti che le tengono di fatto chiuse... forse in nome dello sbrigativo affidamento nei confronti del collega di Procura!

² In altre occasioni ho richiamato l'effetto strumentale di questo *escamotage* delle Procure, per il fortissimo rafforzamento mediatico dell'accusa quando, anche per reati scopo di scarso impatto sanzionatorio o di oscura decifrabilità per la opinione pubblica si fa scendere in campo l'art. 416 c.p. G. INSOLERA, *Le irresistibili fortune della vecchia associazione per delinquere*, in *Per un manifesto del neo illuminismo penale*, a cura di G. Cocco, Padova 2016, 271 ss.

astratto in comando concreto³”. Come è noto questi propositi non hanno mai trovato una realizzazione effettiva [in termini di unicità della possibile lettura dei testi]: a ciò ha corrisposto la lettura critica del positivismo giuridico come dover essere essenzialmente autoritario. Una lettura semplificatrice, sovente caricaturale e, a sua volta, intrisa di ideologismi.

Un dibattito ininterrotto e, apparentemente, irrisolto quello sull’operazione intellettuale consistente nel passaggio dalla Legge ai contenuti del suo momento applicativo, sull’interpretazione e i suoi limiti. Si può convenire con l’affermazione dominante che inquadra il tema nella cornice del binomio disposizione/norma; regola/giudizio⁴. Ma il dibattito, la bibliografia e le teorie sono un mare sconfinato⁵.

Riprendo alcune condivisibili tesi del contributo di M. Luciani sulle quali riflettere.

2.1. Nel diritto, e, aggiungo, in quello penale in massimo grado e in modo speciale, vi è una connessione strettissima tra interpretazione e potere dell’uomo sull’uomo.

Questo distingue il nostro interprete [il giudice] da tutti coloro che esercitano quell’attività in altre discipline del sapere. Questo ci impone di respingere quelle suggestioni molto *a la page*, filosofiche, semeiotiche, psicologiche etc. che si sono annidate nella mente di qualche penalista, quasi sempre lontano dai luoghi dove si esercita l’*“arte abyecto”* della giustizia penale⁶. Quei penalisti che G. Marinucci chiamava gli spensierati teorici dell’interpretazione⁷.

2.2. “La politica è allo stesso tempo principio ordinatore e materia regolata. Rientra nei suoi poteri, anzi nella sua sovranità, definire i confini tra ordinamento politico e giurisdizione⁸. Concetto richiamato con chiarezza da Biagio Di Giovanni anche in questa sede. Nelle democrazie contemporanee ordinamento politico e ordinamento giuridico sono confinanti; ad ogni arretramento dell’uno corrisponde un avanzamento dell’altro. L’ordinamento giuridico è titolare delle regole per delimitare la forza del potere politico. L’ordinamento politico è titolare del potere di delimitare i confini del giuridico attraverso la determinazione delle fattispecie rilevanti per il diritto e delle regole di funzionamento. La determinazione delle linee di confine è un esercizio proprio della sovranità della politica. Quando la politica rinuncia ad esercitare questa sovranità, si verificano inevitabilmente commistioni di ruoli e sovrapposizioni di interventi che fanno passare il bastone del comando dalla politica alla tecnocrazia dei giuristi, privi di responsabilità politica. Nell’assenza di confini

³ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, 2016, 392.

⁴ Richiamo il titolo di un recente, acuto, *pamphlet* di M. GALLO, *La regola e il giudizio. Tra due ipotesi e il diritto penale vigente*, Torino, 2016.

⁵ Il tentativo di una sinossi nella prima parte del citato recente lavoro di M. Luciani e in V. VELLUZZI, *Le Preleggi e l’interpretazione. Un’introduzione critica*, Pisa, 2013.

⁶ Un ricordo di un compiantissimo amico e disincantato penalista: M. PAVARINI, *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, AD.HOC, Buenos Aires, 2006.

⁷ G. MARINUCCI, *L’analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2007, 1255.

⁸ B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, 2015, 203 ss. Richiamato da L. VIOLANTE, *La crisi del giudice bocca della legge e l’emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in *Anatomia del potere giudiziario*, a cura di Guarnieri-Insolera-Zilletti, Roma, 2016, 22.

certi tra politica e giurisdizione il giudice va ben oltre la moderazione giurisdizionale del conflitto, operandone invece una mediazione politica”⁹.

2.3. La questione sta e cade sulla individuazione dei confini e, quindi, dei **limiti** delle interpretazioni giudiziali¹⁰.

Il diritto, come atto di volontà politicamente legittimato [il paradigma resta quello hobbesiano¹¹] ha come primo destinatario il cittadino e il suo contenuto non può essere identificato a posteriori. Ha un senso quindi parlare ancora di certezza del diritto invece che di prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Solo il legislatore può agire in base a valutazioni di opportunità. Solo il giudice è tenuto a motivare. Il positivismo oggi è perfettamente consapevole della polisemia dei termini del linguaggio, dell'impossibilità che un testo manifesti tutte le potenzialità significanti fuori dal concreto contesto materiale: deve però restare lo stacco, netto, tra *legis latio* e *iuris dictio*.

Iuris dictio è un'attività di ascrizione di significato agli enunciati in cui si risolve l'esercizio della prima.

Il testo, e, anzitutto, l'interpretazione letterale va dunque ricollocata al posto primario che le compete in base all'art. 12, 1° comma delle disposizioni sulla legge in generale [in penale da leggersi insieme all'art. 14], seguita dagli altri criteri dettati da quella norma: strumentazione logica e giuridica e obbligatoria, niente affatto primitiva, *demodée*, abrogata tacitamente, incostituzionale addirittura, e che deve segnare il *limes*¹². Molti gli inganni che cela l'“oggettivazione” dell'intenzione legislativa, concetto che avulso da quella soggettiva consente facilmente di sostituire gli scopi dell'interprete a quelli del legislatore. Ma su questo torneremo nelle conclusioni. Un limite, un metodo previsto dalla legge c'è: non è certo la *Justice machines* raccontata di Jaque Charpentier¹³, ma costituisce un limite, un confine tra due territori che contrassegna il nostro Stato costituzionale di diritto.

Infine uno *slogan* ricorrente: è un limite fragile anche sul versante del divieto di analogia. In realtà ogni applicazione a singoli casi concreti, sempre diversi, implica operazioni analogiche. Vero!

A contendersi il campo stanno l'argomento *a contrario* e il criterio della *ratio legis*¹⁴: il primo dà conto della cifra politica del penale, il secondo ci spinge verso il criterio della

⁹ L. VIOLANTE, *Ibidem*.

¹⁰ M. LUCIANI, *op. cit.*, 226.

¹¹ Lo ricorda D. PULITANO, *Sulla pena, fra teoria, principi e politica*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2016, 642 ss.

¹² Diffusamente M. LUCIANI, *op. cit.*, 434. Sul vincolo al testo, nell'interpretazione, con fermezza, D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2015, 28 ss. Ho notato che questa premessa si riscontra anche nei principali manuali.

Vero è tuttavia che in qualche caso mi sembra che si dicano cose diverse quando l'interlocuzione non sia didattica. Una sintesi delle varie opinioni sulla lettera della legge in V. VELLUZZI, *op. cit.*, 57 ss.

¹³ Raccomando la lettura dello spassoso *Racconto di fantascienza giudiziaria*, scoperto e pubblicato con quel titolo da Liberilibri (Macerata), nel 2015. La novella di Charpentier - Batonnier di Parigi negli anni della occupazione e in viso al regime di Vichy per la sua difesa dell'indipendenza del foro, così da costringerlo alla clandestinità per sfuggire alla Gestapo-mi ha fatto venire in mente tante soluzioni efficientistiche proposte per superare la crisi della giustizia penale

¹⁴ V. VELLUZZI, *op. cit.*, 76 ss.

intenzione legislativa. Questi sono gli strumenti con i quali individuare il confine tra regola e giudizio¹⁵.

2.4. La capacità di orientamento offerta dal testo nella interpretazione della volontà legislativa opera come argine a teorizzazioni, che coinvolgono anche parte della penalistica, che arrivano alla conclusione “che fra creazione e interpretazione della norma non vi sarebbe differenza perché la seconda ‘è la prima’”¹⁶.

2.5. Anche l’interpretazione della Costituzione non si differenzia da quella della legge: vi è solo una differenza di “gradazione” si è detto, visto che è alla Costituzione che compete fissare i valori di riferimento di una comunità¹⁷.

La trasformazione della Costituzione da tavola delle regole a officina (“deposito”¹⁸) di valori alimenta un’ideologia creativa del momento interpretativo che, come una cascata attraversa e “dice” il diritto in tutte le giurisdizioni, azionando il proliferare di sempre nuovi diritti da porre sulla bilancia [che si vuole sostituita al sillogismo], ma che, necessariamente, va a detrimento di altri diritti. La questione affiora fortemente a proposito delle vicende della interpretazione costituzionalmente conforme, veicolo che può fortemente contribuire a sorreggere mistificazioni, solo apparentemente persuasive, per superare il limite da parte della magistratura ordinaria¹⁹.

2.6. Ancora il testo, a proposito dell’interpretazione e del limite che incontra la giurisprudenza fonte sovranazionale: è freschissimo l’eco dell’ordinanza della Corte sul caso “Taricco” nella quale leggo, accanto alla definizione precisa, di “controlimiti” e della loro cifra politica forte, la rivendicazione alle Corti nazionali della lettura esclusiva dei principi espressi dalla Legge fondamentale. In attesa della decisione della CGUE, lo ammetto: forse mi ero sbagliato²⁰!

3. La giustizia penale in Italia.

Il tema del limite non si può esaurire trascurando alcuni dati che rendono particolare la vicenda italiana a proposito del rapporto tra giudice e legge.

¹⁵ Per l’esame di alcuni casi assunti in chiave problematica gli interventi nella rubrica *Opinioni a confronto*, a cura di F. Giunta, in *Criminalia*, 2010.

¹⁶ M. LUCIANI, *op. cit.*, 418.

¹⁷ *Ibidem*, 441.

¹⁸ Così ad esempio, V. ONIDA, *Le radici della giustizia costituzionale*, in *Lezioni di diritto costituzionale*, a cura di A. Vignudelli, Modena 2012, richiamato da A. BARBERA, A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VIII, Milano 2016, 323 ss. e, *passim*, per una critica di questa tendenza.

¹⁹ Rinvio a G. INSOLERA, *Dall’imprevedibilità del diritto all’imprevedibilità del giudizio*, di imminente pubblicazione in *Riv. It. dir. proc. pen.*

²⁰ Mi riferisco alle conclusioni in *Cassandra e il grande potere giudiziario*, in *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, a cura di C. Paonessa, L. Zilletti, Pacini, Pisa, 139 ss. Questo volume raccoglie gli atti di un importante confronto aperto con lungimirante tempestività all’indomani della sentenza Taricco per iniziativa del Centro di studi giuridico-sociali “Marongiu” dell’Unione camere penali italiani. Ed è significativo come gli spunti critici emersi in quella sede siano stati recepiti da un inedito ampio fronte che ha raccolto la migliore letteratura penalistica e costituzionalista. Nella difesa delle istituzioni e del riparto costituzionale dei poteri gli avvocati italiani hanno rappresentato l’avanguardia: un fatto che dispiacerà a chi con metodo ne diffama il ruolo.

3.1. Se l'interpretazione del diritto penale ha un rapporto stretto con il potere non si può tralasciare la crisi profonda che vive la democrazia rappresentativa scelta come forma di governo dalla nostra Costituzione. In altra occasione²¹ mi sono soffermato sul ruolo svolto, in un assetto materiale, che si presenta sempre più come democrazia del leader, da quello che è stato definito il “fattore M”²² (Media e Magistratura), questo nel rapporto con l’“antipolitica”²³. Nel dare voce assordante ad una “società giudiziaria”²⁴, animata da una inesauribile istanza punitiva e vendicativa. Una società intronata da un flusso continuo di notizie, di complotti²⁵, di caste, di privilegi, di malaffare, che volge lo sguardo al *leader* e alla sua “recitazione”, cercando conferme in repliche pronte e dure.

Il deperimento del ruolo del Parlamento ha travolto tutta la narrativa che aveva sorretto il nostro fondamento costituzionale della legalità: irrisa la riserva di legge²⁶, determinatezza confusa con il pensiero dominante liberamente prodotto dal potere giudiziario nel dialogo diretto con tanti attori “rappresentati” dai media, anche grazie al gioco delle tre, anzi quattro, Corti²⁷.

Deludente, e guardo al mondo dei giuristi, l'esito del loro ascolto, sempre che esso avvenga²⁸.

3.2. C'è un rapporto sempre più diretto dei singoli magistrati o dell'ANM con i principali media, proponendo o applicando soluzioni politico criminali apertamente antagonistiche rispetto al testo (o alla progettazione) legislativo.

²¹ G. INSOLERA, *Qualche riflessione sul diritto penale nella democrazia del leader*, in *Indice pen.*, 2016, 379 ss.

²² M. CALISE, *La democrazia del leader*, Bari, 2016, 56 ss.

²³ Il concetto di antipolitica si presta ad esprimere significati diversi, via via assunti nell'evoluzione storica: ad esempio se, nel dopoguerra, Giannini giocava sulla esasperazione nei confronti della politica, riproponendo moduli tecnocratici di mera amministrazioni degli interessi dell'“uomo qualunque”, a cavaliere tra secoli XIX e XX, antipolitica si colora di una carica ostile verso il parlamentarismo dello stato liberale. Oggi esprime un ulteriore passaggio della transizione, apertasi con Tangentopoli, di delegittimazione delle istituzioni politiche di democrazia rappresentativa. Piena di spunti di riflessione l'analisi di G. Orsina che sceglie come guida l'affascinante “storia naturale della società” di E. CANETTI in *Massa e potere* (Milano, 1981). G. ORSINA, *Come nasce l'antipolitica*, in *Il Foglio*, 14 novembre 2016. Il lungo articolo è un ampio stralcio di un saggio in *Ventunesimo secolo. Rivista di studi sulle transizioni*, n. 39/2016. L'autore muove dal concetto di “cristalli di massa” che durevolmente e adeguandosi ai mutamenti, contribuiscono alla formazione delle masse, con ciò riproducendo la più ancestrale delle unità: la muta di caccia e quella di guerra: *Nella crisi italiana del 1992-93 hanno agito svariati, che possiamo suddividere in tre categorie. Nella prima e più importante troviamo i cristalli di natura giudiziaria. Nella seconda quelli di natura mediatica. Nella terza quelli di natura politica ... Per quello che riguarda il pool di Milano, non mi pare affatto impossibile pensarlo non soltanto come un cristallo di massa, ma più precisamente come una muta da caccia ... La risposta che nel pieno della crisi il Procuratore capo Borrelli diede ad un intervistatore – ‘quando la gente ci applaude applaude sé stessa’ – lascia ritenere se non altro che la muta di caccia avesse chiara la consapevolezza del proprio ruolo quale cristallo di massa”.*

²⁴ Efficace l'analisi di M. ANSELMINI, *Populismi e populismi*, in *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015, 1 ss.; L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2015, 197 ss.

²⁵ AA.VV. *Congiure e complotti. Da Machiavelli a Beppe Grillo*, a cura di A. Campi, L. Varasano, Milano, 2016; per una rivisitazione degli “anni di piombo”, con l'intento di rivedere le ipotesi complottiste, V. SATTA, *I nemici della Repubblica*, Milano 2016, 11.

²⁶ Accanto a qualche penalista, l'irrisione viene da filosofi e “sapienti” a cui forse andrebbe applicata la massima XXII di LA ROCHEFOUCAULD (in *Massime-Memorie*, Torino, 1969): “*La filosofia trionfa facilmente dei mali passati e futuri, ma i mali presenti trionfano su di lei*”.

²⁷ Penso al “gioco” tra Corte cost. n. 49/2015 (26 marzo 2015), SS. UU. n. 31617/2015 (26 giugno 2015), CGUE, Taricco e, nella parte del morto CorteEdu, per scindere la confisca dalla sentenza di condanna e di intervenire sulla natura della prescrizione del reato.

²⁸ Rimando a G. INSOLERA, *Dogmatica e giurisprudenza*, in *Crit. Dir.*, 2013, 246 ss.. Che dire poi dell'ascolto e dei risultati delle audizioni parlamentari?

È questo il dato nuovo di realtà, con il quale deve misurarsi l'interminabile dibattito sull'interpretazione. Vi è, da parte del potere giudiziario, una produzione endogena di *opinion maker*: una *leadership* giudiziaria alla quale sempre più spesso si affida la politica in crisi.

Il problema della interpretazione e dei suoi limiti mi sembra che in questo contesto debba concentrarsi specialmente sul criterio dell'intenzione legislativa: è infatti in questo antagonismo esplicito in via preventiva contro la progettazione parlamentare o giocato *ex post*, allargando in orizzonti sconfinati le praterie della interpretazione del testo o ancora giocando con gli scopi proclamati dal legislatore. Se una legge vuole colpire un certo fenomeno non può lasciarsi sfuggire questa classe di fatti. Ma è evidente che il problema si gioca tutto nel rapporto tra scopi politico criminali e mezzi per raggiungerli (il testo). Ed invece è questo il percorso seguito nelle operazioni di interpretazione "estensiva" adottate in tema di criminalità organizzata, ma anche per la criminalità economica o quella politico-amministrativa, percorso sempre pronto a spingersi su altre realtà, sulle *vedette* del momento nel consenso sociale.

La creazione giurisprudenziale si iscrive allora in un'autonoma ideologia giudiziaria²⁹, caratterizzata da un ruolo decisivo del rapporto con i media, la cui grammatica – l'interpretazione costituzionalmente conforme affidata ad ogni giudice – è in una sorta di teologia costituzionale [una quarta religione del libro?], talvolta alimentata da appartenenti alla stessa Corte costituzionale³⁰.

Su contenuti e origini di questa ideologia forse qualche spunto lo offre un recente lavoro di uno storico contemporaneo, che individua una "geniale invenzione" nella "questione morale" proposta da E. Berlinguer negli anni '80³¹, che garantì al suo partito, che versava invece in irreversibile crisi di identità, in base ad una affermata diversità etico-politica, un'eterna sopravvivenza nell'immaginario di un considerevole parte del paese.

"Fu così che in una vasta parte del Paese e dell'opinione pubblica, specialissimamente nel mondo della comunicazione e della cultura, si stabilì, travestito da 'questione morale', il moralismo³²".

²⁹ Rinvio alle mie conclusioni in *Qualche riflessione sul diritto penale nella democrazia del leader*, in *Indice penale*, 2016, 391 ss.

³⁰ Penso alle dichiarazioni del neo eletto presidente della Corte costituzionale, dell'11 aprile 2016, in occasione della relazione annuale della Corte per il 2015. In <http://www.rainews.it/dl/articoli/Corte-Costituzionale>. «La Corte costituzionale è un "organo formalmente estraneo al sistema della tripartizione dei poteri, ma sostanzialmente dotato di compiti di 'giustizia', più che solo di stretta giurisdizione, essa svolge come una funzione 'respiratoria' dell'ordinamento, indispensabile nella dimensione costituzionale della convivenza". Ha detto il presidente della Corte costituzionale. "Osservare criticamente, attraverso i casi singoli ma anche oltre la prospettiva di questi, la dinamica complessiva delle vicende relative alla giustizia nell'anno trascorso – ha continuato Grossi – può essere l'occasione per trarre indicazioni, in qualche caso, significative anche dell'andamento complessivo, delle istanze variamente prospettatesi nella cosiddetta 'sfera pubblica'. "Nella quale le contrapposte esigenze, talora intrinsecamente antagonistiche, aspirano a rendersi variamente compatibili secondo le previste procedure, sia che esse riguardino direttamente le tutele di diritti o interessi, sia anche che riguardino l'esercizio, da parte dei diversi titolari della potestà legislativa, della competenza a disciplinarli". È in quella occasione che il Presidente intervenne affermando che "fa parte della carta di identità del buon cittadino" partecipare con il voto all'imminente referendum abrogativo.

³¹ E. GALLI DELLA LOGGIA, *Credere, tradire, vivere*, Bologna, 2016, 257.

³² *Ibidem*, 304. Moralismo "che come è noto, non consiste nel denunciare il vizio, ma nel vederlo dovunque, nel sospettarlo in ogni mi-

Ed è questa l'ideologia che vediamo pervadere in filigrana nella concezione di ruolo e nel finalismo delle "politiche giudiziarie".

3.3. È pensando a questo che tempo fa ci ponemmo a riflettere su alcuni quesiti³³.

Quali sono i riferimenti sociali, gli interessi che orientano le idee e le soluzioni del formante giurisprudenziale?

Già si è detto del ripetersi dell'antagonismo rispetto a proposte e soluzioni legislative. Esso si esprime anche nei confronti di interventi amministrativi e di governo dell'economia.

Quale è allora la base sociale, gli interessi che si esprimono nella azione giudiziaria?

Quali le modalità di reclutamento e di formazione di questo nuovo attore politico?

L'istanza di certezza che oggi si vuole garantita dall'intensificarsi della nomofilachia della Corte di cassazione, quanto è compatibile con la nuova attribuzione di poteri e con la sprezzante liquidazione del "giuridismo"?

Quali sono, nella realtà, le dinamiche che presiedono alle carriere o ad incarichi speciali, che governano la produzione di élite giudiziarie in funzione del definirsi in modo uniforme della nuova legalità?

Mi sembrò di cogliere qualche evidenza³⁴.

2.4. Penso che il ruolo essenziale dell'avvocatura, in questo contesto, sia quello di rivendicare il suo fondamento liberale³⁵.

Una delle debolezze, ma, forse, anche una delle ragioni che attribuiscono alla "libertà liberale" la forza di un fermento che attraversa la storia superandone i momenti più oscuri, sta nel distinguersi dalle ideologie, dalle teologie secolarizzate, nella impossibilità di auto-definirsi attraverso dogmi o dottrine autoritativi.

Più facile allora coglierne alcuni aspetti caratterizzanti che, come vedremo, si adattano all'abito del giurista e, in modo speciale, del penalista.

Il nucleo del pensiero liberale è costituito, da un lato, dalla protezione dei diritti individuali, civili e politici, dall'altro, dal delineare una organizzazione del potere capace di tutelarli e garantirli – la politica liberale come "arte architettonica" che, senza costringere la poliedrica e autonoma vita sociale, la organizza in un ordine procedurale.

nimo scostamento dal modello che si suppone essere quello della virtù. E poi nel non accettare, *ne tanto meno capire, che soprattutto in politica anche i vizi hanno delle ragioni che la ragione deve sforzarsi di capire*".

³³ È questo lo spunto di ricerca presentato in *"Anatomia del potere giudiziario"*, cit.

³⁴ L'articolo di fondo del *Foglio*, a firma del direttore, del 6 aprile 2016 (*Chi guida il partito dei giudici*) esplicitava l'ipotesi di un collegamento tra ideologia del Movimento 5 stelle e *mainstream* giudiziario. L'idea mi sembra trovi conferme nella unanime scelta del presidente dell'ANM. E nelle reiterate esternazioni del *leader* dell'ANM contro il Presidente del Consiglio, ospitate dal *Fatto quotidiano* (il 9, 11, 19 aprile). Fino all'intervista al Corriere della sera del 22 aprile 2016. Qualche anno fa le cronache politico-giudiziarie si polarizzarono su l'ennesima captazione telefonica: "Abbiamo una banca!". Oggi, apertamente, mi sembra che, da entrambe le organizzazioni interessate, si possa dire "Abbiamo un partito!". Ma, per carità, non alimentiamo la polemica tra politica e magistratura! Queste osservazioni da me già espresse in altro scritto mi sembra che abbiano trovato sempre nuove conferme nelle posizioni assunte sia a livello centrale, sia nella periferia dal sindacato dei magistrati.

³⁵ Nel senso detto in G. INSOLERA, *Perché non possiamo non dirci liberali*, in *Indice penale*, 2017, 3 ss.

A questo contribuiscono i due fattori essenziali, che possono avvicinare pensiero liberale e democrazia [due parole che sempre più spesso vediamo porsi in antagonismo]: da un lato l'idea di istituzioni rappresentative, che sostituisce all'utopia della democrazia diretta, la libera competizione di élite davanti all'opinione pubblica, dall'altro, quella di governo costituzionale [governo limitato da una Costituzione scritta e rigida, con Leggi, frutto di procedure predeterminate]. Vaccino capace di confermare, rendendola giustiziabile, l'essenza del liberalismo, riconducibile all'individualismo e al contrattualismo: la tutela dei diritti civili dell'individuo contro gli abusi dei poteri dello Stato, delle maggioranze, dei gruppi, dei movimenti.

La legittimazione della giustizia penale nell'epoca del diritto tecnocratico

Opinioni

FAUSTO GIUNTA

La *legittimazione* della giustizia penale è tema perennemente attuale.

Legittimazione sta per conformazione dell'agire istituzionale a un fondamento giustificativo.

Ben più degli altri rami dell'ordinamento, il diritto penale deve fare i conti con il problema della legittimazione. La sua indiscussa necessità sociale non lo esenta da questa riflessione. È ben vero, anzi, che la storia teorica del diritto penale è, prioritariamente, storia delle condizioni culturali di accettabilità dello strumento punitivo.

Nel diritto penale giustizia ed effettività – che pure sono caratteri fondamentali e irrinunciabili – non bastano. La tutela deve giungere da poteri legittimati e attraverso procedure legittimanti. Solo per fare un esempio: la vendetta della vittima può anche risultare proporzionata all'offesa subita ed essere efficace sotto il profilo dissuasivo. Essa, però, nel nostro ordinamento difetterà sempre di qualunque legittimazione, per la condivisibile scelta del sistema di centralizzare e statalizzare l'esercizio dello *ius puniendi*.

Tutto ciò dipende dai contenuti della pena, quale categoria che tuttora incentra la sua afflittività sui beni fondamentali della persona. La pena non è solo sospensione di diritti: tocca il cittadino nel suo corpo. Per questa ragione, il diritto penale, anche dopo molti secoli, rimane *ius terribile*. La sua incidenza sul generale diritto di libertà opera ancor prima che la pena si concretizzi. Già la posizione del divieto penale è di per sé compressione della libertà di agire. Il diritto penale, dunque, è un diritto doppiamente eccezionale rispetto al principio generale di libertà: per il modo di operare dei suoi divieti, prima, e per i contenuti delle sue sanzioni, dopo.

Ciò rende ragione della irriducibile specificità penalistica: ideologica, culturale, metodologica. La qual cosa non significa ghetizzare il diritto penale e la scienza che lo studia. Il penalista è un giurista dell'ordinamento perché il diritto penale partecipa all'ordinamento nel suo complesso: si intreccia sempre più con il diritto extrapenale, mantenendo, però, uno statuto di garanzie che si può discutere nel *quomodo*, non certo nell'*an*.

Da qui il carattere apparentemente ossimorico dell'espressione "diritto penale", dove l'aggettivo "penale", all'evidenza vittimocentrico, evoca la prevenzione, ossia il bastone dell'ordinamento, mentre il sostantivo "diritto", all'evidenza reocentrico, è il condensato delle garanzie legittimanti. Ebbene, il diritto penale sfugge al rischio della contraddizione nella misura in cui riesce a condensare un ottimale punto di equilibrio tra tutela e garanzie, fermo restando che il "diritto", in questa prospettiva, è il limite invalicabile del "penale".

Qual è al riguardo l'odierna situazione spirituale della scienza penalistica? È forte l'impressione di un'eccessiva polarizzazione dell'attenzione sul "penale", sempre più – nell'uso linguistico - aggettivo sostantivato.

Ma non è tutto. Bisogna anche chiedersi chi fa il "penale" oggi? Stando ai principi costituzionali viene qui in rilievo, in particolare, il corollario più vituperato del principio di legalità, qual è il monopolio parlamentare della produzione penale. La riserva di legge rappresenta qualcosa di più di un semplice precipitato della separazione dei poteri: essa pone al centro del raggio di azione della prevenzione penale una scelta politica dei rappresentanti del popolo.

Com'è noto, con la modernità il diritto penale si secolarizza: recide le sue ascendenze teocratiche, per incarnarsi nel sociale, quale frutto di un confronto dialettico e oppositivo tra visioni politico-criminali diverse, per lo più mediabili, talvolta inevitabilmente alternative. Con l'avvento delle costituzioni rigide post-belliche, la politica criminale ha trovato i suoi limiti valoriali inderogabili nei principi costituzionali, quali antidoti contro il rischio di una dittatura della maggioranza. Ma la criminalizzazione non ha cessato di essere in essenza scelta politica, pur nel perimetro del volto costituzionale della parte generale. La *lex parlamentaria*, prodotta in origine in base a una legge elettorale proporzionale, offriva alla politica non solo il luogo del confronto, ma soprattutto una procedura legittimante, fondata sul principio della rappresentanza.

Negli ultimi lustri le cose sembrano essere cambiate. La svalutazione del principio della rappresentanza – espressione di un'epoca nella quale il cittadino vede accrescere le sue libertà di consumatore, ma non i suoi diritti di partecipazione – si riflette sul ruolo della politica parlamentare sempre più subalterna a quella governativa, a sua volta, e non di rado, intesa a conciliare il carattere verticistico della scelta con l'intonazione di fondo populistica (si pensi, per esempio, alla recente normativa in materia di omicidio stradale). Del tutto extraparlamentari sono in origine gli obblighi di penalizzazione di matrice europea. La norma penale nasce da alambicchi tecnocratici ed elitari, che si pongono al di sopra della politica quale espressione del corpo elettorale. Il parlamento, all'occorrenza spronato dal voto di fiducia, è in realtà bocca del governo o della fonte europea, ha un ruolo ratificante.

In questo contesto il diritto penale risulta un prodotto ambivalente, non privo di tensioni interne apparentemente contraddittorie. Per un verso, esso registra un recupero della sua dimensione morale e del ruolo di garante privilegiato dell'etica pubblica; per l'altro, ne risulta accentuata la giustificazione tecnica della disciplina penale, necessitata dalla dimensione globale dei fenomeni. Segnatamente la costruzione di un ordine giuridico europeo sembra superare l'orizzonte della politica tradizionalmente intesa, non perché la scelta po-

litico-criminale manchi del tutto, ma perché essa è divenuta competenza di sapienze apicali che operano in nome del popolo europeo, senza la partecipazione del popolo. Come non si manca di rilevare, nelle tecnocrazie la legittimazione non è una categoria politica, bensì una proprietà funzionale, misurabile attraverso i risultati che un'oligarchia direttiva, avulsa dal principio della rappresentanza democratica, riesce a raggiungere. A voler assecondare questo ragionamento, però, va anche detto che, nel caso del diritto dell'Unione europea e della sua influenza nel campo penale, il federalismo governativo d'oltralpe non assicura nemmeno un risultato regolativo che, per la sua bontà, possa convincere a tralasciare, pragmaticamente, il persistente deficit democratico delle istituzioni europee. La matrice storicamente mercantile del progetto europeo, ancora fortemente presente, mal si concilia con l'ethos del diritto penale, che rimane prioritariamente personalistico.

Vi è un altro fenomeno speculare che deve sottolinearsi: la crescita di importanza della giurisdizione e del suo ambito naturale di agibilità, il processo. L'universo giuridico tende verso la iurecrazia. Dall'assolutismo giuridico, di marca legislativa, siamo passati a un novello assolutismo giudiziario, che vede il giudice arbitro (più che prigioniero) del pluralismo delle fonti. La precomprensione orienta la scelta della fonte in vista dell'esito regolativo perseguito. Una volta fatta la scelta, la strada motivazionale si trova.

Anche la crescente creatività dell'interpretazione giudiziale è coerente con la nuova immagine del giudice fattore del diritto, che ha frantumato l'idea illuministica della sua soggezione alla legge. La legalità non è più il punto di partenza della funzione regolativa del diritto, ma l'auspicabile punto di arrivo. *Scripta volant*. La precisione del testo è sempre meno importante, come conferma la giurisprudenza costituzionale, che ammette la sanabilità di pressoché ogni tipo di indeterminatezza da parte del diritto vivente, quale che sia la soluzione ermeneutica. Al punto che la recente produzione parlamentare non teme di offrire al giudice prodotti normativi semilavorati (si pensi, per esempio, agli *ecodelitti* di recente conio legislativo). Quel che conta è la "determinabilità" giudiziale, caratteristica, almeno in astratto, di tutti gli enunciati. L'indeterminatezza, allora, da fenomeno patologico sembra incarnare una nuova fisiologia, in nome di una *governance* del "penale" in cui il legislatore maggioritario, magari orientato da fonti europee, svolge un ruolo servente rispetto al giudice-colegislatore.

In breve: sembra prevalere oggi la dimensione tecnica del diritto, sia nella fase progettuale che in quella applicativa, con il fondato sospetto, però, che essa non abbia prosciugato affatto la scelta politica, ma l'abbia opacizzata e mimetizzata, allocandola "altrove" rispetto alla centralità parlamentare che le aveva assegnato la modernità nel quadro della topografia dei poteri. La technicalità del diritto penale finisce per apparire, allora, non una caratteristica del diritto quale prodotto, ma la veste legittimante dei suoi produttori, un'asserita aristocrazia di giuristi che si pongono quali diretti interpreti del sociale, senza il vincolo o oltre il filtro della norma giuridica.

Indebolito nel suo cardine fondamentale – qual era il principio di stretta legalità, principale polmone della politica criminale e al contempo vincolo per il giudice – il diritto penale sostanziale vede regredire la sua importanza, a tutto vantaggio del c.d. potere

normativo del processo. Ma quali garanzie compensative della legalità sostanziale in crisi offre oggi il processo? Sono sufficienti i principi del giusto processo – tra cui la terzietà del giudice e il contraddittorio tra le parti – a legittimare lo svincolo della decisione da uno stringente parametro legislativo?

Gli scenari che si dischiudono devono far riflettere anche sulla cifra culturale della dimensione normativa sovranazionale, caratterizzata dalla commistione di paradigmi tra loro diversi, se non opposti: da un lato, l'ispirazione degli stati nazionali al modello prevalente del *civil law*, dall'altro, le similitudini tra il diritto europeo e il modo di funzionare del *common law*, ma senza i contrappesi istituzionali, garantistici e partecipativi, di quel sistema (investitura politica della magistratura, ruolo della giuria popolare, principio dello *stare decisis*, ecc.).

La creazione giurisprudenziale del precetto garantisce, anche in modo indiretto, il tradizionale coefficiente di coinvolgimento democratico nella scelta politico-criminale? Sul piano della colpevolezza: la fattispecie incriminatrice giurisprudenziale – espressione che, a Costituzione invariata, rimane piuttosto arida – assicura adeguati coefficienti di conoscibilità o rovescia a danno del cittadino l'incertezza del diritto, spingendolo al precauzionismo comportamentale? Non è forse vero che l'odierno universo normativo, privo di percorsi sicuri, sia costituito da sottilissime lastre di ghiaccio, pronte a cedere sotto il peso inevitabile dell'agire individuale?

Per non tralasciare i risvolti processuali: di fronte alla prospettiva – di per sé anche condivisibile – di una prescrizione che si interrompa con l'inizio del processo, quali garanzie ha il cittadino di non rimanere sotto la spada di Damocle di un giudizio senza limiti temporali? E ancora: si può – come proposto di recente – pensare a motivazioni semplificate quale rimedio con cui alleviare il sovraccarico lavorativo del giudice?

Da qui un interrogativo conclusivo: quali presidi abbiamo, vecchi o nuovi, per evitare che, con il susseguirsi di sottrazioni garantistiche e il progressivo smantellamento dell'impianto istituzionale ancorato alla separazione dei poteri, la sentenza diventi (o torni a essere) nuda decisione, mero esercizio del potere di punire?

Sezioni Unite e specificità dell'appello: pròfasis, aitìa, archè.

Opinioni

LORENZO ZILLETTI

1. Evoca le *Storie* di Polibio, la decisione della Cassazione in materia di requisiti di ammissibilità dell'appello. E gli argomenti che vi sono spesi lasciano immaginare trattarsi solo dell'inizio di una nuova offensiva, contro le (presunte) impugnazioni facili. Rispetto per il difensore interessato e conoscenza della vicenda limitata al "ritenuto in fatto" di S.U. n. 8825/2017, non cancellano, infatti, l'idea che il normale destino del ricorso scrutinato dal supremo collegio sarebbe consistito nel rigetto da parte di una sezione semplice: la Corte territoriale aveva dichiarato inammissibile un appello privo di specificità *intrinseca*¹; perciò generico e indeterminato in sé.

Dinanzi a tale *deficit*, non v'era materia di contrasto: l'assegnazione, d'ufficio ex art. 610 comma 2 c.p.p., alle Sezioni Unite preludeva, allora, a segnali ben più forti; puntualmente arrivati, con la discutibile equiparazione tra appello e ricorso per cassazione, quanto a prerequisiti idonei all'inesco di una valutazione del contenuto dell'impugnazione.

Angosciano, i futuribili: chi abbia sperimentato il sempre più impervio accesso al giudizio di legittimità e l'(ab)uso della leva dell'inammissibilità contro la prescrizione, teme a ragione il contagio in secondo grado del vizio genetico da motivi aspecifici.

2. Divergenze interpretative esistevano, viceversa, riguardo al rilievo da assegnare, per un'efficace devoluzione, alla mancanza di correlazione tra censure dedotte con l'appello e ragioni di fatto o di diritto su cui si fonda la decisione impugnata. In altre parole, ai motivi di appello privi di specificità *estrinseca*. È noto che le Sezioni Unite hanno scelto la

¹ Del resto, è proprio la sentenza in commento a ricordare che "il Pg. ha concluso per l'inammissibilità del ricorso, evidenziando l'intrinseca genericità del motivo di appello proposto nel caso in esame, con cui la difesa si era limitata a dedurre l'eccessività della pena, richiamando le modalità del fatto (non meglio precisate), ed aveva tra l'altro invocato un giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti che era già stato in realtà formulato in primo grado" [sott.nostra].

soluzione più restrittiva, ritenendo “*più coerente col dato normativo*” assimilare –sotto tale profilo – impugnazione di merito e di legittimità.

Non convince, tuttavia, il percorso argomentativo con cui si depotenzia, fino ad annullarla, la pur riconosciuta “*tensione indubbia[...] fra il principio di specificità dell’appello, enunciato dall’art. 581, comma 1, lettera c), cod. proc. pen. [...] e il principio devolutivo fissato dall’art. 597, comma 1, secondo cui la cognizione del giudice d’appello non è limitata ai motivi proposti, ma si estende ai punti della decisione ai quali essi si riferiscono*”. Né basta autocertificare come “*solide*” le “*basi letterali e sistematiche*” su cui poggerebbe la tesi prescelta.

Verifichiamone, dunque, la tenuta, con qualche ‘prova di carico’.

3. Solidità non promana la giurisprudenza della Corte Edu, pur invocata dalla decisione in commento: la discrezionalità riconosciuta agli Stati circa la configurazione dei mezzi e giudizi di impugnazione, se “*non ostacola*” l’esigenza di specialità estrinseca dei motivi d’appello, neanche la impone, costituendo così – al più – un dato neutro.

Logicamente fragile appare, poi, chiamare a sostegno l’indirizzo di riforma legislativa rappresentato dal DDL n. 2067, attualmente in discussione in Parlamento: esso incrementerebbe i requisiti di specificità delle impugnazioni, estendendoli a capi, punti, richieste (anche istruttorie) e, costruendo un modello legale di motivazione in fatto della decisione di merito, realizzerebbe un “*collegamento sistematico fra l’art. 581 e l’art. 546 cod. proc. pen. ancora più stretto di quello già esistente*”.

Ora, a parte il fatto che il DDL n. 2067 non tocca l’art. 597 c.p.p. (effetto devolutivo e cognizione del giudice di appello), vero scoglio per questa fuga in avanti della Cassazione, vien facile obiettare come non spetti ad essa anticipare ipotetiche soluzioni *de lege ferenda*. E che la “*coerenza*” di cui si parla in S.U. n. 8825/2017 andrebbe piuttosto cercata con la normativa vigente, all’evidenza difforme dall’interpretazione dei giudici supremi, se oggetto di un dibattito riformatore ancora *in itinere*.

Infine, come è stato giustamente osservato per l’oggi – con argomento resistente anche nella prospettiva di un’approvazione del DDL n. 2067 – «*la ‘specularità’ fra decisione e impugnazione non risulta affatto realizzata nel sistema, in quanto dalla mancata osservanza della ‘specificità’ richiesta al giudice estensore della sentenza, ai sensi dell’articolo 546, comma 1, lettera e) C.p.p., non discende alcuna sanzione (potendo il giudice d’appello ‘integrare’ ogni manchevolezza delle motivazioni carenti o incomplete)*»².

Suscita addirittura sgomento, l’ulteriore base sistematica rinvenuta nella “*piena coerenza anche con gli sviluppi del modello del processo civile*”: l’immoralità necessaria³ del processo penale non dovrebbe consentire di importarvi novità (peraltro severamente criticate

² B. MIGLIUCCI, F. PETRELLI, *I limiti sull’appello e quel rischio concreto di depotenziarlo*, in *Guida al Diritto*, n. 19/2007, 11.

³ Il riferimento è al *mainpoint* di M. NOBILI, *L’immoralità necessaria*, Bologna, 2009.

dalla dottrina di settore)⁴ da contesti sensibilmente diversi come quello civile, ove non «*si gioca la vita degli uomini*»⁵.

4. Il terreno di confronto, allora, resta quello delle norme positive elaborate dal legislatore del 1988. Gli artt. 581 e 591, collocati nel libro IX tra le disposizioni generali del titolo I, vanno posti in necessaria correlazione con quanto stabilito nei titoli dedicati specificamente all'appello (II) e al ricorso per cassazione (III). Trova così smentita, l'assimilazione voluta dalle Sezioni Unite: mentre il giudice di legittimità ha una cognizione tendenzialmente limitata (art. 609) ai *motivi* proposti ex art. 606, quello di secondo grado trova vincoli al proprio giudizio soltanto nei *punti* appellati della decisione (art. 597 comma 1). Può, cioè, accogliere l'impugnazione per ragioni del tutto diverse e indipendenti da quelle offerte con i motivi, prescindendo dalla loro effettiva rilevanza. Perché, allora, dovrebbe pretendersi per l'ammissibilità dell'impugnazione un requisito potenzialmente inutile ai fini del suo accoglimento nel merito? Perché onerare l'appellante di una puntuale critica delle ragioni di fatto o di diritto su cui si fonda la sentenza impugnata, legittimamente ignorabile ai fini di una riforma? È il nesso funzionale tra motivi e devoluzione, che segna i confini della specificità dell'impugnazione.

La Corte supera l'argomento affermando – senza darne logica spiegazione – che l'espressione *si riferiscono* contenuta nell'art. 597 comma 1, “*deve essere riempita di contenuto proprio sulla base dell'art. 581, comma 1, lettera c)*”; conseguentemente essa “*non può che significare «indicano specificatamente le ragioni di diritto e gli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta», in relazione ai punti della sentenza e, dunque, in relazione alla motivazione della sentenza che sorregge tali punti*”. Il redattore di ricorsi lamenterebbe che, da quel “*dunque*” in poi, ci si imbatte in un postulato e perciò in un vizio di ... motivazione apparente.

Le ragioni di diritto e gli elementi di fatto a corredo delle richieste dell'appellante, purché non si esauriscano in considerazioni generiche o astratte, possono invece essere autonomi e sganciati dalle argomentazioni sviluppate nel provvedimento censurato: «*al netto dei casi patologici di aspecificità intrinseca delle ragioni dell'appellante, dal punto di vista estrinseco ai motivi d'appello spetta solo il compito di tracciare il perimetro della devoluzione: ossia indicare al secondo giudice quali punti della sentenza dovrà riesaminare*»⁶.

⁴ Cfr. G. SCARSELLI, *Sulla incostituzionalità del nuovo art. 342 c.p.c.*, Intervento tenuto a Firenze il 12 aprile 2013 in seno all'incontro di studio organizzato dall'Associazione italiana tra gli studiosi del processo civile su *Le novità in materia di impugnazioni*, ora in *www.judicium.it*. L'Autore, rilevato che con quella norma si passa «dall'indicare alla parte *cosa* deve inserire nell'atto [di appello] a *come* deve predisporre la cosa che deve inserir[vi]», ne stigmatizza gli effetti: «[...]passare dal *cosa* al *come* significa passare da un dato oggettivo ad uno indeterminato», in quanto sanzionare la «presunta assenza di un *come* è un abuso, perché il *come* non è mai assente o presente, è solo, appunto una modalità con la quale una *cosa* viene inserita nell'atto. [...] sanzionare una modalità attribuisce al giudice un potere discrezionale forte, poiché di ogni atto può dirsi che un *come* manca di un qualche cosa, o presenta carenze, o andava sviluppato in altro modo, ecc.».

⁵ La citazione è tratta dalla *Correspondance* tra Federico II di Prussia e Voltaire (13 agosto 1766), così come riportata da M. NOBILI, *cit.*, glossa 932, 342.

⁶ Così H. BELLUTA, *Inammissibilità dell'appello per genericità dei motivi: le sezioni unite tra l'ovvio e il rivoluzionario*, in *www.penale-contemporaneo.com*

Limitare il requisito della specificità a quella cd. intrinseca non significa pertanto – come invece asseriscono le Sezioni Unite – eliderlo nella sostanza⁷.

5. Conduce a conseguenze paradossali, sganciare ammissibilità e devoluzione. Indubitabile che la *plena cognitio* del giudice d'appello ne presupponga la legittima investitura, giusta impugnazioni ammissibili; ma « *non si può fingere di credere che al variare dell'intensità dei criteri ammissivi non muti anche la consistenza reale della devoluzione; né, in senso uguale e contrario, [...] che l'assetto concreto della devoluzione non abbia alcuna influenza sul filtro ammissivo*⁸».

La sequenza bifasica creata dalla Corte apre singolari scenari: inammissibile l'appello fondato che, pur contestando i punti della decisione, non ne critichi in modo pertinente e argomentato le motivazioni; ammissibile l'appello infondato, il cui testo però sottoponga a censura “*proposizioni [...] enucleate dalla decisione impugnata, [...]*”. Una caricatura di giustizia, che – quanto ad accesso a seconde cure – premia esegeti e glossatori e relega negli inferi dell'art. 591 c.p.p. chi, pur cogliendo il bersaglio, trascuri di cimentarsi con le elucubrazioni che ingiustamente ne decretarono la soccombenza.

L'imbutto rovesciato, infine, emargina l'impugnazione personale dell'imputato: trattandosi di doglianze nel merito, par troppo imporgli di elaborare “*una critica specifica, mirata e necessariamente puntuale*” della pronuncia, contenente “*ragioni idonee a confutare e sovvertire, sul piano strutturale e logico, le valutazioni del primo giudice*”; tutto soltanto per conquistare una rivalutazione del fatto dagli esiti aperti.

