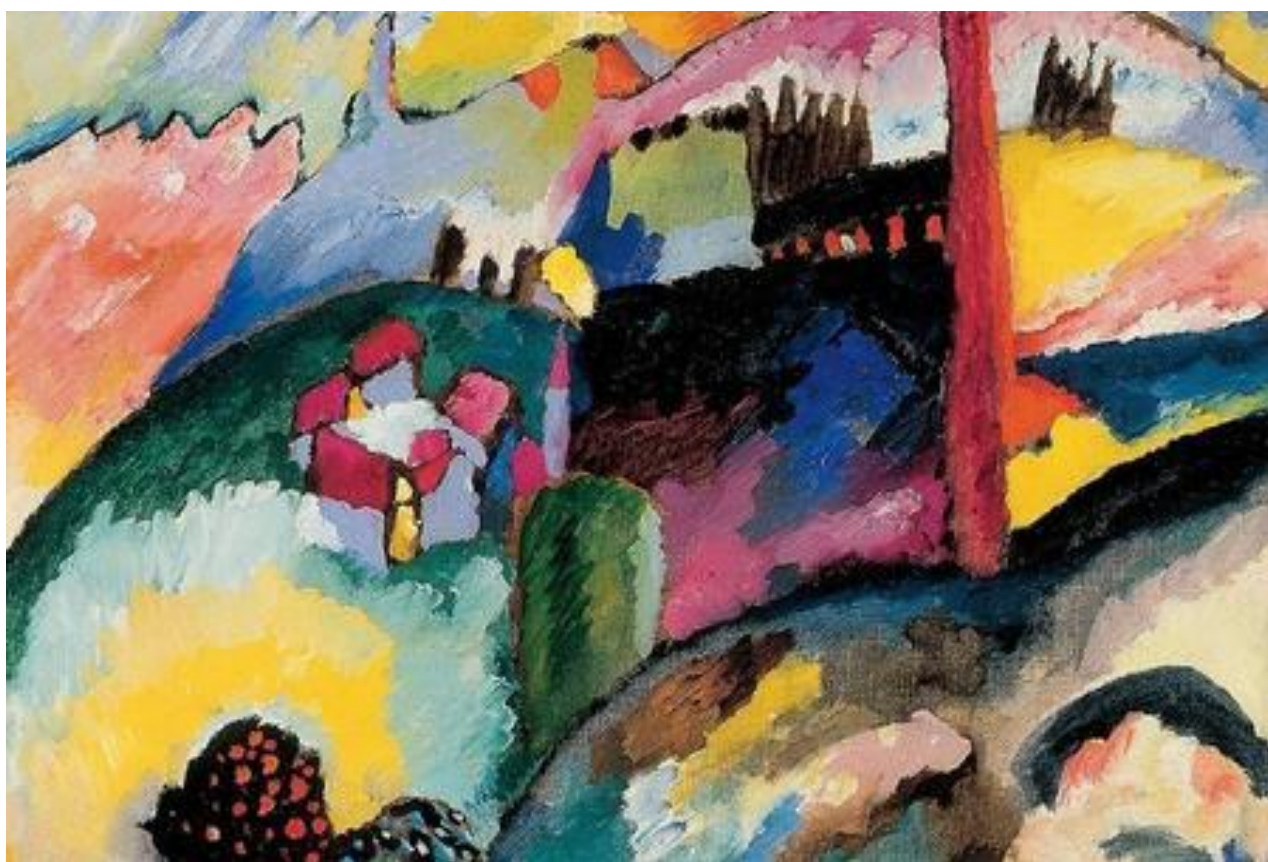


Numero 3 – 2020

Il diritto *vivente*

Rivista quadrimestrale di *Magistratura Indipendente*

Direttore *Mario Cicala*



Direttore

MARIO CICALA (*già presidente di sezione della Corte di cassazione*)

Comitato di direzione

ALBERTO BARBAZZA (*giudice del Tribunale di Treviso*) – CECILIA BERNARDO (*giudice del Tribunale di Roma*) – MANUEL BIANCHI (*giudice del Tribunale di Rimini*) – PAOLA MARIA BRAGGION (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – PAOLO BRUNO (*consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*) – ALESSANDRO CENTONZE (*consigliere della Corte di cassazione*) – MARINA CIRESE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – VITTORIO CORASANITI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – LUCA D'ADDARIO (*magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*) – ANTONIO D'AMATO (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – ALESSANDRO D'ANDREA (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – COSIMO D'ARRIGO (*consigliere della Corte di cassazione*) – BALDOVINO DE SENSI, (*giudice del tribunale di L'Aquila*) - LORENZO DELLI PRISCOLI (*consigliere della Corte di cassazione*) – PAOLA D'OVIDIO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – GIANLUCA GRASSO (*componente del comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura*) – STEFANO GUIZZI (*consigliere della Corte di cassazione*) – FERDINANDO LIGNOLA (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – NICOLA MAZZAMUTO (*presidente del Tribunale di sorveglianza di Messina*) – ENRICO MENGONI (*consigliere della Corte di cassazione*) – LOREDANA MICCICHÉ (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – CORRADO MISTRI (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – ANTONIO MONDINI (*consigliere della Corte di cassazione*) – ROBERTO MUCCI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – FIAMMETTA PALMIERI (*giudice del Tribunale di Frosinone*) – CESARE PARODI (*procuratore della Repubblica aggiunto presso il Tribunale di Torino*) – GIUSEPPE PAVICH (*consigliere della Corte di cassazione*) – RENATO PERINU (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – FRANCESCA PICARDI (*consigliere della Corte di cassazione*) – PAOLO PORRECA (*consigliere della Corte di cassazione*) – GUIDO ROMANO (*giudice del Tribunale di Roma*) – UGO SCAVUZZO (*Presidente di sezione del Tribunale di Patti*) – PAOLO SPAZIANI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – LUCA VARRONE (*consigliere della Corte di cassazione*) – ANDREA VENEGONI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*)

In copertina: Vasilij Vasil'evič Kandinskij, senza titolo

ISSN 2532-4853 Il diritto vivente [online]

Indice del fascicolo 3°

(settembre-dicembre 2020)

Gli Autori	4
Mario Cicala, <i>In omnibus caritas. In ricordo di Enrico Ferri</i>	5
Antonello Racanelli, <i>Riflessioni sulla riforma del Consiglio Superiore della Magistratura</i>	7
Paolo Spaziani, <i>L'idea del diritto vivente nella lezione dei Patres sulla capacità giuridica delle donne. Un'eredità concettuale che l'interprete del ventunesimo secolo non deve disperdere</i>	17
<i>In vece del popolo italiano. Percorsi per affrontare la crisi della Magistratura, Atti del convegno annuale del Centro Studi Rosario Livatino tenutosi a Roma – Senato della Repubblica 29 novembre 2019, a cura di Alfredo Mantovano, Edizioni Cantagalli, Siena 2020.</i>	34
Andrea Venegoni, <i>Recenti sviluppi legislativi e giurisprudenziali in materia di mandato di arresto europeo</i>	40
Alessandro Centonze, <i>Il processo in absentia e la tutela processuale dell'imputato assente nel processo di cognizione e nel processo di esecuzione</i>	58
Sergio Beltrani, <i>Prima lettura delle "ulteriori misure urgenti" per la giustizia penale disposte con d.l. n. 137 del 2020</i>	72
Cesare Parodi, <i>Assoluzione e rimborso delle spese: molto giusto, a volte troppo?</i>	82
Ilaria Perinu, <i>Le indagini preliminari aventi ad oggetto i reati da Codice Rosso e la normativa processuale introdotta dal d.l. n. 18/2020 e successive modificazioni e dal d.l. 137/2020.</i>	88
Enrico Lanza, <i>Recensione di: Pensiero causale e pensare complesso. Contributo di un penalista di Salvatore Aleo</i>	96
Alessandro Centonze, <i>Le diverse figure del dichiarante: uno sguardo d'insieme</i>	101
Giuseppe Spadaro, <i>Minori e pericolo di radicalizzazione</i>	113
Sara Amerio e Anna Sergi, <i>Le nuove forme di intimidazione ambientale.</i>	118
Cesare Parodi, <i>Riforma delle intercettazioni: le indicazioni della Procura generale presso la S.C.</i>	127

Gli Autori

Sara AMERIO, *Sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Reggio Calabria*

Sergio BELTRANI, *consigliere della Corte di cassazione*

Alessandro CENTONZE, *consigliere della Corte di cassazione*

Mario CICALA, *direttore della rivista Il diritto vivente*

Enrico Lanza, *ricercatore di diritto penale presso l'Università degli Studi di Catania*

Cesare PARODI, *procuratore della Repubblica aggiunto presso il Tribunale di Torino*

Ilaria PERINU, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano*

Antonello RACANELLI, *procuratore aggiunto presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Roma*

Anna SERGI, *Professore associato di criminologia, Università di Essex, Regno Unito*

Giuseppe SPADARO, *presidente del Tribunale per i minorenni di Trento*

Paolo SPAZIANI, *magistrato addetto all'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte di cassazione*

Andrea VENEGONI, *magistrato addetto all'Ufficio del Massimario e del ruolo della Corte di cassazione*

Mario Cicala

In omnibus caritas. In ricordo di Enrico Ferri

Il primo concetto che mi balza alla mente nel ricordo di Enrico Ferri è “amicizia”, una parola che sulla sua bocca non era un’ espressione labiale e neanche una mera gradevole parola cortese; era la chiave di volta della sua azione culturale e politica, un valore che sgorgava dal cuore; che plasmava la sua vita, i suoi rapporti sociali e familiari; che si manifestava in primis nella comunanza profonda di valori e di sentimenti che lo legava alla consorte Lucia. Senza nulla togliere anzi potenziando la sua disponibilità affettiva verso gli altri.

È a tutti noto che Enrico - come fondatore ed animatore del Centro Lunigianese di Studi Giuridici e come soggetto attivo nella vita della ANM - è stato protagonista e promotore di un dibattito che ha superato gli stretti limiti della Magistratura ordinaria, coinvolgendo l’Accademia, le altre Magistrature. E viene spontaneo domandarsi se e sotto quale profilo questo suo impegno è stato indotto e plasmato dal suo grande cuore, dalla sua costante ricerca di rapporti umani ispirati a sincera amicizia.

Ogni dibattito ideale, ed anche ogni conseguente articolazione politica, prende, a mio avviso, le mosse dalla esistenza di opinioni divergenti e distinte; una distinzione che viene chiarita e capita, a volte superata, attraverso un dialogo fondato sul desiderio di comprendere le ragioni di chi non la pensa come noi, cioè sulla simpatia verso colui che pur ci appare “un avversario”.

A volte una approfondita e franca discussione genera una convergenza a volte sfocia nella constatazione di un dissenso; con il pericolo che esso si trasformi in uno “scontro frontale” i cui partecipanti non si trovano a costruire ponti, ma a rafforzare un muro che segni gli spazi di ogni “partito”.

Dialogo e dissenso sono due modi di essere del confronto ideale; sono entrambi espressione legittima del pluralismo ; sono indispensabili per una riflessione effettiva e produttiva.

Un dialogo che occultasse le reali divergenze che vi sono all’interno della Magistratura svilirebbe gli ideali che animano il corpo giudiziario. Farebbe venir meno quella franchezza che anima una vera amicizia.

Mentre un dissenso che divenisse senza necessità scontro frontale costringerebbe ciascuno ad esaltare la propria parte ed a svilire le altre presentandole come espressioni della malvagità dei “nemici”. Di nuovo l’opposto della amicizia.

Questi pericoli si sciolgono se affrontati con la chiave della amicizia, come la intendeva Enrico, cioè una amicizia vera, che non esclude nessuno, che a tutti esprime comprensione e se possibile stima. Che perciò non suscita ristrette alleanze ma attua quell' "in omnibus caritas" che costituisce per i cristiani, come era Enrico, il suggello di ogni dialogo.

Antonello Racanelli

Riflessioni sulla riforma del Consiglio Superiore della Magistratura

1. Premessa.

L'occasione per le presenti riflessioni è stata una recente audizione innanzi alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati sul disegno di legge n.2681 di iniziativa governativa avente ad oggetto "Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura".

Il disegno di legge in oggetto ha un contenuto molto ampio: mi soffermerò solo su alcuni punti. Parto dalle modifiche sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura, avvalendomi anche dell'esperienza fatta come componente del Consiglio nella consiliatura 2010-2014.

2. Costituzione e funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura.

L'aumento dei componenti, a mio parere, può essere giustificato solo dalle modifiche contestuali operate sui componenti della Sezione Disciplinare e sulle opportune incompatibilità previste per gli stessi, perché in astratto l'attuale numero è più che sufficiente, specie se si volesse entrare nell'ottica di attribuire maggiori poteri e funzioni in sede decentrata ai Consigli Giudiziari che sono anche gli organi del sistema di governo autonomo più vicini alle situazioni da valutare.

Apprezzabile la decisione di nominare per sorteggio i componenti della Sezione Disciplinare, proposta che personalmente già in passato in più di un'occasione avevo formulato, nonché di prevedere per gli stessi una serie di incompatibilità all'interno del Consiglio.

Attualmente i componenti titolari e supplenti della Sezione Disciplinare partecipano a tutte le attività espletate dall'organo di governo autonomo della magistratura (gestione della carriera dei magistrati: valutazioni di professionalità, incarichi semidirettivi, direttivi, incompatibilità, autorizzazioni incarichi extragiudiziari, questioni organizzative etc....). Ciò indubbiamente può comportare, quantomeno sotto il profilo dell'opportunità, situazioni di difficoltà, poiché gli stessi componenti possono essere chiamati a giudicare in sede disciplinare un magistrato e successivamente a decidere la valutazione di professionalità dello stesso magistrato (trattasi di sede,

ad esempio, nella quale gli stessi fatti oggetto di accertamento disciplinare possono essere valutati, sia pure sotto profili differenti).

E ‘opportuno evitare questa coincidenza di ruoli: si potrebbe pensare anche ad un’attività esclusiva all’interno della Sezione Disciplinare: ciò consentirebbe una maggiore tempestività ed una minore durata dei relativi procedimenti, poiché i suoi componenti si occuperebbero solo di giustizia disciplinare.

Poiché da alcune parti si evidenzia anche l’imperfetto funzionamento del principio di obbligatorietà dell’azione disciplinare, con una Sezione Disciplinare così riformata si potrebbero prevedere meccanismi procedurali diretti a garantire un maggiore controllo sull’esercizio ovvero sul non esercizio dell’azione disciplinare. Attualmente, pur applicandosi sostanzialmente al procedimento disciplinare il codice di procedura penale, non vi è un perfetto parallelismo tra procedimento disciplinare e procedimento penale. In particolare, sarebbe opportuno introdurre un controllo giurisdizionale su tutti i provvedimenti del Procuratore Generale della Corte di Cassazione in materia. Come sapete, l’azione disciplinare è obbligatoria per il Procuratore Generale mentre è facoltativa per il Ministro di Giustizia: oggi, vi sono una serie di provvedimenti di archiviazione del Procuratore Generale che non sono soggetti a vaglio giurisdizionale ma che vengono solo comunicati al Ministro della Giustizia per le sue eventuali determinazioni ma, come tutti sanno, il Ministro non ha l’obbligo di esercitare l’azione disciplinare ma solo la facoltà e le sue decisioni di natura ‘politica’ sono eventualmente sindacabili solo (e giustamente) in sede politica. Ritengo, invece, opportuno che la Sezione Disciplinare operi come un Gip rispetto al Pubblico Ministero nel processo penale e quindi eserciti un vero e proprio controllo sulle modalità di esercizio del principio di obbligatorietà dell’azione disciplinare. La modifica che si prospetta della Sezione Disciplinare consentirebbe di far fronte al significativo aumento di lavoro della stessa Sezione. Il metodo del sorteggio per individuarne i componenti ben può essere preso in considerazione per l’attività giurisdizionale svolta da una Sezione Disciplinare organizzata come articolazione autonoma dal C.S.M., ma ugualmente inserita nel sistema dell’autogoverno. D’altronde abbiamo già nel nostro ordinamento il Tribunale dei Ministri, che è un organo della giurisdizione ordinaria, istituito presso il Tribunale del capoluogo di ogni distretto di Corte d’Appello, competente per i c.d. reati ministeriali, che è composto da magistrati estratti a sorte tra tutti i magistrati in servizio nei tribunali del distretto.

Indubbiamente i recenti avvenimenti che hanno interessato il Consiglio Superiore della Magistratura rendono indispensabile un intervento di riforma, ma bisogna essere intellettualmente onesti: non credo che la semplice modifica del sistema elettorale possa servire a risolvere i problemi e lo si è già visto nel passato con i reiterati interventi sul sistema elettorale. La soluzione migliore per risolvere i problemi emersi è intervenire sulla normativa che regola l'attività del Consiglio, riducendo in maniera significativa gli spazi di discrezionalità del Consiglio, attualmente regolata essenzialmente da circolari non sempre puntuali ed adeguate. Si può modificare il sistema elettorale, ma se non si interviene contestualmente anche sulle regole che disciplinano l'attività e che devono guidare le decisioni del CSM non si risolve nulla. Nel disegno di legge in oggetto sono presenti elementi anche in tal senso (su cui tornerò più avanti). Certo, vi sono sistemi elettorali che possono ridurre il potere delle correnti ed indubbiamente il sistema del sorteggio *tout court* sarebbe quello più drastico: ma sul punto è opinione diffusa e, direi, non discutibile che sarebbe necessario un intervento con legge costituzionale in relazione all'attuale testo dell'art. 104 Costituzione. Il metodo del sorteggio *tout court*, oltre che porre problemi di natura costituzionale, appare anche inadeguato per eleggere un organo che non è solo di garanzia ma anche rappresentativo della magistratura. Ma ribadisco che è necessario contestualmente un intervento normativo che disciplini più nel dettaglio i criteri, ad esempio, per il conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi e nel disegno di legge vi sono elementi in tal senso.

Non sono un esperto di diritto costituzionale ma credo si possa ritenere legittimo, sotto il profilo costituzionale, un intervento con legge ordinaria che preveda il c.d. sorteggio temperato, cioè un sorteggio di un ampio numero di candidati tra i quali procedere, poi, ad elezioni (peraltro, un sorteggio dei soggetti candidati è previsto, sia pure a certe condizioni, unitamente a candidati volontari, nel disegno di legge). Questo sistema indubbiamente ridurrebbe il potere delle correnti.

Ma, ripeto, e qui parlo anche per esperienza personale, bisogna essere intellettualmente onesti: non è vero che il sistema attuale sia quasi del tutto fallimentare e premi solo i magistrati correntizzati a scapito del merito. Può essere capitato, ma non in maniera così ricorrente, come si sostiene da parte di taluni, che a un magistrato meritevole e con tutti i requisiti previsti sia stato preferito uno meno preparato. Il problema è che, quando si hanno di fronte magistrati tutto sommato pari per merito, titoli ed attitudini, prevalgono altre logiche che non sono solo quelle correntizie, ma possono essere di natura territoriale o addirittura amicale. Per questo sottolineo la necessità di stabilire a livello normativo regole vincolanti che riducano la discrezionalità del Consiglio. Io

personalmente più volte l'ho denunciato pubblicamente, in sede di Plenum: in alcuni casi si privilegia la conoscenza del territorio, in altri casi si privilegia l'esperienza svolta in territori diversi; in alcuni casi si privilegia l'aver svolto le medesime funzioni e quindi la specializzazione, in altri si privilegia la molteplicità di funzioni svolte: è in questi ambiti che entrano in ballo motivazioni correntizie o di altro tipo. Peraltro, il CSM è un organo collegiale, dove alla fine si vota: e non necessariamente prevale la soluzione più giusta, ma prevale la soluzione che riporta più voti. Per questo ho sempre sostenuto che, al di là delle facili strumentalizzazioni, la responsabilità dell'attuale situazione è direttamente proporzionale al peso associativo e consiliare delle diverse componenti della magistratura nel corso degli anni. D'altronde, non sono poche le decisioni di annullamento della giustizia amministrativa che spesso, anche con espressioni molto forti, ha aspramente criticato alcune decisioni del Consiglio Superiore della Magistratura e personalmente appartengo a quella parte della magistratura che ritiene assolutamente indispensabile il controllo giurisdizionale sulle decisioni amministrative, sottolineo amministrative, del Consiglio. Non possiamo ignorare che vi sono parti della magistratura che ancora oggi vedono con sfavore il controllo giurisdizionale del giudice amministrativo, come se il Consiglio Superiore fosse un organo 'sovrano', 'superiorem non recognoscens'.

Ripeto: non bisogna illudersi di risolvere con il sistema elettorale i problemi: così come succede in tutti i campi, gli attori del processo elettorale si adeguano ai sistemi elettorali e ne sfruttano tutti gli elementi che possono servire per tutelare i loro interessi: succede per i politici, ma succede anche per i magistrati e la storia ce lo insegna. Occorre, quindi, la consapevolezza che non esiste un sistema elettorale perfetto idoneo a soddisfare le varie esigenze, anche di rappresentatività della magistratura.

2.1. Il sistema elettorale proposto nel disegno di legge.

Analizzo ora più direttamente il sistema elettorale ipotizzato nel disegno di legge.

Mi limito ad evidenziare alcune criticità.

Aver eliminato la distinzione sul fronte dell'elettorato passivo tra giudici e pubblici ministeri comporta il concreto rischio di una significativa prevalenza dei pubblici ministeri nel Consiglio e dico ciò, nonostante io sia un pubblico ministero: è evidente che i magistrati del pubblico ministero, per ragioni che non è possibile analizzare in questa sede, abbiano di fatto una visibilità anche mediatica maggiore tra i colleghi.

Altra criticità è rappresentata dal doppio turno , sistema che si presta ad accordi tra i vari gruppi tra il primo ed il secondo turno anche con accordi di desistenza a scacchiera nei vari collegi: se sistema elettorale maggioritario uninominale deve essere, sia un sistema a turno unico. Peraltro, appare singolare la presenza di quattro candidati al secondo turno: è forse una conseguenza del fatto che al momento della formulazione del disegno di legge fossero quattro i gruppi organizzati della magistratura?

La riforma accentua la separatezza tra magistrati di merito e magistrati di legittimità: attualmente tutti i magistrati, sia di merito sia di legittimità, concorrono all'elezione dei due componenti di legittimità e così avviene anche per i componenti provenienti dalla magistratura di merito. Con la riforma non sarà più così: questa previsione suscita perplessità.

È prevista la presenza di un collegio elettorale (mi riferisco al collegio che comprende i magistrati della Corte di Appello di Roma e della corrispondente Procura Generale, i magistrati collocati fuori ruolo, i magistrati dell'ufficio del massimario etc. ...) che per la sua variegata composizione è quantomeno "stravagante": forse alla base ci sono esigenze pratiche di divisione dell'elettorato attivo.

Altro elemento "stravagante" è il meccanismo di attribuzione delle preferenze che prevedono un diverso valore (mi sembra questo un elemento finora ignoto nelle competizioni elettorali praticate in questo paese ed è quindi difficile capirne pregi o difetti anche se, ad un esame superficiale, potrebbe favorire accordi trasversali tra correnti per eliminare qualche "candidato" scomodo, intendendo per scomodo qualche candidato fuori dai giochi di corrente.

Altra criticità ma che credo sia consapevolmente voluta: mancata previsione di possibilità di collegamenti tra i candidati dei vari collegi e questo indubbiamente costituisce un ostacolo ad un ruolo del CSM rappresentativo della magistratura.

Altra stravaganza: nel collegio di legittimità passano il turno in 4 per contendersi poi due posti mentre nei collegi di merito passano in 4 per contendersi un posto: quale la ratio di questa differenza?

Se fossimo in un Paese normale e mi si chiedesse quale sia la mia preferenza io direi senza dubbio, considerando che il Consiglio Superiore della Magistratura, oltre a svolgere una prevalente attività amministrativa è anche titolare di funzioni lato sensu "politiche" e quindi è opportuno che sia, oltre che organo di garanzia, anche organo rappresentativo della magistratura: sistema proporzionale a liste contrapposte a livello nazionale, garantendo la parità di genere, accompagnato,

però, da una disciplina normativa primaria più dettagliata e vincolante che riduca grandemente i margini di apprezzamento e di valutazione discrezionale del Consiglio. Questo se fossimo in un paese normale e se le correnti non fossero divenute quello che tutti sappiamo.

Certo, in questo modo non sarebbe eliminato il potere delle correnti ma anche con altri sistemi elettorali non verrebbe meno: potrebbe essere attenuato o potrebbe essere sostituito dal potere di cordate o di interessi territoriali.

Quindi, allo stato delle cose, il sistema preferibile sarebbe quello del sorteggio temperato, con i limiti di cui parlavo prima: si sorteggiano un numero di candidati x volte superiore a quello dei posti e poi tra gli stessi si procede ad elezione con un sistema proporzionale su base nazionale, garantendo la parità di genere: in tal modo si riduce il potere delle correnti ma nello stesso tempo si mantiene anche la rappresentatività.

È evidente che anche in un sistema del genere le correnti svolgerebbero un ruolo significativo nel determinare l'elezione dei vari componenti ma sicuramente il rapporto che lega il consigliere eletto alla corrente sarebbe meno forte, dovendo il consigliere dire grazie alla sorte per essere stato candidato e soprattutto i consiglieri eletti non sarebbero quasi tutti (come avviene ora) provenienti da impegni associativi all'interno dei gruppi e dell'Associazione Nazionale Magistrati.

Nell'attuale momento storico il sistema del sorteggio temperato può anche rappresentare un significativo segnale di rinnovamento dopo i recenti avvenimenti (in relazione ai quali permangono molti punti oscuri) (personalmente non vedrei con sfavore una commissione d'indagine parlamentare).

2.2. La discrezionalità del CSM.

La necessità di interventi normativi per ridurre la discrezionalità del CSM risiede anche nella riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario prevista dall'art. 108 Costituzione, anche se l'esperienza dimostra che non è facile distinguere il caso in cui il CSM fissa da sé criteri per delimitare la propria discrezionalità nell'esercizio di competenze e di poteri che la legge gli attribuisce dal caso in cui, invece, inserisce regole nuove negli spazi della disciplina legislativa primaria. L'analisi delle lunghe e dettagliate circolari del Consiglio ne è la testimonianza più evidente. Si impone, pertanto, la necessità di ridurre la potestà normativa del Consiglio: (mi limito ad evidenziare, ad esempio, il problema dei criteri di priorità, materia, secondo me, di esclusiva competenza parlamentare) sia il Parlamento a fissare regole più stringenti perché, ripeto, gran parte

dell'attività svolta dal Consiglio è attività amministrativa soggetta al controllo giurisdizionale del giudice amministrativo: non esiste in Costituzione una riserva normativa a favore del CSM salvo riguardo al regolamento interno.

2.3. La composizione delle Commissioni.

Perplessità nutro anche sulla scelta di comporre le Commissioni (fatta eccezione per la Sezione Disciplinare, sulla quale ho già scritto) per sorteggio per il rischio che ciò possa determinare una complessiva disorganizzazione dell'attività del Consiglio in relazione alla necessità di tenere conto di una serie di incompatibilità derivanti dall'organizzazione dei lavori nonché dalla necessità di assicurare una rotazione o turnazione nelle Commissioni stesse e nello stesso tempo di mantenere una certa continuità per esigenze di buona organizzazione: esigenze e limiti difficilmente compatibili con una composizione mediante sorteggio. Ritengo, per esigenze essenzialmente di efficienza organizzativa, che una volta eletto il Consiglio, le Commissioni possano e debbano essere formate in maniera tale da riprodurre gli equilibri del Plenum sulla falsariga di quanto avviene per le commissioni parlamentari. Dico questo perché, in caso di composizione delle Commissioni mediante sorteggio, c'è il rischio concreto che proposte provenienti dalla Commissione siano sistematicamente respinte dal Plenum con notevole aggravio se non parziale paralisi dell'attività (si pensi, ad esempio, al c.d. fenomeno della navetta parlamentare in un sistema bicamerale che indica il passaggio ripetuto di un progetto di legge da una Camera all'altra prima dell'approvazione finale).

2.4. Il ruolo e l'attività del Comitato di Presidenza. Le modalità di elezione del Vicepresidente.

Non mi è sembrato di vedere nel disegno di legge alcun intervento sul ruolo e sull'attività del Comitato di Presidenza e sulle modalità di elezione del Vicepresidente. Credo sia necessario intervenire anche su questi aspetti.

E', ad esempio, necessario eliminare la scarsa trasparenza che circonda l'elezione del Vicepresidente, introducendo una normativa che preveda la presentazione di candidature al predetto ruolo con illustrazione dei rispettivi programmi seguita da una discussione pubblica in sede plenaria prima dell'elezione del Vicepresidente. Attualmente l'elezione del Vicepresidente è preceduta da incontri e contatti informali tra i vari componenti e talvolta anche da contatti con soggetti esterni,

come la storia delle varie consiliature ci insegna. Si arriva al momento dell'elezione senza alcun dibattito pubblico ed il Vicepresidente interviene con un discorso solo dopo l'elezione. Personalmente, quando ero in Consiglio, mi ero fatto promotore di una modifica regolamentare in tal senso, ma invano. Con una modifica del genere la nomina sarebbe più trasparente e più motivata in base alle dichiarazioni rese dai vari candidati.

Parlavo prima del Comitato di Presidenza: occorrerebbe ribadire che solo il Plenum manifesta l'opinione del Consiglio: abbiamo assistito in passato, talvolta, a prese di posizione del Comitato di Presidenza o del Vicepresidente che non necessariamente rispecchiano la volontà del Consiglio che si deve formare solo ed esclusivamente all'interno del Plenum. Ciò non significa impedire al Vicepresidente di parlare e manifestare le sue opinioni ma, se vuole farlo, deve farlo solo a titolo personale. L'esperienza degli ultimi anni dimostra che, rispetto al passato, di fatto l'asse di direzione politica si è spostato dalla dimensione collegiale del Plenum in favore del Comitato di Presidenza nonché appare aumentato il peso politico e la rilevanza esterna e mediatica del Vicepresidente, anche se in questo caso molto dipende dalla figura del Vicepresidente in questione.

2.5. Il divieto di costituire gruppi tra i componenti del CSM.

Nel disegno di legge viene previsto il divieto di costituire gruppi tra i suoi componenti. Premesso che non vi sono, per quanto mi risulta, previsioni normative che attualmente prevedono la costituzione dei gruppi, che esistono solo in via di prassi, sorgono spontanee alcune riflessioni. L'esperienza dimostra che in tutti gli organismi collegiali, specie in composizione allargata, è naturale la formazione di gruppi o comunque di aggregazioni spontanee che si basano sulla comunanza di idee e programmi. Ma mi chiedo: questa norma sarà sufficiente per impedire, di fatto, il crearsi di aggregazioni che risultano naturali in un organismo collegiale? Vi faccio un esempio che deriva dalla mia esperienza: questo problema dei gruppi è risalente nel tempo. Prima della mia consiliatura, i consiglieri sedevano nella sala del Plenum raggruppati per gruppo e ciò per facilitare scambi di idee durante la discussione e prendere decisioni comuni: nella mia consiliatura si stabilì di superare questa prassi e fu scelto un criterio anagrafico. Credete che i gruppi siano scomparsi?

No, è successo solo che in alcune occasioni si assisteva a movimenti frenetici di consiglieri che andavano da un posto all'altro per scambiare idee e prendere decisioni comuni ovvero ad uno scambio frenetico di sms prima di ogni decisione. Credo che sia una scelta ipocrita: difficile eliminare ciò che è nella natura delle cose e cioè un aggregarsi anche spontaneo di persone

accomunate dalla stessa sensibilità o dalle stesse idee. Si possono anche eliminare i gruppi che, ripeto, formalmente già oggi non esistono, ma voi pensate seriamente che non saranno trovate ugualmente modalità alternative di azione comune da parte di consiglieri accomunati dalle stesse idee e dalla stessa sensibilità?

Questa previsione mi sembra francamente inutile, anche perché difficilmente controllabile. Peraltro, non bisogna sottovalutare che questa divisione per gruppi risponde anche ad esigenze funzionali: ad esempio, mi riferisco alla mia esperienza consiliare del passato, ma credo sia così ancora oggi. Normalmente i Presidenti della Repubblica, quando presiedono direttamente il Plenum, non hanno la possibilità di presiedere per ore e, quindi, c'è sempre stata la prassi di far intervenire un componente per gruppo con un tacito accordo tra tutti i consiglieri per ridurre i tempi del dibattito e della seduta. Se saltano i gruppi come si procederà? Si oserà pensare al sorteggio per decidere chi potrà intervenire? Una situazione del genere francamente sarebbe assurda: potrà e dovrà intervenire chiunque lo chiederà, avendo tutti i consiglieri pari dignità ed i tempi si allungheranno di molto. Potrebbe sembrare solo un problema pratico ma non lo è, come ben sa chi ha frequentato le aule consiliari.

2.6. Ulteriori riflessioni.

Molteplici potrebbero essere le ulteriori riflessioni da fare sul disegno di legge in oggetto.

Forse sarebbe opportuno restringere ancora di più le fasce di anzianità previste per la legittimazione a concorrere per incarichi direttivi e semidirettivi in relazione al candidato più anziano che presenti domanda e prevedere un maggior valore dell'anzianità intesa come positivo esercizio delle funzioni svolte, ovviamente previa concreta verifica.

Osservo che viene introdotto un criterio che, peraltro, già esisteva in passato, e cioè il criterio dello "spiccato ed eccezionale rilievo", criterio che consentirebbe di superare gli sbarramenti di legittimazione a concorrere ad incarichi direttivi e semidirettivi, sbarramenti derivanti dal requisito dell'anzianità di servizio: è un criterio che, se non concretamente e specificamente delineato nei suoi contenuti, rischia di dare ancora una volta spazio a valutazioni ampiamente discrezionali, come il passato ha testimoniato, e che alla fine dipendono dalle maggioranze consiliari del momento. Quindi attenzione ad introdurre un criterio simile se non declinato in modo specifico e dettagliato tale da vincolare chi deve applicarlo.

Positive sicuramente, per una serie di motivi, le modifiche alla disciplina per l'accesso in magistratura, nonché la previsione di un concorso per accedere al ruolo di magistrato segretario o di componente dell'ufficio studi del CSM.

Perplessità sul diritto di tribuna attribuito agli avvocati nei consigli giudiziari in occasione delle discussioni sulle valutazioni di professionalità: perplessità derivanti non da mancanza di fiducia negli avvocati e sul loro fondamentale ruolo nell'amministrazione della giustizia ma perché, specie nei piccoli distretti, potrebbero crearsi situazioni molto conflittuali: d'altronde, esistono già, a livello normativo, possibilità di intervento dell'avvocatura nelle varie procedure di valutazioni operate dai Consigli Giudiziari e dal Consiglio Superiore della Magistratura. Sul punto si potrebbero fare ulteriori osservazioni, trattandosi di tema estremamente delicato che meriterebbe un'autonoma e specifica riflessione: è sufficiente pensare alle recenti polemiche nate a seguito di una decisione del Consiglio Giudiziario della Corte d'Appello di Bari di eliminare dal relativo regolamento la norma che prevedeva il diritto di tribuna.

Perplessità suscita anche la riduzione del numero di passaggi da funzioni giudicanti a funzioni requirenti o viceversa, anche in relazione alla limitata estensione di questo fenomeno: di fatto già esiste, ormai, una separazione delle funzioni ed i dati statistici sul numero di passaggi lo testimoniano. Le perplessità nascono dalla constatazione di ciò che può significare quest'intervento sul piano della ventilata separazione delle carriere, tema ricorrente a livello politico.

Chiudo con un'ultima riflessione: laddove in futuro si volesse porre mano ad una riforma anche costituzionale del Consiglio Superiore della Magistratura, credo che non si potrà fare a meno di considerare anche la magistratura onoraria, composta ormai da migliaia di magistrati onorari che svolgono una percentuale significativa dell'attività giurisdizionale e ritengo, quindi, che forse bisognerà pensare anche a garantire una presenza, sia pure limitata, di tale componente nella composizione del Consiglio Superiore della Magistratura (ovviamente varie possono essere le modalità di attuazione, a partire da una composizione allargata, sulla falsariga di quanto avviene oggi nei Consigli Giudiziari, ad esempio).

Paolo Spaziani

L'idea del diritto vivente nella lezione dei Patres sulla capacità giuridica delle donne. Un'eredità concettuale che l'interprete del ventunesimo secolo non deve disperdere¹

ABSTRACT: Lodovico Mortara, Pater della dottrina processuale italiana, e il suo più importante allievo, Carlo Lessona, illustre processualista di cui è appena trascorso il centenario della morte, sono stati esponenti di una concezione della scienza giuridica fondata sul primato della legge, in contrapposizione alla diversa concezione della scuola antagonista guidata da Vittorio Scialoja e animata dal genio di Giuseppe Chiovenda, che attribuiva preminenza al sistema ricostruito dall'interprete anche contro la lettera della norma. Al riconoscimento del primato della legge si è tuttavia accompagnata, nella concezione mortariana, l'esigenza di ricercarne il contenuto effettivo non già nella mera proposizione normativa scritta, come posta dalla fonte di produzione, ma nel significato ad essa attribuito dalla coscienza sociale, depositaria del principio di uguaglianza di diritto, instillato dalle rivoluzioni francese e americana della fine del 700 e criterio guida dei pubblici poteri verso la progressiva eliminazione della disuguaglianza di fatto. Si delinea, in tal modo, l'anticipata versione mortariana del principio di effettività, che conduce all'elaborazione di un diritto vivente ordinato al superamento delle discriminazioni e alla tutela dei diritti fondamentali, e che risulta peraltro fondato, non sulla malferma opinione dell'interprete, ma su basi oggettive date dalla misura e dal senso dell'accettazione sociale della norma positiva. Tale concezione, che nella costruzione giuridica dei due Patres è alla base del riconoscimento alla donna della piena capacità giuridica di diritto privato e di diritto pubblico, costituisce oggi, più in generale, un'eredità concettuale capace di guidare gli interpreti moderni nella individuazione del significato evolutivo delle norme giuridiche, senza rimanere imprigionati nei limiti semantici delle disposizioni scritte, ma senza neppure smarrirne la nozione obiettiva, che ne impone la ricerca nell'ambito dell'ordinamento giuridico e non nel foro interno dell'interprete.

¹ Si ripubblica, con qualche modifica nel titolo e nel testo, l'articolo già pubblicato su giudicedonna.it n. 4 del 2018.

SOMMARIO: 1. Carlo Lessona e la questione della partecipazione delle donne, in qualità di giurate, ai processi per delitti d'amore. - 2. Processo, ordinamento e interpretazione delle norme giuridiche nella concezione di Lodovico Mortara. - 3. L'uguaglianza di genere come regola di diritto effettivo nella concezione mortariana. - 4. Il metodo del Laurent nella scuola di Mortara, ovvero sia il primato della legge sull'idea interprete, e il suo fondamento politico. - 5. Diritto scritto, diritto vivente, idea dell'interprete quali piani distinti nella lezione di Mortara e di Lessona. L'eredità lasciata dai *Patres* all'interprete del ventesimo secolo.

1. Carlo Lessona e la questione della partecipazione delle donne, in qualità di giurate, ai processi per delitti d'amore

Durante lo scorso anno si è avuta una ricorrenza non irrilevante per gli studiosi del diritto e, in particolare, per i cultori della scienza del processo: è caduto infatti il centenario della scomparsa del processualista Carlo Lessona, morto - prematuramente, a soli 56 anni - il 16 aprile 1919².

La ricorrenza non è passata sotto silenzio, essendo stata celebrata dal Consiglio Superiore della Magistratura con un convegno (onorato dalla partecipazione di autorevoli colleghi e di illustri cattedratici) dedicato al tema delle *prove* nel sistema civile e penale³, tema che aveva rivestito particolare importanza negli studi di Lessona, tanto da costituire l'oggetto della sua opera più rilevante, *Il trattato delle prove*⁴.

Il grande studioso è stato rievocato anche sulla *Rivista di diritto processuale*, che ha pubblicato, sotto altro titolo, la relazione con cui il Prof. Bruno Cavallone aveva aperto il convegno svoltosi presso il Consiglio Superiore della Magistratura⁵.

Lessona era piemontese e si laureò a Torino. Fu avviato allo studio del processo da Luigi Mattiolo, il grande "procedurista" che, nel ricordo del suo studente più illustre, Luigi Einaudi, era

² Sulla figura di Lessona nel panorama della scienza processuale italiana, v., in generale, F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi - La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, 1991, 40 s., 102 s., 125 s., 161 s., 196 s., 215 s.; ID., *Le peripezie di Carlo Lessona tra Mortara, Chiovenda e Calamadrei*, in *Scritti in onore dei Patres*, Milano, 2006, 145 s.; B. CAVALLONE, *Carlo Lessona nella scienza giuridica italiana*, Relazione tenuta al Consiglio Superiore della Magistratura il 24 ottobre 2019.

³ *Giornate di studio in ricordo di Carlo Lessona nel centenario della morte. Il sistema delle prove civili e penali tra la disciplina tradizionale e le istanze di rinnovamento*, Sala conferenze del CSM, 24 e 25 ottobre 2019.

⁴ C. LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, Terza ediz., Voll. I-V, Firenze, 1914-1924.

⁵ B. CAVALLONE, *Carlo Lessona e le lucertole dello zio Michele*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 1, 108 s.

«diritto come un fuso ed elegantissimo», faceva lezione «sempre alle quattro del pomeriggio, in cilindro e prefettizia», e colpiva l'uditorio per «la perfezione della frase e il rigore del linguaggio giuridico»⁶.

Dopo la laurea divenne allievo di Lodovico Mortara, uno dei *Patres* più insigni della moderna scienza giuridica, non solo processuale, iniziatore e Maestro dello studio dell'ordinamento rivolto alla tutela dei diritti fondamentali⁷.

Come Mortara, Lessona era sensibile alla questione femminile, la quale agli inizi del Novecento era posta non solo dagli studiosi, ma anche da un vigoroso movimento femminista che aveva portato, ad es., alcune commissioni provinciali ad iscrivere nelle liste elettorali diverse richiedenti⁸.

Sul problema della capacità giuridica della donna, Lessona espresse la sua opinione in un momento particolarissimo della sua vita professionale e personale e in un volume che si segnala per la sua singolare distanza dai canoni delle pubblicazioni giuridiche.

Il momento - tra il 1905 e il 1906 - si colloca nell'immediatezza della sua sconfitta nel concorso alla cattedra di procedura civile dell'Università di Napoli, dopo che Mortara, licenziata la vasta riforma del procedimento sommario del 1901 ed acquisito il primato tra i processualisti italiani, aveva deciso di abbandonarla per diventare consigliere della Corte di Cassazione di Roma. Lessona, che già aveva ereditato dal suo maestro la cattedra pisana, confidava legittimamente di succedergli anche su quella napoletana, ma, per una serie di circostanze che lo dovettero amareggiare profondamente, il concorso fu vinto dal più giovane, nonché - a quel tempo - meno autorevole e meno fecondo Giuseppe Chiovenda⁹. In quegli stessi anni, inoltre, Lessona, fu colpito

⁶ Così L. EINAUDI, *Prefazione*, in G. SOLARI, *Studi storici di filosofia del diritto*, Torino, 1949, V.