6. Quanto a *sfavor impugnationis*, la storia degli ultimi diciassette anni inquieterebbe anche il più ottimista degli avvocati: S.U. 22 novembre 2000, De Luca, in odio alla prescrizione, con radicale *revirement* attrae la manifesta infondatezza nell'orbita delle cause originarie di inammissibilità; S.U. 27 giugno 2001, Cavalera, *eodem animo*, interdice ricorsi esclusivamente intesi a declaratorie di prescrizione maturata dopo la decisione impugnata; è del 2 aprile 2001 il decreto presidenziale istitutivo della VII sezione penale; Sez. VI, 15 marzo 2006, affievolisce la portata innovatrice della legge 46/2006 (cd. Pecorella), coniando il ‘decalogo’ e soprattutto opponendo al criterio epistemico del dubbio ragionevole quello ortopedico della disarticolazione; fiumi di decisioni, in suprema curia, equiparano specificità dei ricorsi a loro decisività, salvando invece dai vizi *sub* lettera e) dell'art. 606 c.p.p. le sentenze a motivazione implicita o *per relationem*; gli orientamenti consolidati assurgono a *stare decisis*.

Panorama a tinte fosche, in cui l'appello – pur con tante storture (assenza di effettiva collegialità, relazioni come *tweet*, soavi inviti ‘a riportarsi’, ecc.) – aveva mantenuto sin oggi, tranne rare eccezioni, una pervietà di accesso.

⁷ Un conto è osservare che la specificità estrinseca dell'appello certamente agevola l'eventuale successiva redazione di un ricorso per cassazione contro la cd. doppia conforme; altro, trasformarla nella chiave di accesso al secondo grado di giudizio.

⁸ Ancora H. BELLUTA, *cit.*, che rileva l'impossibilità di rendere il vaglio dell'inammissibilità dell'appello, riguardante la specificità dei motivi, “*impermeabile rispetto alla struttura di tale mezzo di impugnazione*”.

Proprio qui va a cadere il contestato intervento di S.U. n. 8825/2017: in assenza di un paradigma legale, speculare a quello rappresentato dall'art. 606 c.p.p. per il ricorso in cassazione, che tipizzi la specificità estrinseca dei motivi d'appello, l'assimilazione tra i diversi mezzi di impugnazione, quanto a disciplina della loro ammissibilità, non è normativamente consentita⁹. L'inopinata creazione di questa categoria unitaria regala enormi spazi di discrezionalità al magistrato d'appello: stante l'inesistenza di criteri predeterminati dal legislatore, come si stabilirà quando i motivi «*sono effettivamente "basati su argomenti strettamente collegati agli accertamenti della sentenza di primo grado" e quale è il limite di questo "stretto" collegamento?*»¹⁰ Quanto è verosimile che un siffatto controllo di specificità non debordi in una pre-valutazione – al di fuori del contraddittorio – della fondatezza dell'appello¹¹?

7. Certo, solo un *Candide* 2.0 potrebbe negare che la quantità non influisca sulla qualità dei giudizi, valore in sé da garantire e perseguire. Tanto vi incide, peraltro, la parodia di processo accusatorio¹² che va quotidianamente in scena in primo grado e che spinge (magari illusoriamente) a cercare giustizia nelle sedi superiori. La contrazione del numero di impugnazioni è materia da legislatore più che da interprete, anche se la distinzione apparirà obsoleta agli entusiasti corifei del formante giurisprudenziale.

Il Supremo Collegio riduce l'appello a strumento di controllo della sentenza di prime cure, sminuendo il ruolo della devoluzione che, nei limiti segnati dai punti impugnati, per il Codice tuttora vigente investe il merito e sollecita un nuovo giudizio sull'imputazione¹³. Per adesso, la scure dell'inammissibilità non potrà abbattersi se siano riproposte in appello questioni già esaminate e disattese in primo grado; o i motivi appaiano manifestamente infondati¹⁴. Una consolazione precaria, il cui destino è affidato al gioco del rovescio costantemente praticato in nome della durata ragionevole¹⁵.

⁹ O. MAZZA, *Relazione* al Convegno *Il "ricorso" in appello*, organizzato in Firenze il 23 marzo 2017 dalla Camera Penale di Firenze e dalla locale Fondazione per la formazione forense, in corso di pubblicazione.

¹⁰ B. MIGLIUCCI, F. PETRELLI, *cit.*, 12. Vedi anche *supra*, alla nota 4, per l'appello civile, i rilievi di G. SCARSELLI, *cit.*

¹¹ Timori analoghi in B. MIGLIUCCI, F. PETRELLI, *cit.*, 11.

¹² *Peripezie del contraddittorio: dalla caduta fragorosa al muto declino* è il suggestivo titolo con cui D. NEGRI e R. ORLANDI introducono il volume a più voci *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Torino, 2017, da loro curato.

¹³ H. BELLUTA, *cit.*

¹⁴ Così, esplicitamente, la parte della sentenza in commento che delinea *"l'effettiva portata"* del principio di diritto colà affermato.

¹⁵ Sulla «*crociata antigarantista*» combattuta proprio ribaltando il senso del principio introdotto nel nuovo testo dell'art. 111 Cost., si vedano le severe parole di E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law- Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, 153 e s.

Difesa d'ufficio: criticità e prospettive

Opinioni

VINCENZO COMI

SOMMARIO: 1. La difesa d'ufficio oggi. – 2. Da sempre una delle grandi battaglie dell'Unione delle Camere Penali Italiane. – 3. La difesa d'ufficio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale. – 4. La L. 6 marzo 2001 n. 60: grandi speranze e altrettante delusioni. – 5. Il Decreto Legislativo 30 gennaio 2015 n. 6. – 6. Il Regolamento del Consiglio Nazionale Forense e successive integrazioni. – 7. Cenni alle questioni aperte. – 8. Conclusioni.

1. La difesa d'ufficio oggi.

Il difensore d'ufficio è presente oggi in Italia in oltre il cinquanta per cento dei processi che si celebrano nelle aule. Solo a Roma risultano iscritti nell'apposito elenco oltre 1700 avvocati.

La responsabilità dei difensori d'ufficio nell'esercizio dell'incarico professionale è elevata, così come il loro contributo al sistema; la funzione garantisce la difesa tecnica nel processo nel massimo della sua espansione e nei confronti dei soggetti più deboli. Eppure ancora oggi la difesa d'ufficio è svilita quotidianamente nelle aule giudiziarie dalla presenza di un numero sempre crescente di colleghi impreparati e inconsapevoli del ruolo.

2. Da sempre una delle grandi battaglie dell'Unione delle Camere Penali Italiane.

La difesa d'ufficio è stata da sempre una delle grandi battaglie dell'Unione delle Camere Penali, combattuta nella consapevolezza dell'importanza della funzione e per tutelare e promuovere la qualità della prestazione professionale dell'avvocato, nominato al cittadino che ne sia privo per essere assistito di fronte allo Stato che lo accusa nel processo.

L'obiettivo è avere un difensore d'ufficio tecnicamente preparato e consapevole del ruolo, per assicurare una difesa effettiva al proprio assistito e non per rappresentare solo una formale (e inutile) presenza nel processo.

La difesa d'ufficio è la prima forma effettiva di difesa del cittadino più debole davanti allo Stato, ed è (per usare le parole del prof. Cordero) "l'ovvio corollario della difesa tecnica". Ed è necessario rendersi conto di questo per cogliere la rilevanza sociale dell'istituto e la conseguente responsabilità affidata agli avvocati.

Questa funzione, inoltre, legittima la natura pubblicistica della nostra professione e la presenza della difesa nella Costituzione; distingue l'esercizio della difesa dalla mera prestazione di servizi e ne caratterizza il ruolo sociale. Questo è il punto di partenza e la prospettiva di analisi culturale delle Camere penali che hanno contribuito in modo determinante a creare la disciplina oggi vigente.

3. La difesa d'ufficio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale.

Tanti passi avanti sono stati fatti rispetto alla disciplina contenuta nel Codice Rocco (articolo 128) che prevedeva la nomina del difensore d'ufficio solo nella fase processuale, la scelta discrezionale dell'autorità giudiziaria e nessuna informazione all'accusato. Giuseppe Frigo (già presidente dell'Unione delle Camere Penali Italiane) ha plasticamente definito l'avvocato d'ufficio come il *difensore di fiducia dell'ufficio!*

Ma già nella vigenza del Codice Rocco un primo segno di attenzione alla difesa d'ufficio è rappresentato dalla sentenza della Corte EDU nel caso Artico contro Italia risalente al 13 maggio 1980. La Corte ha statuito la violazione dell'effettività della difesa d'ufficio da parte dello Stato italiano che non aveva assicurato l'assistenza giudiziaria gratuita in Cassazione all'imputato difeso nel giudizio di merito da un difensore non abilitato al patrocinio davanti alle magistrature superiori.

Il nuovo codice determina una mutazione genetica della funzione del difensore, dell'impegno e delle tecniche difensive, tuttavia non presta grande attenzione all'istituto, disciplinato dall'articolo 97, secondo cui l'imputato che non abbia nominato un difensore di fiducia o ne sia rimasto privo è assistito da un difensore di ufficio. Lo stesso articolo prevede la comunicazione al difensore d'ufficio nel caso in cui il giudice, il pm o la polizia giudiziaria debbano porre in essere un atto per il quale sia prevista l'assistenza del difensore, l'obbligo del difensore d'ufficio di prestare il patrocinio con la facoltà di essere sostituito solo per giustificato motivo e la cessazione dalle funzioni solo all'atto della nomina di un difensore di fiducia.

4. La L. 6 marzo 2001 n. 60: grandi speranze e altrettante delusioni.

La l. 6 marzo 2001 n. 60 è la prima riforma dell'istituto della difesa d'ufficio, introdotta sulla spinta di un vento garantista, effetto di quel percorso culturale che aveva portato – nello stesso periodo – all'approvazione della riforma costituzionale in materia di giusto processo.

La nuova legge ha come obiettivo dichiarato assicurare la qualificazione professionale e l'effettività della difesa d'ufficio: la prospettiva è dare “*un senso democratico*” al nuovo codice di rito. Si muove attraverso diverse direttrici: professionalità dei difensori, retribuzione, disponibilità di tempi congrui alla preparazione della difesa e assenza di discrezionalità dell'autorità giudiziaria procedente nella selezione del difensore.

L'avvocato d'ufficio deve essere preparato e in grado di fornire una prestazione professionale di qualità, per questo la legge introduce importanti modifiche all'articolo 29 delle Disposizioni di Attuazione del codice di procedura: per essere iscritto nell'elenco dei difensori d'ufficio è obbligatoria la frequenza di un corso annuale organizzato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati o dalle Camere Penali o l'anzianità di iscrizione all'albo di almeno due anni.

Restano fermi, naturalmente, i principi ontologici della figura del difensore: la sussidiarietà e la continuità della difesa tecnica nel processo, legati al contenuto dell'articolo 24 della Costituzione. Il difensore d'ufficio è, pertanto, obbligato alla prestazione e può rinunciare o essere rimosso solo per giustificato motivo.

Le speranze di un difensore d'ufficio *con le spalle dritte*, nutrite con la legge 2001, sono purtroppo andate deluse. È aumentato vertiginosamente il numero delle iscrizioni nelle liste attraverso un accesso indiscriminato agli elenchi e l'effettività della difesa è rimasta in molti casi una chimera.

5. Il Decreto Legislativo 30 gennaio 2015 n. 6.

L'occasione di rimodulare la disciplina della difesa d'ufficio si presenta con la L. 31 dicembre 2012 n. 247 Riforma di riordino della professione forense. L'articolo 16 contiene la delega al Governo ad emanare un Decreto legislativo contenente il riordino della materia in base a precisi criteri ispirati al principio della stabilità e effettività.

Ne segue il Decreto legislativo 30 gennaio 2015 n. 6, frutto di essenziale lavoro delle Camere Penali e in particolare del contributo della compianta Paola Rebecchi a cui va la gratitudine di tutti i penalisti per l'impegno e per il suo ruolo di musa ispiratrice e motore della riforma.

La disciplina è regolata dalla nuova formulazione dell'articolo 29 delle Disposizioni di attuazione del Codice di Procedura penale rubricato "elenchi e tabelle dei difensori d'ufficio".

La prima novità è l'introduzione di un elenco unico nazionale dei difensori d'ufficio predisposto e aggiornato trimestralmente dal Consiglio Nazionale Forense previa verifica del possesso di specifici requisiti innovativi rispetto alla precedente disciplina. L'avvocato che intenda iscriversi nell'elenco dei difensori d'ufficio oggi deve possedere una delle condizioni generali previste nel comma 1 bis dell'articolo 29. Il primo requisito indicato è la partecipazione a un corso biennale di formazione e aggiornamento professionale in materia penale, organizzato dal Consiglio dell'Ordine o da una Camera Penale territoriale o dall'Unione delle Camere Penali Italiane della durata complessiva di almeno 90 ore con superamento dell'esame finale. Il secondo è la dimostrazione di essere iscritto all'albo da almeno cinque anni con esperienza nella materia penale, comprovata dalla produzione di idonea documentazione. Segue il terzo requisito alternativo, segnatamente il conseguimento del titolo di specialista in diritto penale.

L'articolo 29 delle disposizioni di attuazione contiene anche una disciplina rigorosa relativa alla permanenza nell'elenco dei difensori d'ufficio. Il comma 1 quater stabilisce che la permanenza è subordinata alla dimostrazione da parte dell'avvocato di non aver

riportato sanzioni disciplinari definitive superiori all'ammonimento e l'esercizio continuativo di attività nel settore penale, comprovato dalla partecipazione ad almeno 10 udienze camerali dibattimentali per anno escluse quelle di mero rinvio. Per mantenere l'iscrizione, l'avvocato deve presentare con cadenza annuale la relativa documentazione al Consiglio dell'Ordine che provvede ad inoltrare al Consiglio Nazionale Forense; in caso di mancata presentazione della documentazione, il professionista è cancellato l'ufficio dall'elenco nazionale.

I nominativi dei difensori d'ufficio a richiesta dell'autorità giudiziaria o della polizia giudiziaria sono forniti da un apposito ufficio con recapito centralizzato istituito presso l'Ordine forense di ciascun capoluogo del distretto di Corte d'appello.

Il sistema informatizzato che individua il difensore d'ufficio deve garantire che l'indicazione dei nominativi rispetti un criterio di rotazione automatico, che sia evitata l'attribuzione contestuale di nomine ad un unico difensore per procedimenti pendenti innanzi ad autorità giudiziarie e di polizia distanti tra di loro e dislocate in modo da non permettere l'effettività della difesa. Devono inoltre essere istituiti turni differenziati per gli indagati e gli imputati detenuti, in modo che si assicuri, attraverso un criterio di rotazione giornaliera dei nominativi, la reperibilità di un numero di difensori d'ufficio corrispondente alle esigenze.

Il presidente del Consiglio dell'Ordine forense vigila sul rispetto dei criteri per l'individuazione e la designazione del difensore d'ufficio di turno che ha l'obbligo della reperibilità.

6. Il Regolamento del Consiglio Nazionale Forense e successive integrazioni.

Il Consiglio nazionale forense, in data 10 giugno 2015, ha emanato il regolamento attuativo della disciplina in materia di difesa d'ufficio. All'interno del regolamento vengono specificate le norme per la tenuta e l'aggiornamento dell'elenco unico nazionale degli avvocati. In particolare oltre alla specificazione organizzativa dei corsi di formazione e dei requisiti per la permanenza nell'elenco unico nazionale, l'articolo 11 regola in modo dettagliato i doveri del difensore d'ufficio. In particolare l'avvocato deve svolgere la propria attività con coscienza, diligenza, puntualità, lealtà e correttezza, assicurando costantemente la qualità della prestazione professionale e ha l'obbligo di prestare il patrocinio; non può senza giustificato motivo, rifiutarsi di prestare la propria attività o interromperla, non deve accettare incarichi che non sia in grado di svolgere con adeguata competenza, deve comunicare alla parte assistita che ha facoltà di scegliersi un difensore di fiducia e informarla che anche il difensore d'ufficio ha diritto ad essere retribuito e deve cessare dalle sue funzioni se viene nominato un difensore di fiducia. Ove sia impedito di partecipare a singole attività processuali, deve dare tempestiva e motivata comunicazione all'autorità procedente ovvero deve incaricare della difesa un collega iscritto nell'elenco nazionale che, ove accetti, è responsabile dell'adempimento dell'incarico. Deve, inoltre, garantire la reperibilità qualora sia inserito nei turni giornalieri per gli indagati e gli imputati detenuti, deve sollecitare il giudice al limitare il ricorso alle sostituzioni ai sensi dell'articolo 97

comma quattro c.p.p. in nome della effettività della difesa e deve portare a compimento il mandato anche in caso di intervenuta cancellazione volontaria dall'elenco nazionale.

Con ulteriore delibera risalente al 15 luglio 2016, il CNF ha emanato le linee guida nazionali che contengono ulteriori specificazioni dei doveri del difensore d'ufficio.

7. Cenni alle questioni aperte.

Restano ancora irrisolti diversi problemi, tra i quali la nomina del sostituto ai sensi dell'articolo 97 comma 4 c.p.p., e la scelta del giudice di non nominare un nuovo difensore ai sensi dell'articolo 97 comma 1 in caso di prolungata assenza del difensore d'ufficio.

La concessione di un congruo termine a difesa al difensore d'ufficio nei casi di rinuncia, revoca o incompatibilità ai sensi dell'articolo 108 c.p.p. è un altro nervo scoperto nella prospettiva della garanzia dell'effettività della difesa. A un allineamento della giurisprudenza di legittimità non corrispondono sovente le decisioni di merito. Il diniego di termini a difesa o di concessione di termini ridotti rispetto a quelli previsti dalla norma, infatti, salvo i casi di abuso del diritto, come statuito dalle Sezioni Unite, integra una nullità a regime intermedio in forza dell'articolo 178 comma 1 lett. C) c.p.p. in quanto incidente sull'assistenza dell'imputato (Cass., Sez. Un. n. 155 del 29 novembre 2011 e da ultimo Cass. Sez. II n. 51567 del 15 novembre 2016).

Tra le questioni aperte merita menzione la facoltà del difensore d'ufficio di nominare un sostituto abilitato alla difesa in cassazione per il ricorso senza avere bisogno di chiedere al giudice la sostituzione, come statuito dalla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 40517 del 28 aprile 2016.

8. Conclusioni.

Il principale problema è la diffusione culturale del ruolo del difensore d'ufficio; è un tema che coinvolge non solo gli avvocati ma tutti i soggetti del processo e tra questi primi tra tutti i magistrati. E si estende ai cittadini coinvolti in una vicenda giudiziaria in materia penale.

Con la nuova normativa un dato è certo: all'avvocatura spetterà la responsabilità di attuare il sistema formativo per l'accesso all'elenco e il mantenimento dell'iscrizione in maniera seria e virtuosa.

In questa prospettiva sarà determinante il peso dei penalisti nella gestione del sistema e la loro presenza nelle istituzioni a ciò deputate.

L'esercizio della difesa d'ufficio non è un diritto di tutti gli avvocati, ma una funzione sociale di coloro che attraverso appositi percorsi formativi, professionali e associativi, maturino la consapevolezza del ruolo. La selezione del professionista è essenziale per evitare approcci impiegatizi nelle aule, espressione di un precariato intellettuale impegnato esclusivamente nella ricerca di fatue opportunità professionali (in fondo il turno di un giorno ogni tre mesi può valere l'occasione di una passeggiata nelle aule penali anche per chi normalmente svolge attività in materia civile...). È altrettanto importante – per una tutela dei cittadini – che tutti i soggetti competenti segnalino i comportamenti contrari ai doveri

professionali eventualmente posti in essere dai difensori d'ufficio. Lo scopo è quello di evitare derive distorte che rischiano di diventare prassi consolidate (gli esempi sono numerosi, basti pensare tra l'altro alle offerte di sostituzione a pagamento in occasione del turno, alle assenze prolungate del difensore d'ufficio, all'accaparramento della clientela nelle udienze di convalida e di giudizio direttissimo, alle nomine pilotate).

La Camera Penale di Roma, attraverso la commissione "Paola Rebecchi" ha iniziato un'attività di monitoraggio nelle udienze finalizzata a un'indagine statistica sul funzionamento della difesa d'ufficio e in particolare sul rispetto delle presenze in udienza, sull'applicazione delle prescrizioni contenute nell'articolo 97 c.p.p. e sulle prassi degli organi giudiziari nella nomina dei difensori.

L'obiettivo è partire dalle criticità per proporre le opportune modifiche al sistema vigente, ma la strada è ancora lunga.

Fughe di notizie, trojan, trial by media: i nodi da sciogliere in tema di intercettazioni

Opinioni

FEDERICA RESTA

Da tre legislature almeno, ogni Governo ha proposto alle Camere – senza tuttavia ottenerne la definitiva approvazione – la propria riforma della disciplina delle intercettazioni giudiziali. Così, dal nome del Ministro proponente, si sono susseguiti il ddl “Mastella” (AS 1512) nella XV legislatura, il ddl “Alfano” (AS 1611) nella XVI e, nella presente, il ddl Orlando di riforma del processo penale. Attualmente all’esame della Camera con il numero C 4368, esso comprende anche una delega per la riforma della disciplina delle intercettazioni telefoniche e telematiche. Si tratta di un tema di rilevante complessità, dovendosi coniugare esigenze investigative, diritto di difesa e riservatezza delle parti e dei terzi coinvolti nelle indagini, nonché diritto di (e all’) informazione. E la difficoltà maggiore (alla base, anche, delle divisioni tra le forze politiche sui testi di volta in volta presentati) attiene alla distinzione, ai fini della relativa disciplina, tra il contenuto di un’intercettazione quale mezzo di ricerca della prova e il carattere assunto dal medesimo contenuto nel momento della pubblicazione, per fini informativi: tema già emerso con chiarezza, nell’ambito dell’indagine conoscitiva condotta dalla Commissione giustizia del Senato nella XV legislatura. Su questo terreno, ciò che appare più difficile normare è la distinzione tra il giornalismo d’inchiesta e quello che Luciano Violante definisce giornalismo di trascrizione o di riporto, fondato sulla mera e acritica rifusione sulla stampa degli atti d’indagine, spesso tanto superflua ai fini informativi quanto dannosa per la riservatezza degli interessati.

Ripercorrendo la parabola che ha segnato l’evoluzione della riforma nei vari disegni di legge, è stato proprio questo il punto su cui si sono registrate le più significative divisioni tra le forze politiche e, spesso, all’interno della stessa maggioranza di Governo, relativamente al bilanciamento da realizzare tra riservatezza individuale e diritto di cronaca.

Dopo i tentativi incompiuti dei precedenti Governi, è ragionevole attendersi che la riforma proposta dal Ministro della giustizia, Andrea Orlando, giunga all’approvazione definitiva, sebbene l’ormai prossima scadenza naturale della legislatura renda più diffici-

le l'esercizio della delega entro la sua fine. Se, dunque, il principale limite della riforma risiede proprio nella scelta dello strumento della delega legislativa (con quell'inevitabile margine di discrezionalità, in capo al Governo, che ne connota lo sviluppo), essa reca tuttavia norme importanti. Che esprimono, peraltro, una più profonda consapevolezza delle criticità di questo fenomeno, maturata, in primo luogo, a livello istituzionale.

Nell'ultimo anno, infatti – a fronte di frequenti pubblicazioni sulla stampa di intercettazioni, spesso irrilevanti tanto ai fini informativi quanto ai fini processuali – diverse Procure della Repubblica hanno emanato direttive volte a favorire una più efficace selezione delle conversazioni da trascrivere, espungendo dai brogliacci quelle non rilevanti ai fini investigativi. Si rafforzano, in tal modo, le garanzie di riservatezza delle parti e dei terzi coinvolti nelle indagini, nel rispetto del contraddittorio sulla (e per la) prova. Molti dei principi espressi dalle direttive sono stati poi ribaditi dalla delibera adottata dal CSM il 29 giugno, recante “ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni”. Si tratta, del resto, di indicazioni rispondenti ai principi che lo stesso Garante per la protezione dei dati personali aveva avuto modo di suggerire in varie occasioni. Anche auspicando – in una nota inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri il 2 aprile 2015 – che il disegno di legge di riforma del processo penale, allora all'esame della Camera, garantisse “una più puntuale selezione del materiale investigativo, assicurando, nel doveroso rispetto dei diritti della difesa, che negli atti processuali non siano riportati interi spaccati di vita privata (delle parti ma soprattutto dei terzi), del tutto estranei al tema di prova”. A fronte delle alterazioni determinate, rispetto al principio della pubblicità del processo, dal fenomeno del trial by media, il Garante sottolineava l'esigenza di un “riequilibrio nei rapporti tra esigenze investigative, informazione e riservatezza, che garantisca a quest'ultima una più adeguata tutela (...) coniugando gli aspetti della correttezza e lealtà dell'informazione e della riservatezza nelle indagini, nel rispetto del principio di proporzionalità tra privacy e mezzi investigativi ribadito, anche recentemente, dalla Corte di giustizia, per evitare quella ‘pesca a strascico’ nelle vite degli altri in cui degenera l'utilizzo indiscriminato delle intercettazioni”.

Il disegno di legge cui si riferiva il Garante – nel corso della successiva lettura al Senato, per effetto degli emendamenti dei Relatori – avrebbe poi rafforzato le misure a garanzia della riservatezza delle parti, normativizzando molte delle indicazioni contenute nelle direttive delle Procure e, con riferimento alla pubblicazione, coniugando privacy ed esigenze informative tenendo conto “delle decisioni e dei principi adottati con le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, a tutela della libertà di stampa e del diritto dei cittadini all'informazione”.

I principali criteri direttivi della delega concernono pertanto la previsione di norme per la garanzia della riservatezza delle parti e, soprattutto, dei terzi, fondate anche sulla modifica della disciplina delle modalità di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in sede cautelare e mediante una precisa scansione procedimentale per la selezione del materiale intercettativo nel rispetto del contraddittorio tra le parti e delle esigenze di indagine. Positiva, in particolare, è la previsione del dovere del pubblico ministero di garantire un'adeguata selezione degli atti da inviare al gip a sostegno della richiesta di misura cautelare,

non ricomprendendovi le intercettazioni inutilizzabili, irrilevanti o comunque inerenti terzi estranei alle indagini e contenenti dati sensibili (purché non emergano elementi favorevoli all'indagato). Analogamente a quanto disponeva sul punto il ddl "Mastella", si prevede che tali dati siano conservati in apposito archivio riservato con facoltà di ascolto ed esame ma non di copia, da parte dei difensori e del giudice, e che siano sottoposti alla procedura di stralcio, nel contraddittorio delle parti. Importante è anche l'indicazione di non trascrivere nei brogliacci (salvo specifica autorizzazione del pubblico ministero) le stesse categorie di intercettazioni, così minimizzando il rischio di esfiltrazione di dati di terzi, sensibili o comunque non rilevanti ai fini investigativi.

Particolarmente innovativo è, poi, il criterio direttivo volto a disciplinare il ricorso ai captatori informatici a (esclusivi) fini intercettativi, su cui si era registrato un contrasto interpretativo, composto poi dalle Sezioni Unite della Cassazione nell'aprile 2016. La strutturale diversità di realizzazione di questo tipo di captazione rispetto a quelle tradizionali ha, infatti, evidenziato tutti i limiti dell'applicazione a tali fattispecie della disciplina pensata per le seconde. Queste ultime, infatti, sono concepite (in ossequio all'art. 15 della Costituzione) come limitate nel tempo, nello spazio, previste come residuali nel caso di ambientali domiciliari. Da remoto, invece, il controllo dell'indagato è talmente pervasivo da non avere più alcun limite (pertanto è stato definito "ubiquitario") né, del resto, possibilità di riscontro effettivo qualora si utilizzino determinati software capaci di alterare il contenuto del dispositivo in cui sono installati e di cancellare le tracce delle operazioni compiute.

Recependo, anche in questo caso, buone prassi adottate in alcune Procure, la delega prevede dunque l'attivazione della funzione intercettativa non già con il mero inserimento del captatore ma in virtù di apposito comando, nel rispetto del decreto attuativo del gip, che dovrà tra l'altro indicare le ragioni del ricorso a tale modalità investigativa; la precisa rendicontazione delle operazioni captative da parte della polizia giudiziaria; l'ammissibilità delle registrazioni mediante captatore delle conversazioni svolte in luoghi di privata dimora solo qualora ivi si stia svolgendo l'attività criminosa (limite che tuttavia, in analogia con la disciplina generale delle intercettazioni ambientali, non si applica in procedimenti per reati distrettuali). Si onera poi la polizia giudiziaria del compito di disattivare il captatore, reso definitivamente inutilizzabile, al termine delle operazioni e si ammette, per la realizzazione di tali intercettazioni, il ricorso ai soli software conformi a determinati requisiti tecnici stabiliti con decreto ministeriale. Si prevede anche che i risultati delle captazioni possano essere utilizzati a fini probatori solo per reati oggetti del provvedimento autorizzativo del gip e, in procedimenti diversi, solo se indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza. Infine, si vieta la conoscibilità, divulgabilità e pubblicabilità di intercettazioni così realizzate inerenti soggetti estranei ai fatti per cui si procede (in sede di decreto legislativo si dovrà tuttavia corredare il precetto di adeguata sanzione).

Ancora, sulla scorta dell'emendamento Centaro al ddl "Alfano", si introduce una nuova fattispecie delittuosa consistente nella **diffusione del contenuto di conversazioni o riprese audiovisive fraudolentemente captate** e svolte in presenza dell'agente, al solo fine di recare danno alla reputazione o all'immagine altrui. Si impone la previsione di

specifiche scriminanti per l'utilizzazione di tali captazioni nell'ambito di un procedimento amministrativo o giudiziario, per esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca. La condotta qui tipizzata copre effettivamente una lacuna, dal momento che ad oggi, come confermato più volte anche dalla Cassazione, la registrazione abusiva di conversazioni da parte dell'interlocutore o comunque di chi vi abbia preso parte non integra alcuno specifico reato.

È stato invece soppresso – già in prima lettura – il criterio di delega volto alla previsione di **garanzie giurisdizionali per l'acquisizione dei** dati di traffico telefonico e telematico, salvo il potere di acquisizione d'urgenza del p.m., in conformità alla disciplina prevista per le intercettazioni. Anche il CSM, in sede di parere sul testo, si era pronunciato in senso favorevole a questo criterio di delega, tenendo del resto conto che la Corte Costituzionale (sentt. nn. 81/1993, 281/1998, 372/2006) ha ricompreso anche i dati esteriori delle comunicazioni nell'alveo dell'art. 15 Cost.¹ e che prima del c.d. decreto Pisanu (d.l. 144/2005) l'acquisizione avveniva su autorizzazione del gip. Il criterio di delega sarebbe stato quantomai in linea con le conclusioni delle sentenze Digital Rights dell'aprile 2014 e Tele2 del dicembre 2016 della Corte di giustizia, nella parte in cui si valorizza l'esigenza di garanzie, nell'acquisizione di tali dati, da parte di autorità terze (Autorità di protezione dati e/o autorità giudiziaria). La sentenza Digital Rights, infatti, valorizza la centralità del diritto alla protezione dei dati personali anche in un settore – quale quello del contrasto al crimine – in cui maggiori sono le limitazioni alle libertà, ammesse per esigenze di interesse generale. Il punto cardine della pronuncia è indubbiamente il principio di stretta proporzionalità tra limitazioni dei diritti fondamentali ed esigenze di pubblica sicurezza; proporzionalità che non va declinata in astratto e in maniera indifferenziata rispetto a qualsiasi reato ma che, al contrario, esige una differenziazione attentamente modulata in base al tipo di delitto, alle esigenze investigative, al tipo di dato e di mezzo di comunicazione utilizzato. Ciò, fermo restando il rispetto di alcune garanzie essenziali, quali, in particolare, la subordinazione di tali limitazioni all'autorizzazione di un'autorità terza quale l'autorità giudiziaria o comunque un'autorità amministrativa indipendente. Non a caso, la Corte costituzionale portoghese, con sentenza del 27 agosto 2015, proprio valorizzando tale pronuncia, ha dichiarato incostituzionale la legge anti-terrorismo approvata il mese precedente, nella parte in cui autorizzava gli organi di intelligence ad acquisire i tabulati telefonici e telematici per esigenze di contrasto del terrorismo con la mera autorizzazione (di carattere estrinseco) di una Commissione composta da tre magistrati, ma- come del resto da noi – in assenza di un vaglio giurisdizionale analogo a quello del processo penale.

¹ La pronuncia n. 81 cit. ha però mancato di estendere la disciplina delle intercettazioni telefoniche ai tabulati, ritenendo piuttosto applicabile l'art. 256 c.p.p. relativo all'acquisizione di documenti coperti dal segreto professionale (ad analoghe conclusioni è giunta la Corte EDU nella pronuncia Malone c. Royaume Uni [1984]). Tuttavia, la ragione del self-restraint della Corte attiene principalmente alla discrezionalità politica che tale estensione avrebbe inevitabilmente comportato, dal momento che l'addizione non sarebbe stata "a rime obbligate" e che quindi anche diversa avrebbe potuto essere la scelta del legislatore., per quanto concerne forme, tempi e modalità dell'acquisizione.

La delega ha previsto anche alcune misure per la sicurezza dei dati intercettati, in conformità alle indicazioni fornite dal Garante per la protezione dei dati personali in più occasioni e, in particolare, con il provvedimento del luglio 2013 rivolto in primo luogo alle Procure della Repubblica. In particolare, il disegno di legge demanda a un successivo decreto (non avente, parrebbe, natura regolamentare) la disciplina, anche ai fini tariffari, delle prestazioni obbligatorie per i servizi di intercettazione forniti dalle società esterne, con particolare riferimento alle modalità di conservazione e gestione, mediante canali cifrati, dei dati raccolti, nel rispetto dei requisiti di sicurezza e necessità del trattamento e secondo criteri di riservatezza, integrità e disponibilità. Quella della selezione dei fornitori del servizio intercettativo, in base alle garanzie di sicurezza del trattamento offerte, è una previsione di particolare importanza, che muove dalla consapevolezza dei rischi insiti nell'affidamento a terzi di una così rilevante raccolta di dati personali. Lo dimostra un'indagine recente che ha coinvolto la società fornitrice dei server di diverse Procure, per una presunta acquisizione illecita di dati *legittimamente* intercettati, resa possibile dalla prassi lì invalsa di scaricare sui propri pc i dati intercettati. Questa vicenda dimostra come **l'esternalizzazione di diverse operazioni investigative** renda assai più permeabile, complessa e vulnerabile la filiera su cui si snoda l'attività captativa, meritevole per ciò di una tutela rafforzata. Solo l'adozione di adeguate misure di sicurezza, da parte di ciascun soggetto coinvolto in ogni fase dell'attività intercettativa, può contribuire a minimizzare i rischi inevitabilmente connessi **alla frammentazione e parcellizzazione dei centri di responsabilità**, derivanti dal coinvolgimento di soggetti diversi nella "catena" delle attività investigative.

Di questo tema – che la citata norma del disegno di legge Orlando affronta includendo alcune specifiche misure di sicurezza tra le prestazioni obbligatorie imposte ai fornitori – il Garante per la protezione dei dati personali si occupa, del resto, da tempo e sotto vari aspetti. In ordine tanto agli specifici doveri cui devono adempiere i soggetti privati a vario titolo coinvolti nelle attività captative, quanto alle responsabilità e agli oneri gravanti in capo alle Procure quali titolari dei trattamenti connessi all'attività di intercettazione.

Con riguardo a quest'ultimo profilo, il **provvedimento del luglio 2013** indica alle Procure alcune essenziali misure organizzative indispensabili per proteggere quei preziosi flussi informativi e responsabilizzare al massimo tutti i soggetti coinvolti (non solo il p.m. ma anche la polizia giudiziaria), evitando fughe di notizie anche solo involontarie. Lo stesso provvedimento del Csm, già ricordato, include le indicazioni del Garante tra le buone prassi da promuovere. Se su questo terreno, dunque, le garanzie previste (e ulteriori rispetto a quelle sancite dalle norme processuali) sono considerevoli, la scelta del legislatore di rafforzare gli obblighi di sicurezza gravanti sui privati affidatari dei servizi è sicuramente utile al fine di contrastare fughe di notizie o anche solo alterazioni, perdite, distruzioni dei dati trattati, con evidente nocumento per le indagini oltre che per gli interessati.

La combinazione virtuosa tra provvedimenti del Garante, del Csm e direttive delle Procure, unitamente a norme volte non già a restringere le ipotesi di ammissibilità delle intercettazioni, ma a garantirne la sicurezza e selezionare i dati da riversare nel procedimento, può davvero contribuire a superare molte delle criticità che hanno caratterizzato

usi e abusi di questo strumento investigativo. È un obiettivo importante, la cui realizzazione dipende dalla capacità di coniugare interessi giuridici primari e talora confliggenti quali l'efficacia dell'azione investigativa, il diritto di difesa, il diritto alla protezione dei dati personali, la libertà di stampa. Un'espressione, significativa come poche altre, della qualità della nostra democrazia.

(Le opinioni riportate in questo contributo sono espresse a titolo esclusivamente personale e non impegnano in alcun modo l'Autorità di appartenenza)

Il progetto di riforma della prescrizione (d.d.l. n. 4369 approvato dalla camera dei deputati il 15 marzo 2017)

DARIO MICHELETTI

1. Se un medico, chiamato al capezzale di un paziente da lungo febricitante, proponesse come soluzione terapeutica di elevare a 38 gradi la soglia oltre la quale sussiste il sintomo febbrile, lo si prenderebbe di certo per pazzo. Lo stesso non sembra valere per il nostro legislatore che, essendo alla prese con il “sintomo prescrizionale” – naturale riflesso della patologia inoculata nel sistema da una mole di 1 milione e 800 mila *notitiae criminis* per persone note da smaltire ogni anno – non ha trovato di meglio che spostare di circa tre anni l’asticella del termine estintivo senza avvertire l’assurdità di una tale strategia. Se l’obiettivo era quello di assicurare “la ragionevole durata dei processi”, come si prefiggevano i promotori della riforma, la soluzione escogitata non pare allora dissimile da quella di un bislacco dietologo che ambisca a curare l’obesità con la panna montata. *«Si propone di dare tempo, tanto più tempo ai processi; mentre invece il problema vero, quello che bisogna risolvere, è di dare più processi, tanti più processi, al tempo. Farli durare meno, non autorizzare che durino di più»*¹.

All’origine di un siffatto paradosso v’è un equivoco di fondo talmente diffuso, purtroppo, anche tra gli operatori di settore, da risultare quasi eversivo continuare a segnalarlo. Eppure, anche a costo d’urtare le sensibilità di chi auspica l’abolizione della prescrizione millantandone l’illegittimità costituzionale, occorre ribadire che il numero di prescrizioni registrato dal nostro sistema – oltre ad essere fisiologico dato che in termini percentuali è inferiore al 10% al numero dei procedimenti che ogni anno si riversano nel sistema – non è “il problema”, bensì “la reazione difensiva” di un organismo affetto da altra e ben più reale patologia: che è l’endemica “lentezza processuale” ingenerata dalla sproporzione tra le disponibilità materiali della macchina giurisdizionale e la mole di procedimenti che ogni anno è chiamata a gestire². Di qui tempi medi di svolgimento dei processi che si as-

¹ Così, sia pure con riferimento a un precedente progetto di riforma, che si muoveva tuttavia sulla stessa linea dell’attuale, T. PADOVANI, *La legislazione sulla prescrizione non fa tesoro degli errori del passato*, in *Guida al dir.*, 2007, n. 49, 11 s.

² Al convegno *I valori della Magistratura e della Giustizia e le possibili prospettive di riforme efficaci e condivise*, il presidente dell’ANM Piercamillo Davigo ha osservato, dati alla mano, che l’Italia spende per il funzionamento dell’amministrazione giudiziaria quanto *«la Gran Bretagna che ogni anno celebra però circa 330.000 processi penali contro i 3 milioni e 400 mila del nostro Paese»*: in *Il giornale d’Italia* 27 settembre 2016.

sestano, in Italia, su una durata di gran lunga più ampia rispetto ai sei anni indicati dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo – specie se nel calcolare un siffatto intervallo si assuma come *dies a quo* il momento in cui l'indagato ha la prima notizia del procedimento che lo riguarda così come recentemente stabilito dalla nostra Corte costituzionale³. Ecco perché, pensare di risolvere il problema, quello vero, accordando tre anni in più per svolgere i giudizi d'impugnazione (un *bonus* pari al 50% del *délai raisonnable* tollerato dalla Corte EDU) così come prospettato dal nuovo art. 159, comma 2, c.p., oltre a rivelarsi un rimedio effimero, porterà dopo poco a un aggravamento della disfunzione. Attualmente, infatti, come si riconosce senza avvertirne la vergogna, «*la sentenza di appello arriva dopo 4/5 anni dalla sentenza di Tribunale*»⁴; quando la riforma entrerà a regime è facile prevedere che il suddetto intervallo sarà elevato a 7/8 anni, non essendo un segreto che la calendarizzazione delle cause in appello viene operata tenendo conto, prima di tutto, del tempo che residua dall'epilogo estintivo.

Ma v'è poi un ulteriore e non meno grave fraintendimento che ha ispirato la riforma. L'idea, anche questa diffusissima nell'opinione pubblica ma anche tra gli operatori, specie se togati, che la responsabilità della lentezza processuale sia da addebitare alla difesa.

Un tempo, per il vero, ce la si prendeva con l'abuso del diritto di difesa. Da quando è stata riformata in termini restrittivi la disciplina della cause di sospensione, espunto per via pretoria dal computo della prescrizione l'ingombro temporale richiesto per le impugnazioni inammissibili, e fronteggiati anche gli ultimi espedienti dilatori, chiunque abbia un minimo di onestà intellettuale ed esperienza processuale sa bene che non v'è possibilità alcuna per un avvocato di ottenere con scaltrezza l'estinzione del reato per decorso del tempo. Eppure, per una gran parte degli "esperti", sarebbe ancora la difesa cui andrebbe riconosciuta la responsabilità dell'elevato numero di prescrizioni. Il riferimento non è più, però, all'*abuso* del diritto di difesa, ma all'*esercizio tout court* del diritto difesa, che ingombrirebbe di per sé, e risulterebbe in quanto tale ingolfante per la macchina della giustizia (tanto che molti ne farebbero volentieri a meno). Da qui la decisione d'introdurre una "tassa temporale" – perché tale è la natura della misura escogitata da nuovo art. 159, comma 2, c.p. – da versare all'ordinamento per l'esercizio del diritto a impugnare: un diritto che, non potendosi eliminare del tutto stante i vincoli costituzionali e internazionali, si riconosce quindi non poter essere garantito "gratuitamente" dall'ordinamento a tutti gli imputati. E poco importa che i giudizi di secondo grado e di legittimità occupino nella stragrande maggioranza dei casi non più di giorno, cosicché gli anni che passano tra la decisione impugnata e il nuovo giudizio costituiscano, per quel singolo procedimento, un tempo vuoto. L'assioma dei riformatori è che quel tempo vuoto sarebbe causato dall'ingolfamento ingenerato dalle troppe impugnazioni pretestuose, se non deliberatamente

³ C. cost. 23 luglio 2015, n. 184

⁴ B. TINTI, *Riforma del processo penale: due cose buone e una cattivissima*, in *Il fatto Quotidiano*, 20 marzo 2017.

strumentali al conseguimento della causa estintiva; donde la necessità di un meccanismo che disincentivi a impugnare.

Una siffatta impostazione si rivela tuttavia falsa nelle premesse e smentita dai dati statistici.

È falsa nelle premesse perché, se fosse vera, essa troverebbe conferma in tutto il territorio nazionale. Viceversa, poiché esistono distretti di Corte d'appello ove l'incidenza della prescrizione raggiunge il 21%, mentre altri si assestano attorno all'1%⁵, sarebbe una colossale baggianata sostenere che ciò dipenda dalla concentrazione, nei primi, di avvocati dediti alle impugnazioni pretestuose, invece assenti nei distretti più virtuosi. Basterebbe dunque riflettere con onestà su questo dato per comprendere che il numero di processi estinti per prescrizione è solo il riflesso del modello di *governance* della macchina giurisdizionale, che va da sé non è certo nella disponibilità dei difensori.

Ma l'impostazione seguita dalla riforma risulta anche incoerente rispetto ai dati statistici se è vero che il numero delle prescrizioni riconosciute in Cassazione è praticamente irrisorio (la relazione sull'amministrazione della giustizia per il 2016 riferisce di 767 pari all'1,3% del totale)⁶, mentre quelle registratesi nella fase di appello è in decisa flessione (nel 2016 il numero è di 22.380, pari a un calo del -6,6%). Chiunque si sia occupato del tema sa bene, del resto, che la "prescrizione" è partorita dalla indagini preliminari dove la difesa non ha alcun potere. Una verità questa pienamente confermata dai dati statistici (basti considerare che le prescrizioni rilevate dagli Uffici del GIP e del GUP nel 2016 ammontano a 82.923 ed è pari al 59,4% del totale) e ancor più dall'esperienza processuale. Non è un segreto infatti che le Procure, aduse a utilizzare la prescrizione per sottrarsi all'obbligatorietà dell'azione penale⁷, tendono a "dissimulare" l'elusione dell'art. 112 Cost.: evitando cioè di trattenere l'indagine sino allo spirare del termine di estinzione del reato, e promovendo invece l'azione penale con consapevole ritardo, così da "scaricare" l'estinzione oramai ineluttabile (e il relativo dato statistico) sul giudice del dibattimento: ragione per cui anche il numero di prescrizioni registrato dal giudice di primo grado va in realtà addebitato per la gran parte alle Procure della Repubblica.

Infine – ma è forse l'aspetto decisivo – v'è da ritenere che la riforma risulterà verosimilmente inefficace nella misura in cui non tiene conto delle vere ragioni per cui le difese impugnano. L'impugnazione pretestuosa – che pure esiste, va riconosciuto senza infingimenti – è in realtà un dato marginale. La gran parte dei gravami e dei ricorsi sono invece dovuti all'illegalità dilagante nel giudizio penale – come rivela il sempre più copioso numero di annullamenti di doppie conformi di condanna in sede di legittimità – alla crescente politicità dei giudizi vieppiù intrisi di aggressivo populismo, al disarmante sca-

⁵ Il dato è stato peraltro rammentato dal Ministro della Giustizia all'inaugurazione di quest'ultimo anno giudiziario.

⁶ A tal riguardo va però detto che il dato è adulterato da una capziosa gestione dell'istituto dell'inammissibilità dei ricorsi, artatamente gestito dalla Cassazione con l'obiettivo di evitare il riconoscimento dell'estinzione del reato per decorso del tempo: su tale fenomeno v., G. ROMEO, *Allegria da naufraghi: dove va la Corte di cassazione?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, n. 4, spec. 340 ss.

⁷ G. INSOLERA, *le clemenze "anomale"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 ss.

dimento professionale delle nuove leve di magistrati. È dunque una pia illusione pensare di frenare la “sete di legalità” che l’elevato numero di impugnazioni rivela con una tasa temporale. Di fronte all’incultura delle garanzie che da oltre vent’anni pervade la nostra giurisprudenza, nessun difensore rinuncerà a coltivare la speranza d’incontrare finalmente – senza spingersi a Berlino – un giudice che si senta veramente assoggettato alla legge anziché piegarla a un immanente parametro di giustizia di cui egli si erga a latore. Ed è per questa elementare ragione che, malgrado la riforma, il numero delle impugnazioni rimarrà verosimilmente costante. A meno che, è ovvio, l’ordinamento non decida di coercire le difese minacciandole che, in caso d’impugnazione, la sentenza potrà essere riformata *in peius* anche se il Pubblico Ministero non ha rilevato vizi di legittimità o di merito (come a dire “potremmo farti anche di peggio” di quanto tu lamenti). Ma v’è da sperare che nessun legislatore si renda complice di una tale istigazione.