⁷ V. G. MORTARA, *Appunti biografici su Lodovico Mortara* (1955), in *Quaderni fiorentini*, XIX, Milano, 1990, 112 s.; S. SATTA, *Attualità di Lodovico Mortara* (1967), in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Nuoro, 2004, 388 s.; F. CIPRIANI, *Le dimissioni del professore Mortara e i «germanisti» del preside Scialoja*, in *Scritti in onore dei Patres*, cit., 23 s.; ID., *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit..

⁸ Da una di queste vicende sorse la controversia sulla quale si pronunciò la Corte di appello di Ancona nel 1906, con la celeberrima sentenza redatta dal suo primo presidente, Lodovico Mortara, sulla quale v., *infra*, par. 3.

⁹ Sulle vicende connesse allo svolgimento del concorso alla cattedra di procedura civile dell'Università di Napoli del 1903-1905, che sancì il trionfo di Chiovenda e la sconfitta di Lessona, v. F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., 99-110, nonché ID., *Le peripezie di Carlo Lessona*, ecc., cit., 157-158.

da una grave malattia, dalla quale uscì in seguito a due operazioni e alle cure meritorie di un medico, Antonio Ceci, che gli salvò la vita.

Il volume che Lessona diede alle stampe in questo momento di profonda amarezza professionale e di grande preoccupazione personale fu da lui intitolato *Giurisprudenza animalesca*¹⁰. In questo libro l'autore, fortificandosi nell'uso dell'ironia - l'arma che lo avrebbe sempre sorretto nelle non favorevoli vicende della professione e della vita; e della quale, peraltro, avrebbe in qualche caso fatto un uso eccessivo, attirandosi qualche inimicizia¹¹ - espone le sue opinioni, non solo giuridiche, sulle questioni più disparate, in alcuni casi traendo spunto da accadimenti reali, in altri rievocando leggende e favole per bambini.

Eccolo dunque parlare, con una inaspettata propensione al faceto, dei rapporti tra gli animali e la giustizia, dei temi sentitissimi dell'orbilismo e dell'affratellamento, del duello¹² e, con maggior serietà, della responsabilità medica¹³.

Ed eccolo soffermarsi sull'attuale questione della capacità giuridica delle donne, non per affrontarla da un punto di vista dogmatico, ma per esprimere la sua opinione personale su un tema di notevole interesse politico-giudiziario, sul quale in quegli anni aveva richiamato l'attenzione, tra gli altri, lo storico e sociologo Guglielmo Ferrero¹⁴.

Il tema era se fosse opportuno ammettere o meno le donne a partecipare, in qualità di giurate, ai processi per delitti d'amore. Lessona risponde di no, sul rilievo che la «donna che ha amato e si è

¹⁰ C. LESSONA, *Giurisprudenza animalesca*, Città di Castello, 1906. L'opera è dedicata al medico Prof. Antonio Ceci, con la riconoscenza dell'autore per essere stato da lui salvato.

¹¹ Alludo, in particolare, alla lettera di "rallegramenti" del 7 giugno 1912, che Lessona spedì a Chiovena dopo che a questi era stato tributato il premio Linco per le scienze giuridiche. In questa occasione, dinanzi all'ennesimo trionfo di Chiovena, Lessona non riuscì a dissimulare il suo disappunto e le "congratulazioni" si trasformarono in una malcelata insolenza, che Chiovena non avrebbe dimenticato: su queste vicende, v. F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., 167, ove è pubblicata la lettera che lo stesso Cipriani aveva trovato tra le *Carte* di Chiovena a Premosello.

¹² C. LESSONA, *Giurisprudenza animalesca*, cit., 20 e s..

¹³ C. LESSONA, *Tribunali e medici*, in *Giurisprudenza animalesca*, cit., 181 s.

Per l'analisi di questo saggio e per rilievi sulla sua modernità, anche in rapporto alle attualissime questioni che la responsabilità medica pone alla luce della nuova legge 8 marzo 2017, n. 24, ci si permette di rinviare a P. SPAZIANI, *Carlo Lessona e la responsabilità medica (riflessioni semiserie ispirate da un cattivo oculista che esercitò nell'Antica Persia)*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 1, 121 s.

¹⁴ C. LESSONA, *Giurisprudenza animalesca*, cit., 99-101.

conceduta fuori della burocrazia sindacale e della stola del prete» non può essere giudicata con imparzialità da una «donna onesta», la quale tende ad odiare «per istinto» quella che «ai suoi occhi non è tale».

Le giurate, dunque, sarebbero, per un verso «implacabili contro le donne, comunque cadute» e, per altro verso, «straordinariamente miti verso quelle che si vendicano». Esageratamente clementi verso queste ultime, giudicherebbero le prime prescindendo «da ogni ricerca di cause e di attenuanti»¹⁵.

Si tratta, ovviamente, di un'opinione inaccettabile. Vanamente si cercherebbe di modificarne il significato discriminatorio richiamando l'alta considerazione della purezza, dell'incompromettibilità e dell'incontaminabilità dei sentimenti delle donne in materia di amore, a cui essa sembra essere ispirata. Per Lessona, in sostanza, le donne non sarebbero giudici equilibrati e imparziali, quando fossero chiamate a giudicare le (altre) donne che hanno disobbedito alla morale sessuale basata sulla fedeltà ai propri mariti e sull'intoccabilità di quelli altrui. E anche se il difetto di equilibrio e di imparzialità è dovuto all'alto concetto in cui esse hanno quella morale - la loro «onestà», appunto - viene pur sempre in considerazione un difetto connesso alla loro condizione femminile, tale da giustificare una limitazione della loro capacità giuridica di diritto pubblico.

2. Processo, ordinamento e interpretazione delle norme giuridiche nella concezione di Lodovico Mortara

Viene allora il dubbio che la scuola di Mortara non fosse stata in grado di trasmettere ai suoi adepti la concezione dell'ordinamento giuridico e del suo fine che era stata propria del suo fondatore.

Mortara, come è noto, sin dall'opera giovanile *Lo Stato moderno e la giustizia*¹⁶, aveva manifestato una concezione straordinariamente moderna del processo, allo studio del quale era arrivato - sono parole di Piero Calamandrei - «non salendovi dal diritto privato, ma scendendovi dal

¹⁵ C. LESSONA, *Giurisprudenza animalesca*, ult. cit..

¹⁶ Su questo breve libro che Mortara pubblicò nel 1885, quando aveva soltanto 30 anni, ma che è fondamentale per ricostruirne la concezione dell'ordinamento e dei suoi fini, v., oltre agli autori citati nelle note seguenti, A. PIZZORUSSO, *Lo Stato moderno e la giustizia nel pensiero di Lodovico Mortara*, in *Foro it.*, 1993, V, 19-20, 25-26.

diritto costituzionale, cercando in esso non lo strumento per far vincere le cause ai litiganti, ma il mezzo per attuare lo scopo più augusto dello Stato che è la giustizia»¹⁷.

Se il processo è il *mezzo* per l'attuazione della giustizia, questa è il *fine* dell'ordinamento. Quale fine dell'ordinamento, la giustizia non è però soltanto *accertamento del diritto soggettivo azionato nel processo*, ma è *tensione continua dell'ordinamento medesimo verso l'uguaglianza di fatto tra le persone*. Nella *Prolusione* del 1889 al corso di diritto costituzionale tenuto all'Università di Pisa - *Prolusione* recante il significativo titolo *La lotta per l'uguaglianza*¹⁸ - Mortara aveva affermato che le rivoluzioni francese e americana, pur non avendolo creato, avevano reso perspicuo, alla coscienza dei popoli civili, un nuovo principio: il principio dell'*uguaglianza di diritto* tra gli uomini. Tale nuovo principio, fondamento indispensabile al progressivo consolidarsi del dominio della forza intellettuale su quella materiale, non contiene *l'uguaglianza di fatto*, anzi ha valore pratico solo in quanto ne suppone necessariamente la mancanza. Ma il *principio* dell'*uguaglianza di diritto*, applicato ad uno *stato* di disuguaglianza di fatto, stabilisce una ineluttabile *tendenza* alla diminuzione di quest'ultima e un'ineluttabile *aspirazione* al suo cancellamento¹⁹. In questa tendenza e in questa aspirazione è il fine ultimo di giustizia che l'ordinamento persegue con tutti i suoi istituti e le sue norme.

Le norme giuridiche, siano esse quelle costituzionali siano esse quelle legislative, vanno quindi lette, interpretate ed applicate alla luce di questo principio che è penetrato nelle società civili e le sta guidando dal dominio della forza materiale («signora del passato») a quello della forza intellettuale (che «dominerà l'avvenire»). Poiché «con l'impronta del nuovo principio», la «Costituzione», «tutta la legislazione» e persino l'attività esecutiva («l'opera governativa») riceveranno «indirizzi nuovi per le vie della civiltà e del progresso»²⁰.

¹⁷ Così P. CALAMANDREI, *Lodovico Mortara*, ora in *Opere giuridiche*, X, Napoli, 1985, 156 s.

¹⁸ L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza, Prolusione al corso di diritto costituzionale fatto per incarico nell'Università di Pisa*, 14 gennaio 1889, in *Quaderni fiorentini*, XIX, cit., 145 s.

¹⁹ L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 160.

²⁰ L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza*, cit., 161.

È nell'ambito di questa concezione del processo, dell'ordinamento e dell'interpretazione delle norme giuridiche che si rinvencono sia le ragioni della scelta di Mortara di esercitare personalmente il «ministero essenziale» del giudice²¹, sia quelle delle sue illuminate decisioni.

Il contenuto della norma giuridica, nell'interpretazione di Mortara, non si identifica con quello risultante dalla disposizione scritta ma con quello che essa riceve grazie all'impronta del nuovo principio dell'*uguaglianza di diritto*, che vive nella società e impegna i soggetti dell'ordinamento ad aspirare all'*uguaglianza di fatto*.

Correttamente Salvatore Satta avrebbe notato che nella visione di Mortara il processo costituisce il motore dell'ordinamento perché, attraverso il processo, l'ordinamento «diviene» verso il suo fine ultimo: la giustizia. E colui che consente a questo motore di funzionare è il giudice, del quale è importante assicurare la formazione e l'indipendenza²².

Nella concreta applicazione giudiziale, il significato della norma supera quello fatto palese dal senso delle parole per riempirsi dei valori contenuti nel *principio di uguaglianza*, quale principio instillato nella coscienza sociale dagli avvenimenti rivoluzionari della fine del 700 e sentimento vivificatore della stessa. Dunque, non una regola posta da un ipotetico legislatore ma un *fatto*; un *fatto giuridico* che ha per effetto la conformazione delle norme scritte, dello *ius positum*, al sentimento della società.

Così, in Cass. Roma, Sez un., 16 novembre 1922, Pres. ed est. Mortara²³, il dibattuto problema del controllo giudiziario dei requisiti di urgenza posti a fondamento dell'emanazione dei decreti-legge da parte del governo, viene risolto con il superamento della tesi negativa fondata sul postulato che quel sindacato spetterebbe soltanto al parlamento. Mortara afferma che il requisito dell'urgenza si manifesta sotto due aspetti, sostanziale e formale: l'aspetto sostanziale concerne l'oggetto del provvedimento e il giudizio sulla necessità di apprestarne un'immediata regolamentazione; l'aspetto formale è dato da elementi esterni alla materia e al predetto giudizio, quali ad es., la temporanea sospensione dei lavori parlamentari, l'immediata esecuzione data al provvedimento, la pronta sua pubblicazione e l'entrata in vigore. Il giudice non può accertare il

²¹ L'espressione è di S. SATTA, *Attualità di Lodovico Mortara*, cit., 390. Sulle ragioni per le quali Mortara lasciò la cattedra universitaria per passare in magistratura v. l'ampia analisi di F. CIPRIANI, *Le dimissioni del professore Mortara e i «germanisti» del preside Scialoja*, cit., 23 s.

²² S. SATTA, *Attualità di Lodovico Mortara*, cit., 390-391.

²³ In *Giur. it.*, 1922, I, 929 s.

requisito dell'urgenza sotto il profilo sostanziale, ma ben può farlo sotto il profilo formale, verificando se sussista uno di quegli elementi esterni che giustificano il ricorso alla decretazione d'urgenza, così come può esaminare se il governo abbia o meno tempestivamente presentato il decreto al parlamento per la sua conversione. E ciò non soltanto perché tale accertamento, al contrario di quello che involge gli aspetti sostanziali dell'urgenza, non implica alcuna valutazione politica, riservata al parlamento; ma anche perché l'uso non parsimonioso da parte del governo di un potere legislativo estraneo alle proprie funzioni costituzionali rende insufficiente il solo sindacato parlamentare e accresce i doveri della magistratura cui spetta la custodia dei diritti individuali contro qualsiasi offesa. La magistratura, dunque, ove accertasse la mancanza degli elementi d'urgenza soggetti al suo sindacato, o verificasse l'intenzione del governo di non promuovere la deliberazione "sanante" del parlamento, dovrebbe negare l'efficacia legislativa del decreto in rapporto al diritto individuale di cui si lamenta in giudizio la lesione.

La tutela dei diritti individuali dalle offese illegittime, quand'anche provenienti dallo Stato, costituisce la *ratio* anche di Cass. Roma 30 dicembre 1922, Pres. ed est. Mortara²⁴. Vi si afferma che le sanzioni penali previste per decreto-legge non possono essere applicate prima della sua conversione, giacché il decreto-legge possiede bensì autorità di legge, ma sottoposta a condizione risolutiva. L'azione penale per un reato introdotto con decreto-legge può dunque essere esercitata soltanto dopo la sua conversione.

In entrambi le sentenze l'esigenza di tutela dei diritti individuali trova fondamento nel principio di uguaglianza giuridica recepito nella *coscienza sociale*. La norma giuridica riceve applicazione alla luce di questo lume interpretativo che ne determina il significato e ne conforma il contenuto. Ma se questo principio è in grado di incidere sul contenuto delle norme in quanto recepito nella coscienza sociale, allora vuol dire che il significato delle norme non è quello risultante dal testo scritto ma quello ad esse attribuito dalla coscienza sociale. Il che, ancora, significa che la norma è giuridica se viene *accettata* e riconosciuta come tale dal corpo sociale, il quale può respingerla (facendola cadere in desuetudine), accettarla nella sua totalità oppure recepirla in un'accezione differente da quella corrispondente alla disposizione scritta, un'accezione che può anche mutare nel corso del tempo, assumendo significati nuovi e diversi.

²⁴ In *Giur. it.*, 1923, II, 1 s.

Emerge così, nella concezione di Mortara, il *principio di effettività* riferito alle singole norme giuridiche, indipendentemente dalle sue enunciazioni ad opera delle dottrine sociologiche del diritto²⁵ e di quelle istituzionali²⁶, e ben prima che fosse recepito nella moderna dottrina civilistica²⁷.

Nell'ambito di questa dottrina il *diritto effettivo* si identifica con le norme socialmente accettate e con il significato ad esse attribuito dal corpo sociale. Esulano dal diritto effettivo e restano lettera morta le norme che il corpo sociale non accetta come tali, quand'anche formalmente valide; esula dal diritto effettivo anche il significato originario attribuito alla norma dal legislatore quando essa, nell'accettazione del corpo sociale, ne abbia assunto uno diverso, al quale soltanto deve aversi riguardo per ricostruirne il contenuto giuridico, sebbene non coincida con quello desumibile dal testo scritto²⁸.

Questo diritto effettivo - o, come anche si suole chiamarlo, diritto «vivente» - può desumersi in primo luogo dagli orientamenti giurisprudenziali consolidati e particolarmente dalle massime della giurisprudenza di legittimità, in quanto la concreta applicazione giudiziale della norma costituisce indice della sua accettazione sociale e in quanto la massima giurisprudenziale riflette il significato dalla stessa assunto nella coscienza sociale²⁹.

La differenza tra la moderna accezione del *principio di effettività* e quella emergente dalla concezione di Mortara riguarda allora unicamente il *grado di determinatezza* del contenuto del diritto effettivo. Il contenuto della norma, al tempo di Mortara, è conformato dal principio di

²⁵ V. E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, 1976, 585, secondo cui «il diritto vivente è il diritto che, non formulato in proposizioni giuridiche, regola tuttavia la vita sociale».

²⁶ Nella dottrina istituzionale il principio di effettività è riferito, peraltro, non alle singole norme giuridiche, ma all'ordinamento nel suo complesso o, più precisamente, all' *istituzione*, la quale assume connotati di giuridica validità nel momento in cui si afferma come effettivamente esistente e svolge in concreto le sue funzioni: v. Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1962, 49 s., secondo cui l'origine dell'istituzione, ed in particolare dello Stato, non è determinata da una norma preesistente, ma dal fatto stesso di esistere e di esercitare effettivamente il proprio potere.

²⁷ Nella moderna dottrina civilistica, il principio di effettività, con riguardo alle singole norme giuridiche e non all'ordinamento nel suo complesso, è accolto nella concezione di Cesare Massimo Bianca, secondo cui la norma, al pari dell'istituzione, «deve avere un connotato di effettività per potere essere qualificata come norma di diritto privato» (cfr. C.M. BIANCA, *Ex facto oritur ius*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 787 s.).

²⁸ C.M. BIANCA, *ult. cit.*, 796.

²⁹ C.M. BIANCA, *ult. cit.*, 799, 802, ove si rileva che l'importanza del diritto vivente giurisprudenziale emerge anche dai giudizi di costituzionalità, i quali assumono ad oggetto le norme ordinarie così come interpretate dalla giurisprudenza.

uguaglianza giuridica che è penetrato nel corpo sociale attraverso gli eventi rivoluzionari della fine del Settecento. Negli ordinamenti moderni, invece, la coscienza sociale è animata da istanze composite e diversificate, che conferiscono alla norma un significato cangiante, in continua evoluzione. La differenza tuttavia si riduce, sin quasi ad elidersi, se si pensa che la linea di tendenza di questa evoluzione è segnata, peraltro, dall'esigenza di protezione dei diritti fondamentali, riconosciuti dalle moderne carte costituzionali e tutelati attraverso il dialogo delle Corti nazionali e sovranazionali.

3. L'uguaglianza di genere come regola di diritto effettivo nella concezione mortariana

Nella concezione di Lodovico Mortara e della sua scuola, tra le regole che costituiscono espressione del diritto effettivo si colloca quella che prescrive il riconoscimento alla donna della piena capacità giuridica di diritto privato e di diritto pubblico.

Nella sentenza probabilmente più famosa del giudice Mortara, che egli redasse in qualità di presidente della Corte di appello di Ancona nel 1906, si afferma - come è noto - che secondo il diritto vigente anche le donne hanno l'elettorato politico³⁰.

Nel 1906, nessuna norma riconosceva peraltro alle donne il diritto di voto, che sarebbe stato formalmente previsto solo nel 1946.

Con riguardo all'elettorato amministrativo, esso era anzi espressamente escluso dall'art. 22 del TU della legge com. e prov. 4 maggio 1898, n. 164 (in GU 23 maggio 1898, n. 119), per il quale le donne non erano né elettori né eleggibili, al pari degli analfabeti, degli interdetti e inabilitati, dei condannati, degli ammoniti, dei ricoverati negli ospizi di carità e dei commercianti falliti.

³⁰ App. Ancona, 25 luglio 1906, in *Foro it.*, 1906, I, 1060 e in *Giur. it.*, 1906, III, 389. Come si è già accennato (*Supra*, nota 4), la decisione della Corte anconetana fu emessa nell'ambito di una vicenda giudiziaria originata dalla richiesta di alcune donne marchigiane di essere iscritte nelle liste elettorali per le elezioni politiche e dall'accoglimento di questa richiesta da parte della commissione provinciale di Ancona. La decisione della commissione provinciale fu impugnata dal pubblico ministero il cui ricorso, però, fu respinto dalla Corte di appello, che affermò il principio di diritto enunciato nel testo. La decisione del presidente Mortara, tuttavia, non resse al successivo sindacato di legittimità, perché fu annullata da Cass. Roma, 15 dicembre 1906, n. 883, in *Foro it.*, 1907, I, 73. Sulla vicenda, e per una compiuta analisi delle decisioni della Corte di appello di Ancona e della Corte di Cassazione di Roma, v. P. CURZIO, *Le maestre di Senigallia*, 1-9, relazione tenuta a Roma, Corte di Cassazione, il 27 settembre 2013 in occasione del convegno "Donne in magistratura 1963-2013 ... 50 anni dopo".

Con riguardo all'elettorato politico, il TU sulla legge elettorale politica 24 settembre 1882, n. 999 (in GU 24 settembre 1882, n. 226) non prevedeva alcunché ma era opinione comune che l'esclusione delle donne dalla partecipazione (anche) al suffragio politico fosse desumibile dall'art. 1 della stessa legge, che richiedeva per l'elettorato il godimento dei *diritti politici*. Questa categoria di diritti, infatti, veniva distinta da quella dei *diritti di libertà* (di cui godevano sia uomini che donne) e veniva ricondotta ai soli diritti «che si estrinsecano nell'esercizio di pubbliche funzioni o nella investitura di cariche pubbliche», il cui godimento era riservato ai soli uomini³¹. Si aggiunga che nei lavori preparatori il relatore della legge, Giuseppe Zanardelli, non solo aveva espresso la sua opinione contraria al voto femminile ma aveva anche evidenziato che non era stato proposto alcun emendamento volto a conferire in modo esplicito alle donne l'elettorato politico.