2. Venendo più nel dettaglio ad analizzare il contenuto del progetto di riforma della prescrizione, esso si riduce a due interventi principali: quello riguardante la determinazione del termine di decorrenza della prescrizione per i reati commessi ai danni di minori (art. 10), e il più corposo intervento concernente le cause di sospensione (art. 11). Si aggiungono poi ritocchi alla formulazione delle cause d’interruzione (art. 12) e una innovativa disciplina degli effetti della sospensione e della interruzione (art. 13). Il tutto accompagnato da una disciplina transitoria che restringe gli effetti della riforma ai fatti di reato commessi dopo la sua entrata in vigore (art. 14), rivelando così, tramite questa accortezza intertemporale, la natura sostanzialmente *in malam partem* della nuova disciplina.

Quanto al primo degli interventi segnalati, l’art. 10 inaugura un inedito criterio di determinazione del termine di decorrenza della prescrizione che, nel nostro ordinamento, era stato sempre ancorato al *tempus commissi delicti*, o meglio al momento di esaurimento dell’illiceità. Ora invece, nel caso in cui il reato sia «*commesso nei confronti di un minore*» e rientri nel novero di quelli previsti dall’art. 392, comma 1-bis, c.p.p. la prescrizione decorrerà, o dal compimento del diciottesimo anno della persona offesa, ovvero, nel caso in cui prima d’allora sia stata esercitata l’azione penale, dalla data di acquisizione della notizia di reato.

Alla base di tale innovazione sta l’esigenza di accordare alla vittima-minore, che spesso vive in una situazione di dipendenza morale e materiale dall’autore del fatto di reato, un maggiore lasso di tempo per denunciare quanto accaduto, evitando che l’intervallo estintivo decorra mentre la persona offesa si trova nell’impossibilità, materiale o psichica, di contribuire all’accertamento del reato. A ciò si aggiunga l’opportunità di favorire una percezione da parte della vittima del disvalore del fatto subito che, soprattutto nel caso di abusi sessuali, può faticare a maturarsi nel minore. Un’analoga soluzione è del resto seguita da molti altri ordinamenti dove, con vari accorgimenti tecnici, la prescrizione riguardante reati su minori non inizia a decorrere prima dal raggiungimento del ventottesimo anno d’età della persona offesa (§ 58, comma 3 n. 3 c.p. austriaco) o del trentesimo anno della vittima di abusi (§ 79b StGB tedesco). Ancor più simile al futuro art. 158 c.p. è del resto la disciplina francese che, sostanzialmente negli stessi casi, aggiunge un intervallo secco di

vent'anni decorrente dal raggiungimento della maggiore età della persona offesa (art. 7, comma 3, c.p. francese).

La soluzione nostrana, sebbene logicamente fondata, si espone nondimeno a qualche rilievo. Anzitutto, il ricorso alla solita tecnica del rinvio (in questo caso il nuovo art. 158 c.p. richiama i reati previsti dall'art. 392, comma 1-bis, c.p.p.) ha finito per riferire la disposizione anche a reati che, per definizione, non possono includere il minore tra le persone offese. Si pensi all'art. 600-*quinquies* c.p. che, anticipando grandemente l'area d'intervento penale, punisce l'organizzazione di per sé di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile. Ma soprattutto a destare perplessità è la decisione di riferirsi – in alternativa al compimento dei diciotto anni della persona offesa – alla data di acquisizione della *notitia criminis* quale termine di decorrenza della prescrizione solo se *prima del compimento della maggiore età* l'azione penale è stata esercitata (vale a dire è formulata l'imputazione ai sensi dell'art. 50 c.p.p.). Che accade, infatti, se l'azione penale è stata esercitata attendendo che il minore compisse diciotto anni, ma le indagini sono in corso da molto tempo? Non contabilizzare quest'ultimo lasso temporale nel computo della prescrizione, così come deciso dal nuovo art. 158 c.p., non ha alcun senso, dato che il fatto di reato era noto e la macchina giurisdizionale era in movimento. Ecco perché meglio avrebbe fatto il legislatore a fissare il termine di decorrenza della prescrizione concernente i reati su minori, o al compimento della maggiore età, oppure, se più favorevole all'imputato, alla data di acquisizione della notizia di reato indipendentemente dal momento in cui l'azione penale è stata poi esercitata.

Infine, due notazioni. La prima è suggerita dalla ridondanza ingenerata tra quest'ultimo provvedimento di modifica dell'art. 158 c.p. e la speciale duplicazione del termine di prescrizione previsto sostanzialmente per gli stessi reati dall'art. 157, comma 6, c.p. così come modificato dall'art. 4 l. 172/2012. Entrambe le misure trovano ispirazione nella Convenzione di Lanzarote sulla protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, che all'art. 33 raccomandava agli Stati di dilatare l'intervallo estintivo per i reati commessi ai danni di minori fissando il *dies a quo* al compimento della maggiore età. La cumulativa operatività degli artt. 157, comma 6, c.p. e 158 c.p. può portare tuttavia anche a intervalli estintivi di quarant'anni, al cospetto dei quali tende a svanire la possibilità di un'autentica difesa dall'accusa fondata sulla sola parola della supposta vittima. V'è dunque da augurarsi che per lo meno nella prassi il processo riguardante i reati più risalenti non si limiti a praticare la retorica della verifica di attendibilità intrinseca ed estrinseca della persona offesa, costituita o meno che sia come parte civile, esigendo riscontri ulteriori a supporto dell'esistenza del reato. Diversamente, il meccanismo delineato dal nuovo art. 158 c.p. rischierebbe di incentivare subdole condotte estorsive e ritorsive.

La seconda ed ultima notazione riguarda il “debutto” ordinamentale della data di acquisizione della *notitia criminis* quale criterio di determinazione del *dies a quo* della prescrizione: un criterio che taluni vorrebbero adottare quale regola generale di funzionamento della presunzione estintiva onde assicurare all'ordinamento un maggiore comparto operativo. Si tratterebbe tuttavia di una soluzione a dir poco pericolosa nella misura in cui si presta ad attrarre, anche dal passato più remoto, un qualunque fatto su cui incardinare

l'indagine. Va comunque osservato che il criterio in esame viene utilizzato dall'art. 158 c.p. *in bonam partem*, ossia come soluzione più favorevole rispetto alla data di compimento della maggiore età della vittima. Ma v'è da dubitare che ciò possa bastare a proteggere il criterio che ha fatto il suo primo ingresso nell'ordinamento dagli appetiti di chi lo vorrebbe a regola generale.

3. La parte più consistente e caratterizzante della riforma è riservata alla modifica delle cause di sospensione della prescrizione. In particolare, hanno subito un semplice *restyling* le ipotesi previste dai nn. 1 e 2 dell'art. 159, comma 1, c.p., mentre sono state introdotte due nuove ipotesi di sospensione concernenti, la prima, le rogatorie all'estero (n. 3-ter) nonché, al comma 2 dell'art. 159 c.p., le impugnazioni proposte dal condannato in primo o secondo grado.

Quanto ai ritocchi dei nn. 1 e 2 dell'art. 159, comma 1, c.p., quello riguardante l'autorizzazione a procedere si riduce a una ricomposizione della disciplina in precedenza suddivisa tra il primo e il secondo comma. Di talché il nuovo n. 1 stabilisce ora in forma accorpata che nel caso di autorizzazione a procedere la prescrizione resta sospesa dalla data del provvedimento con cui il pubblico ministero presenta la richiesta sino al giorno in cui l'autorità competente la accoglie.

Calzante è anche l'innovazione normativa riguardante il deferimento della questione ad altro giudizio (per es. pregiudiziali in materia di stato delle persone, giudizio incidentale d'incostituzionalità, pregiudiziale comunitaria). Il legislatore ha infatti stabilito che in tal caso la sospensione perdura «*sino al giorno in cui viene decisa la questione*» da parte della diversa autorità giudiziaria. La precisazione è opportuna sia perché respinge l'orientamento di coloro che, in mancanza di precedenti indicazioni puntuali, ritenevano che la sospensione s'interrompesse solo nel giorno in cui gli "atti sono restituiti" al giudice remittente⁸, sia perché chiarisce che la prescrizione riprende a decorrere dalla data in cui "la questione è decisa" anziché da quella in cui è depositata la relativa motivazione⁹.

Di dubbia ragionevolezza è invece l'introduzione della nuova causa di sospensione dipendente dalla esecuzione di una rogatoria internazionale (art. 727 ss. c.p.p.), nel qual caso, secondo il nuovo n. 3-ter dell'art. 159 c.p., la prescrizione rimane sospesa dalla data del provvedimento che dispone la rogatoria sino al giorno in cui l'autorità richiedente riceve la documentazione richiesta senza però che si possano mai superare i sei mesi. L'intento è chiaramente quello di bloccare la clessidra prescizionale nel periodo in cui l'autorità giudiziaria italiana non è in grado di gestire autonomamente l'attività processuale da compiere. Certo è che l'indagato/imputato finisce per subire un trattamento prescizionale deteriore in ragione di una decisione che non gli può essere attribuita. L'istituto non pare poi in linea con la natura delle cause di sospensione, che riguardano ipotesi di inattività

⁸ Cass. pen., sez. V, 14 novembre 2012, n. 7553, Rv. 255017.

⁹ In tal senso anche Cass. pen., sez. VI, 22 giugno 2016, n. 38757, Rv. 268095.

del procedimento, mentre nel caso di rogatoria, esso procede sia pure tramite l'autorità straniera. Si tratta comunque di una sospensione *in malam partem*, che il limite massimo di sei mesi non basta a rendere ragionevole, rivelando anzi la consapevolezza del legislatore di introdurre una disciplina che pregiudica il soggetto sottoposto a procedimento.

4. Il cuore della riforma è rappresentato dalla nuova causa di sospensione prevista dai commi 2, 3 e 4 del futuro art. 159 c.p. Coordinando tra loro le disposizioni ne viene infatti che la prescrizione rimarrà sospesa ogni qual volta s'impugni una sentenza di condanna se il giudice d'appello o la Cassazione non ritengano poi di prosciogliere, assolvere (annullare) nel merito o dichiarare la nullità della sentenza ai sensi dell'art. 604, commi 1, 4 e 5-bis c.p.p. In caso di conferma dell'accertamento della responsabilità penale – indipendentemente dal fatto che il trattamento sanzionatorio sia mitigato – la prescrizione sarà sospesa a partire dal termine di deposito delle motivazioni della sentenza impugnata previsto dall'art. 544 c.p.p. sino alla pronuncia della sentenza di grado successivo, per un tempo comunque non superiore a un anno e mezzo.

La disciplina, come si è anticipato (v. *supra* § 1), solleva molte perplessità, anche di carattere tecnico.

A quest'ultimo riguardo, va per il vero segnalato che il passaggio del disegno di legge alla Camera dei deputati ha rimediato a una menda del previgente testo votato dal Senato che era stata prontamente rilevata dalla dottrina¹⁰. Il riferimento è all'originaria mancata considerazione della pronuncia di proscioglimento, accanto a quella di assoluzione, quale atto in grado d'impedire l'operatività della sospensione. Stando quindi al testo da ultimo votato, la sospensione non si verificherà sia che il giudice di grado superiore assolva, annulli, prosciolga o dichiari la nullità della sentenza impugnata.

Viceversa, anche la nuova versione continua a non proporre alcun coordinamento con i procedimenti speciali. In particolare manca ogni riferimento alla sentenza di patteggiamento. Ed è ben vero che quest'ultima è equiparata a una pronuncia di condanna dall'art. 445, comma 1-bis, c.p.p. Il preciso riferimento all'art. 544 c.p.p. da parte della nuova causa di sospensione interferisce però con la valenza di tale equiparazione anche nell'ambito dell'art. 158 c.p. Senza considerare che le dinamiche del patteggiamento possono rendere irragionevole l'operatività dell'effetto sospensivo, come nel caso di accordo inizialmente rigettato per incongruità della pena, ma successivamente concesso in termini retrospettivi. Sarebbe incoerente che il tempo impiegato dal sistema a causa dell'originario errore del giudice di primo grado sia addebitato all'imputato tramite la scomputazione sospensiva.

Quanto invece al decreto penale di condanna, mancando una sua equiparazione alla sentenza di condanna, esso non dovrebbe comportare alcuna sospensione della prescrizione. D'altra parte, quand'anche si volesse ritenere il contrario, l'eventuale opposizione, compor-

¹⁰ Cfr. G. SPANGHER, *Due ombre nella riforma del processo penale*, in *Il dubbio* del 6 settembre 2016.

tando la revoca del decreto, determinerebbe il recupero del tempo forzatamente sospeso da chi volesse assoggettare anche questo procedimento speciale al nuovo art. 158 c.p.

I problemi veri sono però altri e attengono alla discutibile ragionevolezza del nuovo art. 158 c.p., della legittimità del quale non pare azzardato dubitare.

Che qualcosa non torni, già lo si evince dalla disomogeneità strutturale tra questo nuovo caso di sospensione della prescrizione e le ipotesi canoniche. Queste ultime originano da una *forzata inattività* cui è costretta l'autorità giudiziaria al verificarsi di peculiari situazioni storiche o vicende processuali: una forzata inattività che evidentemente elide la portata sintomatica del tempo trascorso in ordine alla carenza di interesse al perseguimento del reato¹¹. Se così è, non si comprende allora come sia possibile equiparare a queste ipotesi di straordinaria e cogente inerzia una situazione al contrario di carattere attivo e del tutto ordinaria per un procedimento penale qual è l'impugnazione. D'altra parte che il nuovo meccanismo di cui all'art. 158, commi 2 e 3, c.p. sia eterogeneo rispetto alle autentiche cause di sospensione lo rivela il fatto che esso può concorrere con queste ultime (art. 158, comma 3, c.p.) dando vita a una sorta di "sospensione al cubo" che, in linea generale, è del tutto aliena all'istituto, non essendo chiaramente concepibili due coincidenti inerzie forzate tali da imporre il raddoppio della dilatazione temporale. Infine, se quella in esame fosse un'autentica causa di sospensione dovrebbe coincidere con l'intero periodo d'attesa del giudizio d'impugnazione, mentre essa è stata calmierata dal legislatore tramite una soglia massima di un anno e mezzo (in realtà volta a contenere l'effetto sanzionatorio autenticamente sotteso alla nuova misura).

Si obietterà che il legislatore può fare quel che vuole in materia di prescrizione. Ma così per il vero non sarebbe se il principio della ragionevole durata del processo fosse correttamente interpretato quale garanzia soggettiva¹². Il riconoscimento nell'art. 111 Cost. di un diritto costituzionale dell'indagato/imputato a un contenimento temporale del processo che lo riguardi difficilmente si concilierebbe con una norma che impone una "tassa temporale" al legittimo esercizio di diritto della difesa. D'altra parte, se il legislatore è libero di fissare il tetto prescrizione dei reati, perché invece d'inventarsi il tortuoso meccanismo delineato da nuovo art. 158 c.p., non ha deciso di allungare *tout court* l'intervallo estintivo di tre anni senza tanti fronzoli? Vien da pensare che questa più lineare soluzione non sia stata seguita in quanto avrebbe interferito con l'interesse della Procura ad avere comunque una prescrizione più ravvicinata in primo grado, al fine di poterla sfruttare come strumento elusivo dell'obbligatorietà dell'azione penale (v. *supra* § 1).

Ma l'illegittimità della disciplina in esame potrebbe annidarsi anche altrove. E in particolare nel carattere generale ed astratto della nuova "tassa temporale" che è stata prevista in misura fissa – a rigore si tratta quindi di un'accisa – e in modo indipendente dal tipo

¹¹ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, 362.

¹² Per tutti E. AMODIO, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. proc. pen.*, 2003, 797 ss.

di reato oggetto del procedimento. L'aumento sarà infatti sempre di un anno e mezzo per grado d'impugnazione, tanto nel caso di delitti quanto per le contravvenzioni; tanto per i reati con una prescrizione breve quanto per i reati a prescrizione lunghissima in forza del *linkage* al massimo della pena; tanto per i reati a prescrizione brevissima (art. 157, comma 5, c.p.) quanto per quelli a prescrizione doppia (art. 157, comma 6, c.p.). Il tutto senza considerare che l'incidenza in termini percentualistici dell'incremento è significativamente diverso per un reato che si estingue in tre anni, talché la nuova misura comporterà il raddoppio del termine estintivo, rispetto a un reato che si prescrive in quarant'anni, talché la nuova misura rischia di non produrre mai alcun effetto concreto. E tuttavia, mancando nell'art. 158, commi 2 e 3, c.p. qualunque differenziazione, la nuova imposta temporale sarà versata da tutti gli impugnanti in misura eguale indipendentemente dalla loro condizione specifica: il che prelude, com'è ovvio, a una violazione dell'art. 3 Cost. *sub specie* di eguale trattamento di situazioni molto diverse tra loro.

Senonché, rispetto a qualunque considerazione tecnico-giuridica, il rilievo di fondo che si deve muovere alla nuova ipotesi di sospensione di cui all'art. 158, commi 2-4, c.p. è di carattere politico. Essa va infatti nella direzione esattamente opposta rispetto a quella verso cui dovrebbe muoversi la soluzione del problema della prescrizione in Italia, che va frazionata e accorciata, non già tenuta unita e allungata. Il carico della nostra giustizia è tale da non potersi più trascurare che il meccanismo estintivo connesso al trascorrere del tempo adottato dal nostro codice penale accomuna impropriamente due intervalli in realtà funzionalmente distinti. Il *tempo della memoria*, che separa la data di consumazione del reato dal momento in cui la giurisdizione inizia a interessarsene; e il *tempo dell'accertamento* che separa il momento d'ingresso di un fatto nel circuito giurisdizionale da quello in cui lo si giudica con effetto definitivo. Il primo intervallo andrebbe quindi grandemente ridotto rispetto ai termini attuali – salvo eccezioni come quella relativa ai reati sui minori – così come accade in Francia, in Spagna e negli altri ordinamenti in cui ci si prefigge di fornire al processo penale solo fatti recenti (perché ciò ne agevola l'accertamento, risponde a un'istanza di tempestività, favorisce la meccanica general- e special-preventiva della pena, eccetera). Il secondo intervallo andrebbe invece modulato intorno ai sei anni previsti dalla Corte EDU quale ragionevole durata massima del processo, utilizzando come paradigma operativo il modello delineato dagli artt. 297-303 c.p.p., nel rispetto del quale la giurisprudenza ha peraltro già dimostrato di saper portare a termine processi complessissimi come quelli in materia di mafia.

In alternativa, anziché ricorrere ad espedienti come quello escogitato dal nuovo art. 158, commi 2-4, c.p., converrebbe una buona volta eliminare del tutto la prescrizione, e farlo a questo punto in modo retroattivo, così da poter immediatamente disvelare ai molti detrattori dell'istituto quale fondamentale ruolo esso svolga e la catastrofica situazione derivante da un alternativo modello di giustizia ispirato da un retribuzionismo assoluto ed infinito.

5. Con riguardo alle cause d'interruzione della prescrizione, il disegno di legge si limita a due soli interventi. Con il primo (art. 12) si è conferita efficacia interruttiva anche all'interrogatorio dell'indagato effettuato dalla polizia giudiziaria su delega del P.M. (art. 370 c.p.p.)

al pari di quanto previsto dall'art. 160 c.p. per l'interrogatorio effettuato direttamente dal togato¹³. Con il secondo (art. 14) il legislatore ha elevato alla metà dell'intervallo base il tetto della dilatazione derivante dalle cause d'interruzione della prescrizione (art. 161 c.p.) qualora si proceda per fatti di corruzione o truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche. È una soluzione del tutto originale, posto che dal 2005 la dilatazione massima stabilita per l'interruzione è correlata allo *status* dell'imputato, mentre qui si fa riferimento al tipo di reato per cui si procede indipendentemente dalle condizioni dell'imputato (che viene assimilato a un recidivo). Per tale ragione la nuova norma pare destinata a un vaglio di legittimità costituzionale.

Non si può ritenere infatti che essa sia giustificata dal carattere clandestino di tali illeciti così da reclamare un maggiore intervallo mnemonico, perché se così fosse si sarebbe intervenuti sul *dies a quo* anziché sul *dies ad quem*. L'unica ragione che si rinviene a fondamento della nuova norma è dunque quello derivante dal desiderio di garantire la processabilità dei reati di cui agli artt. 318 ss. c.p. e 640-bis c.p. in quanto generatori di un maggiore allarme sociale. Se così è, però, diviene difficile sfuggire a sospetti di disparità di trattamento con reati di analoga gravità, ed aventi magari la medesima oggettività giuridica (come il 314 c.p. o il 317 c.p.), rispetto ai quali la dilatazione dell'effetto interruttivo è rimasta, per i non recidivi, pari a un quarto dell'intervallo base.

6. Tra le originalità della riforma v'è anche l'innovazione riguardante gli effetti delle cause di sospensione (art. 13). Mentre infatti l'interruzione della prescrizione continuerà ad avere effetto per tutti coloro che hanno commesso il reato, la sospensione avrà «*effetto limitatamente agli imputati nei cui confronti si sta procedendo*». L'innovazione è chiaramente un riflesso dell'introduzione della nuova causa di sospensione prevista dal futuro art. 158, commi 2-4, c.p. (v. *supra* § 4), il cui effetto andrebbe soggettivamente circoscritto agli impugnanti.

Rimane tuttavia da stabilire come interpretare l'espressione «*imputati nei cui confronti si sta procedendo*» nel caso di sentenze di primo grado non uniformi, che assolvano cioè taluni imputati condannandone altri, creando così i presupposti per una contemporanea impugnazione di questi ultimi (rispetto alla loro condanna) e del Pubblico Ministero (rispetto all'assoluzione). In tali situazioni, non appare chiaro se la causa di sospensione dell'art. 158, commi 2-4, c.p. debba esplicitare i propri effetti anche sugli assolti nei cui confronti si sta ancora procedendo in forza dell'impugnazione del Pubblico Ministero (ma se così fosse s'ingenererebbe un regime prescrizionale deteriore rispetto a quello che opererebbe qualora l'assolto fosse stato l'unico imputato); oppure ritenere che gli imputati assolti in primo grado non debbano comunque subire la sospensione malgrado essi siano, in ragione dell'impugnazione del Pubblico Ministero e degli altri imputati, ancora soggetti a procedimento caratterizzato da una causa sospensiva. Si vedrà.

¹³ Tale soluzione non era raggiungibile per via interpretativa stante il divieto di analogia al quale anche l'art. 160 c.p. è soggetto: Cass. pen., sez. IV, 10 luglio 2003, n. 37476, Rv. 226287.

7. Infine, quale unica nota incontestabilmente apprezzabile della riforma, va segnalata la specifica disciplina transitoria che l'accompagna (art. 15). Stabilendo infatti che la nuova disciplina della prescrizione, essendo più sfavorevole di quella precedente, si applicherà solo ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge, non ci si limita ad adottare la soluzione più garantistica in termini di irretroattività, ma si ottiene altresì il risultato di spostare in avanti, e di molti anni, il momento in cui la riforma produrrà degli effetti concreti. Donde la speranza che un legislatore più illuminato utilizzi tale margine di tempo per abrogare le nuove norme senza troppi contraccolpi processuali.

Legge 8 marzo 2017 n. 24: novità in tema di responsabilità medica

FEDERICO EMILIANI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le novità sul fronte amministrativo. – 3. Le responsabilità civili del medico e della struttura. – 4. L'introduzione del reato di “*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*”: art. 590-sexies c.p. – 4.1 Evoluzioni normative e giurisprudenziali. – 4.2 La nuova fattispecie. – 4.3 La rilevanza attribuita alle linee guida. – 4.4 Le contraddizioni della norma. – 4.5 Profili di diritto intertemporale. – 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Come è noto, a seguito dell'approvazione in data 28 febbraio 2017 da parte della Camera dei Deputati, in seconda lettura, del disegno di legge C-259, è entrata in vigore la legge 8 marzo 2017, n. 24: “*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*”.

Oltre ad esporre le principali novità introdotte dalla riforma, lo scopo del contributo è quello di sottolineare dubbi e criticità – senza pretendere di risolverli essendo, allo stato, compito estremamente arduo – che emergono dalla lettura del testo di nuova introduzione.

Nonostante le intenzioni del Legislatore fossero le migliori¹, il risultato non pare in alcun modo soddisfacente lasciando l'interprete disorientato tra i fumi delle contraddizioni che nel prosieguo verranno esposte: la legge ha un po' il sapore dell'occasione persa. Ed infatti le norme che si occupano della responsabilità penale del sanitario – che, evidentemente, sono quelle che maggiormente interessano in questa sede – non riescono a dirimere le perplessità che si erano palesate all'indomani dell'entrata in vigore del decreto Balduzzi: anzi, lo scenario sembra quasi essersi ulteriormente complicato. Al riguardo, seppur in chiave provocatoria, l'art. 1 comma I della legge in commento suona quasi come un “inquieto presagio”: “*La sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute*”.

¹ Gli scopi dichiarati della riforma sono: l'abbattimento del numero dei processi (civili e penali) nei confronti degli operatori sanitari; il contrasto al fenomeno della cosiddetta “medicina difensiva”; la prevenzione della malasanita; la creazione di moderni sistemi di gestione del rischio.

ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività"²; la domanda che viene da porsi, alla luce di ciò che si dirà, è: la sicurezza, di chi?

2. Le novità sul fronte amministrativo.

Prima di esaminare le disposizioni di rilievo penalistico, è utile richiamare le novità di carattere amministrativo.

L'art. 2 prevede l'istituzione del **garante del diritto alla salute**, funzione che le regioni e le province autonome potranno affidare al Difensore civico. Tale organismo può essere adito gratuitamente da ciascun soggetto destinatario di prestazioni sanitarie (o da un suo delegato) per segnalare eventuali disfunzioni del sistema di assistenza sanitaria o sociosanitaria. Il Difensore civico, in tale veste, acquisisce tutte le informazioni rilevanti, potendo anche intervenire, qualora venga ravvisata una lesione dei diritti, con i poteri e gli strumenti individuati dalla legislazione regionale.

Il comma IV dello stesso articolo prevede poi l'istituzione in ogni regione – sfruttando le risorse già disponibili (e dunque senza oneri ulteriori per le finanze pubbliche) – del **Centro per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente**, con compiti di raccolta, da parte di tutte le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private, dei dati relativi ai rischi ed eventi avversi e sul contenzioso, da trasmettere poi all'**Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità** (istituito e disciplinato dal successivo art. 3). Quest'ultimo, per semplicità denominato "Osservatorio", dovrà essere istituito con Decreto del Ministro della salute entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge presso l'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali; ad esso vengono attribuiti compiti di raccolta di informazioni e dati al fine di elaborare idonee misure di prevenzione e gestione del rischio e per la formazione ed aggiornamento del personale sanitario.

L'art. 5 ha, come si vedrà meglio in seguito, un risvolto fondamentale sul piano della responsabilità penale del sanitario: gli esercenti la professione sanitaria, nell'esercizio delle loro funzioni, devono attenersi alle raccomandazioni previste nelle linee guida o, in mancanza di esse, alle buone pratiche clinico-assistenziali, salve le specificità del caso concreto. La portata innovatrice della norma risiede nella disciplina che regola la pubblicazione di dette linee guida: esse verranno elaborate da una serie di soggetti (enti e istituzioni pubblici e privati, società scientifiche e associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie) che dovranno essere iscritti in un apposito elenco istituito dal Ministro della salute, da aggiornarsi biennialmente. Le linee guida così elaborate dovranno essere inserite nel **Sistema nazionale per le linee guida** (SNLG); l'Istituto superiore della sanità pubblica, previa verifica della sussistenza di tutti i requisiti di legge, provvederà a pubblicarle sul proprio sito *Internet*.

² In proposito – sempre in chiave provocatoria – si veda l'intervento dell'On. Federico Gelli, promotore della riforma, alla Camera dei Deputati nel corso dell'Assemblea del 25 gennaio 2016: "*Quale è l'obiettivo fondamentale del provvedimento? Quello di garantire la sicurezza delle cure come parte costitutiva del diritto alla salute*".

3. La responsabilità civile del medico e della struttura.

Novità da segnalare anche sul fronte della responsabilità civile, ove si assiste ad una parziale inversione di tendenza rispetto agli ultimi approdi giurisprudenziali in materia.

L'art. 7 prevede infatti che la responsabilità della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata, per i danni cagionati dagli esercenti la professione di cui essa si avvalga, è di natura contrattuale: risponde infatti ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c.

Il singolo operatore invece, salvo il caso in cui abbia agito nell'adempimento di una obbligazione contrattuale assunta col paziente, risponde a titolo di responsabilità extra-contrattuale *ex art. 2043 c.c.*

Giusto un accenno sulle conseguenze di tale scelta.

Più leggero l'onere probatorio nel primo caso, ove il danneggiato dovrà limitarsi a provare l'esistenza del titolo (il ricovero) e l'inadempimento; nel caso in cui invece voglia agire nei confronti del sanitario, l'attore sarà onerato di dar prova della sussistenza di tutti gli elementi a sostegno della domanda risarcitoria, sia dal punto di vista oggettivo (condotta, nesso ed evento) che soggettivo (colpa).

Diversi anche i termini prescrizione dell'azione: dieci anni per la prima ipotesi; cinque per la seconda.

4. Introduzione del reato di "Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario": art. 590-sexies c.p.

Come anticipato, è sul fronte penalistico che la riforma risulta maggiormente innovativa (nelle intenzioni) e deludente (nei risultati).

L'art. 6 della legge in commento prevede l'introduzione nel codice penale dell'art. 590-sexies: "1. *Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.*

2. *Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto*".

Si prevede inoltre l'abrogazione dell'art. 3 comma I del decreto-legge n. 158 del 2012³.

³ Per comodità si riporta il testo dell'abrogato art. 3 comma I del decreto-legge n. 158 del 2012: "L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo".

La riforma di recente introduzione ha da subito suscitato reazioni di favore sia a livello parlamentare, che nell'ambiente medico⁴; un'attenta lettura del provvedimento però deve porre quantomeno in dubbio la fondatezza di tale entusiasmo.

Prima di fornire un'analisi di dettaglio della nuova fattispecie pare utile passare in rassegna le varie "stagioni" giurisprudenziali e normative della responsabilità medica.

4.1. Evoluzioni normative e giurisprudenziali.

Nel corso degli anni, la materia della responsabilità penale dei sanitari ha visto un susseguirsi di orientamenti e di normative di riferimento che ne hanno, di volta in volta, modificato l'ambito di applicazione.

Le pronunce più risalenti, improntate ad un approccio particolarmente indulgente, consideravano l'esclusione della colpa come la regola, relegando ad eccezione le imputazioni colpose nei confronti dei medici. Secondo tale orientamento, il cui attaglio normativo veniva rinvenuto nel disposto dell'art. 2236 c.c., la responsabilità penale poteva configurarsi solo in casi in cui, a fronte di situazioni comportanti la soluzione di problemi tecnici particolarmente complessi, il sanitario fosse incorso in colpa grave per aver commesso macroscopiche violazioni delle regole dell'arte. La questione è arrivata anche alla Corte Costituzionale⁵ la quale ebbe modo di chiarire che, dal combinato disposto degli artt. 589, 42, 43 c.p. e 2263 c.c., derivasse una particolare disciplina della responsabilità penale degli esercenti le professioni intellettuali. La Consulta in quell'occasione ha escluso eventuali violazioni del principio di eguaglianza nella previsione della limitazione di responsabilità del medico, qualora la prestazione da questi resa avesse comportato la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà; con il correttivo però che tale eccezione si giustifica solo nell'ambito della perizia e non anche in quello della diligenza e della prudenza⁶.

Tale orientamento è stato però fortemente criticato tanto che, a partire dagli anni ottanta, si è consolidata una giurisprudenza radicalmente contrapposta⁷. È stata infatti negata l'estensibilità del principio espresso dall'art. 2236 c.c. nell'ambito del processo penale, ed è stato dato rilievo esclusivo, ai fini della valutazione della colpa, alle regole generali in materia *ex art.* 43 c.p. La norma civilistica, che ha riguardo alla disciplina del risarcimento

⁴ Lo stesso On. Gelli, in un'intervista riportata sul sito www.quotidianosanità.it ha dichiarato: "Siamo riusciti a portare a termine una legge che non esito a definire storica per la sanità italiana".

⁵ Corte Cost., 28 novembre 1973, n. 166, in giurcost.org.

⁶ La pronuncia in commento è stata così massimata: "Non è fondata in relazione all'art. 3 Cost., la questione di legittimità costituzionale degli artt. 589 e 42 del cod. pen. nella parte in cui consentono che nella valutazione della colpa professionale il giudice attribuisca rilevanza penale soltanto a gradi di colpa di tipo particolare. Infatti, il differente trattamento giuridico riservato al professionista la cui prestazione d'opera implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, e ad ogni altro agente che non si trovi nella stessa situazione, non può dirsi collegato puramente e semplicemente a condizioni (del soggetto) personali o sociali. La deroga alla regola generale della responsabilità penale per colpa ha in sé una sua adeguata ragione di essere e poi risulta ben contenuta, in quanto è operante, ed in modo restrittivo, in tema di perizia e questa presenta contenuto e limiti circoscritti".

⁷ Tra le altre, Cass. Pen., Sez. IV, 2 giugno 1987, n. 11733, in *CED, Rv. 177085*.

del danno a fronte di una prestazione professionale particolarmente complessa, non può trovare applicazione in materia penale né in via estensiva né in via analogica. Da ciò è conseguito che il grado della colpa, espunto dagli elementi costitutivi, ha mantenuto rilevanza ai soli fini della dosimetria della pena.

Nel tentativo di sopire il dibattito, nel 2012 è stato emanato il decreto-legge n. 158/2012 il quale prevedeva la non punibilità del sanitario al ricorrere di due presupposti: il rispetto delle linee guida o delle buone pratiche accreditate e l'assenza di colpa grave.

Successivamente alla sua entrata in vigore si sono formati due diversi orientamenti.

Il primo, assolutamente maggioritario, oltre ad affermare che le regole contenute nelle linee guida *“non danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica”*, chiarisce come la disciplina dalla riforma trovi il suo terreno di elezione nell'ambito della imperizia e, pertanto, la non punibilità per colpa lieve non possa estendersi alle ipotesi di errori dovuti a negligenza o imprudenza⁸. Questa interpretazione muove dal presupposto che le linee guida contengano esclusivamente regole di perizia.

Più di recente però si è assistito ad un'apertura da parte della stessa Quarta Sezione della Cassazione verso un'interpretazione più ampia del citato art. 3. Ed infatti, in considerazione del fatto che all'interno del variegato panorama delle linee guida è possibile rinvenire anche raccomandazioni *“rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta del soggetto agente sia quello della diligenza, come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardino più la sfera dell'accuratezza, che quelle della adeguatezza professionale”* si è arrivati ad affermare che *“la limitazione di responsabilità, in caso di colpa lieve, può operare per le condotte professionali conformi alle linee guida ed alle buone pratiche, anche in caso di errori che siano connotati da profili di colpa generica diversi dall'imperizia”*⁹.

È all'interno di questo quadro che, con il dichiarato obiettivo di eliminare ogni possibile dubbio in materia, il 1 aprile 2017 è entrata in vigore la legge n. 24/2017.

4.2. La nuova fattispecie.

La fattispecie introdotta dall'art. 590-*sexies* c.p. risulta così strutturata:

- al comma I si ha, a fini sanzionatori, l'equiparazione tra le condotte di lesioni ed omicidio colposo “comuni” e quelle commesse nell'esercizio della professione sanitaria;
- il comma II invece prevede l'esclusione della punibilità per il sanitario quando: i) l'evento (di lesioni o di omicidio colposo) si sia verificato a causa di imperizia; ii) l'agente abbia rispettato le raccomandazioni previste dalle linee guida definite e pubblicate ai sensi di legge (il riferimento è alle norme sopra commentate che ne disciplinano la pubblicazio-

⁸ In termini, Cass. Pen., Sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 11493, in *CED, Rv. 254756*; Cass. Pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, in *CED, Rv. 255105*.

⁹ Cass. Pen., Sez. IV, 6 giugno 2016, n. 23283, in *CED, Rv. 266904*.

ne) o, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali; iii) le linee guida (ma anche, nonostante il mancato riferimento testuale, le buone pratiche¹⁰) risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

Le considerazioni più immediate che derivano dalla lettura della norma sono le seguenti.

Rispetto al passato è stato eliminato ogni riferimento alla colpa grave¹¹: si è voluto dunque risolvere il dibattito formatosi successivamente all'entrata in vigore del decreto Balduzzi circa gli esatti confini tra *culpa levis* e *culpa lata*, la cui rilevanza, in teoria, permane solo ai fini della determinazione del trattamento sanzionatorio.

Inoltre, nell'intenzione di aderire a quell'orientamento sopra richiamato ed espresso, tra le altre, dalle note sentenze *Cantore*¹² e *Pagano*¹³, si è voluto chiarire come l'ambito applicativo della non punibilità sia limitato alle ipotesi di colpa dovute ad imperizia del sanitario.

Ancora, visto l'espresso richiamo alle fattispecie ivi richiamate, la non punibilità del sanitario risulta riferibile solo alle ipotesi di lesioni ed omicidio colposi e non anche, come astrattamente ipotizzabile in passato, rispetto ad altre fattispecie (ad esempio, seppur meno frequenti, per i casi di interruzione colposa di gravidanza).

Infine, rispondendo ad istanze di tipicità e determinatezza, il Legislatore ha voluto ancorare la non punibilità al rispetto delle linee guida e le buone pratiche "*definite e pubblicate ai sensi di legge*": questo è senz'altro un aspetto positivo della riforma, considerando che la disposizione abrogata faceva esclusivamente riferimento alle linee guida e buone pratiche "*accreditate dalla comunità scientifica*".

Quanto detto porta a dare una prima lettura della norma in questi termini: la punibilità andrà esclusa per quelle ipotesi nelle quali il sanitario, seppur imperito, abbia correttamente individuato la patologia del paziente e selezionato le linee guida riferibili ad essa, ove la situazione concreta non presentava delle specificità tali da indurre un allontanamento da tali raccomandazioni – le quali dunque erano adeguate al caso concreto. Si consideri al riguardo come il giudizio di adeguatezza al caso concreto viene rimesso all'apprezzamento del giudice (eventualmente con l'ausilio di un perito), nella sua veste di *peritus peritorum*, da effettuarsi rigorosamente *ex ante* e sulla base delle specifiche circostanze del caso concreto conosciute o conoscibili dall'agente.

Permangono invece profili di responsabilità penale sia nel caso in cui vi sia stata una violazione di dette linee guida, sia nell'ipotesi in cui queste non fossero adeguate al caso concreto e, pertanto, l'agente se ne sarebbe dovuto discostare.

¹⁰ Tale estensione si ritiene operabile per ragioni di coerenza logica e sulla base di un'interpretazione sistematica del testo di legge: non avrebbe alcun senso prevedere l'esclusione della punibilità in caso di rispetto delle buone pratiche clinico-assistenziali – in assenza delle linee guida – qualora queste non siano adeguate al caso concreto. Diversamente opinando si frustrerebbe l'impianto e le intenzioni della riforma ed inoltre la norma risulterebbe intrinsecamente incoerente.

¹¹ Peraltro deve segnalarsi come la prima versione della riforma, poi modificata dal c.d. *rimpallo* parlamentare, prevedeva ancora il richiamo alla colpa grave.

¹² Cass. Pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, cit.

¹³ Cass. Pen., Sez. IV, 11 marzo 2013, n. 11493, cit.

4.3. La rilevanza attribuita alle linee guida.

Preliminarmente pare utile richiamare la definizione di linea guida così come elaborata dalla comunità scientifica internazionale¹⁴, e fatta propria anche dalla giurisprudenza interna: esse sono “*raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche*”.

Una lettura sistematica della legge in commento rende evidente come il Legislatore abbia inteso porre al centro del sistema le linee guida; tale assunto porta a sviluppare alcune considerazioni di segno opposto.

Lo sforzo di tipizzazione delle fonti di riferimento per gli esercenti le professioni sanitarie è sicuramente un aspetto positivo della riforma. In passato, il decreto Balduzzi era stato fortemente criticato, tra le altre, per l'evidente *deficit* di determinatezza, laddove la non punibilità era stata legata al rispetto delle linee guida e buone pratiche “*accreditate dalla comunità scientifica*”. La formula della legge risultava caratterizzata da una eccessiva elasticità ed indeterminatezza, essendo di volta in volta rimessa alla discrezionalità del giudice l'individuazione delle linee guida applicabili al caso concreto¹⁵.

Il nuovo sistema, quando entrerà definitivamente a regime, avrà senz'altro il vantaggio di fornire a tutti i soggetti coinvolti (sanitari, giudici, pubblici ministeri, avvocati) una più immediata individuazione delle regole cautelari riferibili ad ogni singolo settore.

Si è già detto nei capitoli precedenti della disciplina dettata dalla riforma per l'individuazione dei soggetti accreditati all'emanazione delle linee guida, oltre che della valorizzazione del ruolo del Servizio Nazionale per le linee guida (art. 5). Così facendo il risultato dovrebbe essere duplice: porre un freno al *frenetico* proliferare delle linee guida; eliminare i difetti di tipicità emersi nel vigore della precedente normativa.

Come detto però tale impostazione porta con sé anche un velo di scetticismo verso la scelta operata dal Legislatore.

Ed infatti, nonostante la giurisprudenza e la dottrina¹⁶ abbiano a più riprese chiarito come le regole contenute all'interno delle linee guida non possano assurgere al rango di “discipline”, la tendenza pare essere quella di avvicinare sempre di più la colpa del sanitario per la violazione delle linee guida alle ipotesi di colpa specifica. L'impressione, nonostante i proclami, è che sia stata dettata una disciplina simile a quella prevista ad esempio in tema di circolazione stradale o di sicurezza sul lavoro.

¹⁴ Institute of Medicine. *Guidelines for clinical practice: from Development to Use*. Washington DC: The National Academies Press, 1992; IOM. *Clinical Practice Guidelines: We Can Trust*. Washington DC: The National Academies Press, 2011.

¹⁵ La questione venne rimessa alla Corte Costituzionale da parte del Tribunale di Milano: è noto però come la Corte, con l'Ord. 6 dicembre 2013, n. 295, in *giurcost.org*, pervenne sul punto pervenne ad un *non liquet*, dichiarando manifestamente inammissibile la questione per omessa indicazione delle ragioni della rilevanza di questa nell'ambito del giudizio *a quo*.

¹⁶ P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, tomo II, *I delitti colposi*, Padova, 2003, 178.

Ma se anche così non fosse, certo è che il sistema di accreditamento previsto dalla legge in commento porta con sé l'obiettivo di codificare tutte le regole cautelari dell'attività medica. Obiettivo che mal si concilia con un settore (appunto quello medico) che potrebbe definirsi ontologicamente in contrasto con una formalizzazione ed una standardizzazione delle cautele cui devono attenersi i vari operatori coinvolti¹⁷.

Acuta al riguardo l'osservazione di un'Autrice: *“penso che le difficoltà tecniche nella progettazione di un ponte, di una centrale nucleare o di un'astronave possano anche essere maggiori quantitativamente, ma che siano qualitativamente diverse da quelle che si incontrano nel settore medico. Se infatti nel primo caso si avrà a che fare con complesse nozioni e leggi della fisica (difficili da possedere e da usare, ma) che (comunque) consentono ad un agente modello di avvicinare, a date condizioni, standard di certezza, non altrettanto accade nel secondo caso, dove il sostrato empirico è diverso. In materia sanitaria è la casualità della biologia a rivelarsi – come noto – incoercibile e a precludere, su un piano ontologico, prognosi esatte, al di là della perizia e delle conoscenze del sanitario”*¹⁸.

I dubbi e le perplessità al riguardo derivano dunque dal ruolo centrale che viene attribuito alle linee guida nell'ambito dell'attività sanitaria divenendo, di fatto, obbligatorio il loro ossequio per evitare di incorrere in profili di responsabilità. Sul punto si è addirittura parlato di “vittoria dei lineaguidari”¹⁹.

Il rischio è che tale sistema porti a conseguenze negative per la salute dei pazienti: a fronte delle esigenze di cura che richiedono una necessaria e fisiologica individualizzazione del trattamento, è facile ipotizzare una condotta dei sanitari maggiormente attenta al rispetto delle linee guida (che, inevitabilmente, sono raccomandazioni ideali e studiate su pazienti ideali!) piuttosto che alle reali necessità del malato²⁰.

Ulteriore riflesso negativo di tale sistema è il rischio che a risentirne possa essere anche lo sviluppo scientifico della medicina con conseguente paralisi del progresso: quale medico darà più sfogo al proprio intuito? In altre parole, pare che il medico venga così privato dei più importanti *strumenti* del settore: intuito ed esperienza personale.

Va detto che la clausola di salvaguardia, *“salve le specificità del caso concreto”*, attenua in parte i dubbi paventati. Ed infatti, almeno in teoria, la necessaria ponderazione del quadro clinico del paziente potrebbe e dovrebbe portare il sanitario a discostarsi dalle linee guida individuate qualora egli non le ritenga adeguate.

¹⁷ Una completa analisi sul punto si ritrova in G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 marzo 2017, 16 e ss.

¹⁸ O. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen. (web)*, 1, 2014, 6.

¹⁹ In questi termini, in chiave ironica, I. CAVICCHI, *Linee guida e buone pratiche. Limiti, aporie, presagi*, in *Linee guida e buone pratiche. Implicazioni giuridiche e medico-legali. Cosa cambia nella sanità*, a cura di L. Ventre, in *www.quotidianosanità.it*, 12 gennaio 2017.

²⁰ Da ciò deriva il dubbio provocatorio espresso in premessa.

Ma non vi è però chi non veda come, a fronte di una legge che, si ripete, pone al centro dell'attività medica le linee guida e le buone pratiche clinico-assistenziali, sarà sempre più arduo per i medici discostarsi da esse.

4.4. Le contraddizioni della norma.

Arrivati a questo punto della trattazione, è possibile tentare di dare una lettura più approfondita della norma di nuova introduzione, cercando di individuare quale sia – ma soprattutto, per ciò che si dirà, se vi è – il reale ambito applicativo della non punibilità prevista all'art. 590-*sexies* comma II c.p.

Sulla scorta dell'esperienza passata e dei criteri elaborati dalla giurisprudenza di legittimità, le ipotesi di imperizia del sanitario venivano riconosciute nei seguenti casi: i) qualora vi fosse una errata individuazione delle linee guida o delle buone pratiche clinico-assistenziali; ii) quando, pur avendo correttamente individuato le regole da osservare, questi avesse commesso un errore nella loro attuazione per non averle adattate alle peculiarità del caso concreto; iii) quando infine, in presenza di una situazione tale per cui le specificità delle condizioni cliniche del paziente suggerissero un scostamento da dette linee guida, il sanitario avesse ommesso di allontanarvisi²¹.