Al cospetto di queste norme di diritto positivo, la tesi che l'ordinamento vigente riconoscesse il diritto di voto politico alle donne viene coraggiosamente sostenuta da Mortara con una serie di argomenti che possono essere ricondotti in parte all'interpretazione letterale in parte all'interpretazione logico-sistematica. Essi consistono: nell'attribuzione all'espressione «regnicoli» (coloro che per l'art. 24 dello Statuto Albertino sono eguali dinanzi alla legge e godono ugualmente i diritti civili e politici) di un significato ampio, comprensivo non solo degli uomini ma anche delle

³¹ Questa distinzione, comune alla scienza del diritto pubblico del tempo, è ribadita, proprio in nota alla sentenza della Corte anconetana del 1906, da un - più sconcertato che perplesso - V. E. ORLANDO, in *Foro it.* 1906, I, 1060, il quale tiene a precisare che i diritti di libertà (comuni anche alle donne), appartengono «ad una categoria affatto diversa da quegli altri, che tendono ad assicurare al cittadino una partecipazione effettiva al governo dello Stato» e che spettano ai soli uomini. L'autorevolezza dell'autore della critica (Vittorio Emanuele Orlando è considerato l'iniziatore di quell'opera di fondazione della moderna scienza italiana del diritto pubblico che avrebbe avuto come continuatori giuristi del calibro di Federico Cammeo, Oreste Ranelletti e Santi Romano: cfr., ad es., M.S. GIANNINI, *Federico Cammeo il Grande*, in *Quaderni fiorentini*, XXII, 1993, 11) rispecchia quella dell'estensore della sentenza: lo stesso Orlando, nella nota in esame, tributa a quell'estensore l'onore di riconoscerlo come «uno dei più forti giuristi dell'Italia contemporanea». La decisione della Corte anconetana costituisce pertanto occasione di confronto tra due autorevolissime ma antitetiche concezioni dell'ordinamento: la prima, fondata sulla coerenza sistematica e sulla rigorosa fedeltà alla proposizione normativa scritta, ribadisce la distinzione tra i diritti di libertà (che dipendono dagli «*stadii di civiltà*» e spettano sia agli uomini che alle donne) e i diritti politici (che dipendono dalle «*forme di governo*» e spettano solo agli uomini); la seconda, muovendo dall'esigenza di superare la formulazione scritta delle norme e la stessa coerenza sistematica, in funzione della tendenza dell'ordinamento ad assicurare l'*uguaglianza tra le persone*, accede ad una nozione ampia di diritto politico, comprensiva dei diritti fondamentali, che non possono non essere comuni ai due generi.

donne; nell'allargamento della restrittiva nozione di *diritto politico* accolta dalla scienza del diritto pubblico del tempo; e nel rilievo che rispetto alla regola generale così desumibile dal citato art. 24 dello Statuto - tutti i regnicoli (tra cui le donne) godono dei diritti politici (tra cui il diritto elettorale) - l'ordinamento prevede per le donne un'esplicita esclusione solo con riguardo all'elettorato amministrativo, non anche con riguardo all'elettorato politico che, dunque, nel silenzio della legge, deve ritenersi riconosciuto alle donne stesse proprio in forza della regola generale statutaria.

Su questi argomenti si appuntano i rilievi dello sconcertato Vittorio Emanuele Orlando, nella nota critica in calce alla sentenza. Eppure, se ben si legga la sentenza medesima, questi argomenti, quantunque formulati tra i primi, costituiscono soltanto il contorno con cui l'estensore rafforza l'argomento principale, il vero argomento, fondato sull'analisi del *diritto effettivo*, e cioè sulla considerazione del significato che quel diritto vigente sopra richiamato - apparentemente così ostile, nella sua formulazione testuale, al riconoscimento del diritto di voto alle donne - ha assunto nella accettazione che di esso ha manifestato la *coscienza sociale*, animata e vivificata dalla forza trainante del principio di uguaglianza.

La sentenza afferma che *«la legge è formula di precetto generale destinato a governare i bisogni e le contingenze della vita sociale per un tempo illimitato, adattandosi alla loro variabilità in modo da rispondere sempre al suo alto fine di tutela dell'ordinamento civile. Essa non si cristallizza in una forma iniziale per sempre irriducibile ma vive la vita stessa della civiltà, ed è animata dallo spirito di questa»*.

Il significato desumibile dalla formulazione letterale delle norme contenute nelle leggi elettorali non è dunque il vero significato. Esso infatti non va ricercato in quello formale, codificato nella fonte di produzione, ma piuttosto in quello recepito dalla società civile e accettato dal corpo sociale. Nessuna importanza può pertanto attribuirsi al rilievo del relatore della legge, contenuto nei lavori preparatori, secondo cui non sarebbe stato proposto alcun emendamento per conferire in modo esplicito alle donne il diritto di voto politico, poiché tale rilievo mostra di trascurare se, al contrario, *«la mancanza di un'esplicita interdizione non bastasse, nel sistema del nostro diritto pubblico, ad appagare le aspirazioni delle donne all'eguaglianza (il corsivo è nostro) cogli uomini di fronte a quella legge, sia pure che tali aspirazioni avessero a manifestarsi molti anni dopo la promulgazione della medesima»*.

4. Il metodo del Laurent nella scuola di Mortara, ovvero sia il primato della legge sull'idea interprete, e il suo fondamento politico

La ricerca del significato effettivo della norma, nella sua dimensione *vivente*, non vuol dire rinuncia al primato della legge. In questo Mortara è chiarissimo sin dalla *Prefazione* al suo *Manuale della procedura civile*, pubblicato nel 1887: «*L'esegesi della legge è da me fatta secondo il metodo e le raccomandazioni del Laurent: mi guardo cioè, con ogni cura, dal sostituire alla volontà del legislatore l'idea dell'interprete, anche quando la seconda sia fuor di dubbio migliore della prima*»³².

Il riconoscimento della primazia della legge è il bene che Mortara ha ricevuto in eredità dalla *scuola esegetica italiana di ispirazione francese*, che ha avuto l'ultimo grande maestro in Luigi Mattiolo. Salvatore Satta avrebbe osservato che Mattiolo era «esponente perfetto» di una precisa concezione, quella «legalistico-formalistica», nella quale lo sforzo esegetico si traduce in un esercizio continuo, inesauribile e quasi drammatico; uno sforzo che trova fondamento nella consapevolezza dell'«immenso valore» della norma, elevata ad oggetto di «adorazione»³³.

Il richiamo di Mortara al metodo del Laurent manifesta l'intenzione di non disperdere quell'eredità e di perpetuarla, anzi, nella propria scuola. Egli diviene quindi l'avversario principale della contrapposta *scuola sistematica di ispirazione tedesca*, la quale, movendo dall'affermata necessità di costruire un sistema fondato su concetti di teoria generale, destinato a sovrapporsi alla lettera della norma, finisce con l'affermare la prevalenza dell'idea dell'interprete sulla legge.

La scuola sistematica, di ispirazione roman-germanista ha, come è noto, il suo più alto esponente in Vittorio Scialoja³⁴ e presto potrà giovare del genio di Giuseppe Chiovenda³⁵: essa

³² L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, I, Torino, 1887, 6.

³³ S. SATTA, *Attualità di Lodovico Mortara*, cit., 390.

³⁴ Vittorio Scialoja fu il massimo esponente di quella scuola roman-germanista che, movendo dalla riaffermazione della perdurante attualità del diritto romano e dalla asserita necessità di costruire, traendo ispirazione dalla scienza giuridica tedesca, un sistema fondato su concetti di teoria generale, destinato a sovrapporsi e a prevalere sulla lettera della legge, mirava a far recedere le istanze di rinnovamento politico e sociale alle quali si era aperta, nei suoi aspetti più progressisti, la giovane legislazione post-unitaria. Sul tema v. F. CIPRIANI, *Vittorio Scialoja e la maiuscola reverenziale di Giuseppe Chiovenda*, ora in *Scritti in onore dei Patres*, cit., 123 s., secondo cui Vittorio Scialoja «fu essenzialmente un politico del diritto», il cui ruolo «fu di gestire e controllare dall'alto il settore giuridico delle Università italiane, sì da assicurare che la scienza giuridica del giovane Regno d'Italia si evolvesse all'unisono con la linea politica dei *potentes* del tempo».

ritiene che alla scuola italiana manchi la visione omnicomprensiva e sistematica dell'ordinamento; asserisce che questo sistema deve essere costruito sfruttando le conquiste dogmatiche della scienza giuridica tedesca; afferma che tutte le volte in cui tale sistema contrasti con la legge positiva è quest'ultima che deve ritirarsi, lasciando spazio alla soluzione armonizzante dell'interprete³⁶.

Il *certamen* tra le due scuole esula dalla contesa metodologico-scientifica, per invadere il campo ideologico-politico. In Mortara, e ancora di più nel suo allievo Lessona, la continuazione della scuola italiana non vuol dire solo difesa del primato della legge, ma anche difesa della giovane legislazione post-unitaria e delle istanze di rinnovamento politico e sociale che essa porta con sé. Negli esponenti della scuola germanista, l'affermazione della *primauté* del sistema consente di contestare quelle istanze attraverso il ridimensionamento o addirittura la disapplicazione della norma di legge. Lessona invece dimostrerà che il criterio esclusivamente esegetico può essere superato non solo rifugiandosi «nelle astrazioni filosofiche e spesso nebulose della dottrina tedesca» ma studiando «con metodo rigorosamente sistematico il diritto giudiziario», senza smarrire il primato della norma di legge e senza «rinunciare ad essere italiano»³⁷.

Il fondamento del riconoscimento del primato della legge risiede tuttavia, ancora, nell'operatività del *principio di uguaglianza* quale custode della tutela dei diritti individuali.

Ai vantaggi della concezione sistematica, fondata sulla coerenza dei concetti di teoria generale destinati a sovrapporsi al diritto vigente e a colmarne le eventuali lacune, Mortara e la sua scuola possono opporre i ben più preziosi vantaggi della concezione legalistica, fondata sulla difesa del primato della legge, la quale, con tutte le sue *aporie*, costituisce pur sempre un'irrinunciabile garanzia giacché consente di contare sull'intangibilità del diritto scritto, senza che alla volontà del legislatore, obbiettivata nell'enunciato normativo, possa essere sostituita l'idea subiettiva e mutevole dell'interprete.

³⁵ V. M. TARUFFO, *Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 1133-1168, particolarmente 1140, secondo cui il sistema chiovendiano poggiava su «concetti generali ed astratti, a livello di teoria generale, in ipotesi destinati ad avere validità assoluta, e comunque tali da sovrapporsi alla realtà del diritto vigente».

³⁶ Così G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 959.

³⁷ Così P. CALAMANDREI, *Recensione a C. LESSONA, Trattato delle prove in materia civile*, I, in *Mon. trib.*, 1914, 280.

5. Diritto scritto, diritto vivente, idea dell'interprete quali piani distinti nella lezione di Mortara e di Lessona. L'eredità lasciata dai Patres all'interprete del ventunesimo secolo

Dunque, la necessità di andare oltre il significato risultante dall'enunciato scritto della norma, per individuare quello effettivo, dato dalla misura e dal senso dell'accettazione sociale di quell'enunciato, non vuol dire sostituire alla norma di legge, che mantiene una sua obiettività, l'idea subiettiva dell'interprete.

Sarebbe allora sbagliato rinvenire nella presa di posizione di Lessona sull'inopportunità di consentire alle donne di assumere la qualità di giurate nei processi per delitti d'amore, una regressione della scuola mortariana.

Lessona apparteneva a pieno titolo a quella scuola, della quale era, anzi, l'allievo più illustre. Egli, prima di abbracciare lo studio del processo, si era formato all'insegnamento dello storico Cesare Nani³⁸, esponente del socialismo giuridico, ed era, dunque, un progressista che, come il suo maestro, vedeva nel processo uno strumento di giustizia sociale e nell'interpretazione illuminata della legge un mezzo di progressiva attuazione dell'*uguaglianza* effettiva tra le persone.

La soluzione che Lessona avrebbe dato, ove fosse stato chiamato a pronunciarsi sullo stato del diritto vigente in ordine alla capacità giuridica della donna, presumibilmente non sarebbe stata dissimile da quella formulata da Mortara.

La diversa presa di posizione espressa nel libro sulla *Giurisprudenza animalesca* si spiega pertanto solo in quanto mera opinione personale, non sovrapponibile al dettato legislativo.

Del resto, per tornare alla questione del riconoscimento alle donne del diritto all'elettorato politico, si ha notizia che lo stesso Mortara, pochi giorni dopo la pubblicazione della sentenza volta a riconoscere quel diritto, ebbe a manifestare, in una intervista al *Giornale d'Italia* del 1° agosto 1906 la sua personale opinione sul tema, dicendosi contrario a tale riconoscimento³⁹. Ma questa

³⁸ La notizia che negli anni universitari Lessona era stato discepolo dello storico Cesare Nani ci viene data da P. GROSSI, *Stile fiorentino*, Milano, 1986, 76 e da F. CIPRIANI, *Le peripezie di Carlo Lessona, ecc., cit.*, 150, 152,

³⁹ Questa notizia, già data da V. E. ORLANDO, *cit.*, 1060, nella nota in calce alla sentenza della Corte anconetana, è riportata da P. CURZIO, *Le maestre di Senigallia, cit.*, 4, che ne trascrive il testo. Mortara, precisamente, dichiarò di non avere «*entusiasmo per l'estensione del voto alle donne*», sembrandogli «*non ancora matura la preparazione della gran maggioranza di esse a questa importante funzione*», ma tenne a precisare che «*chiamato, però, come magistrato, a decidere la questione*», si era dovuto «*spogliare di ogni prevenzione personale per esaminare serenamente il testo della legge*».

opinione, che egli affermò come cittadino, non aveva influenzato la sua esegesi del diritto vigente che era stata posta a fondamento del diverso giudizio che egli aveva dato come giudice.

Nella sentenza egli scrive che *«la questione deve essere in questa sede esaminata e decisa colla scorta dei criteri puramente giuridici ed esegetici senza divagare in discussioni teoriche pertinenti alla scienza e all'ufficio del legislatore»*.

Mortara dunque si ripromette di tenere in disparte le sue opinioni personali e di decidere in base al diritto. Il diritto scritto però sembra deporre nello stesso senso della sua opinione personale. Egli potrebbe pertanto farne piana applicazione e negare, in conformità alla tesi comunemente condivisa, che alle donne spetti il diritto di elettorato alle elezioni politiche. Il diritto scritto non corrisponde tuttavia al *diritto vivente*, l'unico al quale deve riconoscersi efficacia, vivendo la formula normativa *«la vita stessa della civiltà ed essendo animata dallo spirito di questa»*. La forza del giurista sta nel sapere individuare il significato *effettivo* della norma, nella sua dimensione *vivente*, quando esso non coincide con il diritto scritto; ma il giurista deve saper cogliere quel significato effettivo ancor di più quando esso, oltre a discostarsi dal diritto scritto, neppure coincide con la sua idea personale, poiché la nozione di diritto vivente non cessa di essere nozione *obiettiva* che va ricercata nell'ordinamento e non nel foro interno dell'interprete. Il giurista Mortara supera questa prova. Attraverso il metodo esegetico coglie la norma di diritto vivente che riconosce alle donne il diritto di voto, superando il significato racchiuso nella proposizione normativa scritta. Egli inoltre non abbandona la «buona esegesi» che lo conduce al contenuto vivente della norma, neppure nel momento in cui questo si discosta dalla sua opinione personale e persino allorché opinione personale e diritto scritto tendano a coincidere nel senso opposto di negare la sussistenza di quel diritto.

Al superamento di questa prova sono chiamati tutti i giuristi e particolarmente i giudici del ventesimo secolo nell'interpretazione delle norme che riguardano i diritti delle persone. Il giudice comune è ormai educato al superamento dei limiti della legge scritta attraverso l'interpretazione costituzionalmente orientata e convenzionalmente conforme, che consente di conformare il significato delle norme alle istanze di tutela dei diritti fondamentali. Ma è necessario che il giudice sia altresì convinto della necessità di ricercare il significato effettivo della norma nei valori che vivono nella coscienza sociale (e che danno il senso e la misura della sua accettazione), e non in quelli che animano la coscienza dell'interprete, i quali, diversamente dai primi, non sono indici del

grado di accettazione della regola scritta da parte del corpo sociale e non assumono dunque alcuna rilevanza ai fini della sua giuridicità.

L'idea dell'interprete può essere indice della norma di diritto effettivo, come lo sono gli orientamenti giurisprudenziali, ma può anche non corrispondere a quella norma, persino nell'ipotesi in cui - come si è visto nell'esempio di Mortara - tenda invece a coincidere con il diritto scritto, perché può accadere che, animato dalla coscienza sociale, il diritto vivente sopravvanti l'una e l'altro. In questo caso ogni giudice deve saper cercare il Mortara che è in sé e individuare lo stato del diritto vigente nel contenuto e nel significato in cui esso è effettivamente operante nella società, poiché in quell'effettività è la dimensione della giuridicità.

In vece del popolo italiano. Percorsi per affrontare la crisi della Magistratura, Atti del convegno annuale del Centro Studi Rosario Livatino tenutosi a Roma – Senato della Repubblica 29 novembre 2019, *a cura di Alfredo Mantovano, Edizioni Cantagalli, Siena 2020.*

In vece del popolo italiano- percorsi per affrontare la crisi della Magistratura, Atti del convegno annuale del **Centro Studi Rosario Livatino** tenutosi a Roma – Senato della Repubblica 29 novembre 2019— A cura di Alfredo Mantovano – con Saluto di **Filippo Vari**- Prefazione di **Giulio Prosperetti**. Relazioni di **Mauro Ronco** (La Magistratura nell’ordinamento costituzionale italiano); **Giancarlo Mangiardo** (La Magistratura in Italia. Una lettura integrata nel tempo attraverso i dati statistici); **Carlo Guarnieri** (La Magistratura italiana: un’analisi organizzativa); **Domenico Airoma** (Le correnti: il sistema e gli effetti); **Alfredo Mantovano** (Le riforme necessarie e possibili). **Con il “Discorso del Santo Padre Francesco ai membri del Centro Studi Rosario Livatino”** . Edizioni Cantagalli – Siena- 2020, pp 102 €13,00

È certo una ovvietà sottolineare come la Magistratura italiana sia oggi investita da un complesso di critiche; ed abbia perso (forse è più esatto dire “dissipato”) la gran parte di quel consenso, che le derivava dall’aver costituito il perno della lotta dello Stato contro la violenza politica e mafiosa, contro le varie forme di corruzione.

Mentre non è affatto ovvia l’ identificazione delle circostanze che hanno determinato questa perdita di popolarità; ed ancor più difficile è valutare se, ed in quale parte, questo calo di consensi sia effetto di una qualche “colpa” o disfunzione del giudiziario cui sarebbe meritorio porre rimedio; oppure debba essere serenamente accettato come conseguenza di scelte giuste, “coraggiose” e “controcorrente”.

Perciò la riflessione sulle problematiche della giustizia in Italia non può essere circoscritta alle ovvie negative considerazioni sulle prassi evidenziate dalla “vicenda Palamara”. Ed infatti il convegno 2019 del Centro studi Rosario Livatino è stato aperto da una lucida relazione del prof. Mauro Ronco che ha evidenziato la profonda trasformazione del ruolo della Magistratura nell’ordinamento costituzionale italiano a seguito di un insieme di impulsi sociali e di riforme politico giuridiche; non ultima la sostanziale abolizione ad opera della legge costituzionale n. 3/1993 di quella “autorizzazione a procedere” che nella sostanza sottraeva i parlamentari alla giurisdizione penale.

Ronco indica con chiarezza le modifiche costituzionali che hanno assegnato alla Magistratura un ruolo fondamentale nel garantire non solo più il “rispetto della Costituzione”, ma anche quello

“dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali” (art. 117 Cost. come modificato dalla legge costituzionale n.3/2001); con “un novorum normativo che rompe il dominio della legalità interna; con il corollario della perdita della posizione di centralità giuridica del Parlamento e della sovranità politica. Il potere sovrano tende a passare dalla classe dei politici eletti dal popolo, alla classe dei giudici”; con conversione, soggiungo, della “democrazia parlamentare” alla “democrazia giudiziaria”.

Residua dunque al Parlamento, constata Ronco, solo una funzione normativa sub primaria, in cui al Parlamento sfugge la possibilità di *“intercettare le regole che nascono dall'interpretazione giudiziale, in quanto queste si avvalgono di un formante internazionale ed europeo o, al limite costituzionale, che sfugge completamente al potere determinativo del Parlamento”*.

Infine Ronco sottolinea come il potere politico abbia, sotto profili fondamentali, delegato ai magistrati il compito di plasmare la politica giudiziaria e la politica criminale. La bilancia viene cioè anche qui a *“pendere sull'organo che si è affermato come rappresentante politico dell'intera magistratura, cioè il Consiglio Superiore della Magistratura, nonché sulle Procure della Repubblica e sulla Direzione Nazionale Antimafia. La delineazione dei fini della politica giudiziaria e, soprattutto, della politica criminale sfugge al Parlamento e, conseguentemente al Governo, che ne dovrebbe essere l'esecutore fedele”*.

Nel quadro tracciato dal saggio di Mauro Ronco si collocano le ulteriori relazioni.

Incalza **Carlo Guarnieri**: *“la conseguenza forse più critica della odierna situazione è che l'assetto organizzativo lascia al giudice spazi di interpretazione dei testi normativi estremamente ampi. Ci si può quindi domandare in che misura la “soggezione alla legge” da parte del giudice possa essere ancora considerato un elemento di garanzia, dato che sempre più spesso la “legge” è posta dallo stesso giudice”*.

Si tratta di una considerazione che assume ancora maggiore rilievo nel caso del pubblico ministero. In quanto , *“gli spazi di discrezionalità sono ancora maggiori, visto il carattere inevitabilmente complesso delle attività di questo magistrato”*. Si tratta di spazi che spesso *“non trovano nel giudice un valido contrappeso, forse anche per via del nesso organizzativo che lo lega al pubblico ministero. Il risultato è lo sviluppo di un notevole potere, come indirettamente dimostrato dalle pressioni, ormai di pubblico dominio, che da ogni parte vengono spesso esercitate sul CSM quando si tratta di decidere la nomina dei capi delle procure più importanti”*.