Tale ricostruzione risulta peraltro coerente con la definizione di imperizia fornita dalla tradizionale dottrina penalistica che, pur consapevole del fatto che tra le tre categorie della colpa generica non sia possibile dare una netta differenziazione, considera l'imperizia come violazione delle *leges artis*, per ignoranza della loro esistenza, inattitudine ad applicarle o mancata applicazione concreta²².

Ed allora, delineati in questi termini i confini, seppur in parte sfumati, della imperizia, il dubbio è che la norma in commento da un lato si risolva in una contraddizione in termini e dall'altro paia quasi dire l'ovvio, rendendo in tal modo difficile fornirne un'interpretazione che ne faccia salva l'applicabilità.

Al fine di evidenziare la contraddizione intrinseca è necessario scomporre la norma.

La prima parte del comma II dell'art. 590-*sexies* c.p. muove dal presupposto che l'evento si sia verificato a causa di imperizia. Da ciò deriva che, per una precisa scelta del Legislatore, la non punibilità potrà operare solo nelle ipotesi in cui vi sia un nesso eziologico tra l'evento e una condotta imperita del sanitario; dunque quando questo si sia verificato o per violazione delle linee guida o delle buone pratiche, o quando queste siano state rispettate in un caso in cui il medico doveva discostarsene.

La seconda parte del citato comma II afferma che, nelle ipotesi richiamate dalla prima parte (evento verificatosi a causa di imperizia), la punibilità sarà esclusa quando siano state rispettate le linee guida o le buone pratiche clinico-assistenziali, e queste risultino

²¹ In termini, Cass. Pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, cit.

²² F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 344.

adeguate alle specificità del caso concreto (e quindi il medico bene ha fatto a rispettarle, non essendovi una situazione che suggerisse un allontanamento).

Come si vede, i due postulati contenuti all'interno dello stesso comma risultano tra loro incompatibili: in quale caso si potrà ipotizzare al contempo un ossequio alle linee guida adeguate al caso concreto e ciononostante una imperizia del sanitario? O il medico è stato imperito (e dunque ha violato le raccomandazioni oppure queste non erano adeguate alle peculiarità del caso clinico); oppure ha rispettato le linee guida, che erano anche adeguate, e dunque non si potrà parlare di imperizia.

Per tentare di risolvere l'*impasse*, potremmo ipotizzare una situazione in cui, a fronte di linee guida correttamente individuate per il caso concreto, vi sia stato un errore nel gesto tecnico da parte del medico ad esempio nell'uso dello strumento. Ma in un caso del genere si potrà realmente parlare di imperizia? Forse risulta più *comoda* la veste dalla imprudenza. In questo senso si esprime anche la giurisprudenza di legittimità in una vicenda in cui un sanitario è stato accusato di aver posto in essere una manovra caratterizzata da un uso eccessivo della forza: il fondamento della colpa è stato rinvenuto non tanto nella violazione delle linee guida quanto piuttosto in una sua imprudenza²³.

O ancora, si potrebbe ipotizzare che il Legislatore abbia inteso escludere l'esistenza di un binomio di equivalenza *leges artis*-linee guida (o buone pratiche). Ma anche qualora non si volesse seguire tale orientamento, questa ricostruzione non pare coerente con gli scopi della riforma. Ed infatti, essendo stato eliminato il riferimento alla colpa grave, in casi del genere dovrebbero andare esenti da responsabilità tutte quelle condotte connotate da errore del gesto tecnico, comprese le più marchiane ed eclatanti. A ciò si potrebbe obiettare che, in tali ipotesi, la norma non troverebbe applicazione in quanto non si potrebbero dire rispettate le linee guida. Così facendo però si andrebbe a recuperare il concetto di colpa grave in contrasto, come detto, con l'intento del Legislatore che ha deliberatamente espunto tale assunto della norma. In questo senso, immaginando che il panorama delle regole dell'arte cui il medico deve attenersi nella sua attività sia più ampio e solo in parte coincidente con quello delle linee guida, la norma potrebbe riferirsi a casi in cui il sanitario sia imperito per non aver rispettato una regola cautelare diversa dalle linee guida, mentre queste siano state correttamente individuate ed applicate.

Anche tale ricostruzione però non convince per una serie di motivi.

Anzitutto perché risulterebbe in contrasto con la definizione di imperizia fornita sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza più sopra richiamate.

Inoltre negli anni si è assistito ad un proliferare di linee guida che potremmo definire frenetico, al punto tale che è possibile ritenere che esse, unitamente alle buone pratiche clinico-assistenziali, ricoprano tutto l'ambito, per lo meno in linea teorica ed astratta, dell'agire medico. Molto evocativa al riguardo la definizione di alcuni Autori che chiarisco-

²³ Così in Cass. Pen., Sez. IV, 20 marzo 2015, n. 16944, in *CED, Rv. 263389*.

no come ci si trovi di fronte ad un vero e proprio “*mare magnum*” di linee guida²⁴.

Inoltre, proprio in virtù di quella tendenza sopra richiamata di porre al centro del sistema le linee guida tramite una procedura di standardizzazione di esse, questa sarebbe una interpretazione che andrebbe in parte a porsi in contraddizione – ma a questo punto non ci si potrebbe stupire – con l’intero impianto della riforma.

Lasciando aperta la questione, e focalizzandosi esclusivamente sulla seconda parte della norma, come detto sembra che essa arrivi a dire ciò che è ovvio. Ed infatti, l’affermazione per cui non è punibile il medico che abbia correttamente rispettato le linee guida o le buone pratiche clinico-assistenziali adeguate alle specificità del caso concreto, nulla aggiunge rispetto ai principi generali del diritto penale. Perché mai dovrebbe ritenersi penalmente responsabile l’agente che abbia tenuto una condotta irreprensibile? Per quale ragione si è avvertita l’esigenza di prevedere una causa di non punibilità “speciale”? La norma sembra dire: il medico che non è rimproverabile non è neanche punibile (e meno male!).

Così ricostruita la norma, essa pare quindi ottenere l’effetto opposto di quello desiderato: non soltanto non giunge a restringere ulteriormente l’ambito della responsabilità medica, ma anzi cancella di fatto anche l’applicabilità della causa di non punibilità introdotta con il decreto Balduzzi, riportando la colpa medica alle regole generali del diritto penale. In altri termini, pare essere una disposizione inutile e priva di reali possibilità applicative.

Come detto allo stato pare impossibile dare una soluzione ai tanti e troppi interrogativi che si presentano di fronte a chi legga il testo di nuova introduzione, ma la sensazione è che il Legislatore non sia riuscito a raggiungere gli obiettivi tanto professati.

4.5. Profili di diritto intertemporale.

Un’analisi completa della riforma non può prescindere da un accenno ai risvolti attinenti alla successione di leggi penali nel tempo dal momento che, come già ricordato, l’art 6 della legge 24/2017 ha previsto l’abrogazione dell’art. 3 comma I del decreto-legge n. 158/2012.

Nel vigore del decreto Balduzzi la Cassazione ha avuto modo di chiarire come la limitazione di responsabilità per gli esercenti le professioni sanitarie avesse comportato un’ipotesi di *abolitio criminis* parziale delle norme incriminatrici, con conseguente applicazione dell’art. 2 comma II c.p.²⁵.

²⁴ G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, cit, 18.

²⁵ Cass. Pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, cit.: “*Tale struttura della riforma da corpo ad un tipico caso di abolitio criminis parziale. Si è infatti in presenza di norma incriminatrice speciale che sopravviene e che restringe l’area applicativa della norma anteriormente vigente. Si avvicendano nel tempo norme in rapporto di genere a specie: due incriminazioni di cui quella successiva restringe l’area del penalmente rilevante individuata da quella anteriore, ritagliando implicitamente due sottofattispecie, quella che conserva rilievo penale e quella che, invece, diviene penalmente irrilevante. Tale ultima sottofattispecie è propriamente oggetto di abrogazione. La valutazione non muta se, per controprova, si guardano le cose sul piano dei valori: il legislatore ha ritenuto di non considerare sogget-*

A questo punto, seguendo le indicazioni che emergono dai lavori preparatori, la norma di nuova introduzione dovrebbe essere di favore rispetto alla fattispecie previgente; se così fosse essa dovrebbe trovare applicazione anche retroattivamente, proprio perché in *bonam partem*.

Quanto detto finora pare però porre in dubbio l'affermazione per cui l'art. 590-*sexies* c.p. risulti più favorevole in tutte le situazioni rispetto alla disciplina introdotta nel 2012.

Procedendo per ipotesi, nel caso in cui il sanitario abbia correttamente individuato le linee guida adeguate al caso concreto, ma sia incorso in un errore nella loro applicazione, la nuova normativa potrebbe in astratto risultare effettivamente più favorevole in quanto la punibilità verrebbe esclusa a prescindere dal grado della colpa. Come detto però, in casi del genere è possibile ipotizzare che tale condotta possa venir ricompresa nella categoria della imprudenza piuttosto che della imperizia; o ancora, è facile immaginare che in questa situazione potrebbero considerarsi non rispettate le linee guida.

Nell'ipotesi in cui il sanitario abbia rispettato le linee guida, ma queste non siano adeguate al caso concreto, non vi è dubbio che la disciplina abrogata fosse più tollerante, escludendo la punibilità dell'agente qualora l'errore fosse dipeso da colpa lieve; attualmente invece in siffatte ipotesi non vi sarebbe alcun margine di operatività della non punibilità.

Si consideri poi l'ipotesi in cui il sanitario venga chiamato a rispondere per una sua condotta negligente o imprudente. Il tenore letterale dell'art. 590-*sexies* c.p. esclude categoricamente la possibilità che questi possa andare esente da responsabilità; diversamente, seguendo gli approdi cui era arrivata la giurisprudenza di legittimità negli ultimi periodi²⁶, la punibilità sarebbe esclusa in caso di colpa lieve.

Le situazioni che si possono ipotizzare sono molteplici (ad esempio qualora il reato contestato fosse quello di interruzione colposa di gravidanza), ma ciò che è evidente è che difficilmente potrà affermarsi con certezza che la fattispecie di reato introdotta con la legge in commento risulti sempre e comunque più favorevole rispetto al passato.

Del resto tali dubbi sono espressi anche dalla Corte di Cassazione in una recentissima pronuncia. Dopo aver annullato con rinvio la sentenza impugnata, la Corte afferma che *“non è chi non veda che l'entrata in vigore delle disposizioni ora richiamate assume rilievo nell'ambito del giudizio di rinvio, posto che la Corte di Appello, chiamata a riconsiderare il tema della responsabilità dell'imputato, dovrà verificare l'ambito applicativo della sopravvenuta normativa sostanziale di riferimento, disciplinante le responsabilità colposa per morte o lesioni personali provocate da parte del sanitario. E lo scrutinio dovrà specificamente riguardare l'individuazione della legge ritenuta più favorevole, tra quelle*

tivamente rimproverabili e quindi penalmente rilevanti comportamenti che, per le ragioni ormai più volte ripetute, presentano tenue disvalore. Il parziale effetto abrogativo, naturalmente, chiama in causa la disciplina dell'articolo 2 comma 2 c.p., e quindi l'efficacia retroattiva dell'innovazione”.

²⁶ Tra le altre, Cass. Pen., Sez. IV, 6 giugno 2016, n. 23283, cit.

*succedutesi nel tempo, da applicare al caso di giudizio, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2 comma 4, cod. pen., secondo gli alternativi criteri della irretroattività della modificazione sfavorevole ovvero della retroattività della nuova disciplina più favorevole*²⁷.

Probabilmente, la Corte avrebbe potuto fare uno sforzo ulteriore rispondendo all'interrogativo invece di limitarsi a porlo e rimettendo la non semplice questione (per usare un eufemismo) alla Corte d'Appello; il dubbio è che il Supremo Collegio si sia trovato di fronte allo stesso disorientamento avvertito da chi scrive.

5. Conclusioni.

Arrivati al termine dell'analisi della legge "Gelli-Bianco" è possibile sviluppare delle considerazioni conclusive.

Non vi è dubbio, per come evidenziato, che la riforma abbia degli aspetti positivi, come ad esempio l'art. 5 che finalmente chiarisce e riordina la disciplina della emanazione e pubblicazione delle linee guida.

Gli aspetti più problematici però si rinvengono in tema di responsabilità penale del sanitario dove, diversamente dalle intenzioni, il Legislatore pare non aver colto nel segno. Se l'obiettivo era quello di risolvere le criticità emerse a seguito dell'emanazione del decreto Balduzzi, la sensazione è che, al contrario, ci si trovi di fronte ad un testo di legge che porta con sé più problemi rispetto a quelli che risolve.

È facile ipotizzare come a breve ci troveremo dinanzi ad una serie di pronunce di legittimità, probabilmente tra loro anche contrastanti, che non riusciranno a sopire il dibattito.

L'auspicio, allo stato difficilmente realizzabile, è un nuovo intervento legislativo che riesca finalmente a dare una disciplina chiara e lineare in una materia che, per la sua delicatezza e per l'importanza degli interessi coinvolti, non può e non deve esser lasciata nelle sole mani degli interpreti.

²⁷ Cass. Pen., Sez. IV, 16 marzo 2017, n. 16140, in *CED – Sentenze Web*.

Cass. Pen., Sez. V, 23 novembre 2016 (dep. 13 febbraio 2017), Pres. Fumo – Rel. Caputo

Misure coercitive – Cumulo – Legittimità – Limiti

In caso di sostituzione della misura degli arresti domiciliari, ai sensi dell'art. 299, co. 2 c.p.p., è legittima l'applicazione cumulativa dell'obbligo di presentazione della P.g. e dell'obbligo di dimora nel comune di residenza, se le misure congiuntamente applicate non determinano una condizione di maggiore afflittività per l'imputato.

Dalle
Corti

Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista

Il cumulo tra le misure dopo la l. n. 47 del 2015 tra nuove ipotesi applicative e vecchie questioni di fondo

1. Premessa: il cumulo tra le misure cautelari prima della l. n. 47 del 2015.

Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione torna a pronunciarsi sui margini entro cui, nel nostro sistema processuale, è consentita l'applicazione in via cumulativa di diverse misure cautelari.

Si tratta di una pronuncia degna di nota non solo, come si dirà, per le conclusioni alle quali è pervenuta, ma anche perché rappresenta una delle prime riflessioni sul tema sviluppate dalla Cassazione dopo le modifiche che la l. n. 47 del 2015 ha apportato al sistema cautelare¹.

Prima di analizzare il merito della decisione è bene però chiarire quale fosse lo stato dell'arte anteriormente alla novella.

Nell'assetto previgente, la possibilità di applicare contemporaneamente più misure cautelari era espressamente prevista dall'art. 276 c. 1 c.p.p., nel caso di trasgressione delle prescrizioni della misura applicata e dall'art. 307 c. 1 bis c.p.p., nel caso di scarcerazione dell'imputato per decorrenza dei termini di fase, sempre a patto che il titolo cautelare fosse stato emesso in relazione a taluno dei reati indicati nell'art. 407, c. 2 lett. a) c.p.p.

Tale assetto normativo è stato oggetto di scrutinio da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione le quali hanno affermato il principio di diritto secondo il quale l'applicazione

¹ Per quanto riguarda la dottrina, si vedano A. A. MARANDOLA, *I nuovi criteri di scelta della misura*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di G.M. Baccari, K. La Regina, E.M. Mancuso, Torino, 2015, 406 e ss., e G. SPANGHER, *Una piccola riforma della custodia cautelare*, *ivi*, 384.

cumulativa di misure cautelari personali può essere disposta nei casi espressamente previsti dalla legge².

A sostegno di tale interpretazione, il Supremo Collegio ha innanzitutto dato risalto all'assenza, nelle norme volte a regolare la fase genetica di applicazione della misura cautelare, di riferimenti alla possibilità di cumulo tra le misure. Il fatto poi che, nell'art. 275 c.p.p., le misure da applicare in applicazione dei criteri di scelta ivi contemplati sono sempre menzionate al singolare offrirebbe, ad avviso del *plenum*, la riprova di una generale repulsione del sistema al fenomeno della cumulatività.

A conclusioni non dissimili condurrebbe poi l'art. 299 c.p.p., il quale nel regolare la fase dinamica della dimensione cautelare, prevede infatti che, in sede di sostituzione – tanto *in melius* quanto *in peius* – della misura originariamente applicata, il giudice faccia ricorso non a più misure disposte congiuntamente ma sempre ad una diversa misura singolarmente considerata.

Oltre che per ragioni letterali, la tesi che esclude la possibilità di un generale ricorso al cumulo tra le misure viene preferita perché ritenuta l'unica coerente con la logica di fondo che permea la materia cautelare e che trova nell'art. 272 c.p.p. il suo principale pilastro.

Rilevano, infatti, le Sezioni Unite come tale disposizione nel prevedere che «*le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo*», non solo ribadisca la valenza che nella materia *de qua* – in ossequio al disposto costituzionale ex art. 13 Cost. – assume il principio di legalità, ma esprima la volontà del legislatore di affermare l'operatività di un vero e proprio principio di tassatività volto a circoscrivere in un “numero chiuso” le tipologie di misure limitative della libertà utilizzabili in funzione cautelare.

Da tale ricostruzione del sistema le Sezioni Unite sono quindi giunte alla conclusione che al giudice è inibito di combinare i contenuti afflittivi di diverse misure cautelari, ovvero di imporre prescrizioni non previste dalle disposizioni di legge, né tantomeno applicare più misure congiuntamente, posto che, in ciascuno di questi casi, si finirebbe per dar vita ad un tipo di misura cautelare del tutto nuovo, non contemplato dal codice di rito e come tale contrastante con l'esplicito divieto contenuto nell'art. 272 c.p.p.

2. Il cambio di rotta della Cassazione dopo la l. n. 47 del 2015.

Tra le varie modifiche che la l. n. 47 del 2015 ha apportato alla disciplina cautelare figurano, come detto, alcuni interventi che incidono anche sul tema del cumulo tra diverse misure cautelari.

² Cfr., Cass., Sez. un., 30 maggio 2006, LA STELLA, in *Dir.giust.*, con nota adesiva di A. MACCHIA, *Provvedimenti de libertate, no al cumulo. Ma il nodo è l'equilibrio del sistema*; in *Guida dir.*, 2006, n. 39, 72, con nota di A. CISTERNA, *Tracciata sul principio di legalità la linea seguita dalle Sezioni Unite*; in senso critico, v. G. SPANGHER, *Misure cautelari: dubbi sul no al cumulo*, in *Dir. giust.*, 2006, 69.

L'art. 3 della suddetta legge ha infatti modificato il primo periodo del comma 3 dell'art. 275 c.p.p. stabilendo che la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive «*anche se applicate cumulativamente*» risultino inadeguate.

L'art. 9 ha, invece, modificato il c. 4 dell'art. 299 c.p.p. stabilendo che, fermo quanto previsto dall'art. 276, quando le esigenze cautelari risultino aggravate, il giudice, su richiesta del p.m., sostituisce la misura applicata con un'altra più grave ovvero ne dispone l'applicazione con modalità più gravose o «*applica congiuntamente altra misura coercitiva o interdittiva*».

Alla luce di queste modifiche, il nodo da sciogliere è se il cumulo tra le misure possa ancora oggi considerarsi un fenomeno relegato ai casi espressamente previsti dalla legge o se ormai possa considerarsi come una normale e incondizionata forma di esercizio del potere cautelare.

Questa seconda chiave di lettura viene abbracciata dai giudici della seconda sezione della Cassazione che, nella pronuncia annotata, affermano infatti la necessità di superare il principio affermato con la sentenza c.d. La Stella, ormai ritenuto non più in linea con l'assetto attuale della disciplina cautelare.

Chiara segnale di rottura con la concezione posta a base del sistema previgente si riscontrerebbe, innanzitutto, nell'interpolazione dell'art. 275 c. 3 c.p.p. attraverso cui la possibilità di cumulo tra le misure è stata estesa anche alla fase genetica della vicenda cautelare.

Ma l'importanza di tale modifica, come di quella che ha interessato l'art. 299 c. 4 c.p.p., risiederebbe soprattutto nel fatto che esse sono accomunate dalla medesima *ratio* di dare massima attuazione al principio – di diretta ascendenza costituzionale ex art. 13 Cost. – del minor sacrificio necessario della libertà personale.

In questo nuovo scenario, il cumulo tra le misure assume dunque portata generale nella misura in cui si pone quale espressione di un principio che, come chiarito dalla Corte costituzionale, ha una valenza interpretativa tale da imporre all'interprete di privilegiare la soluzione esegetica che, attraverso l'ampliamento della gamma graduata delle misure cautelari adottabili, assicuri la massima valorizzazione del canone dell'adeguatezza e, con essa, una migliore garanzia al principio del minor sacrificio della libertà personale.

A conclusione della sua disamina, la Cassazione precisa come l'applicabilità cumulativa delle misure incontri un duplice limite: nell'ipotesi di cui all'art. 299 c. 2 c.p.p. il limite del *favor rei*, nel senso che le misure congiuntamente applicate non possono determinare una condizione di maggior afflittività per l'imputato; su un piano generale, l'ulteriore limite in forza del quale il cumulo deve riguardare solo misure applicate nei contenuti coercitivi o interdittivi previsti dalla legge: i principi di legalità e di tassatività ostano all'individuazione di contenuti diversi da quelli tipici di ciascuna tipologia di misura cautelare.

3. Il sistema cautelare tra il dover essere dei principi e l'essere delle norme.

Rispetto al quadro tratteggiato con la sentenza c.d. La Stella, la pronuncia in esame consegna agli operatori del diritto un sistema delle cautele penali certamente più ri-

spettoso dei principi e delle garanzie che la Costituzione pone a presidio della libertà personale.

Tuttavia, corre l'obbligo sottolineare come tale ricostruzione, lungi dal mantenersi nell'alveo di un'interpretazione costituzionalmente orientata dei dati normativi vigenti, appaia piuttosto il frutto di una loro vera e propria riscrittura in chiave giurisprudenziale.

Sostiene la Cassazione che il mutato scenario normativo non offrirebbe più supporto alla posizione precedentemente assunta dalle Sezioni Unite ma, a ben guardare, nessuna delle modifiche introdotte dalla l. n. 47 del 2015 ha inciso sul significato e sulla portata del principio di tassatività ex art. 272 c.p.p. valorizzato nella pronuncia c.d. La Stella.

A ciò deve aggiungersi che tra le innovazioni apportate dalla novella è del tutto assente una norma che qualifichi il cumulo tra le misure alla stregua di una modalità ordinaria di esercizio del potere cautelare come pure non vi è dubbio che, cumulando tra loro diverse misure, si sfocia, a tutt'oggi, nell'applicazione di una nuova misura cautelare, avente natura complessa, che non figura tra i tipi di misure cautelari tassativamente previste dal codice di rito³.

Se dunque le coordinate di fondo del sistema non sono mutate, le modifiche introdotte dalla novella, per il carattere inequivoco delle parole utilizzate, hanno quale effetto quello di autorizzare il cumulo delle misure esclusivamente quando ciò sia necessario per scongiurare l'applicazione della custodia in carcere ovvero in caso di aggravamento delle esigenze cautelari.

Che poi un simile assetto appaia, in alcuni casi, irragionevole – è il caso, ad esempio, del raffronto del nuovo art. 299 c. 4 c.p.p. con i casi di sostituzione *in melius* della misura ex comma 2 della medesima disposizione, ove il cumulo delle misure non è previsto – e comunque non rispettoso del principio del minor sacrificio necessario è un dato di fatto che, però, per quanto indiscutibile, non vale comunque a giustificare forzature interpretative⁴.

Il punto è che i dati normativi vigenti, dal punto di vista del loro tenore letterale, non lasciano spazi per interpretazioni alternative che siano maggiormente conformi a Costituzione di modo che, tra il dover essere dei principi e l'essere delle norme si profila, in definitiva, uno scarto che solo al legislatore o, in alternativa, alla Consulta con una pronuncia di tipo additivo, è consentito di colmare.

LUIGI LUDOVICI

³ Contra. V. però, D. NEGRI, *Tecniche di riduzione della custodia in carcere ad extrema ratio*, in *Le misure cautelari personali nella strategia del «minimo sacrificio necessario»*, a cura di D. CHINNICI, Roma, 2015, 44, secondo il quale si crea una nuova misura, ad esempio, cumulando prescrizioni di diverse misure, non quando si applicano congiuntamente più misure legalmente previste.

⁴ Contra, v., però, SPAGNOLO, *L'assetto codicistico tra gradualità e adeguatezza*, in P. Bronzo, K. La Regina, P. Spagnolo, *Il pluralismo delle misure cautelari personali. Tra tipicità e adeguatezza*, Padova, 2017, 15, ove l'Autrice, pur riconoscendo le indubbie limitazioni discendenti dal tenore letterale delle norme in gioco, afferma che la possibilità di un ricorso generalizzato al cumulo tra le misure, tanto omogenee quanto eterogenee, debba in realtà rintracciare il proprio fondamento nel principio di adeguatezza e, in particolare, nel suo corollario del principio di gradualità, quale proiezione, sul piano codicistico, della regola generale del minor sacrificio necessario ex art. 13 Cost. In argomento, v. anche NEGRI, *Tecniche di riduzione della custodia in carcere ad extrema ratio*, *cit.*, 41.

Cass. pen., sez. II, 7 dicembre 2016 (dep. 18 gennaio 2017), n. 2487 – Pres. Diotallevi – Rel. Pazzi

Misure di prevenzione personali – fermo – condizioni per l'applicazione di misure coercitive a seguito della convalida – individuazione.

L'art. 77, d.lgs. n. 159 del 2011 ha ampliato le ipotesi per cui è possibile procedere a fermo di indiziato di delitto, ma non ha introdotto alcuna innovazione rispetto alla disciplina generale riguardante le condizioni necessarie per procedere all'applicazione di misure coercitive a seguito del provvedimento di convalida.

Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.

La disciplina del fermo di indiziato di delitto nei confronti del prevenuto al vaglio della suprema corte

L'impostazione ermeneutica elaborata dalla Corte di cassazione nella decisione in epigrafe, in ossequio all'indirizzo giurisprudenziale concorde sul punto, risponde a criteri del tutto condivisibili ancorati al principio di stretta legalità, da leggere in maniera rigorosa quando si tratta di libertà personale, così come imposto dall'art. 13 Cost.

Il nodo interpretativo si incentra sull'estensibilità del contenuto dell'art. 77, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*), il quale letteralmente prevede che, nei confronti dei soggetti indicati nell'art. 4 del medesimo d.lgs. n. 159 del 2011, la misura precautelare del fermo è consentita anche al di fuori dei limiti imposti dall'art. 384 c.p.p., purché si tratti di reato per cui è previsto l'arresto facoltativo in flagranza ai sensi dell'art. 381 c.p.p.

Il disposto *de quo* introduce, dunque, una disciplina derogatoria rispetto a quella dettata in via generale nel codice di rito all'art. 384 c.p.p., ma che, secondo il pubblico ministero ricorrente, al fine di fugare il rischio di svuotare la funzionalità del precetto, elaborato per arginare fenomeni che suscitano particolare allarme sociale, deve essere letto in modo da consentire il richiamo, non solo, alle ipotesi di reato di cui all'art. 381 c.p.p., ma anche, all'eccezionale disciplina per gli stessi prescritta per l'applicazione delle misure coercitive, ai sensi dell'art. 391, comma 5, c.p.p. Detta norma, infatti, nel secondo periodo stabilisce che allorquando l'arresto sia stato eseguito per uno dei delitti di cui all'art. 381, comma 2, c.p.p. la misura cautelare è disposta anche al di fuori dei limiti di pena previsti dagli artt. 274, comma 1, lett. c) e 280 c.p.p.

Entrambi i precetti menzionati prescrivono limiti al ricorso degli strumenti di cautela personali.

Il primo, se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, consente l'adozione delle misure di custodia cautelare solo se si tratta

di delitti per cui è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per cui è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni nonché per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'art. 7, l. 2 maggio 1974, n. 195. Il secondo, invece, in tema di condizioni generali di applicabilità delle misure coercitive, impone che, salvo eccezioni, le stesse siano applicate solo quando si procede per delitti per cui la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni (art. 280, comma 1, c.p.p.) ovvero, nel caso di custodia cautelare in carcere, di delitti, consumati o tentati, per cui è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni ovvero per il delitto di cui all'art. 7, l. n. 195 del 1974 (art. 280, comma 2, c.p.p.).

Pertanto, il regime derogatorio dettato a mente dell'art. 391, comma 5, c.p.p. permette di disporre, in sede di convalida, le misure coercitive al di fuori dei confini delineati dalle norme suddette, allorquando, però, si tratti di delitti per cui è possibile eseguire di arresto facoltativo ai sensi dell'art. 381, comma 2, c.p.p. ovvero per i delitti per cui è consentito l'arresto fuori dai casi di flagranza, sulla scorta della particolare situazione in cui detti soggetti sono stati colti ovvero delle peculiari ipotesi criminose, che giustificerebbe, secondo una valutazione elaborata dal legislatore, la possibilità di superare i limiti in generale imposti dagli artt. 274, comma 1, lett. c) e 280 c.p.p.

I giudici di legittimità nella decisione in commento non ritengono, però, condivisibile la lettura estensiva, elaborata dal pubblico ministero nel ricorso, che conduce ben al di là rispetto a quanto espressamente indicato nell'art. 77, d.lgs. n. 159 del 2011.

La *ratio* della disposizione come, d'altronde, si evince dal chiaro ed inequivoco dato normativo intende, infatti, solo stabilire diverse ipotesi di accesso alla misura precautelare del fermo di indiziato di delitto rispetto a quelle indicate, in via generale, nell'art. 384 c.p.p. e non consentire l'applicazione di regole diverse nel caso in cui debba essere disposta una misura cautelare coercitiva in sede di udienza di convalida, che, invece, deve seguire le scadenze imposte nel codice di rito.

Pertanto, le anomalie legate al regime di cui all'art. 77, d.lgs. n. 159 del 2011 devono essere interpretate in maniera assai rigorosa.

Esse riguardano, in primo luogo, i potenziali destinatari che sono soltanto i soggetti di cui all'art. 4, d.lgs. n. 159/2011.

Si tratta, in particolare, di coloro che sono sottoposti alle misure di prevenzione personali e/o patrimoniali contenute nel d.lgs. n. 159 del 2011 e, precisamente, gli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416-*bis* c.p.; i soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. ovvero del delitto di cui all'art. 12-*quinquies*, comma 1, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 1992, n. 356 (*Modifiche urgenti al codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità organizzata*); i soggetti di cui all'art. 1, d.lgs. n. 159 del 2011 (coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi, coloro che per la condotta ed il tenore di vita debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, vivere abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose e coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, comprese le reiterate

violazioni del foglio di via obbligatorio di cui all'art. 2, d.lgs. n. 159 del 2011 nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla normativa vigente, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica); coloro che, operanti in gruppo o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I, titolo VI, del libro II del c.p. o dagli artt. 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 c.p. nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'art. 270-*sexies* c.p.; coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della l. 20 giugno 1952, n. 645 (*Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale (comma 1) della Costituzione*) e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere un'attività analoga a quella precedente; coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'art. 1, l. n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza; coloro che, fuori dei casi prima citati nelle lett. *d*), *e*) ed *f*), siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella l. 2 ottobre 1967, n. 895 (*Disposizioni per il controllo delle armi*) e nell'art. 8 ss., l. 14 ottobre 1974, n. 497 (*Nuove norme contro la criminalità*) quando debba ritenersi che, per il loro comportamento successivo, siano proclivi a commettere un reato della stessa specie e con il fine indicato all'art. 4, comma 1, lett. *d*), d.lgs. n. 159 del 2011. Il medesimo trattamento è, inoltre, previsto per gli istigatori, i mandanti ed i finanziatori, intendendo per questi ultimi coloro i quali forniscono somme di denaro o altri beni, conoscendo lo scopo a cui sono destinati. Infine, coloro che sono indiziati di aver agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza sportiva di cui all'art. 6, l. 13 dicembre 1989, n. 401 (*Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini e tutela della correttezza nello svolgimento delle manifestazioni sportive*) nonché le persone che, per il loro comportamento, debba ritenersi, anche sulla base della partecipazione in più occasioni alle medesime manifestazioni ovvero della reiterata applicazione nei loro confronti del divieto previsto dal menzionato articolo, che sono dediti alla commissione di reati che mettono in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica ovvero l'incolumità pubblica delle persone in occasione o a causa dello svolgimento di manifestazioni sportive.

Le categorie soggettive menzionate, espressione di una spiccata pericolosità sociale, così come si deduce dalla scelta legislativa, giustificano l'applicazione dell'istituto del fermo di indiziato di delitto secondo regole eccezionali.

La seconda anomalia riguarda, infatti, le ipotesi per cui la misura precautelare può essere eseguita anche al di fuori dei limiti di pena imposti dall'art. 384 c.p.p. ossia i delitti per cui è consentito l'arresto facoltativo in flagranza, ai sensi dell'art. 381 c.p.p., il cui richiamo è chiaramente effettuato, come è evidente dalla struttura, anche lessicale, della norma, solo e soltanto con riguardo al catalogo di delitti in esso previsto e non anche alla intera disciplina per lo stesso dettata in sede di convalida dell'arresto.

La correttezza della impostazione elaborata dalla Suprema Corte trova autorevole conferma in diverse decisioni precedenti, seppur non del medesimo tenore letterale, in cui i giudici di legittimità sottolineano che il fermo, *ex art. 77, d.lgs. n. 159 del 2011*, non prescinde affatto dalla verifica della sussistenza dei necessari presupposti codicistici ossia i gravi indizi di colpevolezza ed il pericolo di fuga (Cass. pen., sez. VI, 23 novembre 2012, n. 1746; Cass. pen., sez. IV, 17 luglio 2012, n. 29911), avendo voluto solo allargare le ipotesi di accesso allo strumento di precautela, rinviando al codice di rito per la definizione dell'intero meccanismo applicativo.

Una lettura differente avrebbe, infatti, a parere dei giudici, l'effetto di allargare enormemente il potere di fermo, consentendo la privazione della libertà di un soggetto, sia pure nei ristretti limiti temporali propri dell'istituto, sulla sola base della presenza di gravi indizi di un qualsivoglia reato da parte di un soggetto annoverabile nelle categorie contemplate dal d.lgs. n. 159 del 2011, senza necessità di alcun altro requisito, in tal caso finendo per creare una nuova ulteriore ipotesi di arresto facoltativo fuori dei casi di flagranza (Cass. pen., sez. IV, 17 luglio 2012, n. 29911).

Se, dunque, l'impostazione concorde è correttamente volta ad una lettura rigorosa del precetto in esame, è del tutto condivisibile l'approccio argomentativo contenuto anche nella decisione in analisi ove si evidenzia come non sia possibile alcuna interpretazione estensiva, la quale frustrerebbe la *ratio legis*, che deve essere individuata nella mera volontà di estendere le ipotesi in cui è consentito il fermo di indiziato di delitto, rimanendo, comunque, inalterate le regole generali dell'istituto.

La correttezza di siffatta impostazione trova, infine, come sopra anticipato, ulteriore riscontro nei parametri costituzionali per cui le norme processuali penali che riguardano diritti fondamentali, quali la libertà personale, non debbono essere suscettibili di una interpretazione estensiva ed oltretutto *in malam partem*, come, peraltro, da sempre sostenuto dalla stessa Suprema Corte (Cass. pen., sez. I, 5 giugno 1986, n. 2565).

MARIA FRANCESCA CORTESI

Cass. Pen., sez. V, 24 novembre 2016 (dep. 31 gennaio 2017), n. 4672
– Pres. Settembrini – Est. Pistorelli

Delitti contro la persona – Diffamazione a mezzo stampa

L'indagine circa l'offensività del fatto attribuito alla persona offesa, mediante la pubblicazione di un articolo di giornale, non deve arrestarsi all'oggettiva natura del fatto divulgato, dovendo valutare attentamente le implicazioni che la sua divulgazione assume in ragione delle qualifiche soggettive della persona cui viene accostato, potendo così perdere la sua apparente neutralità. L'affermazione della responsabilità penale del direttore della testata giornalistica ex art. 57 c.p. necessita di una specifica motivazione in ordine alla rimproverabilità in concreto del mancato impedimento dell'evento, secondo le ordinarie regole di valutazione della colpa

Dalle
Corti

Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista

La “soggettivizzazione” del delitto di diffamazione a mezzo stampa e la responsabilità del direttore del giornale

1. Una breve premessa.

La sentenza emessa dalla Corte di Cassazione si occupa, da una parte, del delitto di diffamazione commesso con il mezzo stampa¹ e, dall'altro, della responsabilità del direttore del giornale di cui all'art. 57 c.p.².

Argomenti questi, connessi tra loro e connotati dalla medesima problematica che dottrina e giurisprudenza da sempre cercano di risolvere attuando un corretto bilanciamento tra i diritti costituzionalmente garantiti – da quello all'intangibilità del proprio onore e/o della propria reputazione, a quello della libera manifestazione del pensiero o ancora, con specifico riferimento alla responsabilità del direttore del giornale, della responsabilità penale per fatto proprio.

Si tratta, innanzitutto, di individuare correttamente il bene giuridico tutelato dalla incriminazione, con la crescente esigenza di contestualizzare – o meglio “soggettivizzare” – la

¹ Sulla diffamazione commessa con il mezzo della stampa, per tutti, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, volume – tomo I, Bologna, 2013; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Padova, 2008, 242 ss.; PEZZELLA, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca delle chat e dei social forum*, Milano, 2016, 5 ss.

² Sulla responsabilità del direttore del giornale, per tutti, CARINGELLA, DELLA VALLE, DE PALMA, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, VI ed., Roma, 2016, 1108 ss.; GAROFOLI, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, X ed., Roma, 2014, 998 ss.; PEZZELLA, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca delle chat e dei social forum*, cit., 253 ss.;

rilevanza del fatto attribuito alla persona offesa, soprattutto in ragione delle qualifiche soggettive di quest'ultima.

E, in seconda battuta, ma non per questo di minor rilevanza, della necessità, relativamente alla responsabilità del direttore del giornale, di assicurare la concreta applicazione ed il rispetto dei principi costituzionali in materia di responsabilità penale, garantendo un effettivo accertamento in ordine alla violazione dei doveri di controllo ricadenti su di esso, eliminando il paventato rischio di "oggettivizzazione" della responsabilità in questione.

2. Il fatto, i motivi di ricorso e le argomentazioni della decisione.

Esaminando la vicenda storica, il caso in questione riguarda la pubblicazione, su di un noto quotidiano nazionale, di un articolo, asseritamente diffamatorio, nel quale veniva affermato che l'allora Presidente della Repubblica Argentina, mentre si trovava a Roma per partecipare ad un vertice della FAO, si sarebbe dedicato a costosi acquisti di beni di lusso in alcuni negozi ed altre attività fuoriuscenti da quelle attinenti al vertice in questione.

Gli imputati erano il soggetto che aveva redatto l'articolo, per il reato di diffamazione a mezzo stampa, nonché il direttore responsabile della testata giornalistica su cui venne pubblicato l'articolo, per il reato di omesso controllo ex art. 57 c.p.

I giudici di merito, di primo e secondo grado, hanno ritenuto che i fatti narrati nell'articolo di giornale, non fossero realmente avvenuti, considerando dunque l'addebito lesivo della reputazione della persona offesa.

Così sommariamente enunciata la vicenda storica, avverso la sentenza della Corte d'Appello hanno promosso ricorso in Cassazione entrambi gli imputati.

Per quanto di rilievo in tale sede, i motivi di ricorso attengono alla mancanza di idoneità offensiva dell'articolo incriminato, il quale non avrebbe contenuto apprezzamenti negativi sulla personalità della parte civile in grado di lederne la reputazione e rimanendo eventuali profili di lesione della sua immagine o della sua identità estranei all'ambito di tutela della norma incriminatrice, nonché, per quanto riguarda la responsabilità del direttore del giornale ex art. 57 c.p., essa sarebbe stata affermata in maniera "apodittica" ed in difetto dell'individuazione degli effettivi doveri di controllo cui sarebbe venuto meno e il cui adempimento avrebbe consentito di evitare la pubblicazione dell'articolo rivelando la falsità dei fatti ivi descritti.

Venendo alla pronuncia emessa dalla Corte di Cassazione con la sentenza in commento, i Giudici di legittimità hanno ritenuto infondate le argomentazioni esposte con riferimento alla presunta inoffensività dell'articolo di giornale.

Richiamando alcuni precedenti in materia, la Cassazione ha inteso ribadire che oggetto di tutela del delitto di diffamazione è l'onore in senso oggettivo o esterno, ovvero il senso della dignità personale secondo il gruppo sociale e secondo il particolare contesto storico. Si tratta, in sostanza, della cosiddetta "concezione fattuale dell'onore" corrispondente all'opinione sociale del valore della persona offesa dal reato.

Ciò detto, i Giudici di legittimità precisano che i termini utilizzati o il concetto espresso mediante l'articolo devono essere oggettivamente idonei a ledere la reputazione del soggetto passivo. Per questo, la divulgazione di fatti non veritieri non determina necessariamente ed automaticamente tale lesione, visto che i fatti attribuiti possono comunque risultare indifferenti per l'integrità della reputazione della persona offesa.

Nonostante ciò, l'indagine da compiere in ordine a tale offensività non può limitarsi all'esame della oggettiva natura del fatto divulgato, ma, ed è questo il punto centrale, deve "spingersi" alle implicazioni che la divulgazione dell'articolo assume in ragione delle qualifiche soggettive della persona a cui viene accostato.

In base a tale necessità, nel caso di specie, la pubblicazione e quindi la divulgazione di una falsa condotta attribuita ad un Capo di Stato deve considerarsi "*oggettivamente insidiosa per l'integrità della reputazione*" di quest'ultimo, perdendo la sua apparente neutralità in ragione del ruolo istituzionale ricoperto.

Successivamente ed esclusa qualsiasi rilevanza delle esimenti del diritto di cronaca e di critica, entrambe pacificamente inconfigurabili stante la non veridicità del fatto narrato, relativamente alla responsabilità del direttore della testata giornalistica ex art. 57 c.p., invece, la Corte di Cassazione ha ritenuto fondate le argomentazioni prospettate dall'imputato nel ricorso.

Infatti, ribadito che la responsabilità omissiva in questione debba inquadrarsi quale responsabilità a titolo di colpa e non oggettiva, i Giudici hanno statuito che sussiste uno specifico onere di motivazione in ordine all'effettiva rimproverabilità in concreto del mancato impedimento dell'evento del reato, secondo le ordinarie regole di valutazione della colpa.

Di conseguenza spetta al giudice di merito spiegare, con idonea e sufficiente motivazione, le ragioni in base alle quali ha ritenuto non idoneo il controllo posto in essere dal direttore del giornale con riferimento sia al contenuto dell'articolo pubblicato sia al comportamento tenuto dall'autore dello stesso.

Ritenendo che nel caso di specie tale spiegazione sia stata del tutto omessa, desumendo i Giudici di merito la colpa del direttore dalla mera pubblicazione dell'articolo diffamatorio, hanno ritenuto fondato il ricorso proposto da quest'ultimo.

3. Il delitto di diffamazione a mezzo stampa e l'oggetto di tutela.

Esaminata sommariamente la vicenda storica e descritta sinteticamente la decisione assunta dalla Corte di Cassazione con la sentenza in commento, conviene soffermare l'attenzione sulle peculiarità, da una parte, del delitto di diffamazione a mezzo stampa e, dall'altra, della responsabilità del direttore del giornale ex art. 57 c.p.

Riguardo al primo, l'art. 595 c.p., sotto la rubrica "*diffamazione*", punisce con la reclusione fino ad un anno e con la multa fino ad euro 1.032 la condotta di "*chiunque [...], comunicando con più persone, offende l'altrui reputazione*".

Guardando brevemente alle connotazioni ed agli elementi essenziali di tale incriminazione, si tratta di un reato comune, per il cui perfezionamento è richiesta l'assenza

dell'offeso o, più correttamente, l'impossibilità da parte di quest'ultimo di percepire fisicamente l'offesa. Necessaria è, altresì, la comunicazione con più persone che – per opinione comune – devono essere almeno due, non eventuali concorrenti e non comprendenti la persona offesa.

L'evento consiste non solo nella percezione materiale dell'offesa ma, altresì, nella comprensione della stessa da parte delle due o più persone.

Trattasi di reato doloso e l'oggettività giuridica tutelata, come ribadito anche nella sentenza in commento, è l'onore in senso oggettivo o esterno, ovvero il senso della dignità personale secondo il gruppo sociale e secondo il particolare contesto storico.

Concentrando l'attenzione sulla diffamazione commessa con il mezzo della stampa, essa è prevista dal comma 3 dell'art. 595 c.p. quale circostanza aggravante speciale.

La *ratio* di tale aggravamento sanzionatorio è, evidentemente, da rinvenire nella maggior potenzialità offensiva del mezzo di pubblicità destinato alla divulgazione rispetto, invece, a quella riconducibile al mezzo privato di comunicazione; e ciò sia con riferimento allo spazio, sia al tempo ed, in ogni caso, al suo maggior potere di persuasione³.

Ed è proprio in riferimento a tale specificità che assume particolare rilievo quanto statuito in tale occasione dalla Corte di Cassazione in ordine all'oggettività giuridica tutelata ed alla necessaria indagine che i giudici di merito devono compiere.

L'esigenza di non arrestare l'indagine, circa l'offensività, all'esame della oggettiva natura del fatto divulgato, imponendo, dunque, di esaminare e tenere in debita considerazione le implicazioni che la pubblicazione dell'articolo assume in ragione delle qualifiche soggettive della persona a cui viene accostato, è esigenza che assume centralità proprio in relazione al reato di diffamazione commesso con l'utilizzo del mezzo della stampa, essendo questa, nella maggior parte dei casi, utilizzata riguardo a soggetti con determinate qualifiche soggettive, avendo la stessa una maggior potenzialità divulgativa e conseguentemente lesiva.

Dunque, un fatto che potrebbe considerarsi del tutto "neutrale" se inerente a persona comune o non avente alcuna particolare qualifica soggettiva, può, in riferimento a casi come quello di specie, perdere tale neutralità, proprio in ragione di dette qualifiche soggettive della persona offesa.

Tanto che, già in precedenti occasioni ed, in realtà sin dal 1995⁴, i giudici di legittimità hanno da sempre sottolineato che: *"In tema di tutela penale dell'onore, per accertare se l'espressione utilizzata sia idonea a ledere il bene protetto dalla norma incriminatrice di cui all'art. 594 c.p., occorre fare riferimento ad un criterio di media convenzionale, rap-*

³ In tal senso, per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 242 ss.

⁴ Cass. pen., sez. V, 28 febbraio 1995 (dep. 24 marzo 1995), n. 3247, nella quale si specificò che *"Particolare delicatezza presenta poi il problema di interpretazione allorché il fatto, come nella specie, non abbia aggredito il patrimonio minimo della personalità, cioè gli attributi comuni ed essenziali di ogni persona, senza distinzioni di cultura, livello sociale, grado di civiltà, etc., ma sia rivolto contro una sfera superiore di dignità. In tal caso è necessario appunto stabilire se per l'opinione comune, tenuto conto della condizione individuale e sociale di chi si ritenga offeso, nel fatto sia ravvisata la potenzialità di nuocere a più alti requisiti concorrenti a formare la reputazione"*.

portandosi alle personalità dell'offeso e dell'offensore, al contesto in cui l'espressione viene pronunciata ed alla coscienza sociale"⁵.

Evidente la centralità che, in ogni caso, assume la pronuncia in questione grazie alla peculiarità del caso sottoposto all'attenzione della Corte, che le ha consentito di specificare con maggior precisione l'indagine e le opportune valutazioni che i giudici di merito devono effettuare nel caso in cui la persona offesa ricopra una determinata carica pubblica.

4. La responsabilità del direttore del giornale. Il necessario rispetto dei principi costituzionali vigenti in materia.

Passando invece ad esaminare la diversa ed altra questione affrontata dai Giudici di legittimità nella sentenza in commento, ovvero quella inerente la responsabilità del direttore della testata giornalistica, l'attuale art. 57 c.p., rubricato "*Reati commessi con il mezzo della stampa periodica*" prevede che: "*Salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dei casi di concorso, il direttore o il vice-direttore responsabile, il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati, è punito, a titolo di colpa, se un reato è commesso, con la pena stabilita per tale reato, diminuita in misura non eccedente un terzo*".

Tale formulazione è il risultato di varie modifiche legislative intervenute successivamente all'entrata in vigore del codice penale del 1930, delle quali è indispensabile dar conto al fine di comprendere le problematiche sottese a detta responsabilità ed al necessario rispetto dei principi costituzionali in materia di responsabilità penale⁶.

La versione originaria dell'art. 57 c.p. disponeva che "[...] *qualora si tratti di stampa periodica, chi riveste la qualità di direttore o redattore responsabile risponde, per ciò solo, del reato commesso, salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione* [...]".

Evidente, sulla base della clausola "*per ciò solo*", l'inquadramento di tale responsabilità in quella categoria da sempre definitiva come responsabilità per fatto altrui, visto che, del reato commesso dall'autore della pubblicazione, rispondeva anche il soggetto direttore o redattore responsabile per il solo fatto di rivestire tali qualifiche.

Si trattava, dunque, di una responsabilità oggettiva per fatto altrui che fu messa evidentemente in crisi dall'entrata in vigore della Carta Costituzionale ed, in particolare, dall'art. 27 il quale introdusse il principio di personalità della responsabilità penale.

Tanto che, la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della norma in questione, pur non dichiarandone apertamente l'incostituzionalità, sollecitò espressamente una riformulazione della stessa in senso costituzionalmente orientato⁷.

⁵ Cass. pen., sez. V, 18 giugno 2015, n. 44401; Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. V, 24 giugno 2014 n. 46488; 10 aprile 2013 n. 22887.

⁶ Su tale *excursus* storico si veda, CARINGELLA, DELLA VALLE, DE PALMA, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, 1108 ss.

⁷ Corte Cost., 15 giugno 1956, n. 3

Il monito della Corte Costituzionale fu recepito dal legislatore con la L. n. 127/1958, con la quale il testo dell'art. 57 c.p. venne modificato nella attuale formulazione.

Ad oggi, infatti, il direttore non è penalmente punibile per la semplice titolarità dell'incarico, ma, a tal fine è necessario che lo stesso abbia tenuto effettivamente una condotta colpevole, identificata nell'aver omesso il controllo necessario ad evitare la commissione di reati a mezzo stampa, quale quello di diffamazione, rispondendo così per fatto proprio e a titolo di colpa.

Descrivendo sinteticamente le connotazioni essenziali della previsione di cui all'art. 57 c.p., si tratta di un'autonoma figura di reato omissivo improprio colposo, che prevede l'applicazione della pena stabilita per il reato eventualmente commesso con la pubblicazione.

Dunque, ad oggi, la responsabilità del direttore del giornale deve essere sempre sorretta dall'elemento soggettivo della colpa, l'evento da esso non voluto, ovvero la commissione di un reato con il mezzo della stampa, venendo in considerazione come effetto della omissione della doverosa attività di controllo del soggetto responsabile.

Non solo. La colpa non potrà ravvisarsi genericamente nella negligenza, imperizia o imprudenza, essendo espressamente individuata dalla legge nella inosservanza di una specifica regola di condotta concretizzantesi nell'omesso controllo sul contenuto dell'articolo necessario ad impedire la commissione dei predetti reati⁸⁹.

Peraltro, già da una prima lettura della norma risulta evidente la diversa fonte di responsabilità per il direttore rispetto a quella del giornalista: quest'ultimo è l'autore della propalazione che lede l'altrui reputazione, mentre il direttore del periodico, sempre che non abbia cooperato con il primo, risponde se non ha esercitato il dovuto controllo in ordine al contenuto dello scritto.

Tanto che, sul punto, la giurisprudenza ha avuto l'occasione di sottolineare che, affinché si abbia il concorso ex art. 110 c.p. nella diffamazione commessa dall'autore dello scritto, è necessario che il direttore del giornale abbia voluto, conoscendone esattamente il contenuto lesivo, la pubblicazione con la consapevolezza, dunque, di aggredire la reputazione altrui. Diversamente ne risponderà ex art. 57 c.p., rispetto al quale l'eventuale diffamazione è da inquadrarsi quale evento dello specifico reato previsto a carico del direttore¹⁰.

5. Contenuti e limiti del dovere di controllo del direttore.

La responsabilità di cui all'art 57 c.p. scaturisce, evidentemente, dalla posizione di preminenza del direttore del giornale¹¹ che vede, tra le sue competenze specifiche, quella di *“fissare ed impartire le direttive politiche e tecnico professionali del lavoro redazionale,*

⁸ Per un'indagine più approfondita sul contenuto ed i limiti del dovere di controllo incombente sul direttore del giornale vedi par. 5.

⁹ PEZZELLA, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca delle chat e dei social forum*, cit., 268 ss.

¹⁰ In tal senso, Cass. pen., sez. V, 17 giugno 1990, n. 11494.

¹¹ In tal senso, per tutti, PEZZELLA, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca delle chat e dei social forum*, cit., 257 ss.

stabilire le mansioni di ogni giornalista, adottare le decisioni necessarie per garantire l'autonomia della testata, dei contenuti del giornale e di quanto può essere diffuso con il medesimo, dare le disposizioni necessarie al regolare andamento del servizio"¹², dai quali deriva inevitabilmente l'obbligo di controllo ed il potere di censura sul contenuto degli scritti.

Cercando di individuare quali siano i contenuti ed i limiti di tale dovere¹³, anche e soprattutto al fine di comprendere quale sia l'indagine che la Corte di Cassazione ha imposto di effettuare nell'accertamento della responsabilità del direttore nel rispetto dei principi costituzionali in materia, il primo controllo che lo stesso deve attuare concerne l'interesse sociale alla pubblicazione della notizia nonché la continenza espressiva.

Allo stesso modo e con altrettanta attenzione, il direttore della testata giornalistica dovrà controllare i titoli, le locandine e le fotografie eventualmente annesse all'articolo; ciò, anche e soprattutto, a seguito di alcune pronunce nelle quali si è statuito che di tali elementi, qualora gli stessi abbiano di per sé un contenuto offensivo, risponde direttamente lo stesso e non il giornalista¹⁴.

In sostanza, con riferimento a tali tipologie di controllo, la responsabilità del direttore potrà dirsi esclusa solo nel caso in cui lo stesso abbia fatto tutto quanto in suo potere per prevenire la diffusione delle notizie, imponendo regole e controlli di accuratezza, fedeltà e di imparzialità¹⁵.

Per quanto rileva in tale sede, discorso a se stante deve essere effettuato circa il controllo inerente la verità della notizia, smentita peraltro nel caso di specie.

In relazione a ciò, è evidente che lo stesso incombe, *in primis*, sul cronista e che, invece, al direttore della testata può richiedersi esclusivamente di vigilare sull'attività espletata in tal senso da quest'ultimo. In sostanza, il dovere del direttore si concretizza nel controllo dell'attività altrui sull'autenticità della notizia e sulla congruità di tale accertamento, verificando l'uso legittimo delle fonti informative¹⁶.

Sulla base di quanto fino ad ora affermato e grazie anche ai principi statuiti nella sentenza in commento, risulta ormai pacifico come non debba e non possa sussistere una presunzione legale della colpa. Quest'ultima deve, infatti, essere provata in concreto: in sostanza, l'omissione del controllo prescritto ed imposto deve essere rapportata ad un atteggiamento psichico secondo i criteri appena enunciati.

Solo in base ad una regola di giudizio così impostata ed applicata, sarà possibile rispettare quanto statuito all'interno della Carta Costituzionale e quanto espresso dal legislatore con le modifiche intervenute, scongiurando il paventato rischio di nuove e future affermazioni di responsabilità oggettiva per fatto altrui.

¹² V. art. 6 - "Poteri del direttore" - del Contratto nazionale di lavoro giornalistico.

¹³ PEZZELLA, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca delle chat e dei social forum*, cit., 263 ss.

¹⁴ Cfr., per tutti, Cass. pen., sez. V, 1 agosto 2003, n. 32693.

¹⁵ Cfr., Cass. pen., sez. I, 17 dicembre 2009, n. 48119.

¹⁶ In tal senso, per tutti, SANTANGELO, *La responsabilità del direttore nella diffamazione a mezzo della stampa*, in *GM*, 2001, II, 457 ss.

6. Riflessioni conclusive e progetti di riforma.

In realtà, nonostante, sia dal punto di vista legislativo che dal punto di vista giurisprudenziale, diversi ed importanti siano state le innovazioni apportate alla disciplina in questione ed i principi affermati, vi è chi ancora ritiene che la norma continui a configurare a tutt'oggi una ipotesi di responsabilità oggettiva; si ritiene, in sostanza, che l'inciso “*a titolo di colpa*” non abbia introdotto un criterio di imputazione della responsabilità, ma costituisca, invece, una mera clausola di equiparazione sanzionatoria: il fatto è imputato a titolo di responsabilità oggettiva ma punito come se fosse colposo¹⁷.

Ora, come visto sopra, particolarmente sentita è l'esigenza di attuare un accertamento in concreto, caso per caso, in ordine alla sussistenza della colpa, affermato peraltro anche nella pronuncia in esame.

Una delle problematiche che, tuttavia, permane riguarda il fatto che, nonostante le svariate pronunce avutesi in tal senso¹⁸, le stesse finiscono per affermare la sussistenza della colpa sulla base dell'accertamento della inosservanza dell'obbligo di controllo da parte del direttore; cosicché, identificando la prova di tale colpa con la prova dell'omissione cosciente e volontaria, finiscono per accedere all'opposta tesi della responsabilità oggettiva.

In sostanza, si tende a ravvisare la colpa nell'inosservanza della specifica regola di condotta che impone al direttore di esercitare sul contenuto del periodico il necessario controllo¹⁹.

Ed è proprio su tale problematica che la pronuncia in questione sembra apportare una svolta, accogliendo le argomentazioni prospettate dalla difesa dell'imputato – direttore della testata giornalistica nazionale e ritenendo che i Giudici di merito, limitandosi ad effettuare un accertamento come quello appena descritto, abbiano omesso di motivare in ordine all'effettiva e concreta rimproverabilità del mancato impedimento dell'evento del reato secondo le ordinarie regole di valutazione della colpa, desumendone la responsabilità dalla mera pubblicazione dell'articolo diffamatorio.

In chiusura, è interessante sottolineare come il reato di cui all'art. 57 c.p. sia stato tra quelli oggetto di maggior attenzione nell'ambito dei progetti di riforma del reato di diffamazione²⁰.

Si può, ad esempio, fare riferimento al “*Progetto Pecorella*” che, mediante una *reductio ad unum*, delle due fattispecie ad oggi previste dagli artt. 57 e 57 bis c.p., prevedeva una responsabilità del direttore e dell'editore esclusivamente residuale, venendo essa in gioco solo qualora l'autore della pubblicazione fosse ignoto o non imputabile.

Riforma questa, a parere dello scrivente, non condivisibile in quanto attribuite ogni e qualsivoglia responsabilità in capo all'autore dell'articolo pubblicato, violando così i

¹⁷ Tali considerazioni, appartengono, in ogni caso, ad una parte del tutto minoritaria della dottrina.

¹⁸ *Ex multis*, Cass. pen., sez V, 13 febbraio 1985, n. 621; Id., sez. V, 4 marzo 1982, 351.

¹⁹ In tal senso, per tutti, cass. pen., S.U., 18 novembre 1958.

²⁰ PEZZELLA, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca delle chat e dei social forum*, cit., 296 ss.

principi fondanti il nostro ordinamento penale in base ai quali è necessario che ciascuno risponda in proprio, in sede penale, di quanto a se addebitabile.

Ciò che invece andrebbe sottoposto a modifica o, meglio, introdotto *ex novo*, è la possibilità per il direttore responsabile di delegare i controlli ad altri soggetti, quali i capi redattori, previamente e stabilmente individuati, anche in considerazione delle modifiche e delle maggiori complessità che ad oggi connotano l'assetto delle imprese che producono informazione giornalistica.

Tale possibilità, infatti, continua ad essere esclusa dalla giurisprudenza maggioritaria²¹, nonostante invece sia indispensabile far coincidere il soggetto penalmente responsabile e quello che è effettivamente in grado di operare un preventivo controllo su quanto debba essere oggetto di pubblicazione, rischiando altrimenti, anche sotto questo profilo, di tornare ad una responsabilità oggettiva per fatto altrui.

MARGHERITA PALA

²¹ Cfr., per tutti, Cass. pen., sez. V, 24 febbraio 2010, n. 7407.

Cass. pen. sez. III, 15 dicembre 2016 (dep. 14 marzo 2017), n. 12160
– Pres. Ramacci – Rel. Andreazza

Reati tributari – Prescrizione – Diritto europeo

In tema di reati tributari, il superamento dell'importo di Euro 50.000,00 non può essere ritenuto di per sé solo idoneo, in mancanza di una precisa determinazione in tal senso da parte del giudice comunitario, a connotare la gravità della frode; ne consegue che, ove non si sia in presenza di un danno già di rilevantissima gravità, appaiono necessari, per connotare la gravità, ulteriori elementi, quali in particolare l'organizzazione posta in essere, la partecipazione di più soggetti al fatto, l'utilizzazione di "cartiere" o società-schermo, l'interposizione di una pluralità di soggetti, l'esistenza di un contesto associativo criminale.

Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.

La nozione "debole" di frode e l'interpretazione teleologica della prescrizione

SOMMARIO: 1. La vicenda oggetto di giudizio. – 2. La sentenza Taricco "in pillole". – 3. I presupposti "europei" per la disapplicazione della interruzione della prescrizione. – 4. Riflessioni.

1. La vicenda oggetto di giudizio.

La sentenza in commento affronta il tema della possibile disapplicazione della disciplina italiana dell'interruzione della prescrizione, in funzione della tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea, secondo gli innovativi principi enunciati dalla nota sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ("CGUE") nel caso "Taricco" (CGUE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, C-105/14; di seguito anche "sentenza Taricco").

Il caso. Era contestato il reato di cui all'art. 5 d. lgs. 74/2000 (omessa presentazione della dichiarazione dei redditi ed IVA) al rappresentante legale di un'associazione, in relazione agli esercizi di imposta 2006-2010.

I giudici di merito non avevano dichiarato l'estinzione del reato contestato per intervenuta prescrizione, in relazione al periodo d'imposta 2007, applicando al caso di specie proprio i principi enunciati dalla sentenza Taricco.

L'imputato proponeva quindi ricorso per Cassazione, contestando l'inesistenza, nel caso di specie, dei presupposti applicativi delle regole enunciate dalla CGUE e fatte proprie dalla Corte di Cassazione.

Tutto l'iter logico della pronuncia degli Ermellini verte su tale questione, di estremo interesse, giacché tocca uno dei temi più delicati della politica criminale italiana, oggetto di riflessioni teoriche e, attualmente, anche di dibattito pubblico.

2. La sentenza Taricco “in pillole”.

Secondo la sentenza Taricco, sinteticamente, il regime dell'interruzione della prescrizione per non più di un quarto del termine massimo, di cui all'art. 161, comma 2 c.p.p., potrebbe presentare, nei singoli casi concreti, profili di contrasto con il Diritto Europeo ed in particolare (v. par. 50 sentenza) con l'art. 325 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (“TFUE”), nella misura in cui impone agli Stati membri l'adozione:

a) di “misure dissuasive e tali da permettere una protezione efficace” contro la frode e le altre attività illegali lesive degli interessi finanziari UE;

b) allo stesso scopo, di misure identiche a quelle previste per la tutela degli interessi finanziari statali.

La “lotta contro la frode”, quale specifico obbligo a carico degli Stati membri, deriverebbe anche dal combinato disposto degli artt. 4, comma 3, del Trattato dell'Unione Europea (“TUE”) e della direttiva “quadro” in materia di IVA, 2006/112.

Nel ragionamento sviluppato dalla CGUE, la lotta contro la frode può implicare la necessità, inderogabile, di sanzioni penali “efficaci e dissuasive” per le condotte fraudolente lesive dell'interesse finanziario dell'UE. Siffatto obbligo di incriminazione troverebbe fondamento normativo specifico in alcune previsioni della cd. Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari dell'UE (di seguito anche “Convenzione PIF”), Atto del Consiglio Europeo 26 luglio 1995, contenenti la norma definitoria della nozione di “frode grave per gli interessi finanziari dell'UE” ed il correlativo obbligo della previsione di sanzioni detentive. Si tratta:

- dell'art. 1, par. 1, lett. b), secondo cui per “*frode che lede gli interessi finanziari delle Comunità europee*” deve intendersi “*in materia di entrate, qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua la diminuzione illegittima di risorse del bilancio generale delle Comunità europee o dei bilanci gestiti dalle Comunità europee o per conto di esse*”;
- dell'art. 2, par. 1, secondo cui “*ogni Stato membro prende le misure necessarie affinché le condotte di cui all'articolo 1 nonché la complicità, l'istigazione o il tentativo relativi alle condotte descritte all'articolo 1, paragrafo 1 siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno, nei casi di frode grave, pene privative della libertà che possono comportare l'extradizione, rimanendo inteso che dev'essere considerata frode grave qualsiasi frode riguardante un importo minimo da determinare in ciascuno Stato membro. Tale importo minimo non può essere superiore a 50 000 ECU*”.

Poiché, tra le cc. dd. risorse proprie dell'UE (art. 2, par. 1, lett. b) decisione Euratom del Consiglio 2007/436) sono incluse anche le entrate IVA, occorrerebbe valutare se dall'applicazione dell'art. 161, comma 2 c.p.p. “*consegue, in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave, perché tali fatti risulteranno generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con decisione definitiva*” (par. 46 sentenza Taricco), giacché in tal caso le misure previste dal diritto nazionale a tutela degli interessi finanziari UE non sarebbero “effettive

e dissuasive”. Parimenti, il giudice nazionale dovrebbe valutare, sotto lo stesso profilo, un’eventuale disparità di tutela penale tra gli interessi finanziari europei e quelli nazionali (art. 325, comma 2 TFUE; v. par. 48 sentenza Taricco)

In presenza della diagnosi di “non effettività - dissuasività”, il giudice nazionale dovrebbe disapplicare l’art. 161 comma 2 c.p., per diretto contrasto con l’art. 325 TFUE (parr. 49-52 sentenza Taricco).

3. I presupposti “europei” per la disapplicazione della interruzione della prescrizione.

La sentenza in esame riassume efficacemente la giurisprudenza della Corte di Cassazione sui criteri di recepimento degli insegnamenti della sentenza Taricco, in particolare sotto tre profili.

In primo luogo, vengono ripercorse le sentenze che hanno individuato il nucleo precettivo fondamentale della pronuncia della CGUE (v. Cass. pen. Sez. III, ud. 17.9.2016, dep. 20.1.2016, n. 2210) nell’obbligo di applicare ai reati tributari in materia di IVA la disciplina dell’interruzione della prescrizione prevista per i più gravi reati attribuiti alla competenza del Procuratore Distrettuale, ai sensi dell’art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p.

Per effetto dell’applicazione di tale, più restrittivo, regime, in sostanza, il termine prescrizione ricomincia a decorrere per intero dall’atto interruttivo, senza la limitazione al quarto del massimo.

Si passa, in seconda battuta, alle pronunce successive alla Taricco (v. sempre Cass. pen. Sez. III, ud. 17.9.2016, dep. 20.1.2016, n. 2210) per le quali l’obbligo di disapplicazione del regime *ex art. 161, comma 2 c.p.p.* dovrebbe estendersi “*a qualsiasi reato tributario che comporti, nel caso concreto, l’evasione in misura grave di tributi IVA*”. L’assunto si fonda sul dato letterale dell’art. 325 TFUE, che amplia gli obblighi di “misure adeguate” degli Stati membri a tutte le “*altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell’Unione*”.

Nelle stesse pronunce – ed è su questo terzo profilo che la sentenza in esame si dilunga maggiormente – veniva evidenziato come, secondo i dettami della sentenza Taricco, la terza condizione di operatività della disapplicazione sia la sussistenza, in concreto: 1) di una “frode”; 2) definibile come “grave” 3) ricorrente in un “numero considerevole di casi”. Delle tre nozioni, quella di “gravità”, in particolare, non sembra essere concretamente definita dalla CGUE, cosicché sarebbe compito del giudice nazionale – in conformità agli insegnamenti più generali della giurisprudenza europea, a partire dal “caso Granital” – risolvere l’*impasse*, che di fatto si risolve in un’antinomia tra diritto interno (artt. 160 e 161 c.p.) e diritto UE (art. 325 TFUE).

Circa il concetto di “frode”, in particolare, a partire dall’ordinanza Cass. pen. Sez. III, ud. 30.3.2016, dep. 8.7.2016, n. 28346 (la quale ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 2 l. 2.8.2008, n. 43, sotto i profili di cui diremo *infra*) risulta essersi consolidato in giurisprudenza l’assunto per cui le fattispecie a struttura fraudolenta, nel senso “comu-

nitario” dell’accezione, non sarebbero esclusivamente quelle caratterizzate dalla frode in senso oggettivo, *“ma anche le altre fattispecie che, pur non richiamando espressamente tale connotato della condotta, siano dirette all’evasione dell’IVA”* (così l’ordinanza n. 28346 citata, ma anche, pedissequamente, Cass. Pen. Sez. III, ud. 7.6.2016, dep. 24.10.2016, n. 44584).

La suddetta “assimilazione” di fattispecie incriminatrici, evidentemente eterogenee sotto il profilo dell’elemento oggettivo, si basa sulla *“considerazione che proprio nelle operazioni fraudolente più complesse ed articolate (come le c.d. frodi carosello), e dunque maggiormente insidiose per il bene giuridico tutelato, le singole condotte, astrattamente ascrivibili alla tipicità di fattispecie penali prive del requisito espresso della fraudolenza soprattutto a quelle di cui al D. lgs. n. 74 del 2000, artt. 5, 8 e 10 ter, – rappresentano la modalità truffaldina dell’operazione; sarebbe intrinsecamente irragionevole disapplicare le norme viziate da “illegittimità comunitaria”, in relazione alle sole fattispecie connotate dal requisito espresso della fraudolenza, e non disapplicarle nelle fattispecie – strettamente connesse sotto il profilo fattuale, ed indispensabili per la configurazione del meccanismo frodatario non connotate dal medesimo requisito”*.

L’argomentazione non manca di essere supportata dal richiamo alle illustrate definizioni di cui agli artt. 1 e 2 della Convenzione PIF.

La “gravità” della frode è stata invece disancorata dagli Ermellini dal limite tassativo dei 50.000 ECU / Euro, espresso dell’art. 2 della Convenzione PIF: essa deve essere riscontrata dal giudice di merito avuto riguardo ai criteri per la determinazione della gravità del reato di cui all’art. 133, comma 1 c. p., con la conseguenza che *“ove non si sia in presenza di un danno già di rilevantissima gravità ... per milioni di Euro, appaiono necessari, per connotare la gravità, ulteriori elementi, quali in particolare l’organizzazione posta in essere, la partecipazione di più soggetti al fatto, l’utilizzazione di “cartiere” o società-schermo, l’interposizione di una pluralità di soggetti, l’esistenza di un contesto associativo criminale”*.

Infine, quanto al cd. “numero considerevole di casi di frode”, anche la diagnosi circa l’esistenza di tale requisito risulta tributaria di accertamenti di fatto, che il giudice di merito deve compiere in ordine alle caratteristiche della fattispecie concreta, considerando *“il numero e la gravità dei diversi episodi di frode per i quali si procede, nonché il contesto complessivo e le ragioni di connessione fra gli stessi”* e potendo bastare *“anche una singola frode solo qualora questa sia di rilevantissima gravità”*.

4. Riflessioni.

Nel caso deciso dalla sentenza in commento, nel quale era contestato esclusivamente il reato di cui all’art. 5 d. lgs. 74/2000, ossia l’omessa presentazione della dichiarazione fiscale a fini IRPEF/IRES ed IVA – dunque una fattispecie che di “fraudolento”, in senso oggettivo, ha ben poco – gli Ermellini concludono per l’inapplicabilità dei principi di cui alla sentenza Taricco, per l’inesistenza del requisito della “gravità della frode”, desunta non soltanto dalla modesta entità dell’evasione riscontrata, ma anche dalla mancanza di *“condotte denotanti una spiccata capacità criminale o una particolare organizzazione di mezzi o la partecipazione di più soggetti o l’interposizione fittizia di più società nelle singole operazioni”*.

Come noto, la citata ordinanza della Corte di Cassazione n. 28346 del 2016 ha sottoposto l’orientamento espresso nella sentenza Taricco al vaglio del Giudice delle Leggi, sollevando questione di legittimità costituzionale dell’art. 2 l. 2.8.2008, n. 43, di adeguamento dell’ordinamento italiano al Trattato di Lisbona, per contrasto con i principi costituzionali fondamentali in materia penale, da intendersi quali “controlimiti” all’ingresso del diritto europeo – anche giurisprudenziale – nell’ordinamento italiano.

Di recente, la Corte Costituzionale ha accolto i dubbi degli Ermellini e, con ordinanza ud. 23.11.2016, dep. 26.1.2017, n. 24, ha formulato rinvio pregiudiziale alla CGUE in ordine all’interpretazione dell’art. 325 TFUE e dei principi della Taricco alla luce dei principi supremi dell’ordinamento costituzionale italiano, tra cui il principio di legalità in materia penale.

Sono innumerevoli i profili di possibile frizione del ragionamento della CGUE con i cardini del sistema penale italiano: nell’ambito delle questioni di legittimità costituzionale, sono state poste maggiormente in risalto, dagli operatori come dagli autori, le questioni:

1) del rispetto della tassatività – determinatezza in materia penale – da estendersi anche all’istituto della prescrizione – intaccata dalla possibilità per il giudice nazionale di agganciare all’applicazione di concetti indeterminati (a detta degli stessi Ermellini) come quelli di “gravità” o di “numero considerevole di casi”, l’operatività di un regime prescrizionale di minore o di maggior rigore, di fatto neutralizzando il carattere generale ed astratto delle previsioni di legge - comprese quelle sulla prescrizione - tipico dei regimi giuridici di *civil law*;

2) della irretroattività della legge penale, violata dall’applicabilità – mai messa in discussione dalla giurisprudenza europea, ma anche da una parte di quella italiana – del regime prescrizionale più rigoroso a fattispecie concrete di evasione fiscale risalenti a momenti anteriori alla discussa pronuncia della CGUE.

A fronte di ciò, riteniamo che si possa evidenziare un altro dato problematico emergente dagli orientamenti della giurisprudenza italiana “post-Taricco”, sempre legato al rispetto dei fondamentali principi penalistici, ma secondo una sfumatura ulteriore.

L’effetto dirompente generato nel diritto vivente italiano dalla sentenza della CGUE non è legato, a ben vedere, esclusivamente all’introduzione della possibilità per il giudice di merito di individuare il regime prescrizionale concretamente applicabile, attraverso la verifica delle specifiche caratteristiche degli episodi criminosi *sub iudice* (tale è, all’evidenza, l’effetto perverso delle nozioni di “frode grave” e di “considerevole numero di casi”, coniate dalla Taricco).

L’estensione dei principi comunitari alla totalità dei reati tributari di cui al d. lgs. 74/2000 è infatti passata anche attraverso peculiari argomentazioni dei giudici italiani, secondo cui sarebbe possibile affrancarsi dalle nozioni positive di “frode” o “fraudolenza” per agganciarsi a quelle contenute nelle norme internazionali. Ciò è avvenuto malgrado le stesse disposizioni della Convenzione PIF, come pure le norme europee – al pari di ogni disposizione sovranazionale che codifica gli impegni internazionali assunti da uno Stato contraente – prevedessero il necessario filtro delle disposizioni legislative per l’attuazione degli obblighi internazionali nel diritto interno.

L'abbandono di una nozione oggettiva di frode, a favore di una di stampo soggettivistico, incentrata soltanto sulla finalità di evasione dei tributi armonizzati, è stato giustificato dai giudici nazionali in forza di un'argomentazione giuridica di stampo teleologico, fondata su una diagnosi di irragionevole disparità di trattamento tra casi simili, tra fattispecie concrete ritenute meritevoli di identico trattamento sanzionatorio, ancorché ascrivibili a previsioni incriminatrici eterogenee: quelle con struttura obiettiva incentrata sull'inganno penalisticamente inteso; quelle che, pur non incorporando nella condotta la *fraus*, tuttavia ricorrono nelle aggressioni più insidiose – ancorché non “fraudolente” – agli interessi finanziari europei. In parole povere: sarebbe irragionevole far prescrivere più rapidamente, dicasi, il reato di cui all'art. 5 d. lgs. 74/2000 (omessa presentazione della dichiarazione fiscale), che ben può ricorrere in una “frode carosello”, rispetto a quello ex art. 2 d. lgs. 74 cit. (dichiarazione fraudolenta con uso di fatture per operazioni inesistenti) per il solo fatto che nella struttura obiettiva del primo manchino artifici, raggiri, o inganno. Si ha “frode europea” sia nel primo che nel secondo caso.

Si nasconde, all'interno di siffatto modo di argomentare, l'applicazione del procedimento analogico per dilatare la sfera del penalmente rilevante, ancorché non attraverso l'estensione dell'ambito applicativo delle singole fattispecie incriminatrici astratte a casi non previsti, bensì tramite l'assimilazione di differenti fattispecie concrete, ascrivibili a differenti norme incriminatrici astratte, ai fini dell'applicazione di un più rigoroso regime prescrizionale, *id est* quello coniato “su misura” per i reati tributari dalla giurisprudenza della CGUE.

Si spiega così come i precetti della sentenza Taricco, in origine dettati per fattispecie caratterizzate da disegni criminosi elaborati e complessi – dalla “frode carosello” alle infinite forme della criminalità organizzata transnazionale – abbiano finito per essere invocati dalla pubblica accusa in un caso, come quello in esame, nel quale si discuteva della semplice omessa presentazione della dichiarazione fiscale da parte di un'associazione non lucrativa, e la cui decisione, lungi dal fondarsi su una diagnosi di atipicità del fatto per mancanza di un'effettiva, obiettiva “frode”, si è invece basata sul rilievo di mancanza di gravità concreta della condotta, valutata secondo gli insegnamenti europei.

C'è da chiedersi, a fronte di simili degenerazioni interpretative, se davvero fossero questi gli esiti applicativi avuti di mira dalla giurisprudenza europea.

Con ciò non intendiamo certamente porre in secondo piano le problematiche inerenti i possibili riflessi sul sistema costituzionale italiano della sentenza Taricco, i cui profili di frizione con i principi costituzionali fondamentali in materia penale meritano pur sempre di essere stigmatizzati. Riteniamo, tuttavia, che l'effetto dirompente degli illustrati principi giurisprudenziali europei nel nostro ordinamento penale possa essere stato amplificato da certe tendenze interpretative, tuttora caratterizzanti il diritto penale giurisprudenziale italiano, dirette a valorizzare “le esigenze di tutela” piuttosto che l'ossequio alla legalità formale, nel definire l'ambito applicativo delle norme penali. A quanto pare, non soltanto delle norme penali incriminatrici.

Sez. Un., 19 gennaio 2017 (dep. 14 aprile 2017), n. 18620 – pres. Canzio – rel. De Crescenzio – Est. Piccialli

Appello – rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale – giudizio abbreviato non condizionato

È affetta da vizio di motivazione ex art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., per mancato rispetto del canone di giudizio 'al di là di ogni ragionevole dubbio', di cui all'art. 533, comma 1, cod. proc. pen., la sentenza di appello che, su impugnazione del pubblico ministero, affermi la responsabilità dell'imputato, in riforma di una sentenza assolutoria emessa all'esito di un giudizio abbreviato, operando una diversa valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, senza che nel giudizio di appello si sia proceduto all'esame delle persone che abbiano reso tali dichiarazioni

Dalle
Corti

Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.

Brevi note in tema di abbreviato d'appello

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Gli aspetti innovativi e non innovativi – 3. Gli argomenti di fondo – 4. Alcune critiche – 5. Una conclusione.

1. Premessa.

Le Sezioni Unite sono state di recente interrogate per stabilire «se, nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento emessa all'esito del giudizio abbreviato per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva», il giudice di appello che riforma la sentenza impugnata debba avere precedentemente assunto l'esame delle persone che hanno reso tali dichiarazioni.

Il quesito, tradotto in un lessico più familiare al dibattito contemporaneo sul valore dell'oralità nel giudizio d'appello, suona pressappoco così: le conclusioni raggiunte dalle precedenti Sezioni Unite *Dasgupta*¹ sulla rinnovazione del dibattimento in appello valgono anche nel caso dell'impugnazione che segue al rito abbreviato? E la risposta è "sì". La sentenza di assoluzione pronunciata dal giudice di primo grado, «implicando l'esistenza di una base probatoria che induce quantomeno il dubbio sulla effettiva valenza delle prove dichiarative, pretende che si faccia ricorso al metodo di assunzione della prova epistemo-

¹ Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, in *questa Rivista*, 2016, f. 1, 91 ss., con nota adesiva di M. M. MONACO, *Appello della sentenza di assoluzione e divieto di reformatio in peius. In attesa dell'entrata in vigore del nuovo comma 4-bis dell'art. 603 c.p.p. le Sezioni Unite delineano i principi di riferimento.*

logicamente più affidabile; sicché la eventuale rinuncia dell'imputato al contraddittorio nel giudizio di primo grado non fa premio sulla esigenza di rispettare il valore obiettivo di tale metodo ai fini del ribaltamento della decisione assolutoria. [...] La motivazione risulterebbe altrimenti affetta dal vizio di aporia logica derivante dal fatto che il ribaltamento della pronuncia assolutoria, operato sulla scorta di una valutazione cartolare del materiale probatorio a disposizione del primo giudice, contiene in sé l'implicito dubbio ragionevole determinato dall'avvenuta adozione di decisioni contrastanti»².

2. Aspetti innovativi e non innovativi.

Il principio alla base della decisione è abbastanza chiaro: «se il pubblico ministero propone appello verso una sentenza di proscioglimento per motivi relativi alla valutazione della prova dichiarativa»³, il giudice può condannare l'imputato in appello solo dopo aver risentito oralmente il dichiarante; a prescindere dal fatto che il giudizio di primo grado si sia già strutturato oralmente.

L'affermazione, che ricalca con singolari parallelismi una disposizione destinata ad essere introdotta nel nostro ordinamento tramite il disegno di legge "Orlando" in questi giorni in discussione al Senato⁴, è senz'altro innovativa sul piano culturale, ma non molto sul piano normativo, o su quello giurisprudenziale.

Sul piano normativo, la regola enunciata dalle Sezioni Unite è riducibile ad un comando rivolto al giudice d'appello che potremmo riformulare in questo modo: *se* il pubblico ministero impugna l'assoluzione e chiede la condanna dell'imputato proponendo una diversa valutazione delle prove dichiarative utilizzate in primo grado, *allora* tu giudice d'appello dovrai prima rinnovare il dibattimento e sentire – anche se fosse per la prima volta – i testimoni decisivi. L'impugnazione del p.m. e il correlato motivo d'appello sono quindi i due elementi che riducono la particolare vaghezza di cui è caratterizzata la nozione di «assoluta necessità», identificando uno dei possibili casi concreti in cui la rinnovazione deve dirsi «assolutamente necessaria»⁵.

Sul piano giurisprudenziale, com'è noto, dopo le Sezioni Unite *Clarke* e l'approvazione della legge "Carotti"⁶ la Cassazione non si era più pronunciata univocamente sull'ampiezza del diritto alla prova nell'abbreviato d'appello⁷; neanche l'odierna Sezioni Unite, tuttavia, chiarisce

² Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2017, n. 18620, Patalano, § 7 del *Considerato in diritto*.

³ *Ivi*, § 4 del *Considerato in diritto*.

⁴ Cfr. M. BARGIS, *I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del d.d.l. n. 2798 approvato dalla Camera dei Deputati*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 ottobre 2015, 6 ss.

⁵ Sul punto cfr. V. AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il libero convincimento del giudice d'appello*, in *Cass. Pen.*, 2014, 3970 ss.; R. APRATI, *Il "protocollo" dell'interpretazione convenzionalmente orientata*, in *Cass. pen.*, 2015, 3916.

⁶ Cass., Sez. Un., 13 dicembre 1995, n. 930, Clarke, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 734 ss. con nota di G. SPANGHER, *Le acquisizioni probatorie nel giudizio abbreviato in grado di appello*; v. anche Corte cost., 9 maggio 2001, n. 115, §§ 3 ss. *Considerato in diritto*.

⁷ Per le incertezze giurisprudenziali registrate tra il 2003 e il 2013, v. R. APRATI, *Giudizio abbreviato e imprevedibilità della rinnovazione istruttoria in appello*, in *Arch. Pen.*, 2013, f. 3, 1 ss.

l'alternativa: è il p.m. che – se lo chiede – ha diritto all'acquisizione dei testimoni di cui propone una diversa valutazione, o è il giudice che – nel caso in cui l'appello del p.m. verte sulla valutazione delle prove dichiarative – deve acquisire d'ufficio quelle fonti, indipendentemente da qualsiasi richiesta⁸? È difficile che la Corte di cassazione abbia inteso percorrere la prima strada, perché ciò esporrebbe l'appello dell'imputato ad un'irragionevole disparità: l'imputato condannato potrebbe infatti ottenere l'acquisizione dei testimoni di cui chiede la rivalutazione solo quando il giudice ritiene di “non essere in grado di decidere allo stato degli atti” (art. 603, comma 1, c.p.p.), a differenza del p.m., che avrebbe invece un diritto incondizionato. Ma anche volendo ritenere che si sia inteso percorrere la seconda strada, ci sarebbe poco di nuovo: che il giudice conservi intatto il suo potere istruttorio anche nell'appello che segue al rito abbreviato lo sapevamo già dalle Sezioni Unite *Clarke*; l'unica novità sta quindi nell'aver esplicitato nuove condizioni in presenza delle quali quel potere *deve* attivarsi.

Ma l'innovazione più importante è relativa ai riferimenti teorici sfruttati per giustificare la scelta di obbligare il giudice d'appello a rinnovare il dibattimento anche nei riti “a prova contratta”.

Se prendiamo i motivi classici che animavano il dibattito sull'ambito di operatività dell'art. 603 c.p.p. nell'abbreviato d'appello prima del 2013 non troviamo infatti né il canone del ragionevole dubbio, né la regola della “motivazione rafforzata”, né l'argomento sulla “forza del proscioglimento di primo grado”: la riflessione teorica si interrogava piuttosto sul valore del richiamo normativo che connette l'art. 443, comma 3, l'art. 599 e l'art. 603, sul valore dei diversi tipi di richiesta di rito alternativo in sede d'impugnazione, sul rapporto tra consenso e finalità cognitive della giurisdizione⁹. Quelli usati oggi sono invece concetti nuovi, che richiedono una critica nuova; tutti si muovono, infatti, in un diverso sfondo ideologico: «se lo Stato ha sbagliato una volta nell'esercitare l'azione penale, perché l'imputato è risultato innocente al di là di ogni ragionevole dubbio, il giusto equilibrio fra autorità statale e diritti individuali di libertà impone allo Stato di non riprovarci. [...] Lo Stato che non demorde, dopo essersi sbagliato una volta nell'esercitare l'azione penale contro un innocente, è dunque uno Stato in cui a primeggiare non sono i diritti individuali, ma i poteri dell'autorità»¹⁰. Sottinteso: qualora lo Stato intenda riprovarci, deve ricominciare il giudizio da capo, con garanzie assimilabili a quelle del primo grado ordinario.

3. Gli argomenti di fondo.

Rimettendo in fila le principali ragioni alla base della decisione, la struttura della sentenza potrebbe essere ridotta a questi passaggi: una premessa valoriale, a cui segue un

⁸ La stessa ambivalenza è presente nei principi prodotti dalle Sez. Un. Dasgupta e applicabili al rito ordinario, v. A. CAPONE, *Prova in appello: un difficile bilanciamento*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, 60-61.

⁹ Questi, in esempio, alcuni degli argomenti classici intorno ai quali si discuteva per concedere o negare la rinnovazione del dibattimento nell'abbreviato d'appello. Un quadro più analitico in P. GAETA, A. MACCHIA, *L'appello*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. V – *Le Impugnazioni*, Torino, 2009, 547-552.

¹⁰ F. STELLA, *Sul divieto per il pubblico ministero di proporre appello contro le sentenze di assoluzione*, in *Cass. pen.*, 2004, 758.

argomento logico molto in voga in materia di c.d. “*overturning*”, entrambi contestualizzati in un discorso sistematico più ampio.

La premessa valoriale è quella secondo cui l’assoluzione di primo grado, «implicando l’esistenza di una base probatoria che induce quantomeno il dubbio sulla effettiva valenza delle prove dichiarative, pretende che si faccia ricorso al metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile». L’assoluzione in primo grado – per qualsiasi causa sopraggiunga – viene insomma concepita come una specie di “punto fermo decisorio” dal quale, di regola, non è lecito discostarsi.

L’argomento logico è poi quello secondo cui «per riformare un’assoluzione non basta una diversa valutazione di pari plausibilità rispetto alla lettura del primo giudice, occorrendo invece “una forza persuasiva superiore”, capace, appunto, di far cadere ogni ragionevole dubbio, perché, mentre la condanna presuppone la certezza della colpevolezza, l’assoluzione non presuppone la certezza dell’innocenza, bensì la mera non certezza della colpevolezza». Com’è stato autorevolmente osservato, infatti, per tramutare una condanna in un proscioglimento è sufficiente insinuare un ragionevole dubbio nella ricostruzione accusatoria; tramutare un proscioglimento in una condanna, invece, «implica un’attività costruttiva per la quale è più che mai importante il rapporto diretto con le fonti di prova»¹¹.

Il nesso sistematico, infine, è quello che vorrebbe smentire l’esistenza di un qualche tipo di “simmetria processuale”: secondo una corrente maggioritaria, infatti, per poter emettere una condanna per la prima volta in appello in conformità alle regole europee il giudice dovrebbe procedere alla rinnovazione del dibattimento solo nei casi in cui l’acquisizione della prova si è già svolta in primo grado seguendo il metodo orale¹². Secondo le Sezioni Unite, invece, non è detto che – come ad un primo grado ordinario e orale deve corrispondere un secondo grado orale – ad un primo grado abbreviato e scritto debba corrispondere un secondo grado scritto, «perché lo scopo del giudizio, sia esso ordinario o abbreviato, è, appunto, il superamento di “ogni ragionevole dubbio”»; a supporto di questa opinione si richiama la precedente decisione a Sezioni Unite *Clarke*, che aveva appunto consentito al giudice di riaprire l’istruttoria in appello anche nel vecchio abbreviato «allo stato degli atti scritti»¹³.

4. Alcune critiche.

La premessa valoriale non tiene evidentemente conto dell’opinione della Corte costituzionale: motivando l’incostituzionalità del divieto d’appello dei proscioglimenti da parte

¹¹ P. FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, Bologna, 2012, 236.

¹² Cfr. Cass., Sez. II, 30 luglio 2014, n. 33690, in *C.E.D. Cass.*, n. 260147; Cass., Sez. II, 23 luglio 2014, n. 32655, *ivi*, n. 261851; Cass., Sez. II, 29 settembre 2014, n. 40254, *ivi*, n. 260442; Cass., Sez. III, 4 novembre 2014, n. 45456, *ivi*, n. 260868; Cass., Sez. VI, 3 aprile 2015, n. 14038, *ivi*, n. 262949; Cass., Sez. I, 25 giugno 2015, n. 26860, *ivi*, n. 263961; Cass., Sez. III, 20 marzo 2015, n. 11658, *ivi*, n. 262985; Cass., Sez. III, 24 settembre 2015, n. 38786, *ivi*, n. 264793; Cass., Sez. III, 14 dicembre 2015, n. 49165, *ivi*, n. 265589; Cass., Sez. III, 13 ottobre 2016, n. 43242, *ivi*, n. 267626.

¹³ P. TONINI, *I procedimenti semplificati secondo il progetto preliminare*, in *Giust. pen.*, 1988, I, 454.

del p.m., la Corte prese infatti posizione sull'idea per cui il contrasto tra proscioglimento in primo grado e condanna in appello – generando un ragionevole dubbio – dovrebbe far propendere di per sé per l'assoluzione: «la previsione di un secondo grado di giurisdizione di merito trova [infatti] la sua giustificazione proprio nell'opportunità di una verifica piena della correttezza delle valutazioni del giudice di primo grado, che non avrebbe senso dunque presupporre esatte, equivalendo ciò a negare la ragione stessa dell'istituto dell'appello»¹⁴. La dottrina, sulla stessa scia, aveva prontamente sottolineato come «la funzione di controllo assegnata al processo d'appello impedisce al giudice di inserire l'ipotetica esattezza della decisione impugnata – quasi si trattasse di una delle prove favorevoli all'imputato – tra gli elementi rilevanti per la formazione del suo convincimento»¹⁵.

La Cassazione sembrerebbe tuttavia aver motivato la sua preferenza più che altro in base all'«avvenuta “costituzionalizzazione del giusto processo”», che dovrebbe consentire di configurare l'appello contro una sentenza assolutoria come «“nuovo” giudizio, in cui il dubbio sull'innocenza può essere superato [...] solo impiegando il metodo migliore per la formazione della prova»¹⁶. Eppure, proprio qualificando l'appello come un *novum iudicium* dovremmo *a fortiori* considerare la decisione di primo grado insignificante sul piano della ricostruzione storica dei fatti in giudizio¹⁷: se l'accertamento in appello riparte da capo, insomma, dall'avvenuta assoluzione in primo grado non dovrebbe scaturire alcun “dubbio ragionevole” che occorre superare.

Quanto all'argomento logico secondo cui per ribaltare “al di là di ogni ragionevole dubbio” una sentenza di proscioglimento sarebbe necessaria una “forza persuasiva superiore” reperibile solo tramite una nuova audizione delle prove dichiarative decisive, si tratta di un'idea con cui la Cassazione si era già confrontata: se «soltanto tramite una diretta percezione della prova dichiarativa, con correlato esercizio del diritto al contraddittorio da parte dell'imputato, il giudice può portare la sua cognizione “al di là di ogni ragionevole dubbio”, dato che – ovviamente – quest'ultimo principio funge da ipostasi nel codice di rito della presunzione di non colpevolezza [...] la conseguenza sarebbe porre in discussione la legittimità costituzionale dei cosiddetti riti alternativi, che da ciò prescindono, anzi ciò

¹⁴ Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26, §§ 7.1 ss. *Considerato in diritto*.