Conclude Guarnieri: *“l'attuale assetto della nostra magistratura non sembra garantire la qualità delle capacità professionali dei suoi componenti”. Anzi, proprio la debolezza delle valutazioni di professionalità lascia ampio spazio a pressioni di vario tipo, specie nel processo di nomina alle posizioni di maggiore rilievo. Il dilatarsi poi dei margini di discrezionalità interpretativa rende sempre più illusoria la "soggezione" del giudice alle norme del sistema giuridico".* Ne consegue il progressivo indebolimento della garanzia dei diritti del cittadino - affidata alle mutevoli interpretazioni del magistrato - e dello stesso legame con la sovranità popolare, tradizionalmente assicurato dalla "soggezione" del giudice alla legge. Ci troviamo così di fronte *“ad un processo di «giudiziarizzazione della politica» che, alla lunga, non può non innescare un mutamento radicale della natura del nostro regime politico, con conseguenze ancora non facili da valutare appieno”*.

A sua volta **Domenico Airoma** prende in esame le conseguenze sull' “universo giustizia” della presenza delle correnti. E correttamente osserva come in simile riflessione si debba logicamente prender le mosse dalla esistenza di Magistratura Democratica (ora ampliata come “Area”) cioè di un soggetto politico che giustamente Airoma qualifica come “molto più di una corrente”.

Il sorgere di un raggruppamento di magistrati dichiaratamente schierato nell'agone politico come “di sinistra” e che orgogliosamente rivendita i riflessi di questa scelta anche in sede giurisprudenziale ha per logica conseguenza determinato il sorgere di correnti che hanno assunto come valore fondante l'esigenza che i magistrati siano estranei allo scontro politico dei partiti; in particolare è sorta la corrente denominata “Magistratura Indipendente”; e la dialettica fra Magistratura Democratica e Magistratura Indipendente ha costituito una costante del dibattito ideale interno della magistratura, con ricadute non irrilevanti sull'esercizio del potere giudiziario.

Questo dibattito ha assunto toni e atteggiamenti diversi a seconda delle tematiche su cui MD ha scelto di esercitare la propria “politicalità”.

Si deve cioè -secondo me- dar atto che quando il “gigantismo giudiziario” di cui Airoma registra la esistenza si è esercitato su tematiche largamente condivise nella opinione pubblica e nella magistratura, quali la lotta alla criminalità organizzata ed alla corruzione, il dibattito circa il valore e le modalità di esercizio di questo “gigantismo” non ha seguito le linee di frattura correntizie e ha dato luogo a convergenze (che alcuni definivano “sorprendenti”) fra magistrati di MI e colleghi di

MD uniti, ad esempio, dalla solidarietà (o dalle critiche) verso il pool di “mani pulite”; verso le proposte ordinamentali ed operative di Giovanni Falcone.

Oggi l'area culturale di cui MD fa parte appare orientata a cavalcare istanze fortemente divisive in particolare a resuscitare “ *sotto nuove vesti, la polemica contro il formalismo e la legalità positiva; secondo cui giudici sono chiamati a incarnare la missione loro assegnata da quella parte della dottrina che ritiene che le questioni attinenti in particolare al bio-diritto non possano essere affidate alle mutevoli maggioranze parlamentari ma vadano attribuite a chi è capace di assecondare la nuova corrente antropologica*”, che teorizza “nuovi diritti” che deriverebbero dalla teoria del gender; dal riconoscimento della filiazione omosessuale; dal così detto “diritto ad accedere ad una morte dignitosa”.

Il testo di Airoma si conclude con la enunciazione di un conflitto di principio già pienamente avvertito dalla sapienza greca. Troviamo infatti nei testi classici la notissima affermazione di Antigone sul prevalere delle leggi di Zeus e della Giustizia, dell'Ethos, sui comandi degli uomini. E vediamo che la sofoclea tragedia di Antigone, viene tradizionalmente interpretata come un attacco al formalismo di Creonte posto che : «non era Zeus che bandiva il (tuo) editto, né la Giustizia che è presso i numi infernali».

Ma, a ben vedere, Creonte non si appella però solo al valore formale delle sue leggi, né è ha emesso il divieto di procedere alla sepoltura di Polinice per capriccio o per sadismo; al contrario agisce in osservanza di una concezione barbarica della giustizia che esige il traditore della patria sia punito anche dopo morto. Dunque alla «giustizia di Antigone» (« non per odiare, ma per amare sono nata») si contrappone una patriottica «giustizia di Creonte» («chi volle devastare la terra nativa, saziarsi di sangue e menar schiavi i cittadini...sia abbandonato insepolto cadavere»); le propaggini della «giustizia di Creonte» si estendono del resto fino ai giorni nostri, come dimostrano i non infrequenti episodi di vilipendio del cadavere del nemico vinto (a Piazzale Loreto come a Kabul).

Alfredo Mantovano che ha curato la pubblicazione degli atti ha anche assunto il profilo più difficile: cioè la indicazione del “quid agendum”, il compito di individuare quali strumenti, quali valori possano in qualche misura consentire di superare , porre rimedio allo sconcerto suscitato dallo “scandalo Palamara”. Ed anche di sciogliere alcuni dei nodi suscitati dall'attuale assetto della Magistratura.

Mantovano individua due istituti in cui si realizza una confusione di funzioni e qualifiche: il pubblico ministero e la sezione disciplinare del Consiglio Superiore; e propone la eliminazione di queste contraddizioni istituzionali.

L'A. descrive con precisione la situazione attuale:

“l'esigenza di una separazione vera fra P.M. e giudice non sussisteva 40 anni fa, perché l'ordinamento e il codice di procedura penale erano differenti: in base al codice di procedura penale del 1930 la polizia giudiziaria svolgeva le indagini con un margine di autonomia e, a conclusione, ne consegnava gli esiti al P.M. Il P.M. non era il coordinatore delle indagini, bensì colui che a esse garantiva un filtro di giuridicità per trasmettere al giudice quel che meritava di essere sottoposto a giudizio. Con un sistema del genere si giustificava l'appartenenza del P.M. e del giudice al medesimo ordine giudiziario. Col codice di procedura penale del 1988 il cambiamento è stato sostanziale: il P.M. è diventato il capo della polizia giudiziaria, dirige le indagini e poi le sottopone alla verifica del giudice; è parte pubblica a tutti gli effetti. Pubblica, ma parte. Non ha senso che appartenga in tutto e per tutto al medesimo ordine del giudice: svolge un ruolo diverso. Su questo la Commissione Bicamerale per le riforme istituzionali - quasi un quarto di secolo fa! - aveva raggiunto una intesa di massima fra gruppi politici di orientamento differente: a conferma di una convinzione prevalente, al di là delle appartenenze di schieramento”.

Propone anche una soluzione piuttosto drastica: una forma di separazione dei requirenti dai giudicanti di guisa che il giudicante sia liberato dal vincolo (già segnalato da Guarnieri) con il requirente che nasce dalla appartenenza ad un medesimo corpo con la concreta possibilità che il requirente sia chiamato -ad esempio- a formulare pareri sulla capacità professionale del giudicante.

Alcuni hanno prospettato una diversa soluzione che mi parrebbe teoricamente preferibile, ma che credo inattuabile: l'obbligo per il magistrato di alternare le funzioni giudicanti con quelle requirenti, in modo da favorire una completa omogeneità di atteggiamenti e di valori. Ma una proposta di questo genere, avanzata da ultimo da Ettore Manca in Quotidiano di Puglia 13 febbraio 2021, incontrerebbe in primis la opposizione dei PM che farebbero non a torto notare che costringere chi abbia manifestato elevate capacità inquirenti a trasferirsi in un ufficio civile (e viceversa) sarebbe uno spreco di comprovate professionalità.

Forse ha maggiori possibilità di essere accolta l'altra proposta ripresa da Mantovano, che porrebbe eliminare l'assurdo costituito dal fatto che organo giudicante delle responsabilità disciplinari dei magistrati è l'apposita sezione disciplinare del CSM *“i cui componenti togati sono*

finora stati eletti con criteri di appartenenza correntistica da quegli stessi magistrati potenzialmente destinatari dell'accertamento disciplinare”.

Si potrebbe, ad esempio, suggerisce Mantovano, estrarre i giudici disciplinari a sorte tra un elenco di personaggi qualificati (alti magistrati a riposo, rettori universitari...) oppure conservare la scelta attraverso elezioni ma con votazione separata rispetto ai componenti dell'”altro” CSM che conserverebbe le attuali funzioni amministrative (talvolta “alte” tal altra di minor rilievo).

In definitiva, mi pare si debba prender atto dell'importante ruolo culturale che oggi esercita il “Centro Livatino” costituendo una “voce fuori dal coro” del “pensiero unico” portato avanti, anche nel settore giuridico, da riviste di peso e rilevante spessore quali “Giustizia Insieme” e “Questione Giustizia”.

Andrea Venegoni

Recenti sviluppi legislativi e giurisprudenziali in materia di mandato di arresto europeo¹

Sommario: 1. Introduzione – 2. Novità recenti a livello dell’Unione Europea – 2.1. Interventi legislativi – 2.2. Pronunce della Corte di Giustizia – 3. Novità a livello nazionale – 3.1. Novità legislative – 3.2. La giurisprudenza della Corte di Cassazione – 4. Prospettive future: la nuova normativa di attuazione della delega della legge n. 117 del 2019

1. Introduzione

L'utilizzo del mandato di arresto europeo è ormai entrato nella pratica quasi quotidiana degli uffici giudiziari italiani, come attestato dalla numerosa giurisprudenza in materia, per cui ci si può esimere dal soffermarsi sugli aspetti generali dell'istituto previsto dalla decisione quadro 2002/534/GAI, recepita in Italia con la legge n. 69 del 2005.

Solo come base di partenza della presente analisi, e ricordato che il mandato di arresto europeo può essere emesso sia al fine di ottenere la consegna di una persona sulla base di un titolo emesso prima di una condanna definitiva (MAE “processuale”) sia ai fini dell'esecuzione di una pena o misura di sicurezza irrogate con sentenza definitiva (MAE “esecutivo”), può valere la pena riassumere i passi salienti della procedura relativa alla consegna, da parte dell'autorità giudiziaria italiana, di una persona sulla base del MAE, ricordando che la casistica nazionale sulla procedura “passiva” (cioè quella in cui è l’A.G. del nostro Paese che deve decidere sulla consegna richiesta da altro Stato Membro dell’UE) è di gran lunga prevalente su quella attinente alla procedura “attiva” (cioè quella in cui è l’A.G. italiana ad avere emesso il MAE).

A grandi linee, all'interno della procedura passiva occorre compiere una distinzione, a seconda che il MAE trasmesso indichi già il luogo in cui si ritiene trovarsi la persona ricercata, o meno. In questo secondo caso, infatti, il MAE non può essere trasmesso dall'autorità emittente direttamente alle autorità di un altro Stato UE, nella specie l'Italia, mancando questa informazione fondamentale, ma dovrà essere inserito nel c.d. SIS, Schengen Information System, il data-base in cui è segnalato per le polizie degli Stati dell'Unione.

¹Testo elaborato dall'intervento svolto nel V corso di formazione della Scuola Superiore dell'Avvocatura e dell'Unione Camere Penali Italiane per avvocati specializzandi in diritto penale, il 21 novembre 2020

Premesso che, come ricordato dalla Corte di Giustizia², è essenziale che il MAE sia preceduto da un provvedimento nazionale, che ne costituisce il presupposto, la procedura passiva ordinaria, secondo la legge italiana, si può riassumere nei seguenti termini:

- lo Stato estero invia il MAE con allegati;

- Il Presidente della Corte d'Appello riunisce il collegio per valutare l'applicazione della misura cautelare (art. 9 legge 69/2005), valutando essenzialmente il pericolo di fuga;

- entro cinque giorni dall'applicazione della misura si svolge l'interrogatorio da parte del Presidente della Corte d'Appello o suo delegato (art. 10);

- entro venti giorni dall'applicazione della misura si svolge l'udienza in camera di consiglio per decidere sulla consegna;

- alla richiesta si possono opporre motivi di rifiuto; al riguardo, i motivi di rifiuto previsti dalla decisione quadro si distinguono tra motivi obbligatori e facoltativi; in Italia solo nel 2019 la normativa interna ha recepito tale distinzione, perché la versione originaria dell'art. 18 della legge 69 del 2005 non la prevedeva, e solo a seguito della legge 117 del 2019 è stato introdotto l'art. 18-bis contenente i motivi facoltativi di rifiuto della consegna;

- si adotta, infine, la decisione sulla consegna, alla quale, peraltro, la persona potrebbe anche avere espresso il consenso;

- si prevede la ricorribilità in cassazione contro il provvedimento di consegna.

Quando la procedura passiva è determinata dall'esecuzione di un MAE inserito dall'autorità emittente nel SIS, per essere ignoto il luogo in cui si trova la persona ricercata, la procedura subisce la seguente lieve variante:

- la persona è direttamente arrestata dalla polizia in esecuzione del mandato inserito nel SIS (art. 11);

- entro 48 ore: è messa a disposizione del Presidente della Corte Appello;

- Il presidente Corte Appello interroga la persona e convalida l'arresto o meno (art. 13), con possibilità di adottare una misura cautelare;

- si svolge l'udienza in camera di consiglio per la decisione sulla consegna.

2. Novità recenti a livello dell'Unione Europea

² causa C-241/15 Bob-Dogi

Negli ultimi anni, nelle varie fasi di questa procedura, che comportano una serie di valutazioni, si sono innestate alcune novità, sia a livello dell'Unione Europea, sia a livello nazionale.

Queste sono consistite, tanto nel primo quanto nel secondo caso, sia in interventi normativi, sia in pronunce dei rispettivi organi giurisdizionali (Corte di Giustizia e Corte di Cassazione), che hanno chiarito, precisato, specificato alcuni aspetti di cui, oggi, occorre tenere conto.

A livello dell'Unione, per chiarezza espositiva si può distinguere tra novità intervenute a livello legislativo ed a livello giurisprudenziale.

2.1. Interventi legislativi

A livello legislativo, un intervento recente, anche se non più recentissimo, è rappresentato dalla decisione quadro n. 2009/299/GAI che ha inserito nella decisione quadro del 2002, dopo l'art. 4 sui motivi facoltativi di rifiuto, l'art. 4-bis, secondo cui l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può altresì rifiutare di eseguire il mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà se l'interessato non è comparso personalmente al processo terminato con la decisione, salvo che siano dimostrate una serie di condizioni che evidenziano che l'interessato ha avuto la possibilità concreta di difendersi ed era al corrente del procedimento a suo carico.

Si tratta di una norma che ha affrontato uno dei temi più spinosi in tema di esecuzione del MAE, cioè quello della consegna di persone condannate al termine di un processo *in absentia*.

Il principio espresso nell'intervento normativo si può, quindi, sintetizzando al massimo, riassumere nel concetto per cui, in linea di principio, se il titolo sul quale si fonda il MAE è frutto di un processo condotto *in absentia*, la consegna può essere rifiutata, a meno che non risulti che l'assenza dal processo è stata frutto di una scelta voluta e consapevole dell'imputato, e questi ha, comunque, avuto la possibilità di difesa tecnica.

Altri interventi legislativi a livello europeo intervenuti negli ultimi anni sono stati indiretti sulla disciplina del MAE, ma ugualmente rilevanti. Indiretti, perché non si sono tradotti in modifiche del testo della decisione quadro del 2002, ma hanno comunque integrato la stessa, nonché le normative nazionali di recepimento.

Si tratta, in particolare, delle nuove normative sui diritti difensivi; in particolare:

sul diritto all'interpretazione ed alla traduzione³

sul diritto all'informazione⁴

sul diritto di avvalersi di un difensore⁵

sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare ai processi penali⁶

sulle garanzie procedurali per i minori⁷

sull'amministrazione al patrocinio a spese dello Stato⁸.

2.2. pronunce della Corte di Giustizia

Molto importante è stato, poi, il ruolo della Corte di Giustizia nell'interpretazione della normativa, di solito in sede di rinvio pregiudiziale, attraverso il quale la Corte ha stabilito dei principi di grande rilevanza nel funzionamento del meccanismo di consegna basato sul MAE.

Come è stato notato di recente da autorevole dottrina⁹, se si vuole individuare una sorta di linea direttrice sulla quale la giurisprudenza della Corte si è mossa in questi ultimi anni, si potrebbero indicare in sostanza due grandi filoni: quello rispondente all'esigenza di assicurare il funzionamento del MAE, anche rispetto alle istanze di tutela di alcuni diritti, e quello che, invece, pone più l'accento sulla tutela dei diritti fondamentali. Entrambi devono, ovviamente, essere tenuti presenti dai soggetti interessati a livello nazionale nella procedura passiva.

Efficienza del MAE

Nel primo filone la stessa dottrina sopra citata inserisce, tra le altre, due decisioni assai rilevanti, il caso Radu¹⁰ ed il caso Melloni¹¹.

³Direttiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20.10.2010

⁴Direttiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22.5.2012

⁵Direttiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22.10.2013

⁶Direttiva UE2016/343 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9.3.2016

⁷Direttiva UE 2016/800 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11.5.2016

⁸Direttiva UE 2016/1919 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'26.10.2016

⁹ Manes-Caianello, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, pag. 74 e ss.

¹⁰ CGUE, causa C-396/11, Radu, sentenza del 29.1.2013

¹¹ CGUE, causa C-399/11, Melloni, sentenza del 26.2.2013

Nel primo la Corte ha chiarito che le autorità giudiziarie di esecuzione non possono rifiutare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esercizio di un'azione penale a motivo del fatto la persona ricercata non è stata sentita nello Stato membro emittente prima dell'emissione di tale mandato d'arresto.

Il caso Melloni coinvolge, invece, il rapporto tra la normativa europea ed i principi costituzionali di uno Stato, e rappresenta quindi una sentenza molto importante sul piano dei rapporti tra normativa sovranazionale e nazionale. Il caso riguardava la Spagna e l'Italia. Il ricercato, condannato in contumacia in Italia, veniva arrestato in Spagna. La Costituzione spagnola assicura determinati diritti al condannato in contumacia, e le autorità spagnole si ponevano, quindi, il problema se poter consegnare una persona ad un Paese, emittente il MAE, che avrebbe approntato strumenti meno efficaci di quelli che avrebbe avuto in Spagna per la tutela della propria posizione. La Corte di Giustizia ha chiarito che il valore dell'uniforme applicazione della normativa europea deve prevalere anche sulle norme costituzionali di uno Stato, pena il mantenimento dello situazione di frammentazione dei sistemi giuridici degli Stati europei, dove ogni Stato rappresenta un mondo a sé, e l'impossibilità di costituire un'autentica area comune di giustizia penale. In particolare, ha affermato la Corte, "permettere ad uno Stato membro di valersi dell'articolo 53 della Carta per subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione, non prevista dalla decisione quadro 2009/299, che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e dei diritti della difesa garantiti dalla Costituzione dello Stato membro di esecuzione, comporterebbe, rimettendo in discussione l'uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali definito da tale decisione quadro, una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare e, pertanto, un pregiudizio per l'effettività della suddetta decisione quadro".

Di recente, poi, la Corte si è pronunciata su una fattispecie particolare in materia di principio di specialità, affermando¹² che l'articolo 27, paragrafi 2 e 3, della decisione quadro 2002/584/GAI, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, dev'essere interpretato nel senso che la regola della specialità di cui al paragrafo 2 di tale articolo non osta a una misura restrittiva della libertà adottata nei confronti di una persona oggetto di un

¹²CGUE, causa C-195/20, XC, sentenza del 24.9.2020

primo mandato d'arresto europeo a causa di fatti diversi da quelli posti a fondamento della sua consegna in esecuzione di tale mandato e anteriori a tali fatti, qualora tale persona abbia lasciato volontariamente il territorio dello Stato membro di emissione del primo mandato e sia stata consegnata al medesimo, in esecuzione di un secondo mandato d'arresto europeo emesso successivamente a detta partenza ai fini dell'esecuzione di una pena privativa della libertà, a condizione che, in relazione al secondo mandato d'arresto europeo, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione di quest'ultimo abbia dato il proprio assenso all'estensione dell'azione penale ai fatti che hanno dato luogo alla suddetta misura restrittiva della libertà.

Tutela dei diritti

Ma le pronunce a favore di un rapido ed efficiente funzionamento del MAE, che si traducono evidentemente, in termini pratici, in provvedimenti favorevoli alle autorità inquirenti, non hanno impedito che la Corte rivolgesse la propria attenzione, all'interno della procedura del MAE, anche alla tutela dei diritti fondamentali.

Numerose sono divenute, specie negli ultimi anni, le decisioni in tal senso che hanno riguardato vari aspetti della procedura.

a) Concetto di Autorità emittente:

Una serie di pronunce si è soffermata in questi ultimi anni sul concetto di “autorità emittente”; si tratta di una questione che va al di là del semplice tecnicismo del procedimento, ma investe questioni di politica organizzativa dei sistemi giudiziari dei vari Stati Membri, e quindi estremamente rilevante.

Nella sentenza nelle cause riunite Poltorak, e Kovalkovas¹³, la Corte ha precisato che per “autorità emittente” del MAE non si intendono solo i giudici o organi giurisdizionali di uno Stato membro, ma, più in generale, le autorità chiamate a partecipare all'amministrazione della giustizia nell'ordinamento giuridico in questione.

In tale nozione non sono, quindi, ricompresi i servizi di polizia o gli organi del potere esecutivo di uno Stato membro, come un ministero, e gli atti emessi da queste autorità non possono essere considerati “decisioni giudiziarie”.

¹³ cause riunite C-452/16, Poltorak, e C-477/16, Kovalkovas

Nella decisione della causa C-453/16, Özçelik¹⁴, la Corte ha chiarito che la convalida da parte del pubblico ministero di un mandato d'arresto nazionale precedentemente emesso da un servizio di polizia, e su cui si fonda il MAE, costituisce una “decisione giudiziaria”.

Nella sentenza del 12 dicembre 2019, nelle cause riunite C-566/19 PPU e C-626/19¹⁵ PPU, il pubblico ministero francese è stato ritenuto legittimato ad emettere il MAE, in quanto autorità che partecipa all'amministrazione della giustizia, dotato di sufficiente indipendenza.

Non lo stesso è avvenuto, invece, per il pubblico ministero tedesco, nelle cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, OG e PI e del 30 aprile 2019, causa C-509/18, PF¹⁶, essendosi ritenuto che il suo “status” non dia garanzie di indipendenza per l'emissione del MAE.

Rilevante anche ai fini della questione dell'indipendenza dell'autorità emittente, e quindi della legittimità del MAE, è il tema del rispetto del “*rule of law*” nello Stato richiedente la consegna. Tale tema, peraltro, investe anche quello del rispetto dei diritti fondamentali, ed in particolare quello del giusto processo.

b) rifiuto per violazione dei diritti fondamentali:

Assai rilevante è, al riguardo, la decisione nel caso LM del 25.7.2018¹⁷, sotto il profilo del collegamento tra indipendenza dell'autorità giudiziaria emittente e “giusto processo”,

Essa attiene anche alla preoccupante evoluzione del sistema giudiziario in alcuni Paesi dell'UE, dove sono state attuate negli ultimi anni riforme che hanno inciso pesantemente sull'indipendenza della magistratura. Ciò comporta, come conseguenza, un riflesso sulla possibilità che in quegli Stati possano svolgersi “*fair trials*”, e la circostanza non è senza conseguenze sul MAE, atteso che il meccanismo di consegna da esso disegnato presuppone proprio il rispetto di determinati *standard* in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra i quali certamente assicurare un giusto processo alla persona consegnata.

Va detto che la prospettiva della mancanza di giusto processo nello Stato emittente, e più in generale del mancato rispetto dei diritti fondamentali, non è previsto come condizione di rifiuto di esecuzione del MAE nell'art. 3 e 4 della decisione quadro. Tuttavia, il rispetto dei diritti

¹⁴ causa C-453/16, Özçelik

¹⁵ cause riunite C-566/19 PPU e C-626/19

¹⁶ cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, OG e PI e del 30 aprile 2019, causa C-509/18, PF

¹⁷ caso LM C-216/18 del 25.7.2018

fondamentali è la premessa di tutte le altre disposizioni della stessa, come si ricava dal fatto che è consacrato all'art. 1 della decisione quadro, e quindi la possibilità di rifiuto della consegna per mancanza di tale requisito nello Stato emittente fa parte della stessa "ratio" alla base della decisione quadro.

In questo senso, nella suddetta decisione, la Corte ha chiarito che l'articolo 1, paragrafo 3, della decisione quadro 2002/584/GAI deve essere interpretato nel senso che, qualora l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, chiamata a decidere sulla consegna di una persona oggetto di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esercizio di un'azione penale, disponga di elementi, come quelli contenuti in una proposta motivata della Commissione europea, adottata a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, TUE, idonei a dimostrare l'esistenza di un rischio reale di violazione del diritto fondamentale a un equo processo garantito dall'articolo 47, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a causa di carenze sistemiche o generalizzate riguardanti l'indipendenza del potere giudiziario dello Stato membro emittente, detta autorità deve verificare in modo concreto e preciso se, alla luce della situazione personale di tale persona, nonché della natura del reato per cui è perseguita e delle circostanze di fatto poste alla base del mandato d'arresto europeo, e tenuto conto delle informazioni fornite dallo Stato membro emittente, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 2, della decisione quadro 2002/584, come modificata, vi siano motivi seri e comprovati di ritenere che, in caso di consegna a quest'ultimo Stato, detta persona corra un siffatto rischio.

Questo permette anche di dare risposte ad alcune domande sulla questione. La prima domanda, di carattere procedimentale, è su che basi le autorità dello Stato richiesto possono affermare che la consegna del ricercato allo Stato emittente lo esporrà al rischio reale di lesione dei diritti fondamentali, in particolare della mancanza di giusto processo per le riforme all'ordinamento giudiziario portate avanti in tale Stato.

Si tratta di una questione, quindi, di prova. In tal senso, la Corte chiarisce che le autorità dello Stato richiesto non devono fermarsi a notizie di carattere generale, desumibili anche da atti ufficiali quale la proposta motivata della Commissione Europea ai sensi dell'art. 7 TUE, ma, chieste anche specifiche informazioni allo Stato emittente, devono valutare la situazione alla luce delle circostanze concrete del caso singolo, riguardanti, quindi, anche la gestione dei processi contro responsabili dei reati analoghi a quello per il quale l'arrestato dovrebbe essere consegnato.

Molto rilevante è, poi, il tema del trattamento carcerario al quale la persona da consegnare dovrebbe essere sottoposta, sia in attesa del processo che per scontare la pena.

Sentenza fondamentale al riguardo è quella del 5 aprile 2016 nelle cause riunite C-404/15 e C-659/15 Aranyosi e Caldaru¹⁸

In essa, la Corte ha affermato che gli articoli 1, paragrafo 3, 5 e 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI devono essere interpretati nel senso che, in presenza di elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati comprovanti la presenza di carenze vuoi sistemiche o generalizzate, vuoi che colpiscono determinati gruppi di persone, vuoi ancora che colpiscono determinati centri di detenzione per quanto riguarda le condizioni di detenzione nello Stato membro emittente, l'autorità giudiziaria di esecuzione deve verificare, in modo concreto e preciso, se sussistono motivi seri e comprovati di ritenere che la persona colpita da un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esercizio dell'azione penale o dell'esecuzione di una pena privativa della libertà, a causa delle condizioni di detenzione in tale Stato membro, corra un rischio concreto di trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in caso di consegna al suddetto Stato membro. A tal fine, essa deve chiedere la trasmissione di informazioni complementari all'autorità giudiziaria emittente, la quale, dopo avere richiesto, ove necessario, l'assistenza dell'autorità centrale o di una delle autorità centrali dello Stato membro emittente ai sensi dell'articolo 7 della decisione quadro, deve trasmettere tali informazioni entro il termine fissato nella suddetta domanda. L'autorità giudiziaria di esecuzione deve rinviare la propria decisione sulla consegna dell'interessato fino all'ottenimento delle informazioni complementari che le consentano di escludere la sussistenza di siffatto rischio. Qualora la sussistenza di siffatto rischio non possa essere esclusa entro un termine ragionevole, tale autorità deve decidere se occorre porre fine alla procedura di consegna.

Tali principi sono stati confermati più di recente nella sentenza del caso Dorobantu, del 15 ottobre 2019¹⁹.

In essa, la Corte ha precisato che la valutazione sulle condizioni di detenzione non è limitata al controllo delle insufficienze manifeste, ma l'autorità giudiziaria dell'esecuzione **deve richiedere all'autorità giudiziaria emittente le informazioni che essa reputi necessarie e deve fidarsi, in linea di principio, delle assicurazioni fornite da quest'ultima autorità**, in mancanza di elementi

¹⁸ CGUE, cause riunite C-404/15 e C-659/15 Aranyosi e Caldaru, sentenza 5.4.2016

¹⁹ caso Dorobantu, causa C-128/18 del 15 ottobre 2019

precisi che permettano di considerare che le condizioni di detenzione violano l'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali.

Per quanto riguarda, in particolare, lo spazio personale disponibile per detenuto, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve, in assenza, allo stato attuale, di regole minime in materia nel diritto dell'Unione, tener conto dei requisiti minimi risultanti dall'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Se, per il calcolo di questo spazio disponibile, non si deve tener conto dello spazio occupato dalle infrastrutture sanitarie, tale calcolo deve però includere lo spazio occupato dal mobilio. I detenuti devono tuttavia conservare la possibilità di muoversi normalmente nella cella.

Peraltro, afferma ancora la Corte, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione **non può escludere l'esistenza di un rischio reale di trattamento inumano o degradante per il solo fatto che la persona interessata disponga, nello Stato membro emittente, di un mezzo di ricorso** che le permetta di contestare le condizioni della propria detenzione, o per il solo fatto che esistano, in tale Stato membro, misure legislative o strutturali destinate a rafforzare il controllo delle condizioni di detenzione.

La constatazione, da parte della suddetta autorità, dell'esistenza di seri e comprovati motivi per ritenere che, a seguito della sua consegna allo Stato membro emittente, la persona interessata correrà un rischio siffatto, in ragione delle condizioni di detenzione esistenti nell'istituto penitenziario nel quale è concretamente previsto che essa verrà reclusa, non può essere posta in bilanciamento, al fine di decidere su tale consegna, con considerazioni legate all'efficacia della cooperazione giudiziaria in materia penale nonché ai principi della fiducia e del riconoscimento reciproci.

Si tratta di decisioni molto importanti perché sono gli unici casi nei quali il principio del mutuo riconoscimento subisce un temperamento.

c) legge applicabile in caso di successione di norme nel tempo

Sempre in tema di garanzie della persona si può inserire la sentenza con cui la Corte si è occupata del problema della legge applicabile in caso di successione di leggi nel tempo, al fine di verificare se il reato per il quale è stato emesso un mandato d'arresto europeo sia punito dallo Stato membro emittente con una pena o una misura di sicurezza privative

della libertà di durata massima non inferiore a tre anni. In caso di modifica della normativa tra il momento di commissione del fatto e quello della emissione del MAE, la Corte ha ritenuto che occorra prendere in considerazione la prima, e non la versione in vigore al momento dell'emissione di tale mandato d'arresto²⁰.

3. Novità a livello nazionale

Come già ricordato, in Italia la decisione quadro del 2002 fu recepita con la legge n. 69 del 2005. Peraltro, la modalità di recepimento fece sorgere fin dall'inizio più di un dubbio sulla piena aderenza dello strumento nazionale a quello europeo, come confermato dalla stessa Commissione Europea nei rapporti sullo stato dell'esecuzione della normativa sul MAE negli Stati.

Vari aspetti della legge n. 69 apparvero, infatti, fin da subito non in linea con la normativa europea: motivi di rifiuto superiori a quelli della decisione quadro e molto dettagliati, nessuna distinzione tra motivi di rifiuto facoltativi ed obbligatori, temperamento del principio del superamento del requisito della doppia criminalità per i trentadue reati elencati nella decisione quadro, riscrittura della suddetta elencazione di trentadue reati, richiesta di documenti molto minuziosa.

In altri termini, la normativa nazionale del 2005 è sembrata richiamare ancora, per molti versi, più i tradizionali procedimenti rogatoriali che adattarsi alla nuova procedura del nuovo strumento di consegna all'interno della UE.

La questione delle modalità di recepimento della decisione quadro del 2002, comunque, è un problema comune a tutti gli Stati Membri, come rilevato dalla Commissione nei suoi rapporti periodici sul tema. Nell'ultimo rapporto del luglio 2020²¹ la Commissione ha osservato che, per quanto oggi la decisione quadro sia stata attuata in maniera soddisfacente in un numero significativo di Stati Membri, tuttavia esistono ancora problemi di conformità della normativa nazionale in alcuni di essi.

²⁰CGUE, causa C-717/18, X, sentenza del 3.3.2020

²¹ Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sull'attuazione della decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto europeo ed alle procedure di consegna tra Stati Membri, COM(2020)270 final, del 2.7.2020

L'Italia, con le novità a livello nazionale di cui si parlerà di seguito, dovrebbe ora avere provveduto, o stare per provvedere nel prossimo futuro, ad eliminare le criticità sul tema.

3.1. Novità legislative

Negli ultimi anni molte cose sono cambiate nel nostro Paese in questo campo.

È stato riscritto, innanzi tutto, il libro XI del codice di procedura penale, tramite il d. lgs. n. 149 del 2017²².

Lo stesso ha modificato l'art. 696 ed introdotto l'art. 696 bis c.p.p.

Il nuovo art. 696 c.p.p. sancisce la prevalenza, nei procedimenti con altri Paesi UE, del quadro normativo dell'Unione, affermando che:

Nei rapporti con gli Stati membri dell'Unione europea le estradizioni, le domande di assistenza giudiziaria internazionali, gli effetti delle sentenze penali straniere, l'esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane e gli altri rapporti con le autorità straniere, relativi all'amministrazione della giustizia in materia penale, sono disciplinati dalle norme del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché dagli atti normativi adottati in attuazione dei medesimi.

L'art 696 bis c.p.p. consacra, nei rapporti con altri Stati all'interno dell'UE, il principio del mutuo riconoscimento.

La legge di delegazione europea 2018²³ ha rappresentato, poi, una legge delega per modificare alcune parti della legge 69 del 2005 e, in una parte, ha direttamente modificato la medesima, in particolare introducendo l'art. 18-bis che contiene i motivi facoltativi di rifiuto di esecuzione del MAE. Essi sono, in sintesi:

- l'esistenza di procedimento penale in Italia per lo stesso fatto
- il fatto che il reato cui si riferisce il MAE possa considerarsi commesso anche in tutto o in parte in Italia
- il caso in cui il MAE riguarda una pena o misura di sicurezza privativa della libertà, ed il destinatario del MAE è un cittadino italiano o cittadino di altro Stato UE con residenza o dimora in Italia, sempre che la Corte d'Appello disponga che la pena o la misura siano eseguite in Italia.

²² d. lgs. n. 149 del 2017 in G.U., serie generale, n. 242 del 16.10.2017, entrato in vigore il 31.10.2017.

²³ Legge 4 ottobre 2019, n. 117, in GU, serie generale, n. 245 del 18.10.2019

Riguardo a quest'ultimo motivo, va segnalato che la Corte di Cassazione, con la pronuncia della sez. 6 n. 10371 del 2020²⁴, ha sollevato questione di legittimità costituzionale di tale norma, laddove essa non prevede che quest'ultimo motivo di rifiuto possa valere anche per il cittadino di Stato extra UE con dimora o residenza in Italia.

La delega della legge n. 117 del 2019 per la modifica della legge n. 69 del 2005 è in corso di attuazione proprio in questi giorni, con una bozza di decreto legislativo su cui si tornerà in chiusura per descrivere la situazione *de jure condendo*.

3.2. La giurisprudenza della Corte di Cassazione

La giurisprudenza della Corte di Cassazione è ormai notevolmente sviluppata in materia di mandato di arresto europeo e molti aspetti, anche dettagliati, dello stesso sono stati oggetto di pronunce.

Non è possibile, quindi, in questa sede un esame completo delle decisioni della Corte di Cassazione sul tema, ma può essere utile evidenziare gli aspetti più rilevanti della disciplina sui quali ultimamente la Corte ha avuto modo di esprimersi.

Essi hanno, in particolare, riguardato:

a) gli aspetti procedurali della disciplina.

Le decisioni si occupano di questioni che riguardano le varie fasi della procedura, specie “passiva”, quali la garanzia di autenticità del provvedimento cautelare, o di ogni altro atto proveniente dall'autorità estera²⁵; la motivazione del provvedimento cautelare in base al quale il mandato d'arresto europeo è stato emesso, cui è subordinato l'accoglimento della domanda di consegna^{26, 1}; l'omessa allegazione al mandato d'arresto europeo della relazione sui fatti addebitati alla persona di cui è richiesta la consegna²⁷; la mancanza della sentenza di condanna e la necessità della sua acquisizione o meno²⁸; la necessità o meno di un nuovo interrogatorio di garanzia ex art. 294 cod. proc. pen. dell'arrestato da parte del presidente della Corte di appello o di un magistrato da lui delegato, dopo che lo stesso è stato sentito per la convalida dell'arresto nella procedura conseguente

²⁴ Cass., sez. 6, n. 10371 del 2020

²⁵ Cass., sez. un., n. 4614 del 2007

²⁶ Cass., sez. un., n. 4614 del 2007

²⁷ Cass., sez. 6 n. 26214 del 2020

²⁸ Cass., sez. 6, n. 21774 del 2016

ad esecuzione di MAE inserito nel SIS²⁹; l'obbligatorietà dell'arresto ad opera della P.G. della persona ricercata attraverso il sistema SIS, previsto dall'art. 11 L. n. 69 del 2005, e i presupposti per la convalida³⁰; il fatto se, in caso di arresto eseguito ad iniziativa della polizia giudiziaria a carico della persona ricercata il cui nominativo sia stato inserito nel SIS, la presenza della persona in udienza condizioni o meno la possibilità di convalidare l'arresto stesso³¹; la validità del consenso alla consegna prestato dall'interessato in sede di convalida dell'arresto per esecuzione del mandato di arresto europeo, ritenuto legittimo quando compiuto a seguito di una contestazione effettuata sulla base dei soli dati emergenti dalla scheda del Sistema di ricerca Integrato Schengen (SIS)³²; le condizioni per valutare il requisito della doppia punibilità, quando richiesto³³; i documenti che l'autorità richiedente deve produrre a sostegno della domanda di consegna³⁴; l'impugnabilità o meno del decreto con cui il presidente della corte di appello, o il consigliere da lui delegato, dispone la sospensione dell'esecuzione della consegna allo Stato di emissione, ai sensi dell'art. 23, commi 2 e 3, legge 22 aprile 2005, n. 69³⁵; i termini a difesa³⁶; i presupposti e le valutazioni da compiere per il rinvio della consegna³⁷; il luogo di presentazione del ricorso per cassazione contro il provvedimento che decide sulla consegna³⁸.

b) le misure cautelari:

In tema di misure cautelari applicate dall'A.G. italiana nella procedura passiva, tra i vari temi affrontati dalla Corte vale la pena ricordare i requisiti per valutare il pericolo di fuga³⁹; questioni procedurali come il giudice competente ad emettere, in esito alla convalida dell'arresto eseguito

²⁹ Cass., sez. 6, n. 25708 del 2011

³⁰ Cass., sez. 6, n. 20550 del 2006

³¹ Cass., sez. 6, n. 24593 del 2020

³² Cass., sez. 2, n. 4864 del 2016

³³ Cass., sez. 6, n. 27483 del 2017

³⁴ Cass., sez. 6, n. 6758 del 2018

³⁵ Cass., sez. 6, n. 20849 del 2018

³⁶ Cass., sez. 6, n. 16868 del 2018

³⁷ Cass., sez. 6, n. 26877 del 2017

³⁸ Cass., sez. F, n. 23953 del 2020

³⁹ Cass., sez. 6, n. 20550 del 2006

dalla polizia giudiziaria nei casi in cui la procedura sia iniziata a seguito di esecuzione di un MAE inserito nel SIS, l'ordinanza applicativa della misura coercitiva⁴⁰; le conseguenze in tema di omessa informazione all'arrestato o fermato, dovuta - ai sensi dell'art. 9, comma 5-bis, l. 22 aprile 2005, n. 69, introdotto dall'art. 4, comma primo, lett. h), d. lgs. 15 settembre 2016, n. 184 - da parte della polizia giudiziaria incaricata dell'esecuzione dell'ordinanza applicativa della misura coercitiva emessa dalla corte di appello, della facoltà di nominare un difensore nello Stato richiedente⁴¹.

c) motivi di rifiuto

Il tema affrontato più frequentemente dalla giurisprudenza sul MAE è, molto probabilmente, quello dei motivi di rifiuto della consegna.

La giurisprudenza si è confrontata con le varie situazioni previste dalla normativa nazionale, nella procedura passiva, come motivi di rifiuto.

Tra le tante, si evidenziano in questa sede:

problematiche relative all'esecuzione di un MAE basato su una decisione pronunciata "*in absentia*"⁴², la nozione di "residenza",⁴³, la valutazione sul fatto che la persona consegnata non verrà sottoposta a trattamenti inumani e degradanti^{44 45 46 47}, anche nel caso specifico in cui dal paese richiedente venga garantito al detenuto uno spazio non inferiore a tre metri quadrati in regime chiuso, ovvero uno spazio inferiore in presenza di circostanze che consentano di beneficiare di maggiore libertà di movimento durante il giorno, rendendo possibile il libero accesso alla luce naturale ed all'aria, in modo da compensare l'insufficiente assegnazione di spazio⁴⁸; la valutazione sul motivo di rifiuto rappresentato dal "ne bis in idem"^{49 50 51}; la rilevanza della mancata previsione,

⁴⁰ Cass., sez. 6, n. 40614 del 2006

⁴¹ Cass., sez. 6, n. 17592 del 2017

⁴² Cass., sez. 6, n. 22249 del 2017

⁴³ Cass., sez. 6, n. 19389 del 2020

⁴⁴ Cass., sez. 6, n. 15924 del 2020

⁴⁵ Cass., sez. 6, n. 18352 del 2020

⁴⁶ Cass., sez. 6, n. 26383 del 2018

⁴⁷ Cass., sez. 6, n. 9391 del 2018

⁴⁸ Cass., sez. 6, n. 5472 del 2017

⁴⁹ Cass., sez. 6, n. 14719 del 2020

⁵⁰ Cass., sez. 6, n. 35290 del 2018

nella legislazione dello Stato emittente, di limiti massimi di carcerazione preventiva⁵²; il fatto che la consegna metterebbe in pericolo lo stato di salute dell'interessato, su cui va detto che le condizioni di salute non sono previste, sia dalla decisione quadro, sia dalla legge n. 69 del 2005, come possibile causa di rifiuto della consegna⁵³, e tuttavia, di recente, la Corte d'Appello di Milano ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli art. 18 e 18-bis legge 69 del 2005, proprio laddove gli stessi non prevedono quale motivo di rifiuto ragioni di salute che comportino, in caso di consegna, il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta⁵⁴; il fatto che il reato sia stato commesso in parte nel territorio dello Stato^{55 56 57 58}; il rifiuto della consegna se il mandato d'arresto europeo è stato emesso ai fini della esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale, qualora la persona ricercata sia cittadino italiano, sempre che la corte di appello disponga che tale pena o misura di sicurezza sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno^{59 60}, e la sua applicabilità o meno a cittadini di Stati non membri dell'Unione Europea⁶¹, eventualmente anche radicati stabilmente in Italia; la mancanza di un doppio grado di giudizio nel Paese richiedente⁶².