¹⁵ F. CAPRIOLI, *Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e “parità delle armi” nel processo penale*, in *Giur. cost.*, 2007, 252; S. TESORIERO, *Luci e ombre della rinnovazione dell'istruttoria in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017, III, 100-101. Argomenti dello stesso tenore sono però reperibili tra le pagine dei migliori maestri processualisti d'inizio secolo: «il giudice d'appello giudica bene non tanto *benché*, quanto *perché* il primo giudice ha giudicato male: anche l'errore è infatti una tappa verso la verità» (P. CALAMANDREI, voce *Appello civile* (1929), ora in *Opere giuridiche*, vol. VIII, Napoli, 1979, 443).

¹⁶ Così la sentenza in commento, § 8 del *Considerato in diritto*. L'idea per cui la qualifica di *novum iudicium* dipende dai materiali su cui il giudice di secondo grado matura il proprio convincimento (prove orali/verbali di prove orali) è sostenuta anche da una parte della dottrina, v. F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello*, Padova, 1995, 77 ss.; D. CHINNICI, *Contraddittorio e giudizio di appello. Ortodossia europea, resistenze interne e graduali aperture in attesa del “sigillo” del legislatore*, in D. NEGRI, R. ORLANDI (a cura di), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Torino, 2017, 189-190.

¹⁷ Il modello del gravame puro evocato dalla nozione di *novum iudicium* prevede infatti che la decisione impugnata «scad[a] a precedente storico, dissolta dall'impugnante» (F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 1089).

invertono, cartolarizzando, per così dire, l'accertamento»¹⁸. Le Sezioni Unite hanno preso in considerazione l'obiezione, ma non l'hanno confutata.

Gli aspetti maggiormente critici che derivano dalla connessione stabilita tra “ragionevole dubbio”, “motivazione rafforzata” e dovere di rinnovazione sono stati segnalati anche dalla dottrina più in sintonia con la decisione: «non è sempre detto che l'*overturning* in appello si presti alla critica in punto di motivazione: il costrutto logico-motivazionale della condanna potrebbe non rivelare mancanze, contraddittorietà o illogicità. Semmai, la mancanza riguarda il momento di riassunzione delle prove»¹⁹.

E in effetti la Corte sembra aver confuso alcuni dei piani che solitamente interessano le discussioni in tema di obbligo di motivazione e soglia legale della condanna: se è corretto ritenere che la decisione di secondo grado debba quantomeno confutare la decisione di primo grado prima di poterla ribaltare, non è detto che per farlo sia sempre necessario risentire i testimoni decisivi. Una sentenza d'appello può infatti motivare “al di là di ogni ragionevole dubbio” anche se non è preceduta dalla rinnovazione; tutto sta a vedere dov'è l'errore che si ritiene abbia commesso il giudice di primo grado²⁰.

Immaginiamo un processo abbreviato per uxoricidio: un passante, in sede di sommarie informazioni, ha sostenuto di aver visto l'imputato uscire di casa alle ore 20, nel fascicolo è presente anche l'arma del delitto – un coltello – con sopra le impronte digitali dell'imputato e un verbale d'ispezione che non registra alcun segno di scasso, ma la morte della vittima è collocata dalla perizia tra le 20 e 30 e le 21 e 30. In primo grado il giudice proscioglie l'imputato ritenendo che le impronte sul coltello non fossero significative, trattandosi di una posata usualmente utilizzata dall'imputato, e che la testimonianza e la perizia facessero anzi ragionevolmente dubitare che qualcuno non si fosse introdotto di soppiatto in casa per uccidere la donna proprio in assenza del marito. Se il p.m. in appello si limita a rilevare che i verbali d'ispezione non registravano segni di scasso, né alcun disordine in casa che potesse far ritenere avvenuta una colluttazione tra la vittima e uno sconosciuto, a che *pro* ri-ascoltare il passante? Il p.m. appellante, in questo esempio, rimprovera al giudice di primo grado di aver male elaborato logicamente l'informazione riferita dal testimone e quanto risulta dagli altri elementi di prova: la partita si gioca quindi tutta sulle inferenze con cui i diversi dati probatori a disposizione vengono combinati, e sul grado di conferma che è possibile assegnare alle diverse ipotesi ricostruttive²¹.

¹⁸ Cass., Sez. III, 13 ottobre 2016, n. 43242, in *C.E.D. Cass.*, n. 267626, in motivazione.

¹⁹ H. BELLUTA, L. LUPÀRIA, *Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 maggio 2017, 5.

²⁰ Cfr. P. FERRUA, *La prova nel processo penale. Vol. I – Struttura e procedimento*, Torino, 2015, 93-94. Avevamo avanzato questa perplessità già di fronte alla soluzione delle Sezioni Unite *Dasgupta*, in V. AIUTI, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, in *Cass. pen.*, 2016, 3232-3233.

²¹ Come ha di recente chiarito la Cassazione, «il giudice di appello che intenda riformare in “*peius*” la pronuncia assolutoria di primo grado, non ha l'obbligo di disporre la rinnovazione dell'esame del dichiarante quando non effettui, in concreto, una diversa valutazione delle dichiarazioni e, quindi, non apprezzi diversamente rispetto al primo giudice la attendibilità dello stesso, ma valorizzi integralmente la deposizione non del tutto considerata dal primo giudice per una svista, una dimenticanza o un vero e proprio “salto

L'argomento sistematico adoperato dalle Sezioni Unite per mostrare quanto poco scandaloso sia un secondo grado orale anche dopo un primo grado scritto, invece, probabilmente non coglie nel segno: la Corte sostiene infatti che questo genere di "asimmetria" sarebbe stata già patrocinata dalla Corte costituzionale (Corte cost., 19 dicembre 1991, n. 470) e dalle precedenti Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 13 dicembre 1995, n. 930, *Clarke*). È ovvio però che il contesto normativo affrontato dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria prima delle modifiche apportate dalla legge "Carotti" fosse del tutto differente²²: a quel tempo, i poteri istruttori officiosi in grado di bilanciare "negozialità" dell'accertamento e "finalità cognitive" nel rito abbreviato mancavano del tutto; oggi invece esistono diverse alternative che consentono all'imputato di determinare da subito il tasso di oralità del rito alternativo, e il giudice può sempre introdurre mezzi di prova quando «ritiene di non poter decidere allo stato degli atti»²³ (art. 441, comma 5, c.p.p.).

5. Una conclusione.

La soluzione offerta dalle Sezioni Unite, quindi, sta e cade a seconda che se ne condividano le premesse più marcatamente ideologiche (a prescindere dal rito adottato, l'accertamento penale è possibile solo a seguito del contraddittorio orale), confermando così che la risposta al quesito sull'ammissibilità di una integrazione probatoria nel giudizio abbreviato d'appello dipende più che altro dalla storica «insofferenza nei confronti di un regime [...] che confina la cognizione del giudice entro gli stretti limiti delle risultanze degli atti di indagine»²⁴. La giurisprudenza europea che ha ispirato le Sezioni Unite *Dasgupta*²⁵, riletta alla luce del canone del ragionevole dubbio, ha offerto spunti assai interessanti in questo dibattito. Sembra però che la Cassazione abbia dimenticato alcune peculiarità del rito alternativo: una su tutte l'aspetto consensuale, che, aprendo il giudizio agli elementi d'indagine, genera verità in qualche modo alternative a quelle che sarebbe stato possibile conseguire col rito ordinario²⁶.

logico», non incorrendo in tale ipotesi violazione dell'art. 6 CEDU come interpretato dalla Corte Edu nella pronuncia *Dan c. Moldavia* (Cass., Sez. II, 23 dicembre 2016, n. 54717, in *C.E.D. Cass.*, n. 268826). Cfr. P. BRONZO, *Condanna in appello e rinnovazione della prova dichiarativa*, in *Arch. pen.*, 2014, f. 11 ss.; A. CAPONE, *op. cit.*, 58-59.

²² È un punto colto chiaramente anche dalla citata Cass., Sez. III, 13 ottobre 2016, n. 43242, in motivazione.

²³ Sull'esegesi di questa clausola dopo la legge "Carotti", v. G. ILLUMINATI, *Il giudizio senza oralità*, in *Aa. Vv.*, *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano, 2003, 81-83.

²⁴ Riportiamo, pur dandole per aggiornate, le osservazioni di G. CONTI, *Giudizio abbreviato e integrazione probatoria*, in *Cass. pen.*, 1992, 904.

²⁵ La vicenda è notissima: si tratta della decisione *Dan c. Moldavia*, sulla quale v. tra i primi A. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 349 ss.

²⁶ Cfr. M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004, 118; V. PATANE, *Giudizio abbreviato e consenso: una problematica compatibilità costituzionale?*, in G. Di Chiara (a cura di), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, Torino, 2009, 98; O. MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, 261.

Due dati, però, meritano di essere segnalati: uno sistematico e uno teorico.

Dal punto di vista sistematico, la decisione è destinata a riverberarsi in modo poco prognosticabile su alcuni consolidati equilibri interpretativi in tema di accesso al rito, perché costringe la difesa ad una specie di “dilemma tragico”: o l'imputato si sobbarca da subito l'onere di dimostrare che gli elementi probatori dichiarativi raccolti dal p.m. e presenti nel fascicolo risulterebbero a lui favorevoli qualora acquisiti oralmente (cosa non sempre possibile da prevedere); oppure opta per una richiesta non condizionata, confidando nell'inconsistenza probatoria di quegli atti, ma resta esposto al rischio che quelle stesse prove siano poi riacquisite e rivalutate d'ufficio in appello.

Nel caso in cui l'imputato voglia smentire nel contraddittorio orale le prove scritte presenti nel fascicolo, per accogliere la richiesta condizionata occorre forzare un po' l'esegesi tradizionale dell'art. 438, comma 5, c.p.p. Le Sezioni Unite *Wajib* erano state piuttosto chiare nell'individuare i mezzi di prova acquisibili tramite una richiesta “condizionata”: deve trattarsi di acquisizioni «soltanto integrative, non sostitutive del materiale già acquisito ed utilizzabile come base cognitiva»²⁷. In dottrina, il canone era stato altrettanto specificato nel senso che «l'integrazione probatoria [...] dovrà essere diretta ad esplorare profili ignoti dal p.m., ovvero non sufficientemente indagati, purché inerenti al *thema decidendum* [...], non necessariamente [con mezzi di prova, n.d.R.] diversi da quelli già acquisiti [...], purché su altre e diverse circostanze o su particolari aspetti delle stesse circostanze»²⁸. Nella nostra ipotesi, invece, l'imputato mira proprio a “sostituire” verbali di prove dichiarative presenti nel fascicolo del p.m. con la corrispondente versione orale. E visto che non sempre si tratterà di ampliare o diversificare le circostanze su cui la persona informata sui fatti è stata sentita, l'imputato dovrà convincere il giudice che l'obiettivo dell'acquisizione orale è ottenere – con mezzi dibattimentali – una conoscenza più “solida e decisiva” di alcuni fatti rispetto a quella conseguibile mediante il solo verbale del dichiarante²⁹.

Nel caso in cui l'imputato preferisca invece la richiesta non condizionata, accarezzando così la prospettiva di essere prosciolto perché i verbali d'indagine sono «vagli o poco utilizzabili»³⁰, dovrà sempre tenere a mente che il p.m. impugna la sentenza di assoluzione la situazione è suscettibile di notevoli approfondimenti in appello.

Quanto all'aspetto teorico, poi, non è perfettamente nitido perché la Cassazione abbia ritenuto che una diversa valutazione di prove dichiarative mai acquisite oralmente possa essere fatta solo procedendo nel contraddittorio orale.

Contro questa idea è stato giustamente sottolineato che, poiché il consenso al rito alternativo veicola in giudizio proprio elementi di prova mai vagliati nell'immediatezza di

²⁷ Sez. Un., 27 ottobre 2004, n. 44711, *Wajib*, in *Cass. pen.*, 2005, 358 ss. spec. 363, con nota di P. SPAGNOLO, *Note minime in tema di giudizio abbreviato condizionato: prova necessaria, legalità della pena, oneri dell'imputato*.

²⁸ P. SPAGNOLO, *op. cit.*, 370.

²⁹ V. R. APRATI, *Giudizio abbreviato ed “esercizio” del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2013, 569.

³⁰ Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2017, n. 18620, Patalano, § 1 del *Ritenuto in fatto*.

un esame incrociato, il problema della loro rivalutazione in appello non può essere identificato con una mancanza di immediatezza, come avviene nel rito ordinario³¹. In senso favorevole alla soluzione oggi adottata era stato però già rilevato che, in assenza di un nuovo esame, nell'abbreviato d'appello succede che due giudici di merito si limitino a riesaminare «la medesima dichiarazione cristallizzata nel verbale; [rispetto alla quale] una differente valutazione potrebbe in effetti suscitare maggiori perplessità»³².

Entrambe le opinioni colgono un aspetto interessante del fenomeno, che in larga parte dipende da cosa intendiamo per “valutazione dell’attendibilità” di una prova dichiarativa (scritta o orale che sia): se con “valutazione dell’attendibilità” intendiamo l’osservazione dei tratti prosodici del dichiarante, il giudice del primo grado abbreviato certo non si interroga sul tono della voce di chi ha riferito le sommarie informazioni, disponendo solo di un “muto” verbale; se però con “valutazione dell’attendibilità” intendiamo l’apprezzamento della linearità e non contraddittorietà di quanto riferito, anche il giudice del giudizio abbreviato esamina le informazioni contenute nel verbale, potendo però apprezzare solo il dichiarato e non il dichiarante; se con “valutazione dell’attendibilità” intendiamo la ricerca di conferme tra quanto riferito da un testimone e altri elementi di prova, giudizio abbreviato e giudizio ordinario non presentano alcuna differenza.

L’assenza dei tratti prosodici del dichiarante è il tipico *deficit* cognitivo che caratterizza i riti alternativi, quindi non è il primo uso di “valutazione dell’attendibilità” che possiamo prendere in considerazione.

Prendendo in considerazione gli altri due, sembrerebbe che le Sezioni Unite abbiano voluto dire questo: tutte le volte che il giudice di secondo grado – spinto dall’impugnazione del p.m. – dubita ragionevolmente della valutazione effettuata dal giudice di primo grado sulla linearità e non contraddittorietà di quanto riferito da un verbale³³, ovvero ritiene insussistenti le conferme (o le smentite) che il giudice di primo grado ha ravvisato tra quanto riferito dai verbali e altri elementi di prova, la rinnovazione del dibattimento è “assolutamente necessaria”.

VALERIO AIUTI

³¹ S. TESORIERO, *op. cit.*, 98-101.

³² A. CAPONE, *Prova in appello*, cit., 60.

³³ È chiaro che questo tipo di valutazione non va confusa con i casi in cui «il documento che tale prova riporta risulti semplicemente “travisato”, quando, cioè, emerge che la lettura della prova sia affetta da errore “revocatorio”, per omissione, invenzione o falsificazione. In questo caso, difatti, la difformità cade sul significante (sul documento) e non sul significato (sul documentato) e, perciò, non può sorgere alcuna esigenza di rivalutazione di tale contenuto attraverso una nuova audizione del dichiarante» (Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2017, n. 18620, Patalano, § 9 del *Considerato in diritto*).

A proposito delle finestre giurisdizionali: ma se valorizzassimo quelle già esistenti?

A CURA DI FABIO ALONZI

(RESPONSABILE OSSERVATORIO CASSAZIONE UCPI)

Nella relazione tenuta, nel corso dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, dal Primo presidente della Suprema corte, dott. Giovanni Canzio, l'Alto magistrato ha compiuto una attenta analisi dello stato del "sistema giustizia" nel nostro Paese individuando anche i possibili correttivi che si potrebbero introdurre nella disciplina positiva per porre rimedio ai mali che l'affliggono.

In particolare nell'affrontare il tema del ruolo del pubblico ministero nel processo penale, il Presidente Canzio, dopo aver sottolineato la necessità di non mutarne l'attuale assetto ordinamentale, continuando ad attrarre la figura dell'accusatore pubblico «*nel sistema e nella cultura della giurisdizione*»¹ – dalla quale è «*visibile, in alcuni casi, il progressivo distacco, per una sorta di spiccata referenzialità, anche nei rapporti con la narrazione mediatica*» – indica l'esigenza di prendere in «*seria considerazione la proposta di aprire talune, significative, finestre di controllo giurisdizionale nelle indagini preliminari, piuttosto che prevedere interventi di tipo gerarchico o disciplinare*».

La prima notazione non possiede certamente i caratteri dell'originalità in quanto con la stessa non si fa che ribadire una posizione assolutamente predominante all'interno della magistratura italiana da sempre ostile a progetti di riforma volti ad operare una separazione delle carriere tra giudici e pubblici ministeri. Per non dire delle ragioni poste a sostegno di tale contrarietà. Ancora una volta si ripropone l'argomento secondo il quale una netta distinzione ordinamentale dei due organi giudiziari porterebbe ad un impoverimento culturale della figura del pubblico ministero che sarebbe così privato del crisma della giurisdizione. Sebbene molte cose si potrebbero dire in proposito, prima fra tutte l'ambiguità dello strumento argomentativo al quale si continua a fare ricorso – *id est* il riferimento alla cultura della giurisdizione² – per sostenere la propria contrarietà ad adeguare la veste ordinamentale dell'organo dell'accusa al ruolo di parte che l'attuale codice di rito penale gli attribuisce³, è invece sul secondo passaggio della relazione presidenziale che abbiamo deciso di fissare la nostra attenzione dedicando al tema delle c.d. "finestre giurisdizionali" il *focus* della rivista di questo mese.

¹ Cfr. *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2016*, Roma, 2017, 36, dalla quale sono tratte anche le citazioni che seguono immediatamente nel testo.

² Una espressione «tanto eufonica quanto ambigua», come acutamente osservato dal GIOSTRA, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria*, in *Giustizia insieme*, 2008, numero 0, 142.

³ La necessità di quest'adeguamento discende dall'adesione dell'attuale codice di rito ad un sistema di stampo accusatorio. Come acutamente osservato da ILLUMINATI, *La separazione delle carriere come presupposto per un riequilibrio dei poteri delle parti*, in AA. VV., *Il Pubblico Ministero oggi*, Milano, 1994, 219, «la struttura reale del processo» è data dal combinarsi delle norme che governano il rito con quelle che regolano l'identità dei soggetti che di quello stesso rito sono gli artefici, sottolineando in proposito come non sia assolutamente casuale che «le grandi riforme della procedura (da Napoleone ad Alfredo Rocco) sono state accompagnate dalle riforme ordinamentali».

Prima di aprire ai diversi contributi degli studiosi che hanno raccolto l'invito ad analizzare gli interventi "giurisdizionali" nel corso delle indagini che il nostro sistema già conosce ci siano consentite alcune considerazioni preliminari.

La sollecitazione che viene dal Primo magistrato italiano a prendere in seria considerazione l'idea di rivedere l'assetto delle garanzie nella fase preliminare al giudizio invita in primo luogo a domandarsi se effettivamente vi sia la necessità di prevedere ulteriori occasioni di controllo giudiziario in fase di indagine, rispetto a quelli già esistenti, ma soprattutto, a verificare quale siano le ragioni che hanno impedito agli interventi giudiziari già esistenti di assolvere il compito loro affidato dal nuovo codice.

L'analisi della disciplina codicistica ci consegna difatti una fase preliminare al giudizio che non è stata pensata, strutturata e disciplinata come momento totalmente impermeabile a possibili interventi giurisdizionali. Una scelta che per qualche verso si poteva considerare come necessitata in virtù dell'impostazione accusatoria data alle indagini preliminari. La volontà di decontaminare il pubblico ministero da funzioni e poteri che non potevano essere riconosciuti ad una parte, espressa in maniera chiara nella relazione al codice⁴, imponeva di affidare ad un organo giurisdizionale terzo rispetto alla conduzione delle indagini, il compito di "garante" dei diritti, costituzionalmente rilevanti, in predicato di essere limitati nel corso delle investigazioni.

Questo compito è stato affidato al giudice per le indagini preliminari, assoluta novità del codice Vassalli⁵, al quale si è attribuito il compito di intervenire sostanzialmente su tre macroaree, che individuano altrettante funzioni di garanzia: a) libertà costituzionalmente tutelate (personale, delle comunicazioni e di difesa); b) esercizio dell'azione e tempi dell'indagine; c) formazione anticipata della prova⁶.

A questa pluralità di funzioni è corrisposta una diversa modulazione delle azioni del giudice, calibrate a seconda del bene o dell'esigenza oggetto di tutela e delle dinamiche procedurali nelle quali il singolo provvedimento giudiziale veniva ad inserirsi. Fatta eccezione per il procedimento applicativo delle misure cautelari⁷, per il quale si può ritenere che l'intervento del giudice costituisca espressione di giurisdizione, negli altri casi questa possibilità appare interdetta, soprattutto se si accede ad una definizione di giurisdizione rispettosa dei connotati richiesti dalla Carta fondamentale⁸. Per questi interventi, difatti, ci si è accontentati della sola attribuzione ad un organo giurisdizionale del potere di adottare determinati provvedimenti e del dovere dello stesso di motivare le proprie decisioni.

Dunque delle finestre giurisdizionali già esistono.

⁴ In quel documento si precisava in maniera chiara che «al pubblico ministero va riconosciuta per intero e senza concessioni ad ibridismi di sorta la posizione di "parte". Il che comporta la più netta distinzione tra quest'organo e il giudice, in modo da porre fine a quel fenomeno di reciproca trasmissione di caratteri tra i due soggetti che costituisce una delle note di fondo più negative del sistema processuale penale vigente. Si tratta, in sostanza di sfuggire dalla giurisdizionalizzazione del pubblico ministero, per un verso sottraendogli poteri che devono essere riservati al giudice ...e, per un altro verso, costruendo la figura del pubblico ministero non già sulla falsariga di quella del giudice, ma in modo che sia rispettata la natura di parte»: così *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Speciale documenti giustizia*, II, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1988, 33-34.

⁵ Giustamente definito da SPANGHER, *Il giudice per le indagini preliminari ed i procedimenti speciali*, in AA. Vv., *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Milano, 1996, 88, come «il vero giudice nuovo del nuovo processo penale».

⁶ Questi tre ambiti non esauriscono comunque le competenze funzionali del g.i.p., al quale sono stati affidati anche compiti di decisione nel merito in ordine ad alcuni riti speciali, ma che non concorrono ad identificare tuttavia la funzione svolta da quest'organo nel corso delle indagini.

⁷ Per essere chiari: quello che inizia con la richiesta del pubblico ministero e termina con l'assunzione dell'interrogatorio di garanzia.

⁸ Volendo per più ampie considerazioni sul tema dei requisiti indicati dalla Costituzione per riconoscere natura giurisdizionale all'intervento del giudice sia consentito rimandare ad F. ALONZI, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari. Tra giurisdizione e controllo giudiziale*, Padova, 2011, 95 e ss.

Ed allora cosa induce il Primo presidente a sollecitare nuove forme di controllo giudiziario durante le indagini?

Evidentemente la consapevolezza che il sistema esistente non assicura un soddisfacente livello di garanzia per i soggetti coinvolti a qualsiasi titolo nelle investigazioni e soprattutto per il loro diritti.

Ma a fronte di questa consapevolezza non ci si dovrebbe anche domandare come si sia arrivati alla situazione attuale ed interrogarsi sul ruolo assunto in questo contesto dai primi artefici del diritto vivente?

Detto in termini maggiormente assertivi: in che modo l'Organo della nomofilachia ha interpretato quelle garanzie che comunque il sistema riconosceva?

L'analisi della giurisprudenza di legittimità degli ultimi venticinque anni non ci fornisce risposte tranquillizzanti. Troppe volte sono state date letture esegetiche restrittive dei poteri di controllo affidati al giudice per le indagini preliminari che hanno ridimensionato il livello di garanzia che gli interventi giudiziari dovevano assicurare. Per non dire dello sbarramento che è stato frapposto nel riconoscere al g.i.p. alcune facoltà che avrebbero contribuito a controllare effettivamente l'attività del pubblico ministero. Si pensi, a solo titolo esemplificato, al mancato riconoscimento al giudice della fase preliminare della possibilità di sindacare la tempestività dell'iscrizione della notizia di reato⁹.

Forse prima di pensare all'ennesimo intervento riformatore è opportuno verificare con disinteressato rigore come il diritto vivente legge gli interventi attuali del giudice nelle indagini preliminari.

A questa finalità sono indirizzati gli interventi del presente *focus*.

Il sindacato sui tempi dell'iscrizione

DI KATIA LA REGINA

(PROFESSORE ASSOCIATO DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE, UNIVERSITÀ DEGLI STUDI GIUSTINO FORTUNATO, BENEVENTO)

Il terreno fertile delle omissioni o dei ritardi nelle iscrizioni nel registro delle notizie di reato è rappresentato dalla scelta, per certi versi obbligata dalla fisiologica "fluidità" delle indagini preliminari, di scindere le coordinate temporali dell'obbligo di iscrizione: mentre all'annotazione della notizia di reato il pubblico ministero deve procedere «immediatamente», l'iscrizione del nominativo dell'indagato può essere disposta anche in seguito e, dunque, nel momento in cui tale nominativo risulta (art. 335, comma 1, c.p.p.). Questa impostazione – investendo la scelta dei tempi in cui procedere all'iscrizione del nome della persona nel registro delle notizie di reato e, correlativamente, la scelta del registro in cui iscrivere la notizia – fonda un margine di discrezionalità così ampio da travalicare agevolmente in arbitrio. Le ipotesi che la prassi consente di registrare sono molteplici; così, ad esempio, può accadere che il pubblico ministero, pur se a fronte di una notizia di reato a carico di una persona identificata, ometta l'iscrizione o proceda all'annotazione a mod. 44; oppure, registri a mod. 44 la notizia a carico di persona da identificare, senza assolvere l'obbligo di iscrizione nominativa una volta conseguiti gli elementi obbiettivi di identificazione dell'indagato. Ma anche laddove la persona da identificare sia iscritta a mod. 21 si registrano distorsioni applicative e ricadute sulla decorrenza dei termini delle indagini, come nei casi in cui

⁹ Cfr. tra le altre Cass. Sez. Un., 24 settembre 2009, Lattanzi, in *Cass. pen.*, 2010, 503.

il pubblico ministero – a dispetto dell'oramai avvenuta identificazione – ometta l'annotazione del nominativo, rendendo sostanzialmente a tempo indeterminato il protrarsi dell'azione investigativa.

La ricognizione complessiva dell'impatto di simili gestioni patologiche del registro di cui all'art. 335 c.p.p. fa emergere un quadro di ricadute dirompenti, che annienta il significato di principi fondamentali quali quello di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), di ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Cost.) e di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.). Si tratta, infatti, di prassi che, a partire dalla preclusione all'accesso al registro delle notizie di reato (art. 335, comma 3, c.p.p.), compromettono il diritto dell'indagato ad essere informato nel più breve tempo possibile della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico (art. 111, comma 3, Cost.; art. 6 § 3, lett. *a*, Conv. eur. dir. uomo); di conseguenza, compromettono il diritto inviolabile di difesa (art. 24 Cost.), relegandone l'esercizio all'interno dei limitati confini tracciati dall'art. 391-*nonies* c.p.p. Sotto questo profilo, tra l'altro, è inibito l'accesso ad istituti preordinati alla formazione di una prova utilizzabile ai fini della decisione – quali l'incidente probatorio (art. 392 c.p.p.) o gli accertamenti tecnici irripetibili (artt. 360 e 391-*decies*, comma 3, c.p.p.) – perché le omissioni o i ritardi nell'iscrizione soggettiva precludono tanto la possibilità di una attivazione diretta quanto la partecipazione allo svolgimento delle relative attività promosse su impulso del pubblico ministero; e analoga interdizione del diritto al contraddittorio si determina anche nei casi in cui sia avanzata richiesta di proroga dei termini delle indagini (art. 406 c.p.p.). È altresì compromessa l'operatività delle garanzie che circondano l'indagato quale fonte dichiarativa (artt. 64, 197, 197-*bis*, 210 c.p.p.) perché, seppure soccorra la tutela offerta dall'inutilizzabilità assoluta di cui all'art. 63, comma 2, c.p.p., l'obbligo di rispondere secondo verità che caratterizza un'audizione condotta ex art. 362 c.p.p. offre in ogni caso al pubblico ministero la possibilità di ottenere spunti investigativi, tanto più preziosi ove si consideri che gli elementi di prova acquisiti in forza di eventuali dichiarazioni indizianti si ritengono pienamente utilizzabili. Inoltre, ferma l'impossibilità di esercitare la facoltà di impulso di cui all'art. 413 c.p.p., è precluso il ricorso all'istituto che consente di promuovere il corretto incardinamento della vicenda dinanzi al giudice competente (art. 54-*quater* c.p.p.), e per questo aspetto, si influisce anche sull'operatività dei criteri di determinazione della competenza per territorio di cui agli artt. 9, comma 2, c.p.p. e 10, comma 1, c.p.p. Infine, considerata soprattutto la funzione di banca dati che assume il registro delle notizie di reato, i ritardi e le omissioni nelle iscrizioni nominative finiscono per produrre notevoli ripercussioni anche sull'attività di coordinamento investigativo e di prevenzione dei reati di maggiore allarme sociale; in questo modo, una gestione scorretta dei registri di cui all'art. 335 c.p.p. si ripercuote anche sul ruolo di coordinamento investigativo del Procuratore nazionale antimafia (art. 371-*bis* c.p.p.), che si esercita, tra l'altro, anche accedendo al registro delle notizie di reato (art. 117, comma 2-*bis*, c.p.p.). Infine, la posticipazione artificiosa della decorrenza dei termini dell'indagine alla data di iscrizione del nominativo dell'indagato, preclude indebitamente all'interessato la conoscenza dell'instaurazione del processo a suo carico ex art. 2, comma 2-*bis*, l. 24 marzo 2001, n. 89 e sbarra la strada al riconoscimento del principale tra i presupposti per ottenere l'equo indennizzo proprio nei casi in cui è più probabile che la durata del procedimento – a causa delle indicate prassi elusive – possa risultare irragionevole.

È di palmare evidenza che la strada del ripristino delle garanzie debba passare per l'analisi delle risorse utilizzabili per riconoscere al giudice un potere di controllo del rispetto dei tempi dell'iscrizione e, nei casi di omissioni o ritardi, un conseguente potere di ricostruzione dei termini delle indagini a far data dal momento in cui l'iscrizione avrebbe dovuto essere effettuata. Si tratta di un percorso che, come è noto, risulta ostacolato dall'orientamento – che le stesse Sezioni unite¹⁰ hanno contribuito ad alimentare – secondo cui il termine del-

¹⁰ Il riferimento corre a Cass. pen., sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2001, 400, con note di CASSIBBA, *Inutilizzabilità*

le indagini debba decorrere dal momento dell'iscrizione formale del nominativo della persona sottoposta alle indagini. Nondimeno, lo sbarramento frapposto all'affermazione dell'esistenza in capo al giudice del potere di retrodatare siffatto termine al momento in cui l'iscrizione avrebbe dovuto essere effettuata risulta tutt'altro che insuperabile. Il principale dei "tasselli normativi" che consente di scorgere il riconoscimento di prerogative di controllo della correttezza dell'adempimento prescritto dall'art. 335, comma 1, c.p.p. è rappresentato dal potere di ordinare l'iscrizione del nome della persona nel registro delle notizie di reato attribuito al giudice nell'ambito del procedimento di archiviazione di cui all'art. 415 c.p.p. Lo strumento contemplato dalla norma non appare assumere i tratti di una prerogativa eccezionale, attivabile solo a fronte di iscrizioni a mod. 44, ma piuttosto risulta un meccanismo di garanzia generale, che opera – peraltro anche nel procedimento di archiviazione a carico di noti¹¹ – assegnando al giudice il compito di tutelare il sistema dall'inadempimento dell'obbligo di immediata iscrizione del nome dell'indagato, doloso o colposo che sia. Certamente quello che conduce all'iscrizione coatta, pur non possedendo il crisma dell'eccezionalità, non sembra potersi considerare un «potere diffuso»¹². Per garantire gli equilibri del sistema e, dunque, affinché non si profili il rischio di trasferire sul giudice una discrezionalità facile a tramutarsi in arbitrio, è da ritenere che il potere di ordinare l'iscrizione possa essere esercitato solo in quelle sedi in cui sia consentito all'organo giurisdizionale il controllo di tutti gli atti d'indagine sino ad allora compiuti o, comunque, in quei contesti in cui sia demandato al giudice il compito di verificare anche gli ambiti soggettivi di una domanda avanzata dal pubblico ministero o, a seconda dei casi, da altri soggetti processuali. Al contrario, quando il *dominus* delle indagini ha un potere di selezione degli atti da trasmettere (artt. 291 ss. c.p.p.; art. 391 c.p.p.), l'ordine di iscrizione è da ritenersi precluso, perché la *ratio* di garanzia e il doveroso rispetto delle prerogative del pubblico ministero in punto di iscrizione inibiscono qualunque intervento giudiziale sui tasselli mancanti del quadro indiziario e, dunque, ogni azione che si spinga oltre il mero riscontro del già avvenuto raggiungimento della soglia che integra l'individuazione dell'indagato. Così inteso, il potere di controllo è, ad esempio, da ritenere legittimamente esercitabile nell'economia del procedimento di proroga dei termini delle indagini preliminari (art. 406 c.p.p.); o in occasione del vaglio di ammissibilità di una domanda di incidente probatorio presentata per il caso di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p.; o ancora, in occasione del ricorso al meccanismo dell'estensione dell'incidente probatorio (art. 402 c.p.p.).

Se non sembrano esservi ostacoli all'affermazione dell'esistenza di ampi margini per riconoscere al giudice il potere di verificare se la soggettivizzazione della notizia di reato sia avvenuta, è pur sempre dalle indicazioni di sistema che si ricava non solo il potere ma, ancor prima, il *dovere* del giudice di ricostruire il

degli atti e poteri probatori del giudice nel "nuovo" giudizio abbreviato e di MARANDOLA, Mancata iscrizione della notizia criminis; Cass. pen., sez. un., 23 aprile 2009, Fruci, in Cass. pen., 2009, 4145, con nota di APRATI, Iscrizione soggettiva, indizi di reità e decisività degli atti investigativi tardivi; Cass. pen., sez. un., 24 settembre 2009, Lattanzi, in Cass. pen., 2010, 503, con note di APRATI, Confermata l'insindacabilità della data di iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro delle notizie di reato, ibidem, 513, e di ZAPPULLA, L'attuale disciplina non consente di sindacare le tardive iscrizioni nel registro delle notizie di reato, ibidem, 523.

¹¹ Cfr., Cass. pen., sez. un., 31 maggio 2005, Minervini, in Cass. pen., 2005, 2860, che, in relazione al modello ordinario, hanno escluso l'abnormità e, dunque, la ricorribilità per cassazione dell'ordinanza con la quale il giudice ordina l'iscrizione nel registro delle notizie di reato di altri soggetti mai prima indagati e per i quali il pubblico ministero non abbia avanzato alcuna richiesta, disponendo altresì lo svolgimento di ulteriori indagini. Sulla pronuncia v., ALONZI, *Contenuti e limiti del controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2006, 955; AMATO, *Le sezioni unite assegnano un potere che va oltre il semplice controllo*, in Guida dir., 2005, n. 28, 80; CASSIBBA, *Sui poteri del g.i.p. ex art. 409 commi 4 e 5 c.p.p.*, in Cass. pen., 2005, 2868; CIAVOLA, *I poteri del g.i.p. in seguito al controllo della richiesta di archiviazione*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2005, 795; MACRILLÒ, *Provvedimenti abnormi e limiti al potere di controllo del g.i.p. in materia di archiviazione*, in Cass. pen., 2006, 974.

¹² Cfr., volendo, LA REGINA, *Il procedimento a carico di ignoti*, Padova, 2012, 196.

momento in cui tale soggettivizzazione possa dirsi avvenuta; rilevano sul punto il principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), il principio di ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.), la perentorietà delle indicazioni cronologiche contenute nell'art. 335 c.p.p. e nelle disposizioni concernenti i termini delle indagini preliminari (artt. 405-407 c.p.p.). La retrodatazione opera a garanzia del rispetto di queste indicazioni perché conferisce un senso autentico – di verificabilità e attuazione – alla scelta di assegnare alle indagini una durata predeterminata. Opera, peraltro, senza alcun rischio di interferenza con le prerogative assegnate al pubblico ministero in materia di iscrizione. Pensiamo al caso, più frequente nella prassi, di una iscrizione soggettiva non contestuale a quella oggettiva ed alle modalità attraverso le quali il giudice può procedere ad un riconoscimento postumo del momento di insorgenza dell'obbligo prescritto dall'art. 335 c.p.p. Come sottolineato in precedenza, sono gli atti di indagine il punto di riferimento essenziale per ricostruire il momento della soggettivizzazione della notizia di reato; questi consentono di ancorare la decorrenza dei termini ad un riscontro di tipo obiettivo, che corrisponde alla data dell'atto che rivela una specifica direzione soggettiva dell'azione inquirente e, dunque, l'esistenza di specifici ed inequivoci indizi di reità. Nessun rischio di indebita usurpazione del ruolo assegnato al pubblico ministero, perché l'oggettività del dato veicola sull'organo di controllo un mero potere di constatazione.

Le risorse, pertanto, già esistono. Per quale ragione, dunque, si persiste nell'offuscare i vetri di questa finestra giurisdizionale, tradendo i valori del giusto processo? La sensazione è che al fondo si ponga la considerazione dei costi, anche in termini di economia processuale, che il riconoscimento del potere di retrodatazione imporrebbe al sistema giustizia. Una conferma indiretta di questa prospettiva si ricava anche nei più recenti progetti di riforma del codice di procedura penale. Con il d.d.l. n. 2067, si propone, infatti, di introdurre nell'art. 415 c.p.p. un comma 2-*bis* con il quale si prevede che, nei casi di iscrizione coatta, il termine fissato dall'art. 405, comma 2, c.p.p. per la richiesta di rinvio a giudizio «decorre dal provvedimento del giudice». Non vi è traccia, tuttavia, delle prerogative tese alla ricostruzione del tempo in cui l'iscrizione doveva essere effettuata; anzi, per il caso in cui il giudice riscontri omissioni o ritardi nell'iscrizione la decorrenza dei termini delle indagini sembrerebbe paradossalmente post-datata: il *dies a quo*, almeno stando alla lettera della proposta di riforma, non dovrebbe corrispondere alla data in cui avrebbe dovuto essere effettuata la registrazione *ex art. 335 c.p.p.* ma a quella – posteriore – di emanazione del provvedimento giudiziale. Se così fosse, saremmo di fronte ad una nuova forma di proroga dei termini delle indagini capace di produrre una surrettizia sanatoria di quegli atti che, ove riconosciuto il potere di ricalcolare i termini, sarebbero potuti risultare tardivi e, quindi, inutilizzabili ai sensi dell'art. 407, comma 3, c.p.p. Saremmo anche di fronte ad una scelta che pregiudica il diritto alla ragionevole durata del processo, perché – per evitare l'impatto che una soluzione difforme potrebbe produrre sull'enorme mole di processi in cui sarebbe deducibile l'inutilizzabilità conseguente all'inadempimento dell'obbligo di tempestiva iscrizione – si finirebbe per dilatare l'arco cronologico di sottoposizione dell'interessato alle investigazioni. Per via indiretta, infine, si andrebbe a limitare l'ambito del diritto all'equa riparazione, perché la durata del processo risulterebbe snellita in misura corrispondente al periodo investigativo precedente il provvedimento del giudice (art. 2, comma 2-*bis*, l. 24 marzo 2001, n. 89).

C'è da sperare che in sede di approvazione definitiva del progetto venga adottata una formulazione che ancori il termine indicato nell'art. 405, comma 2, c.p.p. non alla data del provvedimento del giudice bensì alla *data fissata nel provvedimento del giudice*? Certo, tutto è possibile. Tuttavia, così come non è secondario che le preannunciate modifiche al codice di procedura penale siano da inquadrare, almeno in parte, all'interno di un itinerario di riforme volto alla decongestione ed alla deflazione del carico giudiziario (l. 28 aprile 2014, n. 67; d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28), non sono secondarie neppure le conseguenze che la retrodatazione produrrebbe sia sulla sorte dei processi in corso che sulla mole dei ricorsi per far valere l'irragionevole durata.

Tango serenata per una proroga

DI LORENZO ZILLETTI

(RESPONSABILE CENTRO STUDI A. MARONGIU)

1. «*Finestra chiusa/tu non hai pietà di me*», cantava – negli anni Trenta del secolo scorso – Carlo Buti. L'artista fiorentino interpretava magistralmente un “tango serenata”, composto da Giovanni D'Anzi e Alfredo Bracchi. Il titolo di quel 78 giri – appunto, *Finestra chiusa* – sintetizza in modo icastico ogni possibile considerazione in tema di proroga dei termini per le indagini preliminari (art. 406 c.p.p.) e relativi controlli giurisdizionali¹³.

La natura cartacea della rivista, impone tuttavia di svolgere alcune riflessioni scritte, rinviando il lettore alla piattaforma web *You Tube*, per un più gradevole commento musicale.

2. Non lo hanno mai fatto, le Camere penali, un censimento sugli esiti delle richieste dei pubblici ministeri di prolungare i tempi di indagine. Né esistono dati statistici, sul sito di via Arenula. Bisogna affidarsi all'empiria, ma non ci si allontana dal vero azzardando che bastino le dita delle mani per contare i dinieghi annuali, su tutto il territorio nazionale. Inesistenti, poi, le udienze camerale ex art. 406 comma 5.

Nei primi anni di vita del Codice Vassalli, gli avvocati provarono a interloquire al buio: difficile, in cinque giorni, allestire memorie persuasive, senza conoscere neppure un atto. Il fianco veniva –tuttavia – prestato dalle formule di stile dei requiranti: giusta causa=carico dell'ufficio; oggettiva impossibilità di rispettare il termine già prorogato=indisponibilità della polizia giudiziaria; particolare complessità delle indagini=qualsiasi inchiesta su reati non flagranti. Adusi ad aggredire motivazioni apparenti, i difensori sfornavano argomenti dignitosi, benché confezionati alla cieca: sistematicamente disattesi da un giudice eppure pensato come garante della «fase che non conta e non pesa»¹⁴.

Il muro di gomma finì per dissuadere anche gli ottimisti più tenaci e su quel contraddittorio di carta calò, nel generale disinteresse, il velo dell'oblio.

3. La convinzione, netta, è che l'osmosi culturale degli appartenenti al potere giudiziario, accentuata ed esaltata dall'unicità di carriera, frustri ogni altrimenti opportuna introduzione di finestre giurisdizionali suggerita dal Presidente Canzio.

Ritorna «*l'atavica stortura, l'incrostazione di fondo, l'ipoteca che quasi fa passare in secondo piano la struttura e l'importanza altrimenti decisiva dei modelli procedurali via via adottati o riformati*»; quella che consiste nel concepire che, in ambito penale, «*a fronte dell'accusato stia un'entità unica. [...] Ricorrono nella matrice, nelle concrete propensioni e negli atteggiamenti operativi, strutture mentali, istituzionali, organizzative, 'bipolari': [...] l'idea di uno scontro a due, inquirenti-inquisito*»¹⁵; di una battaglia fra individuo e autorità, che determina e condiziona il modo di concepire le funzioni interne al processo.

¹³ Per una visione più compiuta della materia, v. F. ALONZI, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari – Tra giurisdizione e controllo giudiziale*, Padova, 2011, 280 s.

¹⁴ Con la vista lunga, M. NOBILI denunciava – già nell'ottobre 1990 – l'illusione e il luogo comune che quella delle indagini preliminari, disciplinata dal Codice del 1988, fosse una fase meramente preparatoria: l'intervento è ora pubblicato col titolo *Diritti per la fase che “non conta e non pesa”* in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 34 e s.

¹⁵ Citazioni tratte dalla relazione di M. NOBILI, *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, svolta all'Università di Modena nel 1996 e poi pubblicata in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 1, 173 e s.

Si controlla, infatti, quando non si soccorre. E la vicenda applicativa dell'art. 406 c.p.p. – al pari di quella di molti altri istituti processuali – è costellata di soccorsi e puntelli piuttosto che di vigilanza e verifiche.

Se l'automatismo delle proroghe è, nel vuoto di supporti statistici, dato soltanto esperienziale, i diffidenti potranno ricredersi gettando lo sguardo sulle zone limitrofe.

4. Conviene partire dal comma 8: se il pubblico ministero impetra tempo anteriormente alla scadenza del termine naturale (*rectius*: legale), saranno utilizzabili gli atti d'indagine compiuti prima che gli venga comunicato il nulla osta del giudice. Il Codice, tuttavia, impone dei tempi all'intervento del controllore: entro dieci giorni dalla *deadline* per la presentazione delle memorie di indagato ed offeso (art. 406 comma 3 secondo periodo), semaforo verde o fissazione di udienza camerale per un contraddittorio più approfondito. Chiaro che si volesse impedire un lungo protrarsi della caccia, senza l'ok preventivo dell'organo preposto a vigilarvi.

Nella prassi si moltiplicano, invece, proroghe *a tempo* e *per un tempo* già scaduto. L'ordinatorio è uno spaventapasseri e, in curia, l'art. 124 c.p.p. non è molto praticato¹⁶. Qualche patrocinatore si duole, specialmente del secondo aspetto: il controllore si sveglia quando l'inquirente ha già esaurito anche l'*overtime* sollecitato; valuterà cioè, *ex post*, se quel pubblico ministero meritasse di indagare ancora o, invece, di essere fermato. Facile immaginare che cosa accada, se il supplemento istruttorio ha prodotto risultati ...

La Cassazione spenge ogni velleità difensiva e legittima l'autorizzazione 'col senno di poi': decisioni scarsamente argomentate discettano di una «limitazione [che] rientra nella discrezionalità del giudice e realizza la "ratio" dell'art. 406»¹⁷; di «effetto sanante»¹⁸ e retroattivo, «in quanto non si può prorogare un termine scaduto»¹⁹.

Il potere taumaturgico arriderebbe persino al Gup e cioè ad azione penale già esercitata: «*deve dissentirsi dall'individuazione nella richiesta di rinvio a giudizio e nella conseguente fissazione dell'udienza quale momento conclusivo delle indagini, da cui deriva la perentoria impossibilità per il giudice di provvedere sulla proroga, ancorché tempestivamente richiesta. Non è esatto considerare l'emissione dell'avviso ex art. 415 bis c.p.p. e la susseguente richiesta del PM di rinvio a giudizio, una scansione temporale di fase, introducendo così una decadenza non prevista dalla legge; il limite oltre il quale il giudice si spoglia della sua competenza è quello della pronuncia giurisdizionale ex art. 424 c.p.p., all'esito del procedimento camerale*»²⁰.