4. Prospettive future: la nuova normativa di attuazione della delega della legge 117 del 2019.

Come già ricordato in apertura, la legge n. 117 del 2019 ha anche operato, nell'art. 6, come legge delega “per il più compiuto adeguamento della normativa nazionale alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e

⁵¹Cass., sez. 6, n. 18872 del 2018

⁵² Cass., sez. 6, n. 2739 del 2020

⁵³ Cass., sez. 7489 del 2017

⁵⁴ C. App. Milano, ord. 17.9.2020

⁵⁵Cass., sez. 6, n. 4444 del 2018

⁵⁶Cass., sez. 6, n. 27992 del 2018

⁵⁷Cass., sez. 6, n. 15866 del 2018

⁵⁸Cass., sez. 6, n. 5548 del 2018

⁵⁹Cass., sez. 6, n. 7801 del 2018

⁶⁰Cass., sez. 6 n. 8439 del 2018

⁶¹Cass., sez. 6 n. 5225 del 2018

⁶²Cass., sez. 6, n. 931 del 2018

alle procedure di consegna tra Stati membri, apportando le opportune modifiche alla legge 22 aprile 2005, n. 69”.

Nell'esercizio della delega, è in corso l'iter di approvazione del decreto delegato. Il Ministero della Giustizia ha predisposto uno schema di decreto legislativo, attualmente all'esame del Parlamento⁶³.

Essendo tuttora in corso il percorso di approvazione, non è possibile allo stato avere certezza del testo definitivo, e quindi è opportuno rinviare un commento più specifico a quando la versione finale sarà disponibile.

Tuttavia, tra le caratteristiche dello schema di decreto appare opportuno segnalare:

-il possibile nuovo art. 1 comma 3-ter della legge 69 del 2005, secondo il quale l'Italia non darà esecuzione ai mandati di arresto europei emessi da uno Stato membro nei cui confronti il Consiglio dell'Unione europea abbia sospeso l'attuazione del meccanismo del mandato di arresto europeo per grave e persistente violazione dei principi sanciti all'articolo 6, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea ai sensi del punto (10) dei consideranda del preambolo della decisione quadro.

-Il possibile art. 2 secondo cui l'esecuzione del mandato di arresto europeo non può, in alcun caso, comportare una violazione dei principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato o dei diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione, dei diritti fondamentali e dei fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea o dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione EDU.

-La nuova disciplina dell'esecuzione del MAE emesso a seguito di processo *in absentia* (art. 6 legge 69 del 2005)

-L'eliminazione delle fattispecie di reato con cui la legge n. 69 del 2005 aveva riprodotto i trentadue reati menzionati nella decisione quadro, per i quali non opera il principio di doppia incriminazione, sostituite con un diretto riferimento al testo della decisione quadro (art. 8 legge 69 del 2005);

-modifiche ai termini della procedura passiva, e la specifica informazione alla persona interessata della irrevocabilità del consenso;

⁶³Consultabile in https://www.camera.it/leg18/1107?shadow_organo_parlamentare=2802&id_tipografico=02, Iia commissione Giustizia, atti del Governo sottoposti al parere della Commissione, atto n. 201

-la radicale riscrittura dell'art. 18 legge 69 del 2005, con la limitazione dei motivi obbligatori di rifiuto a quelli previsti dalla decisione quadro (estinzione del reato per amnistia, ne bis in idem, età minore di anni 14);

-la trasmissione con modalità telematica degli atti tra gli uffici giudiziari (art. 27-bis legge 69 del 2005).

Rilevanti novità si annunciano, quindi, nella normativa italiana in materia, e si rinvia per la loro analisi alla formazione del testo finale.

Allo stato, si può solo osservare come queste ulteriori, significative novità dimostrano ancora una volta, se ve ne fosse bisogno, la vivacità del tema ed il suo continuo evolversi, così come, in generale, la vivacità del diritto penale europeo, una materia dove norme e giurisprudenza si intrecciano e si completano come in poche altre, una materia moderna che non può non appassionare lo studioso del diritto penale.

Alessandro Centonze

Il processo in absentia e la tutela processuale dell'imputato assente nel processo di cognizione e nel processo di esecuzione*

SOMMARIO: 1. L'entrata in vigore della legge 28 aprile 2014, n. 67: i fondamenti costituzionali e convenzionali della disciplina del processo *in absentia*. – 2. Il processo *in absentia*, il superamento del processo contumaciale e le condizioni necessarie alla dichiarazione di assenza dell'imputato. – 3. Il processo *in absentia*: uno sguardo d'insieme alla giurisprudenza di legittimità consolidatasi a seguito dell'entrata in vigore della legge 28 aprile 2014, n. 67. – 4. Le conseguenze dell'inosservanza della disciplina del processo in absentia e i rimedi processuali riconosciuti all'imputato assente nel processo di cognizione. – 5. La disciplina transitoria introdotta dall'art. 15-bis della legge 11 agosto 2014, n. 118. – 6. La tutela dell'imputato dopo l'irrevocabilità della sentenza di condanna: il rimedio processuale previsto dall'art. 629-bis c.p.p.

1. L'entrata in vigore della legge 28 aprile 2014, n. 67: i fondamenti costituzionali e convenzionali della disciplina del processo in absentia.

Occorre premettere che, su un piano generale, la legge 28 aprile 2014, n. 67, recante «Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili», che ha introdotto il procedimento *in absentia*, è un tentativo di temperamento dei principi dell'ordinamento giuridico italiano in materia di contumacia con quelli di derivazione anglosassone, tendenti a garantire la presenza dell'imputato nel processo¹.

* Questo intervento riproduce, con alcune integrazioni funzionali a migliorare la comprensione del testo, la relazione svolta l'1 dicembre 2020, quale coordinatore del Gruppo di lavoro dedicato a “Il processo *in absentia* e la tutela dell'imputato”, costituito nell'ambito del Corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, con formazione da remoto, intitolato “Il punto sulle impugnazioni penali”, svoltosi dal 30 novembre 2020 al 2 dicembre 2020.

¹ Per un primo sguardo d'insieme sulle questioni ermeneutiche di maggiore rilievo, relative all'introduzione del procedimento *in absentia* nell'ordinamento giuridico italiano, si ritiene opportuno rinviare, senza alcuna pretesa di esaustività, agli interventi di R. CASIRAGHI, *La rescissione del giudicato: molte questioni interpretative sul tappeto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1, pp. 207 ss.; A. DIDI, *Novità in materia di impugnazioni e di restitutio in integrum*, in *AA.VV., Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. Vigoni, 2014, 1, pp. 215 ss.; D. POTETTI, *I casi tipici di giudizio in assenza dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 2015, 6, pp. 2484 ss.; P. TONINI - C. CONTI, *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza “consapevole”*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, pp. 514 ss.

La comunità giuridica internazionale, infatti, prima dell'entrata in vigore della legge 28 aprile 2014, n. 67, aveva frequentemente censurato l'Italia per le modalità di svolgimento del processo contumaciale, ritenendo inconcepibile che potesse celebrarsi un processo penale in assenza del suo protagonista fisiologico, che è naturalmente l'imputato².

Da questa esigenza, divenuta improcrastinabile, deriva la necessità che la garanzia riconosciuta all'imputato di essere presente nel processo penale non sia esclusivamente formale e che da essa non si facciano discendere *ex se* conseguenze negative a carico dell'imputato sul piano processuale. Tutto questo, naturalmente, fatte salve le ipotesi in cui il complesso di garanzie riconosciuto all'imputato non sfoci in un'ipotesi di "abuso del processo", così come ricostruita dalle Sezioni unite, secondo cui: «L'abuso del processo consiste in un vizio, per sviamento, della funzione, ovvero in una frode alla funzione, e si realizza allorché un diritto o una facoltà processuali sono esercitati per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale astrattamente li riconosce all'imputato, il quale non può in tale caso invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti»³.

La riforma legislativa introdotta con la legge 28 aprile 2014, n. 67, pertanto, ruota attorno alla necessità di garantire la conoscenza effettiva del processo penale o quantomeno del procedimento instaurato nei confronti dell'imputato, che, a sua volta, si correla con il dovere di tale soggetto – acquisita la notizia della pendenza che lo riguarda – di interessarsi agli sviluppi della vicenda giurisdizionale nella quale è personalmente coinvolto.

Questa, dunque, è la *ratio* che emerge chiaramente dalla nuova disciplina normativa, che trae il suo fondamento costituzionale dalla previsione dell'art. 111, comma terzo, Cost., a tenore del quale «la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà davanti al giudice, di

² Sul punto, si rinvia a P. TONINI - C. CONTI, *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, cit., pp. 514 ss.

³ Si veda Cass. pen., Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi, n. 155, in *Cass. C.E.D.*, n. 251496-01; su questa fondamentale pronuncia e sull'elaborazione della nozione di "abuso del processo" che ne è scaturita, si vedano ulteriormente i commenti dottrinari di F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012, 7-8, pp. 2410 ss.; M. DE BELLIS, *Giudice e abuso d'ufficio: la nuova strada dello sviamento di potere*, in *Riv. pen.*, 2012, 4, pp. 418 ss.; M.C. MARZO, *Le nullità tra vivacità difensiva e abuso del processo*, in *Giur. it.*, 2010, 10, pp. 2141 ss.

interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo». Tale disposizione, a sua volta, deve essere correlata con la previsione contenuta nel quarto comma della stessa disposizione, che prevede: «Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore».

Il riconoscimento dei diritti di difesa previsti dagli artt. 111, commi terzo e quarto, Cost. si correla ulteriormente alla previsione dell'art. 6, par. 3, CEDU, che, pur, non prevedendo espressamente il diritto dell'imputato, di essere presente al processo che lo riguarda, gli riconosce una serie di prerogative processuali irrinunciabili, tra cui quelle di «(a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza».

Queste disposizioni, infine, si pongono in sintonia con la previsione normativa dell'art. 14, comma 3, lett. d), del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo dalla Repubblica Italiana con la legge 25 ottobre 1977, n. 881, recante «Ratifica ed esecuzione del patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, nonché del patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, con protocollo facoltativo, adottati e aperti alla firma a New York rispettivamente il 16 e il 19 dicembre 1966». Da tale testo convenzionale, a ben vedere, traggono ulteriore alimento convenzionale le esigenze di tutela della posizione processuale dell'imputato assente, così come prefigurate dalla legge 28 aprile 2014, n. 67, che si inseriscono sullo stratificato tessuto normativo che si è descritto.

2. Il processo in absentia, il superamento del processo contumaciale e le condizioni necessarie alla dichiarazione di assenza dell'imputato.

Inquadro il contesto sistematico nel quale si inserisce il processo *in absentia*, occorre anzitutto evidenziare che l'effetto più evidente della riforma introdotta dalla legge 28 aprile 2014, n. 67 è rappresentato dal superamento della figura processuale della contumacia, che ha il suo fondamento normativo nella modifica dell'art. 419 c.p.p.

L'istituto della contumacia, invero, per il presupposto giuridico su cui era basato, costituito da una presunzione di conoscenza del processo penale da parte dell'imputato svincolata dalle emergenze procedimentali, a partire dal decennio precedente, era incorso nelle reiterate censure della Corte EDU, che aveva lo stigmatizzato per la violazione dell'art. 6 CEDU. Si riteneva, in particolare, che tale meccanismo presuntivo operasse in senso ingiustamente sfavorevole all'imputato, non consentendo di verificare, in concreto, se tale soggetto fosse o meno a conoscenza del procedimento penale instaurato nei suoi confronti⁴.

L'introduzione del processo *in absentia*, al contempo, non ha determinato alcuna modifica della disciplina delle notifiche degli atti processuali e delle condizioni prescritte per la dichiarazione di irreperibilità dell'indagato e dell'imputato, che rimangono disciplinate dagli artt. 157, 159 e 160 c.p.p., al contrario di quanto, talora, pur impropriamente, viene sostenuto, anche se, all'evidenza, i due ambiti applicativi normativi debbano ritenersi, tra loro, necessariamente connessi.

Con la legge 28 aprile 2014, n. 67, pertanto, il legislatore italiano ha mirato all'armonizzazione del sistema processuale con i principi affermati dalla Corte EDU in riferimento alla previsione dell'art. 6 CEDU, abrogando la contumacia e introducendo l'istituto dell'assenza dell'imputato, così come prefigurato dall'art. 420-bis, commi 1 e 2, c.p.p.

Appare, quindi, necessario muovere dalla disamina dell'art. 420-bis, comma 1, c.p.p., che stabilisce: «Se l'imputato, libero o detenuto, non è presente all'udienza e, anche se impedito, ha espressamente rinunciato ad assistervi, il giudice procede in sua assenza». Tale disposizione, a sua volta, deve essere integrata con quella contenuta nel secondo comma dello stesso art. 420-bis, a tenore del quale: «Salvo quanto previsto dall'art. 420-ter, il giudice procede altresì in assenza

⁴ Si vedano Corte EDU, Baratta contro Italia, 13 ottobre 2015, n. 28263/2009; Corte EDU, Kizilyaprak, contro Turchia, 4 marzo 2008, n. 9844/2002; Corte EDU, Pititto contro Italia, 12 luglio 2007, n. 19321/2003; Corte EDU, Kollcaku contro Italia, 8 febbraio 2007, n. 25701/2003; Corte EDU, Sejdovic contro Italia, 10 novembre 2004, n. 56581/2000.

dell'imputato che nel corso del procedimento abbia dichiarato o eletto domicilio ovvero sia stato arrestato, fermato o sottoposto a misura cautelare ovvero abbia nominato un difensore di fiducia, nonché nel caso in cui l'imputato assente abbia ricevuto personalmente la notificazione dell'avviso dell'udienza ovvero risulti comunque con certezza che lo stesso è a conoscenza del procedimento o si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo».

Infine, dopo che l'imputato è stato dichiarato assente dal giudice che procede nei suoi confronti, nel rispetto delle modalità rituali previste dall'art. 420-bis, commi 1 e 2, c.p.p., deve ritenersi legittimamente rappresentato in giudizio dal suo difensore, di fiducia o d'ufficio.

L'imputato, invece, è considerato presente, venendo rappresentato dal suo difensore, di fiducia o d'ufficio, laddove, dopo essere comparso in giudizio, si allontana ovvero, se presente a un'udienza, non compare a quelle successive, come previsto dall'art. 420-bis, comma 3, c.p.p.

Infine, laddove non vi è la prova della conoscenza del processo penale da parte dell'imputato, il giudice ne ordina la sospensione *ex art. 420-quater* c.p.p. e, successivamente, dispone nuove ricerche *ex art. 420-quinquies* c.p.p.

L'effetto principale di questa riforma normativa, attinente alla costituzione delle parti processuali, è stato quello di rendere superflua la norma che prevedeva la notifica dell'estratto contumaciale di cui all'art. 548, commi 2 e 3, c.p.p., che deve ritenersi abrogata a seguito dell'entrata in vigore della legge 28 aprile 2014, n. 67. Tale disposizione, infatti, traeva il suo fondamento sistematico dall'operatività del processo contumaciale e dalla correlata figura processuale dell'imputato contumace, che essendo stata superata dalla disciplina del processo *in absentia* non ha più ragione di esistere, occorrendo adesso la prova della conoscenza del processo da parte del soggetto accusato o comunque l'elevata probabilità che lo stesso abbia preso cognizione del procedimento, desumibile per *facta concludentia*⁵.

3. Il processo in absentia: uno sguardo d'insieme alla giurisprudenza di legittimità consolidatasi a seguito dell'entrata in vigore della legge 28 aprile 2014, n. 67.

In questa, rinnovata, cornice sistematica, il primo problema che si pone è quello di stabilire in presenza di quali fatti possa presumersi che l'imputato sia a conoscenza del processo come previsto dall'art. 420-bis, comma 2, c.p.p. e che, conseguentemente, possa procedersi in sua assenza.

⁵ Si veda D. POTETTI, *I casi tipici di giudizio in assenza dell'imputato*, cit., pp. 2484 ss.

Alla risoluzione di questo problema, indispensabile per l'inquadramento sistematico del processo *in absentia*, si può dare risposta attraverso una breve panoramica della giurisprudenza di questa Corte.

In questa cornice, occorre anzitutto verificare se prima dell'accertamento della regolare costituzione delle parti processuali, effettuata *ex art. 420-bis c.p.p.*, sia possibile ritenere che l'imputato, tenuto conto delle emergenze processuali cui si deve ancorare la declaratoria giurisdizionale di assenza, abbia avuto conoscenza del procedimento penale che lo riguarda, consentendo che si possa procedere pur non essendo presente in giudizio.

A tale quesito, occorre fornire risposta positiva, in linea con la previsione normativa dell'art. 420-bis, comma 2, c.p.p., richiamando il seguente principio di diritto: «In tema di processo di primo grado "in absentia", l'elezione di domicilio da parte dell'imputato solo se effettuata prima dell'accertamento della regolare costituzione delle parti consente di presumere la conoscenza del processo e di conseguenza di addebitare all'imputato l'onere di tenersi informato sul prosieguo»⁶.

Né potrebbe essere diversamente, atteso che, secondo il meccanismo processuale previsto dalla legge 28 aprile 2014, n. 67, recepito nell'art. 420-bis, comma 2, c.p.p., la dichiarazione e l'elezione di domicilio, che comportano la conoscenza della pendenza del procedimento penale da parte dell'imputato, devono necessariamente intervenire prima dell'accertamento della regolare costituzione delle parti, atteso che, solo laddove questi atti processuali intervengano prima di tale momento, potrà addebitarsi all'imputato l'inadempimento dell'onere di tenersi informato sulla vicenda processuale che lo riguarda e la mancata conoscenza degli atti successivi.

Viceversa queste conclusioni non possono trarsi per le ipotesi in cui l'elezione di domicilio o la dichiarazione di domicilio intervengano dopo la *vocatio in iudicium* dell'imputato, atteso che, in questo caso, non risulta provato che tale soggetto avesse conoscenza del processo in un momento anteriore al suo inizio e che sia stato posto in condizione di parteciparvi sin dal suo principio. Da tali atti processuali, del resto, non è nemmeno possibile evincere che l'imputato sia a conoscenza della pendenza del giudizio di primo grado, atteso che nel verbale di elezione e in quello di dichiarazione di domicilio nemmeno si afferma che l'imputato è sottoposto a processo, ma soltanto che si stanno svolgendo indagini preliminari nei suoi confronti.

⁶ Si veda Cass. pen., Sez. V, 17 gennaio 2020, Kabena, n. 11313, in Cass. C.E.D., n. 278924-01.

In questa cornice, occorre distinguere ulteriormente le ipotesi in cui l'elezione di domicilio riguardi un difensore di fiducia da quelle in cui l'elezione di domicilio riguardi un difensore d'ufficio, atteso che, in questo secondo caso, è necessario un maggiore rigore nella verifica della conoscenza del procedimento da parte dell'imputato, in linea con quanto, da ultimo, ribadito dalle Sezioni unite, secondo cui: «Ai fini della dichiarazione di assenza non può considerarsi presupposto idoneo la sola elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, da parte dell'indagato, dovendo il giudice, in ogni caso, verificare, anche in presenza di altri elementi, che vi sia stata l'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'indagato, tale da fargli ritenere con certezza che quest'ultimo abbia avuto conoscenza del procedimento ovvero si sia sottratto volontariamente alla stessa»⁷.

Tale pronuncia, a sua volta, si innesta su un filone ermeneutico inaugurato con l'arresto giurisprudenziale, sostanzialmente coevo alla decisione delle Sezioni unite richiamata, consacrato dal seguente principio di diritto: «In tema di processo celebrato in assenza dell'imputato, la conoscenza dell'esistenza del procedimento penale a carico dello stesso non può essere desunta dalla elezione di domicilio presso il difensore di ufficio effettuata, nell'immediatezza dell'accertamento del reato, in sede di redazione del verbale di identificazione d'iniziativa della polizia giudiziaria»⁸.

Non pongono, infine, problemi interpretativi di sorta le ipotesi residue, previste dall'art. 420-bis, comma 2, c.p.p., che riguardano i casi in cui l'imputato «sia stato arrestato, fermato o sottoposto a misura cautelare ovvero abbia nominato un difensore di fiducia, nonché nel caso in cui l'imputato assente abbia ricevuto personalmente la notificazione dell'avviso dell'udienza ovvero risulti comunque con certezza che lo stesso è a conoscenza del procedimento o si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo».

In stretta connessione a tale questione ermeneutica si pone il problema, che appare assolutamente speculare, relativo alla possibilità che, dopo l'accertamento della regolare

⁷ Si veda Cass. pen., Sez. un., 28 novembre 2019, Ismail, n. 23948, in *Cass. C.E.D.*, n. 279420-01; su questa fondamentale pronuncia e sull'elaborazione sistematica che ne è derivata si veda ulteriormente il commento dottrinario di F. LAZZERI, *La sentenza delle Sezioni unite sui rapporti tra dichiarazione di assenza ed elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio. Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in www.sistemapenale.it, 7 settembre 2020.