Sfugge il parametro che dovrebbe sorreggere la valutazione ora per allora: non occorre una fantasia obesa per ritenere condizionante, sulla decisione di sanatoria, il promovimento di azione penale fondato su elementi di prova acquisiti grazie all'*overtime* ritualmente richiesto, ma distrattamente obliterato.

Né varrebbe obiettare che non possa farsi ricadere sul pubblico ministero l'inerzia del giudice per le indagini preliminari: pungolato ex artt. 121 e 124 c.p.p., anche il più riluttante o indolente dei gip batterebbe un colpo. Se fosse certo di indagare a rischio²¹, chi aspiri a seguiti processuali non lesinerebbe solleciti, anche reiterati.

5. Il giudizio, sull'effettiva portata di garanzia della nostra finestra giurisdizionale, non migliora compulsando le supreme decisioni circa le conseguenze dell'omessa notifica, all'indagato, della richiesta di proroga.

¹⁶ Rilevano criticamente che «il codice non è più percepito quale sistema di disposizioni cogenti, ma come contenitore di indicazioni meramente orientative per la condotta del magistrato», D. NEGRI, R. ORLANDI, *Peripezie del contraddittorio: dalla caduta fragorosa al muto declino*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Torino, 2017, volume a loro cura, VII.

¹⁷ Cass., Sez. V, n. 659/1996, in *Giust. pen.*, 1996, III, 691.

¹⁸ Cass., Sez. III, n. 146/1997, in *Cass. pen.*, 1998, 3350.

¹⁹ Cass., Sez. VI, n. 17982/2009, in *www.iusexplorer.it*

²⁰ Cass., Sez. VI, n. 17982/2009, in *www.iusexplorer.it*; nello stesso senso Cass., Sez. III, n. 28124/2004, in *Cass. pen.*, 2005, 3035.

²¹ G. SPANGHER, *Sulla possibile proroga del termine per le indagini preliminari anche dopo la sua scadenza*, in *Giur. cost.*, 1992, 1296.

Con le eccezioni stabilite dal successivo comma 5 bis, il comma 3 dell'art. 406 c.p.p. prescrive di avvisare l'inquisito delle intenzioni del pubblico ministero. Scopo: metterlo in condizione (ardua) di *contradicere* sui 'tempi supplementari'. Ossia, di *intervenire*, benché per scritto, a tentoni e fulmineamente.

In modo inatteso, scompare la categoria delle nullità di ordine generale, specialmente la lettera c) dell'art. 178 c.p.p.: «[...] l'art. 406 c.p.p. non [...] commina sanzione di nullità dell'ordinanza di proroga, in caso di omessa notifica della richiesta all'indagato, in quanto ciò che rileva è il controllo da parte del Gip sull'attività di indagine del PM e sulle ragioni che rendono legittima la proroga»²².

I vizi degli atti, si sa, non vanno più di moda tra i nostri giudicanti; ma l'estromissione dell'indagato dal subprocedimento qui²³ si consuma senza neppure ricorrere alla famigerata categoria della lesività concreta.

Taccia il prevenuto, anche se il legislatore gli darebbe parola, e si affidi al prudente apprezzamento del giudice.

6. Già, il giudice. Perché apra e si affacci alla finestra, guardando da entrambi i lati, ne occorrerebbe uno *in medio cognoscens*, senza squilibri ed intorbidamenti nei rapporti con l'accusatore. La sua imparzialità sarà effettiva soltanto quando il pubblico ministero diventerà inequivocabilmente parte²⁴. Vinto «l'inconscio inquisitorio»²⁵ e metabolizzati gli artt. 24 comma 2, 27 comma 2 e 101 comma 2 Cost., sarà finalmente attratto – lui, il giudice – nel sistema e nella cultura della giurisdizione²⁶.

L'ART. 104 C.P.P.: "l'eccezione che divora la regola"

DI FRANCESCO PETRELLI
(SEGRETARIO NAZIONALE UCPI)

Non vi è dubbio che il diritto ad avvalersi dell'assistenza e della consulenza del proprio difensore, in ogni momento ed in ogni circostanza, anche da parte del sottoposto a misura cautelare, si possa considerare espressione dell'inviolabile diritto difesa.

La previsione del comma 3 dell'art. 104 c.p.p., con la quale si conferisce al giudice il potere di differire i colloqui del cautelato con il proprio difensore, incidendo in maniera netta sul diritto di difesa, affida al g.i.p. un ruolo di garanzia che non sempre viene interpretata con il rigore e la severità che la natura stessa del diritto in questione esigerebbe.

²² Cass. pen., Sez. V, n. 19873/2012, in *Cass. pen.*, 2013, 1539, ripresa tralattivamente da Cass. pen., Sez. III, n. 23953/2015, in *Cass. pen.*, 2015, 4524.

²³ V. la nota di G. COLAIACOVO, *Osservazioni a Cass. pen.*, 12 maggio 2015, n. 23953, Sez. III, in *Cass. pen.*, 2015, 4525.

²⁴ Ne era convinto, già quaranta anni orsono, M. NOBILI, *La disciplina costituzionale del processo*, Bologna-Perugia, 1976, 164-165.

²⁵ È il suggestivo titolo del volume collettaneo, curato da L. GARLATI, Milano, 2010 e dedicato a *L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*.

²⁶ Su questo tema mi permetto di rinviare a L. ZILLETTI, *Il mondo nuovo e gli errori del 1988*, in D. NEGRI, M. PIFFERI (a cura di), *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, Milano, 2011, 147 s. Lì osservavo, tra l'altro, che «Solitamente una nuova codificazione è coeva al mutamento di un regime costituzionale. Ad esso si accompagna un radicale rinnovamento degli apparati dello Stato, ivi compreso quello giudiziario. Il codice Vassalli-Pisapia arriva, invece, quaranta anni dopo la promulgazione della Costituzione repubblicana e viene affidato a un corpo che certamente non è più quello dell'ancien régime, ma in cui è profondamente sedimentata la cultura inquisitoria del processo»

Il codice del 1988 ha segnato una rivoluzione della disciplina dei colloqui dell'imputato detenuto: il difensore colloquia liberamente con il proprio assistito "fin dall'inizio dell'esecuzione della misura", ovvero "subito dopo il fermo o l'arresto" (art. 104 commi 1 e 2), salvo diverso specifico provvedimento adottato ai sensi dell'art. 104 comma 3 c.p.p.²⁷ Con tale disposizione si affida al giudice per le indagini preliminari, a seguito di richiesta del pubblico ministero²⁸, il potere di differire i contatti tra difensore e detenuto²⁹.

Il fatto che il giudice debba provvedere alla "dilazione" del "diritto di conferire con il difensore" con "decreto motivato", deve far presumere che la richiesta del pubblico ministero debba essere corredata da specifiche argomentazioni illustrative delle "ragioni di cautela" che impongono la limitazione del diritto, non potendo il g.i.p. divinare le ragioni sottese ad una richiesta immotivata che richiami, con formula di stile, esclusivamente la sussistenza di dette esigenze³⁰.

Che le modalità di attivazione di tale strumento debbano essere rigorosamente rispettate e sorvegliate, discende con tutta evidenza dal fatto che l'intervento dell'autorità giudiziaria viene ad incidere sull'esercizio del diritto di difesa, attraverso l'applicazione di una norma processuale della cui legittimità costituzionale è lecito dubitare avuto riguardo a quanto previsto dagli artt. 3, 24 e 111 Cost., nonché dell'art. 6 § 3 lett. c) della Convenzione europea.

La Corte EDU ha, in proposito, ritenuto che "il differimento dei colloqui fra persona privata della libertà e difensore alla scadenza delle ventiquattro ore successive all'arresto rischia di pregiudicare gravemente l'indiziato che si trova ad operare una scelta rilevante senza potersi avvalere della consulenza del proprio difensore"³¹. Il differimento dei colloqui, impedendo al detenuto di avere il supporto tecnico-giuridico del proprio difensore prima del suo interrogatorio, finisce con il ledere il diritto di difesa, proprio nel momento in cui la persona privata della libertà personale ne avrebbe maggiormente bisogno.

L'avvalersi o no della facoltà di non rispondere all'interrogatorio, ed ogni altra modalità di esposizione della propria difesa, costituiscono tutti elementi valutativi che per i loro possibili riflessi processuali incidono in profondità sulla pienezza del diritto³².

La formula elaborata dal legislatore del 1988 per circoscrivere correttamente i limiti dell'esercizio di questo potere di differimento, è connotata da una notevole prudenza: affinché si possa operare il differimento devono infatti sussistere "specifiche ed eccezionali ragioni di cautela" e la durata del differimento non può essere "superiore a cinque giorni" (art. 104 comma 3 c.p.p.)³³.

La Corte Suprema, nel dichiarare l'infondatezza delle questioni di costituzionalità ha, in proposito, ritenuto che il legislatore sia sostanzialmente libero di modulare l'esercizio del diritto di difesa, bilanciandolo con

²⁷ Si consideri, in proposito, quanto disposto dall'art. 36 disp. att. c.p.p. che consente al difensore il libero accesso "ai luoghi ove la persona stessa si trova custodita".

²⁸ Si deve escludere ogni iniziativa officiosa da parte del giudice: cfr. Cass. sez. VI, 13 ottobre 2009, n. 39941, in *Arch. n. proc. pen.*, 2010, 616.

²⁹ Al riguardo si può evidenziare che un analogo potere si sarebbe dovuto affidare al giudice anche nei casi di arresto e fermo per evitare una gestione dell'istituto priva di controllo e come tale suscettibile di un utilizzo arbitrario.

³⁰ Cass. sez. VI, 13 ottobre 2009, n. 39941, cit., secondo la quale il giudice non può differire il colloquio senza la previa richiesta del pubblico ministero.

³¹ CEDU 6 giugno 2000, *Averill c. Regno Unito*; si veda anche CEDU 6 giugno 2000, *Magee c. Regno Unito*; nonché più di recente (12 maggio 2005), Grand Chambre *Ocalan c. Turchia*.

³² Come è stato correttamente rilevato, "pur avendo scelto la via di rispondere alle domande l'indagato privato del supporto tecnico del proprio difensore viene lasciato solo nel calibrare le sue dichiarazioni sulla responsabilità penale di terzi con tutto quel che consegue giusto il disposto del comma 3 lett. c) dell'art. 64 c.p.p.", ALONZI, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari, Tra giurisdizione e controllo giudiziale*, Padova 2011, 238.

³³ Vale la pena di sottolineare come tale termine cronologico fosse originariamente individuato dal legislatore del 1988 in giorni 7 e come il nuovo e più breve termine di 5 giorni sia il frutto di un "intervento manipolatorio" dovuto alla Legge 8 agosto 1995, n. 332.

altri interessi e diritti configgenti³⁴, il che lascerebbe tuttavia uno spazio di manovra tanto vasto da vanificare del tutto la tutela costituzionale dell'art. 24 Cost., dove il diritto di difesa viene definito "inviolabile" proprio perché ritenuto il presidio di ogni altra libertà dell'individuo.

Comprendere e definire come debbano essere intese e quali siano le "ragioni di cautela", e come si debbano leggere gli attributi della "specificità" e della "eccezionalità", costituisce una questione centrale, in quanto è su questi concetti che lavorano le motivazioni dei giudici. Ma su questo fronte è mancata ogni severa forma di controllo in quanto, salvo ipotesi di limitazioni applicate *ex officio* o totalmente immotivate, si è aperta la strada alla motivazione fondata su ragioni di asserito "pericolo di inquinamento probatorio" del quale il difensore sarebbe in ogni caso l'inequivoco artefice.

Se è vero che il g.i.p. opera un controllo posto a garanzia dell'imputato³⁵, lo stesso – proprio perché sottratto ad ogni possibile forma di contraddittorio – dovrebbe essere tanto più severo laddove, non solo viene limitata la libertà personale del cittadino, ma viene anche gravemente limitato il suo diritto di difesa.

La "finestra" che il giudice apre su questa delicatissima fase dell'esecuzione della cautela e del suo stesso controllo di "garanzia", dovrebbe pertanto affacciarsi sull'art. 24 Cost., senza tuttavia trascurare l'orizzonte dell'art. 13 Cost. È dunque nella luce di tali fondamentali diritti che andrebbe interpretata la norma in esame, conferendo alla lettera della legge la funzione di limite ad ogni eventuale esondazione interpretativa. Al contrario, l'assunto ipotetico e le formule di stile governano questo spazio in maniera incontrastata.

Se, da un lato, la Corte Suprema ha escluso, in alcune decisioni, che le "esigenze cautelari" indicate dall'art. 104 non possano essere confuse con le esigenze indicate dall'art. 274 c.p.p. (confusione che condurrebbe all'esito paradossale che il differimento sarebbe sempre disposto con l'applicazione della cautela)³⁶, dall'altro, non ha sempre offerto indicazioni rigorose sull'interpretazione del parametro normativo ed sull'individuazione del *quid pluris* che consentirebbe la compressione del diritto di difesa³⁷.

La confusione tra esigenze cautelari di cui all'art. 104 comma 3 ed esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p. ha trovato terreno fertile in alcune sentenze della giurisprudenza di legittimità³⁸, dove si è inaccettabilmente affermato che il provvedimento di differimento del colloquio tra il difensore e l'indagato può trovare giustificazione nella gravità dei fatti posti a fondamento della misura medesima, con la drammatica e paradossale conseguenza che il decreto di dilazione del g.i.p. sarebbe giustificato perché emesso in occasione o in funzione della misura cautelare a monte. Tali effetti negativi poi, risultano essere aggravati ulteriormente dall'inammissibile assunto secondo il quale, nelle fattispecie relative a complesse indagini riguardanti più indagati, sussisterebbe in ogni caso l'esigenza di "evitare la possibilità di preordinate e comuni tesi difensive di comodo".

Affermare, infatti, che il differimento richieda "necessità fuori dalla norma attinenti allo svolgimento delle indagini che rischierebbero di subire uno sviamento o comunque un pregiudizio" per effetto del colloquio con il difensore³⁹, significa non solo abbandonare alla più ampia discrezionalità dell'autorità giudiziaria funzionalmente competente la compressione del diritto, ma anche operare una indebita confusione fra esercizio del diritto di difesa e pregiudizio alle indagini connesso all'assistenza del difensore.

³⁴ Cfr. di recente, Cass. sez. IV, 1 marzo 2006, *Abbatino*, in CED Cass., n. 233971.

³⁵ ALONZI, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari*, cit.

³⁶ Cass. sez. I, 27 aprile 1992, *Mistretta*, in Giur. It., 1993, II, 193.

³⁷ Come rileva puntualmente MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, Milano 2004, 86, "vi è sempre il pericolo di motivazioni preconfezionate".

³⁸ *Ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 21 ottobre 2009, n. 2941, in CED Cass., n. 245806.

³⁹ Cass. sez. II, 21 marzo 1990, *Ghidini*, in Cass. pen., 1990, 319.

Così utilizzata dal giudice, secondo uno schema ermeneutico ispirato ad una visione autoritaria del processo, la “finestra” aperta su questa delicatissima fase della cautela, anziché porsi a tutela dell’effettività del diritto di difesa, viene utilizzata per dare spazio alle finalità inquisitorie del processo, favorendo una visione ed un utilizzo dell’interrogatorio del cautelato *ad eruendam veritatem*, piuttosto che alla piena realizzazione dello strumento di garanzia⁴⁰.

La mancanza del contraddittorio e l’assenza di uno strumento di immediato controllo dovrebbe, al contrario, imporre un restringimento degli spazi applicativi della disposizione, emarginandone l’operatività a fattispecie eccezionali. Ritenere che possa essere giustificato il differimento del colloquio con “l’esigenza di evitare la possibilità dell’impostazione di preordinate e comuni tesi difensive di comodo”, significa sostituire alla motivazione in ordine alla sussistenza di “specifiche ed eccezionali ragioni di cautela”⁴¹ un modulo ipotetico fondato su di un mero pregiudizio, come tale adattabile a qualsivoglia indagine cumulativa⁴².

Deve essere, in proposito, denunciato il connotato malevolo intrinseco alla norma in esame, costituito evidentemente dal fatto che il difensore sia considerato in genere un potenziale strumento di inquinamento. Laddove pure si ritenesse la sussistenza di “certi rapporti patologici, per quanto rari, tra l’imputato e il suo difensore, talora spinti ai limiti del favoreggiamento”⁴³, tali evenienze, proprio perché autonomamente perseguibili, e non suscettibili di alcuna “generalizzazione empirica”, non dovrebbero mai essere poste a base di una normativa che finisce con il comprimere un diritto di rilievo costituzionale.

Un connotato che, piuttosto che essere correttamente “emarginato” nell’ambito della patologia, viene assunto a fondamento epistemologico delle interpretazioni e delle susseguenti inaccettabili applicazioni dell’istituto.

Il legislatore da parte sua non sembra voler fare un passo indietro se si riflette sulla circostanza che anche il DDL sulla riforma del processo penale, attualmente al vaglio del Parlamento, non supera lo schema che anima l’art. 104 c.p.p. L’art. 11 del DDL2067 si è, difatti, limitato a ridurre i casi in cui il magistrato può differire i colloqui con il difensore, lasciando inalterata la base “ideologica” della norma e conservando la generica indicazione dei criteri che ne dovrebbero regolare l’applicazione ed il controllo. L’applicabilità della norma viene circoscritta in base al titolo del reato oggetto dell’incolpazione provvisoria e tale limitazione viene operata attraverso il richiamo all’art. 51 c.p.p. ovvero alla gravità dei reati in relazione ai quali la cautela è stata disposta.

Si deve osservare in proposito, come tale approccio dovrebbe essere piuttosto oggetto di un ribaltamento dialettico: quanto più grave è l’accusa, tanto maggiore dovrebbe essere la tutela apprestata dall’ordinamento ai diritti fondamentali. Proprio la gravità degli addebiti dovrebbe, infatti, indurre a garantire all’accusato la pienezza del diritto di difesa ed *in primis* la possibilità di essere affiancato, sin dall’inizio, dal proprio difensore. Si consideri, inoltre, come il semplice ricorso strumentale ad una delle più duttili fattispecie associative comuni (art. 416 c.p.) si porrebbe come agevole elusione della restrizione operata dal legislatore.

⁴⁰ Deve opportunamente sottolinearsi come ogni violazione del diritto di difesa operata attraverso l’attivazione dello strumento in esame, risulti tanto più grave in quanto non è in alcun modo prevista la possibilità di un ricorso diretto avverso il decreto emesso dal giudice, con conseguente slittamento del controllo nelle fasi successive del procedimento cautelare incidentale, potendo incidere la illegittimità della limitazione sulla validità dell’interrogatorio di garanzia, e – conseguentemente – sulla perdita di efficacia della misura; cfr. Cass. sez. VI, 10 giugno 2003, *Vinci*, in CED. Cass., n. 226223, nonché Cass. VI, 27 giugno 2001, *D’Ambrogio*, in *Giur. It.*, 2002, p. 133; Cass. sez. VI, 20 aprile 2001.

⁴¹ Cass. sez. VI, 10 giugno 2003, *Vinci*, in CED. Cass., n. 226223, nonché Cass. VI, 27 giugno 2001, *D’Ambrogio*, in *Giur. It.*, 2002, p. 133; Cass. sez. VI, 20 aprile 2001.

⁴² Modulo che vale anche per i procedimenti a carico di un solo indagato, laddove si giunga a voler tutelare la “genuinità” dell’interrogatorio *tout court*; cfr. C. RIVIEZZO, *Custodia cautelare e diritto di difesa*, Milano, 1995, 29.

⁴³ Così KOSTORIS, Sub art. 1, in AA.VV. *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995.

Tali osservazioni sono state oggetto di parere espresso in sede di audizione al Senato da parte di UCPI, dove si è sottolineato che i commi 3 e 4 dell'art. 104 c.p.p. avrebbero dovuto essere oggetto, piuttosto che di una (pur apprezzabile) modifica in senso limitativo, di una integrale abrogazione di segno garantista⁴⁴. Anche in quella relazione si è ribadito come quella sottesa al differimento non sia “una valutazione circa la pericolosità del soggetto” sottoposto a misura detentiva, “quanto piuttosto di una inaccettabile manifestazione di totale sfiducia nei confronti del difensore e del suo ruolo” e come appaia del tutto “paradossale che, proprio per i reati più gravi, per i quali evidentemente l'arrestato ha maggiore necessità di assistenza del difensore e dovrebbe poter interloquire con esso immediatamente, sia possibile limitare il relativo colloquio”.

Per concludere un'ultima osservazione. La disciplina interna è oggi chiamata a misurarsi anche con la Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa, fra l'altro, al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale. La stessa stabilisce che i tempi e le modalità di esercizio del diritto devono essere tali da rendere la difesa “concret[a] ed effettiv[a]”, per cui si deve evitare “ogni indebito ritardo” (“*undue delay*”) nella attuazione del colloquio con il difensore, e cioè “a) prima che essi [gli indagati o imputati] siano interrogati dalla polizia o da un'altra autorità di contrasto o giudiziaria; b) quando le autorità inquirenti o altre autorità competenti procedono ad atti investigativi o altri atti di raccolta delle prove conformemente al paragrafo 3, lettera c); c) senza indebito ritardo dopo la privazione della libertà personale; d) qualora siano stati chiamati a comparire dinanzi a un giudice competente in materia penale, a tempo debito prima che compaiano dinanzi a tale giudice”. La Direttiva in questione apre, dunque, uno spazio di riflessione che il legislatore, prima, e l'interprete, poi, non potranno certo ignorare, al fine di evitare che l'eccezione prevista dall'art. 104 c.p.p., come oggi avviene, non “divori la regola”⁴⁵.

In tema di intercettazioni le finestre giurisdizionali esistono già (ma la giurisprudenza le lascia chiuse)

DI LEONARDO FILIPPI

(PROFESSORE ORDINARIO DI PROCEDURA PENALE, UNIVERSITÀ DI CAGLIARI)

1. Introduzione.

La materia delle intercettazioni delle comunicazioni e conversazioni è forse il miglior banco di prova per dimostrare che le “finestre giurisdizionali” esistono già ma non svolgono il compito di controllo sulle indagini che dovrebbero esercitare.

⁴⁴ Una proposta di legge parlamentare (C5481) formulata durante la XVI legislatura, ferma in Commissione giustizia, aveva ad oggetto l'abrogazione dei commi 3 e 4 dell'articolo in esame.

⁴⁵ Cfr. CORDERO, *sub* art. 104, in *Codice di Procedura Penale*, commentato dallo stesso, Torino 1990, 123.

2. La richiesta di autorizzazione.

Infatti, sin dal momento della richiesta di autorizzazione all'intercettazione, nel silenzio dell'art. 267 c.p.p., la giurisprudenza tollera che il P.M. non sia tenuto a trasmettere l'intero fascicolo delle indagini svolte fino a quel momento, ma possa selezionare gli atti da allegare alla richiesta. Tale limitata conoscenza degli atti da parte del G.I.P. condiziona pesantemente il vaglio giurisdizionale sulla correttezza del titolo di reato, sulla sussistenza degli indizi e sulla indispensabilità dell'intercettazione e, tra l'altro, non è giustificata da alcuna esigenza di segretezza. Si assiste pertanto ad una giurisprudenza per la quale il titolo di reato proposto dal P.M. è passivamente recepito dal G.I.P. e l'eventuale derubricazione, compiuta successivamente dal giudice in un reato non suscettibile di intercettazione, si afferma non inficiare l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni già disposte ed eseguite. Insomma, si lascia mano libera al pubblico ministero di presentare come associativa una qualsiasi fattispecie concorsuale, in deroga agli ordinari presupposti dell'intercettazione e si ammette persino il micidiale *trojan horse*.

3. Il decreto autorizzativo.

Nonostante la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia indicato, tra i requisiti essenziali per ritenere che una disciplina delle intercettazioni sia compatibile con la preminenza del diritto necessaria in una società democratica, la definizione delle categorie di persone assoggettabili a intercettazione (Corte e.d.u. 30.7.1998, Valenzuela Contreras c. Spagna), la giurisprudenza ammette l'intercettazione nei confronti di chiunque, anche estraneo alle indagini, senza necessità di indicare nella motivazione le ragioni che impongono il monitoraggio d'una determinata utenza e senza chiarire il collegamento tra l'indagine e il titolare di quell'utenza, ignorando così la prescrizione europea di circoscrivere in qualche modo la cerchia dei soggetti passivi. Anzi, la giurisprudenza consente che la motivazione dei provvedimenti autorizzativi, stante la loro natura di decreti, può essere la minima necessaria a chiarire le ragioni del provvedimento in ordine sia all'indispensabilità del mezzo probatorio richiesto ai fini della prosecuzione delle indagini sia alla sussistenza dei gravi indizi. Ma in tal modo la garanzia giurisdizionale rischia di essere soltanto apparente. Si afferma inoltre in giurisprudenza che il decreto autorizzativo di cui all'art. 267 può trovare il suo presupposto in qualsiasi notizia di reato, anche desunta da precedenti intercettazioni inutilizzabili.

Addirittura le Sezioni unite 21.6.2000, Primavera, hanno distinto tra mancanza di motivazione (che dà luogo a inutilizzabilità) e semplice difetto di motivazione, considerato una mera irregolarità emendabile dal giudice e costituente tutt'al più nullità relativa, per cui anche la motivazione soltanto apparente è considerata idonea ad autorizzare l'intercettazione.

Gli effetti di un così sommario vaglio giurisdizionale si registrano nel numero imponente di autorizzazioni all'intercettazione, che la hanno fatta diventare la nuova "prova regina" del nostro processo penale, ma anche il mezzo più dispendioso per il bilancio pubblico e più invasivo della *privacy*.

4. L'udienza-stralcio: questa sconosciuta.

La necessità della trascrizione delle registrazioni è interpretata dalla giurisprudenza come un atto eventuale che può omettersi o compiersi durante il dibattimento e anche in grado d'appello, consentendo nel frattempo di porre a fondamento dei provvedimenti giurisdizionali adottati (anche limitativi della libertà personale) i "brogliacci di polizia", che contengono la sommaria trascrizione del contenuto delle comunicazioni intercettate, secondo la percezione e sintesi, e spesso la traduzione da lingua straniera o dialetto, operata dalla polizia giudiziaria. È vero che la prova sta nella registrazione, ma questa deve essere decriptata da un perito fonico

quanto prima per avere la certezza del contenuto reale delle registrazioni, senza affidarsi all'udito o alla percezione della polizia giudiziaria. Tale lassista prassi giurisprudenziale urta clamorosamente con l'art. 268, comma 4, c.p.p., che stabilisce perentoriamente per la trascrizione delle registrazioni una scansione temporale rigida da completare durante la fase delle indagini preliminari: si ricordi che "entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni", i verbali e le registrazioni devono essere depositati in segreteria insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione", salvo l'autorizzazione al ritardato deposito "non oltre la chiusura delle indagini preliminari" (comma 5), con avviso ai difensori degli indagati che va dato "immediatamente" della loro "facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche". Il pubblico ministero e i difensori hanno "diritto di partecipare allo stralcio e sono avvisati almeno ventiquattro ore prima". Scaduto il termine, il giudice "dispone l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, indicate dalle parti, che non appaiano manifestamente irrilevanti, procedendo anche di ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione" (comma 6). Così stabilisce il codice, ma si assiste invece alla quotidiana violazione di tale precisa prescrizione, che impone un'udienza-stralcio, seguita dalla trascrizione, prima dell'udienza preliminare, in modo che già il G.U.P. possa decidere sulla base di un contenuto certo delle registrazioni e gli imputati possano scegliere con cognizione di causa eventualmente un rito speciale. Le conseguenze sono sentenze di condanna basate sugli appunti sommari redatti dalla polizia giudiziaria.

5. L'inutilizzabilità negata.

Anche nel riconoscere le cause di inutilizzabilità la giurisprudenza è alquanto parca. Si afferma infatti che l'utilizzo dei brogliacci della p.g. in luogo delle trascrizioni delle conversazioni redatte dai periti non determina l'inutilizzabilità di queste ultime, potendosi unicamente eccepire la mancata corrispondenza tra il contenuto delle registrazioni e quello risultante dalle trascrizioni come effettuate. Addirittura, la suprema Corte statuisce che la sopravvenuta distruzione o deterioramento o anche smarrimento del supporto magnetico contenente la registrazione delle comunicazioni intercettate non comporta alcuna inutilizzabilità, in quanto, essendo stata rispettata la formalità della registrazione voluta dalla legge, la prova del colloquio e del suo contenuto può essere data utilizzando gli ordinari mezzi probatori e, principalmente, la lettura del brogliaccio di cui all'art. 268 comma 2, fermo restando che il giudice deve esercitare la massima prudenza nella valutazione dei mezzi di prova da assumere per la ricostruzione del contenuto delle intercettazioni, escluso ogni automatismo surrogatorio. È anche invalsa la tecnica del cosiddetto "istradamento", che comporta il convogliamento attraverso un gestore nazionale delle telefonate provenienti dall'estero e dirette ad una utenza italiana, ovvero in partenza da quest'ultima e diretto verso utenze estere, senza che sia necessario promuovere una apposita rogatoria internazionale, sul presupposto che l'intera attività di captazione e registrazione si svolga sul territorio dello Stato. Ma in questo modo, il sistema utilizzato per le intercettazioni internazionali presenta dubbi di costituzionalità per contrasto con l'inviolabile diritto alla segretezza delle comunicazioni. Infatti esso comporta la necessità di intercettare tutte le telefonate delle utenze con numeri aventi le prime cifre identiche e pertanto tale provvedimento autorizzativo di portata generale, oltre che omettere l'indicazione delle innumerevoli e inindividuabili utenze da intercettare, difetta ovviamente di qualsiasi motivazione al riguardo.

6. Il virus trojan.

Com'è noto, le Sezioni unite Scurato del 2016 hanno ammesso come prova, sia pure nei procedimenti di "criminalità organizzata" (locuzione generica e perciò vastissima), l'impiego del *virus trojan*. I progressi rag-

giunti dalla tecnologia consentono ora di impiegare tecniche di captazione basate sul lancio “da remoto” di *virus* autoinstallanti, che trasformano il telefono cellulare della persona intercettata in microfono e/o telecamera che invia comunicazioni e/o immagini al captante. Il nuovo mezzo di ricerca della prova, basato sull’invio “da remoto” e surrettiziamente (ad esempio, con l’invio di allegati a messaggi di posta elettronica o di aggiornamenti di programmi o di applicazioni) su qualsiasi apparecchio (*smartphone, tablet, p.c.*) di *virus* autoinstallanti (si tratta di un *malware* noto come *trojan horse*), i quali, senza rivelare all’utente la propria presenza, comunicano attraverso la rete, in modalità nascosta e protetta, con il captante che si trova in un centro remoto di comando e controllo e che gestisce il sistema di captazione, attivandolo o spegnendolo all’occorrenza. Tali *virus* sono in grado di intercettare non soltanto il suono captato dal microfono ma anche le immagini carpite dalla *webcam* o filmate con la videocamera, oltre a tutto ciò che viene digitato sulla tastiera o visualizzato sullo schermo. Addirittura non va sottovalutato il rischio che il captatore informatico possa essere previamente impostato per cancellare anche il tracciamento delle operazioni dallo stesso eseguite, senza perciò lasciare nemmeno tracce del suo passaggio. È quindi indispensabile assicurare anche le garanzie sulla correttezza della procedura seguita e sulla possibilità data al giudice e alla difesa in ordine alla sua falsificabilità. A questi surrettizi poteri di ispezione e di intercettazione si aggiungono quelli, sempre occulti, di perquisizione e di sequestro in quanto il *virus* può cercare e acquisire i *files* presenti sul dispositivo intercettato e sugli altri connessi in rete locale, inviando dati, comunicazioni o immagini al captante e conseguendo così i risultati tipici di ispezioni, perquisizioni e sequestri di dati informatici (atti, tra l’altro, eseguiti surrettiziamente *on line*, ma da considerare pur sempre compiuti nel domicilio “informatico”, tutelato anche penalmente dall’art. 615-ter c.p. contro i “delitti contro la inviolabilità del domicilio”), intercettazioni e riprese fotografiche ed audiovisive. Infine il captatore informatico consente pure la geo-localizzazione del dispositivo controllato, completando così la sua micidiale invasività anche con un “pedinamento elettronico” di chiunque lo detenga. Si tratta quindi non di una semplice modalità attuativa del mezzo di ricerca della prova, ma di una nuova e diversa tecnica di captazione che presenta una inedita invasività, caratterizzata dal fatto che consente di captare conversazioni tra presenti, immagini e documenti senza limitazione di luogo. Infatti, il *trojan horse* non soltanto ha subdole capacità ispettive, di perquisizione e di sequestro, oltre che di intercettazione e di geolocalizzazione, ma soprattutto il giudice non può previamente conoscere il domicilio in cui sarà portato il dispositivo intercettato. Pertanto, la “ispe-perqui-intercettazione itinerante” non è ammessa dagli artt. 13 e 14 Cost, che ammette soltanto palesi “ispezioni o perquisizioni o sequestri” e non similari operazioni surrettizie, ma non è nemmeno sottoponibile al previo controllo giurisdizionale quanto agli ignoti domicili che potranno essere violati, e si sottrae perciò alla riserva di legge e di giurisdizione, imposta dagli artt. 14 e 15 Cost., oltre che dall’art. 8 C.E.D.U. Si tratta quindi di un mezzo di ricerca della prova contrastante con la Costituzione e con la summenzionata Convenzione europea e quindi inammissibile. Il nuovo congegno investigativo non può perciò essere inquadrato soltanto nella disciplina legislativa dell’intercettazione, come riduttivamente hanno fatto nel 2016 le Sezioni unite Scurato, anche in considerazione della privazione che esso comporta dei diritti difensivi riconosciuti dalla legge per le ispezioni, perquisizioni e sequestri. A tale inedita potenza invasiva e captativa, priva di alcuna garanzia, si aggiunge, come detto, il particolare, non secondario, che il nuovo strumento di indagine è ospitato nel dispositivo mobile intercettato e quindi si sposta con esso, per cui risulta impossibile individuare previamente i luoghi e quindi i domicili in cui autorizzare tale imprevedibile captazione. Proprio per tale ragione le Sezioni unite Scurato l’hanno bandito dall’ordinario strumentario investigativo, ammettendolo però per i delitti di criminalità organizzata. Ma le Sezioni unite hanno trascurato che tale “bulimico” congegno ignora tutti i divieti probatori posti in generale dalla legge (ad es. in tema di diritto di difesa – art.103 c.p.p., di segreto professionale, d’ufficio, di Stato o di polizia – artt. 200, 201, 202 e 203 c.p.p.), sia specificamente in materia di ispezioni e perquisizioni corporali (artt. 245, comma 2, e 249, comma 2, c.p.p.), perquisizioni domiciliari (art. 251, comma 1, c.p.p.), sequestri (artt.254, comma 2, 254-bis, 255, 256 e 256-bis c.p.p.) e intercettazioni (artt.271 c.p.p.).

Si tratta di un congegno investigativo che contrasta con l'intero sistema normativo, costituzionale, sovranazionale e codicistico, in materia di ispezioni, perquisizioni, sequestri e intercettazioni, il quale è teso a consentire limitazioni "mirate" a determinati luoghi, beni o persone. Infatti gli artt. 352, 353 e 354 e 364, 365 e 366 c.p.p. consentono ispezioni e perquisizioni soltanto su persone o luoghi previamente determinati e anche i sequestri devono avere ad oggetto beni determinati.

A maggior ragione, in tema di intercettazioni le limitazioni della segretezza delle comunicazioni e del domicilio devono avvenire nel rispetto dei principi della riserva di legge e di giurisdizione, di "stretta necessità", della "proporzionalità" tra esigenze di repressione penale e sicurezza pubblica e di tutela delle libertà del singolo e della "prevedibilità" delle ingerenze pubbliche nei diritti del cittadino.

Infatti, gli artt. 266 ss. c.p.p. ammettono l'intercettazione di una "determinata" utenza telefonica o telematica o in una "determinata" abitazione o altra privata dimora (si può forse ritenere irrilevante la specificazione quando si tratta di luogo pubblico o aperto al pubblico), in cui si collocano le microspie, circoscrivendo pertanto l'ambito della captazione in modo ben preciso. Ciò è imposto dall'art. 15, comma 1, Cost., che, proclamando l'"inviolabilità" delle comunicazioni e riservando la possibilità di limitarle al previo "atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge", pone la "doppia garanzia" della riserva di legge e di giurisdizione proprio al fine di circoscrivere soggettivamente ed oggettivamente la possibilità di captare le comunicazioni, cioè nei confronti di soggetti determinati e modalità, tempi e luoghi e determinati. Ed infatti l'art. 266, comma 1, c.p.p. consente l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni "telefoniche e di altre forme di telecomunicazioni", mentre il successivo comma 2 ammette l'intercettazione di "comunicazioni tra presenti" sia in luoghi pubblici sia nel domicilio o nella privata dimora, ma in quest'ultimo caso, essendo limitata anche la libertà domiciliare, il giudice deve indicare l'esistenza dell'ulteriore presupposto che "ivi si stia svolgendo l'attività criminosa": in questo modo il legislatore ha chiarito che il giudice deve previamente indicare il domicilio o la privata dimora in cui avverrà l'intercettazione, perché, a seconda del luogo intercettato, muta il regime dei presupposti e delle autorizzazioni.

Pertanto, una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata impone al giudice per le indagini preliminari, nell'autorizzare, a norma dell'art. 267, comma 1, c.p.p., l'intercettazione, di specificare non solo se trattasi di comunicazioni telefoniche o altre forme di telecomunicazione oppure di comunicazioni tra presenti ma anche se queste ultime sono autorizzate in luogo pubblico o aperto al pubblico ovvero in un'abitazione o altra privata dimora e, in quest'ultimo caso, essa deve essere previamente indicata. A sua volta, il pubblico ministero, nel decreto che dispone l'intercettazione, dovendo, a norma dell'art. 267, comma 3, c.p.p., indicare "le modalità e la durata delle operazioni", è tenuto a specificare, oltre il momento iniziale e finale delle operazioni di captazione, quali comunicazioni tra presenti potranno essere intercettate, con l'indicazione dell'abitazione o privata dimora in cui l'intercettazione è stata autorizzata dal giudice (potendosi, invece, tale specificazione ritenere irrilevante se si tratta di luogo pubblico o aperto al pubblico).

Si aggiunga che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha posto dei limiti ben precisi all'uso delle intercettazioni, anche sulla base dell'art. 8, comma 2, Conv. e.d.u., che esige che l'ingerenza statale costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria, enunciando il principio di necessità dell'ingerenza, che comporta anche un principio di proporzionalità dell'ingerenza rispetto ai fini. La Corte europea ritiene necessario che la disciplina nazionale contenga idonee precauzioni per garantire la *privacy* degli interlocutori che siano casualmente attinti dalle intercettazioni senza aver alcun collegamento con l'oggetto delle indagini in corso di svolgimento (Corte e.d.u., sez. II, 10.4.2007, Panarisi c. Italia). La pronuncia della Corte europea 10.2.2009, Iordachi e altri c. Moldavia, esige il requisito della "prevedibilità" delle misure segrete di sorveglianza, come le intercettazioni di comunicazioni, e quindi impone che "la legislazione interna presenti un contenuto sufficientemente chiaro e dettagliato, in modo da offrire ai cittadini un'indicazione adeguata in ordine alle circostanze nelle quali l'autorità pubblica ha il potere di ricorrere a tali misure".

Conseguentemente, la Corte europea esige che la legge indichi lo scopo del potere discrezionale conferito al giudice e “le modalità del suo esercizio con sufficiente chiarezza, per assicurare all’individuo una idonea protezione contro le interferenze arbitrarie”. Ancora più recentemente, nel 2015, la Grande Camera *Zakharov c. Russia* ha ribadito che il legislatore nazionale deve definire l’ambito di applicazione delle intercettazioni, in modo da dare ai cittadini un’adeguata indicazione delle circostanze in presenza delle quali la pubblica autorità ha il potere di disporle, non solo per quanto attiene alla natura dei reati, ma pure in riferimento ai potenziali destinatari delle captazioni. Anche in tema di perquisizioni, la Corte europea precisa che le autorità nazionali hanno l’obbligo di fornire motivazioni “pertinenti e sufficienti” a giustificare l’emissione del mandato di perquisizione. Di recente la Corte ha censurato le autorità greche per la motivazione generica e quindi non adeguata a giustificare l’emissione del mandato di perquisizione, concludendo che la misura adottata non era stata ragionevolmente proporzionata agli scopi legittimi perseguiti, tenuto presente l’interesse di una società democratica, nel garantire il rispetto del diritto di abitazione, e che vi era stata quindi una violazione dell’articolo 8 della Convenzione (Corte eur., sez. I, 16 marzo 2017, *Modestou c. Grecia*).

Secondo la nuova tecnologia del “captatore itinerante”, invece, nulla è prevedibile dall’ignaro cittadino: infatti, è “determinato” soltanto il dispositivo intercettato in “qualsiasi” luogo si trovi, nelle mani di “chiunque” lo detenga, con “qualunque” persona questi conversi o comunichi, di “qualsiasi” argomento parli o “qualunque” cosa faccia. Com’è evidente, il fatto che non sia previamente individuabile il luogo della captazione, che, essendo “itinerante”, può comportare anche la lesione del domicilio di terzi estranei ai fatti per cui si procede, comporta una smisurata e incontrollabile estensione della portata captativa, una vera e propria surrettizia “pesca a strascico”, che non è ammessa in danno di libertà fondamentali come la segretezza delle comunicazioni, la tutela del domicilio e della *privacy*. Ne risulta violato il principio di proporzionalità tra il pubblico interesse alla repressione dei reati e la tutela della segretezza delle comunicazioni, come la Corte costituzionale tedesca ha di recente affermato, con sentenza 20 aprile 2016, proprio in riferimento alla tecnologia dei *virus trojan*. Secondo la *Bundesverfassungsgericht* la legge deve effettuare un bilanciamento tra i contrapposti valori costituzionali, in forza del principio di proporzionalità, per effetto del quale “i poteri investigativi che incidono in maniera profonda sulla vita privata vanno limitati dalla legge alla tutela di interessi sufficientemente rilevanti nei casi in cui sia prevedibile un pericolo sufficientemente specifico a detti interessi”. E dal principio di proporzionalità la *BVerfG* fa derivare diverse conseguenze, sottolineando soprattutto che la raccolta segreta di dati personali può estendersi dall’individuo oggetto dell’indagine a soggetti terzi soltanto in condizioni particolari e che occorre tutelare in maniera rigorosa il “nucleo della vita privata”, adottando disposizioni di legge che elevino il livello di garanzia.

Di conseguenza, un’intercettazione *ubicumque*, cioè “ovunque” si trovi “qualsiasi” detentore del dispositivo intercettato, con “chiunque” conversi o comunichi (anche se immune dall’intercettazione, come ad esempio il difensore o il presidente della Repubblica) oppure si intrattenga (e quindi nel domicilio della persona intercettata ma anche nell’altrui domicilio) e di “qualunque” argomento parli (anche se coperto da segreto di Stato, d’ufficio, di polizia o professionale) e “qualunque” cosa faccia, non è compatibile né con gli artt. 14 e 15 Cost., né con l’art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, né con l’art. 8 C.e.d.u., così come interpretato dalla Corte europea, né con l’art. 17 Patto internazionale sui diritti civili e politici, né con l’art. 7 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. La violazione del principio di legalità processuale rende questa tecnologia investigativa non una prova atipica, ma una prova “incostituzionale” e “inconvenzionale”, perché darebbe luogo ad un’inammissibile autorizzazione ad una occulta “*ispe-perqui-intercettazione*” da compiere “in bianco”: infatti il decreto di autorizzazione sarebbe soltanto apparente perché autorizzerebbe una serie di captazioni imprevedibili anche per il giudice. In altre parole, la sua ammissibilità segnerebbe la fine della *privacy*, l’annientamento degli artt. 2, 13, 14 e 15 Cost. e la violazione del principio europeo della proporzionalità di questa inedita e formidabile ingerenza nella sfera della riservatezza, in rapporto ai principi fondamentali di una società democratica.

7. Conclusioni.

Tirando le fila del discorso, non si tratta, dunque, tanto di introdurre nuove “finestre”, ma di far sì che quelle esistenti siano aperte al controllo giurisdizionale e che questo sia effettivamente esercitato e non lasciate sbarrate dalla giurisprudenza, come purtroppo capita troppo spesso, e non solo in materia di intercettazioni.

L'imperfetto ruolo del giudice cautelare nella fase di applicazione della misura sulla libertà personale

DI ANTONELLA MARANDOLA

(PROFESSORE ORDINARIO DI PROCEDURA PENALE, UNIVERSITÀ LUM JEAN MONNET DI BARI)

Nell'accingersi a sviluppare un'analisi minimale sull'effettivo ruolo svolto dal giudice cautelare nella fase di applicazione delle misure e nell'ambito dell'interrogatorio di garanzia, si deve, innanzitutto, osservare come l'ambito della libertà personale è – tendenzialmente – quello verso il quale il legislatore e la giurisprudenza – costituzionale e di legittimità – hanno in maniera costante rivolto la propria attenzione. E non poteva essere altrimenti considerata l'indiscutibile delicatezza della materia.

Del pari, deve evidenziarsi come all'atto dell'entrata in vigore del nuovo codice di rito, se, in conformità al – tendenziale – modello accusatorio a cui si ispira(va), uno degli aspetti più significativi è stata certamente la giurisdizionalizzazione dell'attività, dall'altro lato, sorprende che il legislatore abbia mantenuto ferma la configurazione del giudice, anche cautelare, quale organo “senza braccia e senza occhi”, ossia senza poteri d'iniziativa e senza cognizione del fascicolo investigativo⁴⁶.

È sicuramente questo un primo, immutato, limite al compito affidato al giudice chiamato a deliberare l'applicazione della misura cautelare, da cui deriva un circoscritto spazio di garanzia e controllo sulla legittimità e sulla ricorrenza delle condizioni sulle quali riposa, del tutto “sbilanciato” – inizialmente – sul versante del controllo spettante al tribunale della libertà.

A confortare tale “dis-equilibrio” sistemico e la generale distonia, impeditiva dell'effettiva attuazione da parte dell'autorità giudiziaria del completo accertamento dei presupposti delle condizioni cautelari, sovviene un corollario di previsioni.

Invero, al p.m. era fatto carico di produrre al giudice i soli atti sui quali si fondava la richiesta (tendenzialmente accusatori), era previsto un limitato obbligo motivazionale del provvedimento cautelare e circoscritti risultavano i poteri cognitivi degli atti da parte del difensore, con conseguenti restrizioni sul piano della formazione del contraddittorio “postumo” a cui – salve eccezioni – è destinato, in linea con la necessaria salvaguardia dei *pericula libertatis*, l'interrogatorio di garanzia, peraltro, *ab origine*, limitato al solo caso in cui fosse stata applicata la custodia cautelare in carcere.

⁴⁶ NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, 298. V., anche, In generale, v., Alonzi, *Le attività del giudice delle indagini preliminari*, Padova, 2011.

Tale situazione trovò puntuale affermazione pratica nell'ambito del rito ambrosiano, all'epoca di Tangen-topoli, nel corso del quale – in maniera del tutto appropriata- venne coniata l'evocativa formula del g.i.p. "appiattito" sul p.m. quale espressione che meglio delle altre lascia(va) intendere come le norme allora vigenti non consentissero al giudice di esercitare il dovuto ruolo di tutore dei diritti costituzionali⁴⁷.

Solo con la l. n. 332/1995 sono stati ridisegnati i presupposti dei provvedimenti coercitivi ed il novero delle garanzie per i soggetti *in vinculis*, tentando una sorta di "ri-equilibrio" del ruolo affidato al giudice.

Rimodellati, fra l'altro, i *pericula*, precisate le soglie e le condizioni per l'applicazione delle misure, il testo ha – in parte – assicurato una maggiore responsabilizzazione del giudice attraverso un rafforzamento dell'obbligo della motivazione e implementato le garanzie difensive, rispetto al momento del riesame che conserva, peraltro, la sua centralità. Si è così previsto, significativamente, che fra gli altri elementi che il p.m. deve trasmettere al giudice (singolo o collegiale) siano ricompresi gli elementi favorevoli di cui dispone l'organo inquirente e quelli già prodotti dal difensore; che la struttura dell'ordinanza cautelare contenga, a pena di un'inedita nullità (relativa, ma rilevabile anche d'ufficio) tutti gli elementi che ne costituiscono il presupposto; che all'interrogatorio di garanzia, quale primo momento di contatto fra il giudice e il destinatario della misura provveda sempre prima il giudice che ha applicato la misura, anche rispetto al p.m. Il mutato quadro normativo è risultato ulteriormente innervato da successivi e numerosi interventi della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite che hanno significativamente rafforzato alcuni "passaggi" processuali, ridimensionando il vaglio discrezionale del giudice e implementato i diritti di difesa e il loro esercizio, anche anticipando – opportunamente – il potere di accesso e estrazione degli atti posti a fondamento dell'ordinanza cautelare (si pensi alla trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, anche se non depositate). Si è soprattutto valorizzato il ruolo dell'interrogatorio di garanzia, estendendolo fino alla trasmissione degli atti al giudice del dibattimento e per tutte le altre misure (coercitive e interdittive), la cui omissione determinerà, significativamente, la perdita di efficacia delle misure. Si deve, invece, alla l. n. 63 del 2001 sul cd. "giusto processo", la previsione della partecipazione obbligatoria del difensore all'atto di garanzia che ne ha irrobustito la sua capacità dialettica e la sua idoneità a consolidare il ruolo di tutela richiesto al decidente.

Sullo sfondo delle considerazioni fin qui prospettare si collocano, invece, le incessanti riforme che hanno interessato i criteri di valutazione e di scelta delle misure, regolati da presunzioni e automatismi, che hanno travolto le opzioni di fondo operate dal codice del 1989 e progressivamente ridotto lo spazio decisorio spettante al giudice.

Invero, all'interno di tale – non esaustivo – quadro di riferimento si staglia, tuttavia, nella pratica, la visione di un giudice ancora incapace di assolvere alla sua reale funzione di organo giurisdizionale, terzo rispetto alla domanda cautelare avanzata dal p.m., a cui spetta il compito di essere "garante" dei diritti, costituzionalmente rilevanti, in nome e per conto del popolo (artt. 1, 2, 3, 13, 24, 27 e 111 Cost.), ma suscettibili di essere limitati, soprattutto nel corso delle investigazioni. Non casualmente, soprattutto l'emissione di un provvedimento restrittivo importa, fra l'altro, a carico del giudice, l'obbligo di motivare il provvedimento limitativo di un diritto inviolabile (art. 13, comma 2 Cost.), tanto da richiedere di essere vagliato, quantomeno, innanzi al giudice di legittimità per violazione delle legge (art. 111, comma 7 Cost.).

⁴⁷ Sul permanere di tale rischio, v. L. Kalb, *Motivazione ed effettività del sistema dei controlli*, in AA. VV., *Le fragili garanzie della libertà personale*, Milano, 2014, 88.

2. A quasi trent'anni dall'entrata in vigore del nuovo codice e nonostante le numerose novelle che hanno investito la materia cautelare, le funzioni che il giudice è chiamato ad esercitare restano condizionate alle scelte operate dal p.m.

Un tale compito resta affidato ad un giudice fortemente vincolato sul piano cognitivo e, conseguentemente, decisorio, a quanto prodotto dal p.m., a cui la legge affida la cernita degli atti favorevoli, pur esistenti, da sottoporre al decidente, data l'assenza di un obbligo o di una sanzione processuale che ne imponga la devoluzione. Nonostante i tentativi fatti, il giudice rimane "secondo" al pubblico ministero e incapace di recuperare la propria terzietà, è questo il primo *vulnus* di una materia che dovrebbe tendere a porre il decidente nelle condizioni di poter esercitare concretamente e al meglio le proprie funzioni. È chiaro che la limitazione cognitiva pregiudica – almeno in prima battuta – quella decisoria, anche se il giudice è chiamato a rispondere ad una serie di condivisibili canoni – proporzionalità, adeguatezza, individualizzazione della misura – quali forme di tutela e di garanzia tanto del singolo, quanto della collettività, e sulla capacità di scelta della misura che, anche la più recente l. n. 47 del 2015 ha rafforzato, eliminando automatismi e presunzioni e assegnando al decidente il compito d'assicurare un trattamento individualizzato. È chiaro che il limitato orizzonte cognitivo importa che quei criteri -all'atto dell'adozione della misura- risultano necessariamente pregiudicati e possono essere recuperati solo "in seconda battuta".

Il panorama normativo evidenzia un sistema potenzialmente ideale che, apparentemente, è in grado di imbrigliare la fuga verso la discrezionalità, ma purtroppo inciampa in prassi distorsive e in qualche eredità inquisitoria⁴⁸.

È questo il nodo critico della materia che diviene intollerabile solo se si pensa che proprio la recente l. n. 47 del 2015 ha inteso, al contrario, rafforzare o meglio "ripristinare" l'autonomia del giudice sul piano valutativo degli elementi prodotti dall'accusa. Orbene, al di là della recente riforma legata alla necessità di evocare testualmente in capo al giudice l'obbligo di svolgere una funzione, qual è quella della "valutazione" (che è l' in sé della giurisdizione) "autonoma", è forse questo il (primo) segnale "normativo" che, valorizzando il compito spettante al giudice (anche cautelare) "garante", si colloca in linea con quanto ha opportunamente suggerito il Primo Presidente della Cassazione nel suo discorso di inizio anno⁴⁹.

È certo che l'obbligo dell'"autonoma valutazione" delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa, importa una maggiore responsabilizzazione del giudice all'atto dell'accertamento della domanda del p.m., rafforzando, in parte, la garanzia di un giudizio "indipendente" (*ergo*, non appiattito su quello del p.m. o, peggio, della p.g.). Invero, in assenza di un autonomo giudizio il provvedimento cautelare non potrebbe essere attribuito al giudice, quale soggetto legittimato in via esclusiva alla sua adozione in quanto l'autonoma valutazione rappresenta la prerogativa infungibile del controllo affidato in via esclusiva all'organo giurisdizionale, terzo rispetto all'accusa. Trattasi, dunque, di una riforma deputata a rivitalizzare il ruolo decisorio spettante al giudicante con l'ulteriore effetto di provocare un ripensamento generale su taluni aspetti del rapporto tra giudice della cautela e tribunale del riesame, che per anni sono stati pacificamente avallati ed accettati dalla giurisprudenza di legittimità e che oggi, viceversa, vengono messi in discussione.

Attraverso tale prescrizione, dunque, il legislatore ha delineato la struttura giustificativa tipica dei provvedimenti cautelari, caratterizzando il relativo obbligo motivazionale con un elevato grado di analiticità e determinatezza, al fine di superare una deviazione della prassi applicativa, definita "appiattimento sulla richiesta del

⁴⁸ COSÌ AMODIO, *Segreti e bugie. La libertà dell'indagato nel cappio della cultura inquisitoria*, in *Proc. pen. e giust.*, 2013, n. 3, 1.

⁴⁹ V., retro, ALONZI, *A proposito delle finestre giurisdizionali: ma se valorizzassimo quelle già esistenti*, 327.

pubblico ministero”, consistente nella redazione di provvedimenti cautelari in cui il giudice si limita a riproporre il contenuto dell’atto proveniente dalla pubblica accusa, senza esplicitare le ragioni per le quali incide sulla libertà personale dell’indagato, eliminando, parallelamente, quel potere d’integrazione da sempre ammesso in capo al tribunale della libertà. Il testo del 2015 sembra, invero, ascrivere a mezzo di reazione ad una prassi illegittima invalsa tanto sul piano del momento applicativo della misura, quanto sul piano del suo controllo.

3. Risulta, invece, ancora del tutto inadeguata la disciplina dettata nella fase anteriore e in quelle successive funzionali “in astratto” ad assecondare maggiormente le garanzie della persona destinataria della misura.

Ebbene il vuoto riscontrabile sotto entrambi gli aspetti non sarebbe colmabile obbligando il p.m. a produrre tutti gli atti del fascicolo, dotando così il giudice di una più nitida visione delle indagini, ma pregiudicando la sua terzietà⁵⁰. Il rapporto «giudice-parte», che intercorre tra g.i.p. e p.m. rischia di trasformare il primo in un «controllore cieco», perché non in condizione di conoscere gli atti delle indagini preliminari; inoltre, la mancanza della costruzione di un rapporto di collaborazione tra g.i.p. e p.m. (motivata dal timore di ricreare la figura del giudice istruttore) si evidenzia con tutti i suoi limiti, anche laddove la disciplina prova a sganciare il g.i.p. dalla necessaria iniziativa di parte, attribuendo allo stesso il potere, *ex officio*, di disporre provvedimenti in ambito cautelare «*in bonam partem*»: l’intervento del giudice – che non ha una gestione permanente del «fascicolo del procedimento» – resta inevitabilmente condizionato dal verificarsi della concreta (e incidentale) investitura del procedimento, ad iniziativa di una delle parti.

Se la terzietà e imparzialità, oltre alla necessaria tutela della segretezza, impedisce di devolvergli l’intero fascicolo, nulla osta, invece, al conferimento di più robuste “braccia” che gli consentano di determinare effettivamente la ricorrenza delle condizioni previste dalla legge per l’irrogazione della misura⁵¹. Si tratterebbe, in altri termini, di perseguire su quella strada, poi, interrotta dalla giurisprudenza che aveva iniziato a ricostruire la figura del g.i.p. quale giudice “per” la libertà, oltre che “per” le indagini, individuando la necessaria identità tra il giudice che emette il provvedimento e quello che ne verifica, per mezzo dell’interrogatorio, i presupposti⁵².

⁵⁰ V., la pur risalente Cass. Sez. IV, 28 settembre 2001, Patruno, in C.E.D. Cass, n. 219881 in cui si afferma che «la *ratio* del sistema normativo sta proprio nel sopra enunciato principio generale di sistema che, per conservare la funzione di terzietà sulla quale è strutturata ontologicamente la figura del g.i.p., non prevede che egli, quando sia stato chiamato a rendere uno specifico atto, debba formare e custodire un fascicolo che lo costituisca permanente incaricato di svolgere una qualche (nuda) funzione, neppure di controllo o di stimolo o di qualcos’altro nei riguardi dell’attività del p.m.; funzione non prevista dalle legge e, pertanto, predicabile di arbitrarità, se esplicita. Neppure la gestione dell’indagato detenuto appartiene alla funzione del g.i.p., il quale, una volta emesso il provvedimento richiesto (ad es., ordinanza di misura cautelare personale), non ha né funzione, né potere, né mezzi (legittimi) per seguirne le vicende, essendo obbligo del p.m., quale parte pubblica responsabile della inchiesta ed a conoscenza della sua evoluzione, di attivarsi ogni qual volta, per qualsiasi ragione (dispersione degli indizi, perdita della loro gravità, attenuazione della fattispecie d’incoltazione, superamento delle esigenze di cautela o di adeguatezza della misura, scadenza dei termini di custodia, e similmente), la compressione della libertà personale venga a risultare ingiustificata o illegittima». Non esistono quindi fonti normative che pongano la figura del g.i.p. in condizione di conoscere, senza soluzione di continuità, gli sviluppi investigativi. Egli “non conosce, non può conoscere, non dovrebbe conoscere” le indagini preliminari, al di fuori degli atti che ha obbligo di attuare su richiesta di parte. “La rappresentazione del g.i.p. quale tutore e garante permanente della libertà (estesa sino alla gestione dei permessi) della persona detenuta perché sottoposta alle indagini è estranea al vigente sistema processuale fondato sulla contrapposizione dialettica delle parti e sulla regola della domanda cautelare, nel quale sistema il giudice è inserito come soggetto terzo regolatore delle situazioni di frizione di interessi o di compromissione di diritti fondamentali. Non deve essere disperso il cospicuo guadagno, in termini di giusto processo, veniente dalla felice intuizione del legislatore del nuovo codice di procedura penale quanto a costituzione di un «giudice terzo» estraneo all’investigazione ma garante di legittimità verso le parti, a richiesta delle quali interviene regolando la situazione che ne ha determinato l’intervento senza coinvolgimento di alcun genere nella diatriba procedimentale».

⁵¹ V., per un potenziamento che passa per un incremento dei poteri ufficiosi, Di CHIARA, *Linee di sistema della funzione giudiziale preliminare*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 1, 227 ss.

⁵² V., *amplius*, FERRAIOLI, *Il ruolo di “garante” del giudice per le indagini preliminari*, Padova, 2001, 88 ss.; RUGGERI, *La giurisdizione di*

Analoghi strumenti dovrebbero essergli conferiti nell'ambito delle fasi procedurali che seguono l'adozione del provvedimento.

I riferiti limiti ai poteri cognitivi condizionano gli sviluppi difensivi nel corso dell'interrogatorio, che sono, peraltro, destinati ad aggravarsi nel caso in cui l'attività venga delegata ad altro magistrato ai sensi dell'art. 294, comma 5 c.p.p. ovvero venga condotta da un giudice incompetente ai sensi degli artt. 291 e 27 c.p.p. Peraltro, su tali aspetti non può non incidere il mantenimento di una regola dal carattere (prettamente) inquisitorio qual è quella dell'art. 104, comma 3 c.p.p., destinata, in parte, ad adeguarsi ai canoni del "giusto processo" contemplati dall'art. 111, comma 3 Cost., solo se la cd. riforma Orlando dovesse essere approvata.

Invero, una rapida lettura delle norme lascia trasparire come le tutele e le garanzie, compiti, pur spettanti, al giudice, siano riposte (interamente) sul difensore che, tuttavia, attraverso il colloquio con il legale (ove non dilazionato) e la conoscibilità – anch'essa tendenzialmente parziale degli atti (art. 293 c.p.p.) – svilupperà il contatto con il giudice al fine di prospettare la possibilità di applicare delle misure "adeguate" alle condizioni personali, di salute o lavorative o, più in generale, rispetto alla vicenda oggetto del procedimento,

I segnalati *deficit* non possono non riverberarsi in sede di interrogatorio atteso che il giudice contesterà i fatti ad un soggetto che non sempre sarà stato in grado di colloquiare con il proprio difensore ovvero per i quali i tempi dell'interlocuzione saranno talmente brevi da non consentire quel contraddittorio che dovrebbe permettere al giudice di sviluppare la (sua revisione) critica del provvedimento emesso, come impone la legge. È pacifico che analogo difetto si riscontra ogniqualvolta il giudice che emette la misura è quello della convalida dell'arresto o del fermo, magari anche incompetente nel merito, che sarà – tendenzialmente – dispensato dallo sviluppare il successivo interrogatorio di garanzia, a cui provvederà, pena la perdita di efficacia, della misura il giudice competente.

Una tale funzione risulta veppiù sacrificata nel caso in cui la misura cautelare venga applicata nel corso del dibattimento, posto che in questo caso la legge, avallata dai giudici delle leggi, non impone – anche secondo il discutibile orientamento delle Sezioni Unite – alcuna interlocuzione con il giudice destinatario del provvedimento, in quanto il soggetto può rendere dichiarazioni (difensive) nel corso del processo, riducendo, in tal modo, la responsabilità e la valutazione spettante al giudice "terzo".

Se così è deve dirsi che la necessità di intervenire in materia induce a riconsiderare la proposta, più volte avanzata, di istituire un "giudice della libertà"⁵³ indipendente ed autonomo, a cui affidare l'intera gestione della materia incidentale: è certamente questa l'unica soluzione logica e sistematica capace di soddisfare le segnalate carenze, ma difficilmente coltivabile considerato che l'introduzione di un giudice *ad hoc* importerebbe una revisione dell'intero sistema delle verifiche cautelari (artt. 294 e ss. c.p.p.), da un lato, e, dall'altro, che modificherebbe l'assetto delle (già carenti) risorse del personale che affligge il "sistema giustizia".

Trattasi di un profilo non casualmente trascurato dalla recente l. n. 47 del 2015, che ha inteso valorizzare esclusivamente il ruolo decisorio del giudice, senza poter modificare alcuni aspetti della materia, già da tempo censurati dalla migliore dottrina, non rimediabile attraverso un "minimo" intervento riformatore.

La materia, al pari di molte altre, evidenzia, per concludere, l'impellente necessità di una sua pronta novellazione che renda effettiva la funzione spettante al giudice cautelare, soprattutto nel corso delle indagini preliminari⁵⁴, ma che si collochi - tuttavia - nell'ambito di una più ampia riforma che rivisiti l'intero codice di rito a quasi 30 anni dalla sua entrata in vigore.

garanzia nella indagini preliminari, Milano, 1996, 125 ss.

⁵³ ILLUMINATI, *Relazione*, in AA. VV., *Il G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?*, Napoli, 1997, 38.

⁵⁴ ROSI, *Un giudice gatekeeper per la libertà personale: prospettive di controllo permanente dello status detentionis durante le indagini preliminari*, in *Diritto penale e processo* 2003, n. 11, 1420.

Le impugnazioni de libertate: “finestra” giurisdizionale e veli giurisprudenziali

A CURA DI PAOLA SPAGNOLO

(PROFESSORE ASSOCIATO DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE, UNIVERSITÀ LUMSA, ROMA)

Molteplici sono le finestre giurisdizionali che si aprono nella fase delle indagini preliminari; quest’ultima, originariamente pensata (v. bozza Carnelutti-Cordero) come fase veloce e snella, tendenzialmente priva di rilievo processuale, si è arricchita, con il varo del Codice Vassalli, di parentesi di intervento giurisdizionale ogniqualvolta siano implicati diritti fondamentali dell’individuo.

Questa aumentata giurisdizionalità, che si deve a varie ragioni, ha sicuramente apportato benefici ad una difesa spesso in balia del pubblico ministero, ma nel contempo ha prodotto, specialmente nell’elaborazione giurisprudenziale, alcune involuzioni nel ruolo sistematico della fase preliminare: la tentazione di trasferire quanto “accertato” (le virgolette sono d’obbligo) nella fase investigativa all’interno del processo è diventata sempre più forte, a discapito di un effettivo esercizio del diritto alla difesa. Si tende, infatti, troppo spesso a dimenticare che l’intervento del g.i.p., in una fase dominata dal pubblico ministero, dove difesa e organo giudicante scontano una subalternità cognitiva rispetto all’accusa, deve avere soltanto una funzione di garanzia per i diritti fondamentali coinvolti, e non può mai “anticipare” le soluzioni nel merito⁵⁵.

Seppur nella maggior parte dei casi questa tentazione viene arginata, perché per molti degli interventi del g.i.p. non si può parlare di un vero e proprio esercizio della giurisdizione⁵⁶, vi è sicuramente almeno un caso in cui il sistema conosce una parentesi realmente giurisdizionale: la fase incidentale delle impugnazioni cautelari *de libertate*. Qui il bene costituzionale coinvolto, ossia la libertà personale, e la minor urgenza a provvedere – urgenza massima nella fase genetica del provvedimento cautelare – hanno portato il legislatore a prevedere una vera e propria giurisdizione cautelare.

Se si scorrono, anche velocemente, i repertori giurisprudenziali, ci si avvede come in questo campo la “giurisdizionalità” si sia progressivamente rafforzata, fino a creare un sistema di controllo “parallelo” a quello del merito, connotato da quei requisiti minimi che costituiscono esercizio della giurisdizione: un giudice terzo e imparziale;

⁵⁵ V. al riguardo le osservazioni di F.M. IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, in *Cass. pen.*, 2008, 2194, che individua una crescente sovrapposizione del procedimento incidentale cautelare rispetto a quello principale, dovuta alla progressiva estensione delle garanzie di quest’ultimo al primo, sul rilievo che il procedimento incidentale tutela valori sottesi alla libertà personale e pertanto sia assiologicamente equiparabile a quello principale.

⁵⁶ Sul punto v. le recenti considerazioni di F. ALONZI, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari. Tra giurisdizione e controllo giudiziale*, Padova, 2011, 95 e ss.

un contraddittorio su materiale cognitivo “comune”; un provvedimento motivato e impugnabile⁵⁷.

Ognuno di questi presupposti, già *ab origine* presente nel tessuto codicistico, ha gradualmente acquisito spessore, sicché oggi, complici recenti interventi normativi, non può seriamente dubitarsi della presenza di una “finestra” giurisdizionale⁵⁸. È invece l'interpretazione giurisprudenziale che, talvolta, crea veli oscuranti.

Si pensi, ad esempio, al primo requisito della giurisdizione: il giudice cautelare deve essere (e apparire) imparziale. Su questa affermazione c'è unanimità di vedute, eppure quando si va a verificare fino a che punto nel concreto l'imparzialità sia assicurata, ci si scontra con orientamenti giurisprudenziali che, ad esempio, dando rilievo più alla veste formale del provvedimento che al suo contenuto decisorio, escludono che il giudice del rinvio a seguito di annullamento da parte della Corte di cassazione debba essere diverso dal giudice che ha pronunciato il provvedimento annullato⁵⁹, benché sia indubbio il “pregiudizio” dovuto alla duplicità del “giudizio”.

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento all'altro requisito, ossia al contraddittorio. Sul punto le recenti modifiche normative, dovute alla l. 47 del 2015, hanno apportato significative novità.

Le parti possono presentare elementi probatori nuovi⁶⁰ e la difesa può giovare, anche al fine del reperimento degli stessi, della possibilità di richiedere un differimento dell'udienza⁶¹.

⁵⁷ Notevoli sono le differenze rispetto al meccanismo introdotto con la l. 532 del 1982, caratterizzato dalla segretezza, dalla scrittura, dall'assenza di contraddittorio e dalla mancanza di ogni occasione di contraddittorio, caratteristiche che avevano fatto ritenere il riesame una «mera protesta di ingiustizia»: A. CRISTIANI, *Aspetti problematici del contraddittorio del riesame dei provvedimenti limitativi della libertà personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 979.

⁵⁸ Nell'evoluzione ha sicuramente inciso anche la giurisprudenza europea che, con riferimento al controllo sulla misura limitativa della libertà personale, ne ha progressivamente riconosciuto il carattere *adversary*, indicando, quali garanzie indefettibili: la possibilità per la difesa di accedere al dossier dell'accusa, di prendere conoscenza delle conclusioni avanzate da quest'ultima, di disporre del tempo necessario a preparare l'udienza, di interloquire davanti al giudice qualora la medesima possibilità sia riconosciuta al rappresentante dell'accusa. Per una valutazione del procedimento di riesame alla luce dell'art. 5 § 4 Cedue, v., volendo, P. SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà. Tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Milano, 2008, p. 133 e ss.

⁵⁹ Al riguardo la giurisprudenza è unanime, v., tra le tante, Cass., Sez. VI, 26.3.2014, n. 33883, in *CED Cass.*, n. 261076; Cass., Sez. II, 29.1.2013, n. 15305, *ivi*, n. 255783; Cass., Sez. V, 24.3.2011, n. 16875, *ivi*, n. 250173; Cass., Sez. VI, 11.12.2009, n. 3884, *ivi*, n. 246135. In giurisprudenza si afferma altresì che non è incompatibile il magistrato che, già componente del tribunale del riesame che abbia dichiarato l'incompetenza territoriale del giudice, faccia poi parte del collegio chiamato a pronunciarsi *ex art.* 309 c.p.p. sulla misura rinnovata ai sensi dell'art. 27 c.p.p.: Cass. Sez. III, 2.2.2016, n. 16093, in *CED Cass.*, n. 266919. Analogamente non si verifica alcuna ipotesi di incompatibilità *ex art.* 34 c.p.p. in capo al magistrato già componente del tribunale del riesame chiamato a giudicare sulla legittimità della misura coercitiva che abbia poi fatto parte del medesimo tribunale in qualità di giudice dell'appello avverso il rigetto dell'istanza di revoca o sostituzione della medesima misura: Cass., Sez. III, 11.2.2015, n. 20231, *ivi*, n. 262958.

⁶⁰ La giurisprudenza maggioritaria riconosce anche al pubblico ministero la possibilità di presentare nuovi elementi nell'udienza, specificando talvolta che ciò è possibile solo se alla difesa è concesso un termine congruo per conoscere e valutare l'ulteriore produzione probatoria: Cass., Sez. II, 3.6.2015, n. 36451, in *CED Cass.*, n. 264545.

⁶¹ È auspicabile che il tribunale non apprezzi la qualità delle ragioni del differimento, trattandosi di una valutazione, che finisce per incidere sui “tempi” del riesame, che spetta al solo difensore. La giurisprudenza ha per ora ritenuto in un caso che il tribunale sia tenuto a verificare: se nella richiesta di differimento siano stati indicati i motivi, se tali motivi siano attinenti ad esigenze di difesa sostanziale e se gli stessi non siano meramente pretestuosi (Cass., Sez. VI, 3.3.2016, n. 13050, *CED Cass.*, n. 267018); in un altro che il Tribunale non ha un potere di apprezzamento della qualità delle ragioni addotte che vada oltre la verifica della sussistenza dei motivi

Va ribadita l'opportunità del mantenimento di un contraddittorio meramente cartolare davanti al tribunale della libertà. L'urgenza a provvedere richiede udienze snelle e decisioni tempestive; la cognizione del tribunale è comunque parziale, limitata come è alla prospettiva meramente cautelare ancorata, essenzialmente, al materiale selezionato dal pubblico ministero a giustificazione della domanda cautelare; è inevitabilmente diverso da quello del merito l'accertamento cautelare, in quanto necessariamente connotato da incompletezza e provvisorietà.

Altro elemento essenziale del contraddittorio è la partecipazione personale dell'indagato/imputato all'udienza, cui oggi il legislatore finalmente attribuisce il rango di un *diritto*.

In questo caso, però, complice una certa ambiguità del testo normativo, potrebbero prospettarsi letture riduttive, che rischierebbero di segnare un passo indietro rispetto ai traguardi raggiunti dalla giurisprudenza, anche costituzionale.

La questione riguarda essenzialmente il soggetto libero e il detenuto nello stesso circondario. A questi soggetti la giurisprudenza riconosceva un diritto alla partecipazione, in virtù del richiamo all'art. 127 c.p.p., mentre i contrasti riguardavano essenzialmente il diritto alla presenza del detenuto "fuori circondario" (art. 101 dsp. att.). La modifica normativa, che impone la previa richiesta di partecipazione da presentare con l'istanza di riesame, dovrebbe quindi valere solo per il detenuto in diverso circondario, l'unico per il quale è necessaria una previa manifestazione di volontà, al fine di consentire al tribunale di disporre la traduzione nel rispetto degli stringenti termini del giudizio di riesame. Un'interpretazione che, al contrario, subordinasse la partecipazione di *tutti* i soggetti alla previa richiesta di presenza⁶², finirebbe per ridurre, anziché aumentare, le possibilità di partecipazione personale⁶³.

L'ultima caratteristica necessaria di un procedimento giurisdizionale è la previsione di un provvedimento motivato e ricorribile per cassazione. La tematica della motivazione dell'ordinanza cautelare è tra le più complesse⁶⁴; in questa sede può solo ribadirsi che il maggior rigore imposto dall'art. 292 c.p.p., coniugato ai "nuovi" poteri di annullamento del tribunale della libertà in sede di riesame, oltre ad attuare il combinato disposto dell'art. 13 Cost. e 111 Cost., riconduce il giudizio di riesame al suo ruolo di controllo sul provvedimento e sui suoi presupposti.

e del se detti motivi siano attinenti ad esigenze di difesa sostanziale e non siano pretestuosi (Cass., Sez. VI, 3.3.2016, n. 12556, *ivi* n. 267207). Più condivisibile Cass., Sez. VI, 3.3.2016, n. 13049, *ivi* 266189, che ha precisato come il giustificato motivo di differimento dell'udienza connesso all'esigenza difensiva di esaminare il materiale probatorio non possa essere circoscritto al deposito di nuovo materiale indiziario.

⁶² V. al riguardo le ampie considerazioni di E. MARZADURI, *Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di L. Giuliani, Torino, 2015, 222 e ss. Le perplessità sono destinate ad aumentare se dovesse essere approvata la c.d. Riforma Orlando che prevede un generalizzato ricorso alla videoconferenza.

⁶³ La giurisprudenza tende a riconoscere il diritto alla presenza solo al soggetto che ne abbia fatto richiesta nell'istanza di riesame (Cass., Sez. IV, 23.2.2016, n. 12998, in CED. Cass., n. 266296), ritenendo non più applicabili le disposizioni degli artt. 127 comma 3 c.p.p. e 101 disp. att. (Cass., Sez. III, 11.3.2016, n. 13707, *ivi*, n. 266519; Cass., Sez. I, 6.10.2016, n. 49882, *ivi*, n. 265546).

⁶⁴ Sul punto v., almeno, F. CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., 180 e ss.

Può infine aggiungersi l'inserimento di tempi stringenti per la decisione⁶⁵, cui oggi si accompagna la perdita di efficacia della misura anche in caso di mancato rispetto dei termini per il deposito della motivazione. Si tratta di previsioni che, pur essendo estranee alla tematica della giurisdizionalità del procedimento, contribuiscono, nell'ottica dell'effettività della tutela, a completare le garanzie del destinatario del provvedimento cautelare.

In definitiva, mentre può affermarsi che il giudizio di riesame presenti i requisiti della giurisdizione, è l'appello cautelare che viene ancora considerato il suo "parente povero"⁶⁶. Le modifiche che lo hanno interessato sono state solo marginali, mentre sarebbe opportuno rafforzarlo, sia perché l'appello è l'unica impugnazione proponibile in caso di misure interdittive, sia perché la partecipazione personale ha un valore essenziale in molte delle questioni che si affrontano in quella sede (si pensi, a titolo esemplificativo, a tutte quelle legate alle condizioni di salute incompatibili con lo stato detentivo).

Potrebbe, poi, discutersi sull'opportunità di inserire, anche nel procedimento cautelare, la pubblicità dell'udienza, alla luce della giurisprudenza europea⁶⁷. Tuttavia, il controllo pubblico, attraverso la pubblicità, è necessario ogniqualvolta si sia di fronte ad accertamenti potenzialmente idonei a divenire definitivi, non quando si è al cospetto di una cognizione incidentale, *per tabulas* strumentale e provvisoria. Inoltre, manca nel procedimento in esame un'attività istruttoria in senso tecnico e ragioni di tutela della riservatezza sconsigliano la previsione di una generalizzata pubblicità dell'udienza che finirebbe per non giovare all'indagato/imputato il quale apparirebbe, agli occhi dell'opinione pubblica, "colpevole"⁶⁸.

In definitiva, non sembra necessario incidere ancora sulle impugnazioni cautelari *de libertate*, aumentandone i profili di giurisdizionalità già presenti e, almeno per il giudizio di riesame, sufficienti⁶⁹. Piuttosto, occorre attendere l'elaborazione giurisprudenziale su modifiche ancora recenti ed arginare orientamenti giurisprudenziali che depotenzino la giurisdizione cautelare o che, all'opposto, le attribuiscono funzioni che non le sono proprie. Per quanto il procedimento di impugnazione cautelare abbia i caratteri della giurisdizione, esso rimane un giudizio allo stato degli atti, deputato unicamente alla verifica della sussistenza delle condizioni di applicabilità delle misure e della adeguatezza e proporzionalità della cautela prescelta.

⁶⁵ Cfr. le osservazioni di T. RAFARACI, *Le garanzie del procedimento de libertate; il diritto ad ottenere in un termine congruo le decisioni sulla libertà personale*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo, R. E. Kostoris, Torino, 2008, 272.

⁶⁶ Per questa definizione E. MARZADURI, *op. cit.*, 215.

⁶⁷ V., per un'analisi, P. BRONZO, *Pubblicità delle udienze e dialogo tra Corti: la pubblicità su richiesta*, in *Cass. pen.*, 2016, 1762. Per la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 309 e 127 c.p.p. con riferimento agli artt. 3, 111, 117 Cost. e 6 Cedu, nella parte in cui non prevedono la celebrazione dell'udienza di riesame in forma pubblica: Cass., Sez. V, 19.7.2016, n. 2737, in *CED Cass.*, n. 268912.

⁶⁸ Si potrebbe, eventualmente, prevedere la pubblicità su richiesta che, peraltro, sarebbe di sporadica utilizzazione. In realtà, sembra sufficiente, anche per gli *standard* europei, una udienza camerale partecipata, quale quella oggi prevista per le impugnazioni cautelari.

⁶⁹ Poiché le impugnazioni hanno la funzione di controllo del provvedimento cautelare, può ritenersi giustificata l'esclusione di interventi della persona offesa.

Non è più di moda, forse, parlare di giuria popolare rispetto a un sistema giudiziario che rincorre le piccole riforme e che non ha più la capacità di affrontare i grandi temi che sono stati la cultura giuridica dell'illuminismo e poi dell'800. In realtà c'è stato un periodo anche negli scorsi anni in cui si è tornati a discutere della giuria, all'interno di quella spinta democratica e garantista che ha caratterizzato la nascita del codice del 1988 e successivamente, la riforma dell'art. 111 della Costituzione. Ennio Amodio ha dedicato al tema più di una importante pubblicazione (Giustizia dei laici e esperienza comparativa, 1978; Ideologia e prassi della partecipazione popolare in Corte d'Assise, 1985), oltre a curare un volume dal titolo "I giudici senza toga, Esperienze e prospettive della partecipazione popolare ai giudizi penali" (1979). Molti altri ne hanno discusso in quegli anni. Una menzione particolare meritano gli articoli di Livio Pepino (La Corte di Assise alla prova dei fatti, 1982), Vincenzo Vigoriti (Spunti comparatistici su partecipazione popolare e giudice elettivo, 1976), e C. Barbieri (Ancora sulla giuria: una proposta normativa per la Corte d'Assise, 1996), che dedicò molte energie a questa battaglia. Perché tornare a parlarne? Anzitutto, che io sappia, non c'è processo accusatorio che non abbia come carattere fondamentale la presenza di un giudice laico, considerato che la formazione della prova in dibattimento ha senso soltanto, o soprattutto se il giudice non è un tecnico. Ma la ragione fondamentale per porsi la domanda: torniamo alla giuria? e che solo i giudici non togati rappresentino un soggetto terzo tra lo Stato, che chiede di punire, e il cittadino che si difende. Bene o male, per quante distinzioni si facciano tra giudice e pubblico ministero, il giudice-magistrato resta un funzionario dello Stato e dello Stato assorbe le finalità proprie della tutela dell'ordine pubblico. La giuria, dunque, è un problema antico, ma egualmente attuale.

Tornare alla giuria

1. Ci fu un tempo in cui l'Unione delle Camere Penali, unitamente alla battaglia per la separazione delle carriere, portò avanti quella per la giuria popolare: peraltro i due temi si intrecciano molto più di quanto si pensi al primo impatto. Ma di ciò parleremo più avanti. Poi, silenziosamente, la giuria popolare fu messa da parte: i magistrati si mostrarono decisamente contrari, e ciò è comprensibile per la perdita di ruolo che l'introduzione della giuria sarebbe loro costato; meno comprensibile è che anche l'avvocatura si allineò su quelle posizioni, probabilmente ritenendo che i giudici siano portatori di una cultura giuridica che offre garanzie più concrete e affidabili.

I due modelli di giustizia, a cui partecipa il popolo, hanno origini lontane, e trovano le loro radici in due culture politiche diverse e contrapposte: la *giuria*, nella concezione liberal-democratica della società, per cui tutto deve essere ricondotto alla volontà popolare; lo *scabinato*, e cioè la nostra Corte d'Assise, in una visione statalista della società, cosicché il popolo deve comunque essere controllato e guidato dalla mano "sapiente" della burocrazia.

Per "giuria" in senso stretto si intende un organo giudicante composto da soli laici, che giudica autonomamente sul fatto, emettendo un verdetto monosillabico e immotivato. È istituto tipicamente anglosassone e dei Paesi di *common law*, che si è consolidato nel XIV secolo, con le figure del *grand jury*, competente per il rinvio a giudizio degli imputati, e del *petit jury*, con funzioni giudicanti.

Lo “scabinato”, istituto di antica origine germanica, affermatosi nella sua forma moderna sul continente nel XIX secolo, riunisce in un unico organo giudicante giudici laici e giudici togati, i quali decidono insieme tutte le questioni di fatto e di diritto, pronunciando una sentenza motivata. A questo istituto possono, quindi, essere ricondotti gli organi giudicanti attualmente in vigore, quali la nostra Corte di Assise, o gli altri organi giudicanti rinvenibili negli ordinamenti francese, tedesco ed in genere di *civil law*.

La giuria, in Italia, fu il frutto dei moti rivoluzionari del “quarantotto”, tant’è che la ritroviamo nei codici preunitari. Ciò è accaduto non solo nel Regno di Sardegna, con il regio editto del 26 marzo 1848, n. 695, ma anche nel Regno delle due Sicilie e nella seconda Repubblica Romana, la cui costituzione del 1849 stabiliva che “nelle cause criminali” al popolo appartiene il giudizio di fatto, ai Tribunali l’applicazione della legge”.

La giuria, diventata nel frattempo il segno visibile delle istanze liberali avanzate dalla popolazione in conseguenza del processo di unificazione nazionale, trovò nel 1865 la sua disciplina, con il primo codice di procedura penale unificato. Con il codice liberale del 1913 le sue competenze furono sensibilmente estese.

2. Fu il fascismo a segnare la fine della giuria, “espressione superata della volontà popolare” e “derivazione dell’individualismo umanistico della filosofia della rivoluzione francese”, come disse il Guardasigilli Rocco. Fu sostituita con un collegio misto, in cui i giudici laici erano nominati dal ministro della giustizia.

Il rinato governo democratico provvide tempestivamente al ripristino della giuria, formata da un presidente e dieci giurati: il decreto, tuttavia, non regolava la ripartizione delle competenze tra presidente e giurati.

L’Assemblea costituente ha lasciato il problema irrisolto. La “commissione dei 75” propose, all’art. 96 del progetto di Costituzione, la formula: “il popolo partecipa direttamente all’amministrazione della giustizia mediante l’istituto della giuria nei processi di Corte d’Assise”. Tale testo fu poi modificato nel corso del dibattito assembleare onde evitare di prendere posizione in modo troppo netto intorno al problema della giuria popolare, sul quale esistevano divergenze di opinioni piuttosto nette. Si ebbe così l’attuale formula.

Con la legge 10 aprile 1951, dopo un duro scontro parlamentare tra la sinistra, che sosteneva la giuria, e la destra, che proponeva lo scabinato, prevalse quest’ultima posizione con un modello di Corte d’Assise che risponde sostanzialmente a quello attuale. Anche dopo l’entrata in vigore della legge del 1951, e di quelle successive, la struttura delle Corti d’Assise ha continuato a dar vita a dibattiti *de jure condendo*, nell’ambito dei quali è stata sostenuta, talora, l’opportunità del ritorno alla giuria popolare e talora, per contro, l’opportunità di una riduzione o eliminazione della partecipazione dei giudici popolari alla decisione degli affari penali. A sostegno del primo punto di vista, si è dedotta la contraddittorietà della sottoposizione al normale sistema delle impugnazioni di decisioni alla cui formulazione hanno collaborato persone scelte proprio per la loro qualità di semplici cittadini, senza pretendere da essi alcuna preparazione giuridica. Contro l’ipotesi di abolizione della partecipazione popolare alla giustizia sta d’altronde l’articolo 102 della Costituzione sopra riportato, che implica bensì un rinvio al legislatore per la determinazione della partecipazione stessa, ma che sarebbe certamente violata da una legislazione che la riducesse al punto di svuotarne il significato istituzionale.

3. Sarebbe sufficiente la storia dei due istituti per affermare che la giuria, in senso stretto, risponde ai principi dello Stato democratico-liberale, qual è il nostro, affidando direttamente ai cittadini l’amministrazione dei giudizi che più direttamente riguardano la sicurezza pubblica. Ma, più specificamente, le ragioni a sostegno della giuria possono essere così raggruppate¹:

a. È il *corollario del principio della sovranità popolare*. Il processo è uno dei momenti in cui si realizza la politica criminale, unitamente a quello della formazione delle leggi. Entrambi debbono trovare la loro legitti-

¹ V. PEPINO, *La Corte di Assise alla prova dei fatti*, in *Questione giustizia*, 1, 1982, 90 ss.

mazione nella volontà popolare, e non in organismi sostanzialmente burocratici qual è lo scabinato. Né vale obiettare che anche in Corte d'Assise la maggioranza è composta da giudici laici, posto che notoriamente i magistrati svolgono un ruolo dominante, sia per la loro esperienza, sia perché ad essi spetta la relazione e la stesura della sentenza. Tant'è che, se messi in minoranza, fanno ricorso, soprattutto nei processi politici, allo strumento delle sentenze suicide: l'ultima, ben nota, è quella che assolse Sofri, Bompreschi e Pietrostefani.

b. *Fonte primaria di diritto*. La giuria è fonte di decisioni corrispondenti alle esigenze di sentimenti diffusi nella collettività, che non sempre trovano soddisfazione nella legge scritta. L'esperienza ci dice che la rigida applicazione della legge talvolta va contro le aspettative di una società che è mutata rispetto all'epoca in cui la legge fu scritta, ovvero rispetto al *sentire* popolare determinato da particolari emergenze storiche. Il caso Simpson, negli Stati Uniti, lo dimostra. Si dirà che il giudice deve accertare la verità prescindendo dalle aspettative diffuse tra il popolo: senonché, c'è una generale concordia sulla positività della interpretazione evolutiva, se è frutto delle scelte dei magistrati togati. Meglio, e sorretta da un principio democratico, se è riconducibile a membri della collettività.

c. *Strumento di garanzia del cittadino*. È espressione del diritto ad essere giudicato dai propri simili, più propensi a garantire il cittadino di quanto lo siano i magistrati che, per quanto indipendenti, sono pur sempre funzionari dello Stato, e che dalle loro sentenze possono attendersi, in prospettiva, opportunità di carriera. Lo dimostrano i molti casi di magistrati che dal foro sono passati alla politica.

d. *Espressione della natura atecnica del giudizio*. Fu antesignano di questo indirizzo Cesare Beccaria che così lodò la partecipazione popolare: “Ove le leggi siano chiare e precise l'ufficio di un giudice non consiste in altro che di accertare un fatto. Se nel cercare le prove di un delitto richiedesi abilità e destrezza, se nel presentare il risultato è necessaria chiarezza e precisione, per giudicarne dal risultato medesimo non vi si richiede che *un semplice e ordinario buon senso* meno fallace che il sapere di un giudice assuefatto a voler trovare rei e che tutto riduce ad un sistema fittizio imprestato da' suoi studi. Felice quella nazione dove le leggi non fossero una scienza”².

e. *Giudice veramente “terzo e imparziale”*. La separazione delle carriere allontana il Pubblico ministero dal giudice, ma soltanto in parte e sino a un certo punto. Entrambi restano funzionari dello Stato, entrambi restano magistrati: da “fratelli” diventano “cugini”, ma la distanza del giudice dall'avvocato resta maggiore di quant'è la distanza del giudice dal Pubblico ministero. Ciò non è, se il giudice è composto da cittadini, e quindi da soggetti estranei agli apparati burocratici. La vera separazione delle carriere passa per la giuria.

4. Contro la giuria, e persino contro lo scabinato, si sono espressi accademici e alti gradi della magistratura. Si è scritto che la Corte di Assise è una “concessione al sentimentale giudizio della coscienza popolare, pagata dalla giustizia a caro prezzo in quanto nelle cause più gravi i gravi problemi giuridici, dalla cui soluzione dipende la libertà o la galera, il prestigio o la burla della legge, sono rimessi al giudizio di un collegio che normalmente in maggior parte è formato da membri tecnicamente impreparati e quindi incompetenti”³; e che “il contributo alle decisioni dell'elemento laico è talmente modesto da consigliarne la soppressione con sensibile economia di tempo e di spesa”⁴.

In realtà, queste posizioni esprimono nient'altro che la volontà dei tecnici di riservare a sé il monopolio della giurisdizione, quasi che un cittadino, di media cultura, non fosse dotato della stessa intelligenza di un

² BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Torino, 1973, 35.

³ VANNINI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano, 1965, 77.

⁴ Presidente della Corte di Assise di Appello di Napoli, *Relazione al ministro* dell'anno 1961.

magistrato. La ricostruzione del fatto richiede attenzione ad ogni dettaglio, assenza di pregiudizi e il buon senso comune: le regole di giudizio per la valutazione delle prove, se dovessero ricorrere nel caso concreto, saranno dettate dal giudice togato che presiede il dibattimento. Piuttosto sembra assai più seria l'obiezione secondo cui il non-tecnico non sarebbe in grado di stendere la motivazione comportando la giuria, necessariamente, il "verdetto". Ma – come si vedrà – non è così.

Schematicamente, il giudizio avanti la giuria popolare dovrebbe svolgersi secondo le seguenti regole e modalità:

1. Le parti possono ricusare i giurati motivatamente. Sulle ricusazioni decide il presidente.
2. Il presidente regola il dibattimento decidendo tutte le questioni procedurali avanzate dalle parti.
3. Alla chiusura del dibattimento, il presidente formula alla giuria i quesiti che formeranno l'oggetto della decisione, come di seguito specificati:
 - a. accertamento della sussistenza del fatto;
 - b. accertamento della commissione materiale del fatto da parte dell'imputato;
 - c. accertamento della sussistenza della volontarietà o della colpa;
 - d. previsione del fatto, attribuito all'imputato, come ipotesi di reato;
 - e. eventuale sussistenza di cause di estinzione del reato;
 - f. eventuale sussistenza di condizioni di procedibilità.
4. Il Presidente indica altresì eventuali regole probatorie che i giurati dovranno tener presente nella valutazione delle emergenze dibattimentali.
5. La decisione è assunta a maggioranza.
6. La motivazione della sentenza è redatta da uno dei giurati indicati dalla maggioranza.
7. La sentenza darà conto sinteticamente delle opinioni espresse dai giurati, sia di quelle maggioritarie che di quelle minoritarie, con specifico riferimento ai quesiti posti dal Presidente alla chiusura del dibattimento.
8. Spetta al Presidente la quantificazione della pena.

È probabile che un mutamento così radicale del volto della giustizia penale troverà pochi avvocati d'accordo, e ancor meno lo saranno i magistrati. Ma se la giuria è il perno su cui ruota la giustizia nei Paesi liberali, e sembra dare buoni risultati, perché non potrebbe essere così anche da noi? Parliamone.