⁸ Si veda Cass. pen., Sez. II, 24 gennaio 2017, Seli, n. 9441, in *Cass. C.E.D.*, n. 269221-01.

costituzione delle parti, effettuata *ex art. 420-bis c.p.p.*, il diritto a essere presente nel processo penale possa costituire oggetto di un'eventuale rinuncia da parte dell'imputato.

A tale quesito occorre fornire risposta positiva, richiamando il seguente principio di diritto: «La formale rinuncia dell'imputato a presenziare al dibattimento può essere revocata soltanto con una manifestazione di volontà che, sia pure esplicitata attraverso un comportamento concludente, abbia l'obiettivo significato di neutralizzare il precedente consenso espresso alla celebrazione del processo "in absentia"»⁹.

Tali conclusioni, a loro volta, traggono il loro fondamento dalla giurisprudenza di legittimità, avallata dalle Sezioni unite¹⁰, secondo cui è necessario che l'imputato neutralizzi, con un comportamento concludente e inequivocabile, la sua rinuncia formale a presenziare al dibattimento, rendendo privo di effetti processuali il suo precedente consenso alla celebrazione del processo *in absentia*.

Ne deriva che soltanto laddove tale condizione processuale venga effettivamente realizzata e sia concretamente accertata dal giudice del dibattimento, la rinuncia dell'imputato a presenziare al processo potrà dirsi efficace, sull'assunto della sua consapevolezza e della sua volontarietà. Nell'arresto giurisprudenziale citato, in particolare, le Sezioni unite aveva affermato il seguente, sostanzialmente insperato, principio di diritto: «La comparizione dell'imputato all'udienza per rendere l'esame, successivamente alla sua formale rinuncia a presenziare al dibattimento, non costituisce manifestazione di volontà idonea a neutralizzare (in difetto di comportamenti univocamente concludenti) gli effetti derivanti dal suo precedente consenso alla celebrazione del processo "in absentia"»¹¹.

4. Le conseguenze dell'inosservanza della disciplina del processo in absentia e i rimedi processuali riconosciuti all'imputato assente nel processo di cognizione.

⁹ Si veda Cass. pen., Sez. V, 20 giugno 2014, Martinelli, n. 46481, in *Cass. C.E.D.*, n. 261526-01.

¹⁰ Si veda Cass. pen., Sez. un., 17 ottobre 2006, Michaeler, n. 10251, in *Cass. C.E.D.*, n. 235698-01; su questa fondamentale pronuncia e sull'elaborazione sistematica che ne è derivata si veda ulteriormente il commento dottrinario di F. NUZZO, *I limiti oggettivi dell'appello incidentale*, in *Cass. pen.*, 2007, 6, pp. 1125 ss.

¹¹ Si veda Cass. pen., Sez. un., 17 ottobre 2006, Michaeler, n. 10251, cit.

Dopo avere inquadrato il contesto sistematico nel quale si inserisce il processo *in absentia*, occorre affrontare un ulteriore problema, rappresentato dalle conseguenze processuali dell'inosservanza della sequenza procedimentale prefigurata dall'art. 420-bis c.p.p.

Deve, innanzitutto, rilevarsi che l'inosservanza della sequenza procedimentale disciplinata dall'art. 420-bis c.p.p. comporta la nullità assoluta, rilevabile in ogni stato e grado, della sentenza pronunciata in violazione delle norme sul processo *in absentia*, come da ultimo affermato da questa Corte, secondo cui: «La celebrazione del processo, non ricorrendo le condizioni di cui all'art. 420-bis, commi 1 e 2, c.p.p. e senza che il giudice abbia disposto la sospensione ai sensi dell'art. 420-quater c.p.p., determina, in virtù dell'art. 604, comma 5-bis, c.p.p., la nullità della sentenza equiparabile, quanto al regime di rilevabilità, ad una nullità assoluta, con conseguente obbligo da parte del giudice di appello di restituzione degli atti al giudice di primo grado»¹².

Tale arresto ermeneutico rimanda alla disposizione normativa dell'art. 604, comma 5-bis, c.p.p., che, a sua volta, richiama espressamente gli artt. 420-ter e 420-quater c.p.p., prevedendo: «Nei casi in cui si sia proceduto in assenza dell'imputato, se vi è la prova che si sarebbe dovuto provvedere ai sensi dell'articolo 420-ter o dell'articolo 420-quater, il giudice di appello dichiara la nullità della sentenza e dispone il rinvio degli atti al giudice di primo grado. Il giudice di appello annulla altresì la sentenza e dispone la restituzione degli atti al giudice di primo grado qualora l'imputato provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo di primo grado. Si applica l'articolo 489, comma 2».

La disposizione dell'art. 604, comma 5-bis, c.p.p., dunque, prefigura due ipotesi distinte di nullità assoluta e insanabile, prevedendo, per entrambi i casi, che il giudice di appello deve disporre l'annullamento della sentenza pronunciata in violazione della disciplina del processo *in absentia* e restituire gli atti processuali al giudice di primo grado, facendo conseguentemente retroagire il procedimento. Si applica, inoltre, secondo quanto espressamente previsto dalla seconda parte dell'art. 604, comma 5-bis, c.p.p., l'art. 489, comma 2, c.p.p., per cui, se l'imputato prova che l'assenza nel corso dell'udienza preliminare è riconducibile alle situazioni previste dall'art. 420-bis, comma 4, c.p.p., viene rimesso nel termine per formulare le richieste di cui agli artt. 438 e 444 c.p.p.

¹² Si veda Cass. pen., Sez. V, 1 luglio 2019 Della Torre, n. 37185, *Cass. C.E.D.*, n. 277339-01.

Tali conclusioni, secondo la Corte di cassazione, discenderebbero, oltre che dalla *ratio* che sorregge la legge 28 aprile 2014, n. 67, dai principi affermati dalla Corte costituzionale nella sentenza 9 dicembre 2009, n. 317, con cui veniva dichiarata l'illegittimità dell'art. 175, comma 2, c.p.p., nella parte «in cui non consentiva la restituzione nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale all'imputato, che non avesse avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, quando analoga impugnazione fosse stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato»¹³.

La Corte costituzionale, infatti, basandosi sui principi elaborati dalla Corte EDU, con particolare riferimento alla disposizione dell'art. 6 CEDU, nella citata pronuncia, affermava che: «a) l'imputato ha il diritto di esser presente al processo svolto a suo carico; b) lo stesso può rinunciare volontariamente all'esercizio di tale diritto; c) l'imputato deve essere consapevole dell'esistenza di un processo nei suoi confronti; d) devono esistere strumenti preventivi o ripristinatori, per evitare processi a carico di contumaci inconsapevoli o per assicurare in un nuovo giudizio, anche mediante la produzione di nuove prove, il diritto di difesa che non è stato possibile esercitare personalmente nel processo contumaciale già concluso»¹⁴.

Non potrebbe, del resto, ipotizzarsi una soluzione ermeneutica differente, atteso che ritenere che l'emissione dell'ordinanza che dispone procedersi in assenza dell'imputato, nell'ipotesi in cui il processo debba essere sospeso ai sensi dell'art. 420-*quater*, comma 2, c.p.p., integra una nullità generale a regime intermedio destinata a rimanere sanata laddove non eccepita dal difensore di ufficio – come nel caso in cui l'imputato non è comparso e la nomina di un difensore d'ufficio rientra tra le ipotesi previste dall'art. 420-*bis* c.p.p. –, immediatamente dopo l'emissione dell'ordinanza che dispone procedersi in assenza dell'imputato, significa consentire la celebrazione del processo penale in mancanza del “protagonista fisiologico” del procedimento, pur in difetto di una consapevole e volontaria rinuncia di quest'ultimo, con la conseguente lesione del diritto dell'accusato a un processo equo, consacrato dall'art. 111, commi terzo e quarto, Cost. e dall'art. 6, par. 3, CEDU, cui ci si è già riferiti¹⁵.

La mancata tempestiva proposizione dell'eccezione di nullità da parte del difensore di ufficio non può certo ritenersi espressione della volontà dell'imputato, sia perché il difensore d'ufficio, in

¹³ Si veda Cass. pen., Sez. V, 1 luglio 2019 Della Torre, n. 37185, cit.

¹⁴ Si veda Corte cost., 9 settembre 2009, n. 317.

¹⁵ Vedi *supra*, paragrafo 1.

quanto tale, non trae i suoi poteri da una procura conferitagli dall'accusato, con il quale potrebbe non avere instaurato alcun rapporto professionale, sia perché l'illegittimità dell'ordinanza che dispone procedersi in assenza dell'imputato impedisce che quest'ultimo possa ritenersi rappresentato dal suo difensore, ai sensi dell'art. 420-bis, comma 3, c.p.p.

Un'interpretazione che sia rispettosa dei principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU in materia di giusto processo, pertanto, impone di equiparare la nullità della sentenza di primo grado, conseguente al mancato rispetto delle regole che governano il processo *in absentia* – che prescrivono la sospensione del processo penale, laddove non ricorrano le condizioni per l'adozione dell'ordinanza che dispone procedersi in assenza dell'imputato – alla seconda ipotesi prevista dall'art. 604, comma 5-bis, c.p.p., che ricorre nei casi in cui l'accusato dimostri che la sua assenza è dovuta a un'incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo di primo grado¹⁶.

5. La disciplina transitoria introdotta dall'art. 15-bis della legge 11 agosto 2014, n. 118.

In questa cornice, si ritiene opportuno richiamare un ulteriore profilo interpretativo, riguardante la disciplina transitoria introdotta dall'art. 15-bis della legge 11 agosto 2014, n. 118, con cui veniva integrata la legge 28 aprile 2014, n. 67. La risoluzione di tale questione impone di verificare, caso per caso, se deve essere applicata la disciplina generale prevista dalla legge 28 aprile 2014, n. 67 ovvero la disciplina transitoria introdotta dalla legge 11 agosto 2014, n. 118, da cui discende l'applicazione delle regole sul processo *in absentia* ovvero di quelle sul processo contumaciale.

Si consideri, in proposito, che l'art. 15-bis della legge 11 agosto 2014, n. 118, nel suo primo comma, stabilisce: «Le disposizioni di cui al presente capo si applicano ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, a condizione che nei medesimi procedimenti non sia stato pronunciato il dispositivo della sentenza di primo grado». Tale disposizione, a sua volta, deve essere integrata dalla previsione contenuta nel secondo comma, secondo cui: «In deroga a quanto previsto dal comma 1, le disposizioni vigenti prima della data di entrata in vigore della presente legge continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della presente legge quando l'imputato è stato dichiarato contumace e non è stato emesso il decreto di irreperibilità».

¹⁶ Si veda Cass. pen., Sez. V, 1 luglio 2019 Della Torre, n. 37185, cit.

La verifica giurisdizionale prescritta l'art. 15-bis della legge 11 agosto 2014, n. 118 deve essere compiuta alla luce della giurisprudenza di questa Corte, secondo cui: «In tema di sospensione del processo per assenza dell'imputato, le disposizioni introdotte dalla legge 28 aprile 2014, n. 67, non si applicano – ai sensi della normativa transitoria di cui all'art. 15-bis della stessa legge, introdotta dalla legge 11 agosto 2014, n. 118 – ai processi in corso nei quali, alla data di entrata in vigore della legge n. 67, è stata emessa la sentenza di primo grado, né a quelli ancora pendenti in primo grado in cui, nei confronti dell'imputato dichiarato contumace, non è stato emesso il decreto di irreperibilità»¹⁷.

Secondo quanto affermato nella stessa pronuncia di legittimità, queste conclusioni si impongono alla luce dei preparatori della legge 11 agosto 2014, n. 118, da cui si evince «da un lato, che la nuova ed organica disciplina, che ha interamente sostituito il precedente rito contumaciale, è volta a tutelare da possibili pregiudizi l'imputato non presentatosi al processo in conseguenza di situazioni d'irreperibilità, dalla quale fosse conseguita la mancata conoscenza di esso, e non già quello consapevolmente assente; e, dall'altro, che anche l'esigenza appena menzionata è stata considerata recessiva, a fronte del rischio che si determinassero incertezze applicative, connesse al regime delle impugnazioni avverso le sentenze emesse in passato nel corso di processi (di primo grado) celebrati e conclusi in regime di contumacia»¹⁸.

Occorre, infine, precisare che l'art. 15-bis della legge 11 agosto 2014, n. 118 ha superato il vaglio di legittimità costituzionale, conseguente alla sentenza della Corte costituzionale 24 aprile 2019, n. 102, con cui venivano respinte le censure di costituzionalità proposte con riferimento agli artt. 24, 97 e 111 Cost.¹⁹

6. La tutela dell'imputato dopo l'irrevocabilità della sentenza di condanna: il rimedio processuale previsto dall'art. 629-bis c.p.p.

¹⁷ Si veda Cass. pen., Sez. I, 21 dicembre 2017, Frezza, n. 8654, in *Cass. C.E.D.*, n. 272411-01; si vedano, in senso sostanzialmente conforme, anche Cass. pen., Sez. I, 9 gennaio 2017, Hussein, n. 20810, in *Cass. C.E.D.*, n. 270614; Cass. pen., Sez. VI, 3 giugno 2015, Werasategui, n. 27549, in *Cass. C.E.D.*, n. 264052-01.

¹⁸ Si veda Cass. pen., Sez. I, 21 dicembre 2017, Frezza, n. 8654, cit.

¹⁹ Si veda Corte cost., 24 aprile 2019, n. 102.

Un'ultima questione riguarda la tutela dell'imputato dopo l'irrevocabilità della sentenza di condanna emessa nei suoi confronti, per garantire la quale è necessario attivare gli strumenti propri del processo di esecuzione.

La questione ermeneutica che, in questo caso, si pone riguarda l'individuazione delle condizioni necessarie per ritenere effettivamente conosciuto dall'imputato il procedimento conclusosi con la sentenza della cui esecutività si controverte, che, a sua volta, postula la verifica delle condizioni richieste per l'attivazione dell'istituto della rescissione del giudicato, così come disciplinato dall'art. 629-*bis* c.p.p.

Dispone, in particolare, l'art. 629-*bis*, comma 1, c.p.p.: «Il condannato o il sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato, nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, può ottenere la rescissione del giudicato qualora provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo».

Tale disposizione, a sua volta, deve essere integrata con la previsione del secondo comma dello stesso art. 629-*bis* c.p.p., a tenore del quale: «La richiesta è presentata alla corte di appello nel cui distretto ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento, a pena di inammissibilità, personalmente dall'interessato o da un difensore munito di procura speciale autenticata nelle forme previste dall'articolo 583, comma 3, entro trenta giorni dal momento dell'avvenuta conoscenza del procedimento».

La disciplina dell'istituto rescissorio, infine, si integra con gli ultimi due commi dell'art. 629-*bis* c.p.p. Dispone, in particolare, il terzo comma della norma in esame: «La corte di appello provvede ai sensi dell'articolo 127 e, se accoglie la richiesta, revoca la sentenza e dispone la trasmissione degli atti al giudice di primo grado. Si applica l'articolo 489, comma 2»; l'art. 629-*bis* c.p.p., infine, si chiude con la previsione contenuta nel suo quarto comma, che stabilisce: «Si applicano gli articoli 635 e 640».

Tale disciplina, naturalmente, deve essere correlata alle regole che presiedono al funzionamento del processo *in absentia*, così come prefigurato dagli artt. 420-*bis*, 420-*ter* e 420-*quater* c.p.p., con la conseguenza che l'attivazione di questo strumento postula la verifica preliminare della posizione processuale dell'imputato, che deve essere effettuata alla luce del rapporto con il difensore che lo assiste in giudizio e tenuto conto delle emergenze procedurali del caso concreto.

Né potrebbe essere diversamente, dovendosi, in proposito, richiamare la giurisprudenza delle Sezioni unite, secondo cui per la dichiarazione di assenza non può essere considerato, di per sé solo, presupposto idoneo l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, dovendosi individuare quale momento tendenziale al quale ancorare la presunzione di conoscenza del processo quello della *vocatio in iudicium* dell'imputato e non potendo, al contempo, il giudice prescindere dalla verifica della presenza di altri elementi, da cui desumere che vi sia stata l'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'indagato, tale da fargli ritenere con certezza la sua conoscenza del procedimento o la sottrazione volontaria dallo stesso²⁰.

Si muove, del resto, nella stessa direzione ermeneutica, che postula una verifica concreta del comportamento processuale assunto dall'imputato nel procedimento penale di volta in volta considerato, l'arresto giurisprudenziale secondo cui: «In tema di rescissione del giudicato, l'effettiva conoscenza del procedimento deve essere riferita all'accusa contenuta in un provvedimento formale di “*vocatio in iudicium*”, sicché non può desumersi dalla mera dichiarazione o elezione di domicilio operata nella fase delle indagini preliminari, quando ad essa non sia seguita la notifica dell'atto introduttivo del giudizio in detto luogo, ancorché a mano di soggetto diverso dal destinatario, ma comunque legittimato a ricevere l'atto»²¹.

Nella stessa direzione, infine, occorre richiamare l'arresto delle Sezioni unite, intervenuto in tema di attivazione del rimedio processuale di cui all'art. 175, comma 2, c.p.p., nel testo previgente alle modifiche apportate dalla legge 28 aprile 2014, n. 67, secondo cui: «Ai fini della restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale ex art. 175, comma 2, c.p.p., nella formulazione antecedente alla modifica operata con legge n. 67 del 28 aprile 2014, l'effettiva conoscenza del procedimento deve essere riferita all'accusa contenuta in un provvedimento formale di “*vocatio in iudicium*” sicché tale non può ritenersi la conoscenza dell'accusa contenuta nell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, fermo restando che l'imputato non deve avere rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione oppure non deve essersi deliberatamente sottratto a tale conoscenza»²².

²⁰ Si veda Cass. pen., Sez. un., 28 novembre 2019, Ismail, n. 23948, cit.

²¹ Si veda Cass. pen., Sez. VI, 18 giugno 2020, Cappelli, n. 21997, in Cass. C.E.D., n. 279680-01.

²² Si veda Cass. pen., Sez. un., 28 febbraio 2019, Innaro, n. 28912, in Cass. C.E.D., n. 275716-01; su questa fondamentale pronuncia e sull'elaborazione ermeneutica che ne è derivata, si veda ulteriormente il commento dottrinario di S. CIAMPI, *Condizioni legittimanti la celebrazione del processo in absentia: i dubbi sul ruolo da ascrivere*

Sergio Beltrani

Prima lettura delle “ulteriori misure urgenti” per la giustizia penale disposte con d.l. n. 137 del 2020

SOMMARIO: 1. Efficacia nel tempo e rapporti con le disposizioni emergenziali preesistenti. - 2. Le disposizioni riguardanti le indagini preliminari. - 3. Le disposizioni riguardanti la celebrazione delle udienze (camerali o dibattimentali). - 4. Segue. La partecipazione alle udienze (camerali o dibattimentali) nei giudizi di merito. - 5. Segue. La partecipazione alle udienze (camerali o dibattimentali) in Cassazione. - 6. Le deliberazioni collegiali. - 7. Le altre disposizioni di rilievo penale: deposito di atti, documenti e istanze e disposizioni in tema di esecuzione della pena.

Per fronteggiare la “nuova” (ma lo è davvero ?) emergenza COVID-19 nel settore giustizia, gli artt. 23 e ss. d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 dettano una serie di “ulteriori” disposizioni; quelle di rilievo penale sono concentrate essenzialmente nell’art. 23 (la cui rubrica, nel testo pubblicato in Gazzetta Ufficiale, esordisce menzionando, come causa giustificativa delle emanande disposizioni, l’emergenza epidemiologica da “COVID-19”: all’interprete non resta che auspicare che la dea Ate, che “*cammina leggera sul capo dei mortali e degli stessi dei, inducendoli in errore*”, mentre venivano scritte le singole disposizioni sia andata a passeggio altrove ...). Iniziamo a leggerle insieme.

1. Efficacia nel tempo e rapporti con le disposizioni emergenziali preesistenti.

Il **comma 1** dell’art. 23 attribuisce alle emanande disposizioni, contenute nei commi da 2 a 9, **efficacia temporale limitata**, a partire **dal 29 ottobre 2020** (data di entrata in vigore del d.l., coincidente con il giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale, secondo quanto stabilito dall’art. 35 dello stesso d.l.) fino alla scadenza del termine di cui all’art. 1 d.l. n. 19 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 35 del 2020: trattasi della data di (auspicata) cessazione dello stato di emergenza dichiarato con delibera del Consiglio dei Ministri del 31

all'avviso di conclusione delle indagini preliminari, in *Cass. pen.*, 2019, 12, pp. 1125 ss.; N. ROMBI, *Le Sezioni Unite sulla restituzione nel termine del contumace*, in *Giur. it.*, 2019, 10, pp. 1125 ss.

gennaio 2020, inizialmente fissata al 31 luglio 2020, ma successivamente prorogata dall'art. 1, comma 1, lett. a), d.l. n. 248 del 2020, al **31 gennaio 2021**.

Continuano a trovare applicazione, ove non espressamente derogate dalle disposizioni contenute nell'art. 23, le disposizioni di cui all'art. 221 d.l. n. 34 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 77 del 2020 (ovvero le modifiche all'art. 83 d.l. n. 18 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27 del 2020, e le ulteriori disposizioni in materia di processo civile e penale, cui si rinvia), alle quali va, quindi, riconosciuto carattere generale: queste ultime sono, quindi, vigenti:

- dal 29 ottobre 2020 al 31 gennaio 2021, se ed in quanto non derogate dalle disposizioni dettate dall'art. 23 d.l. n. 137 del 2020 (o comunque con esse non incompatibili);
- pienamente, a partire dal 1° febbraio 2021.

2. Le disposizioni riguardanti le indagini preliminari.

Il **comma 2** dell'art. 23 consente il compimento di atti d'indagine preliminare da remoto.

Il P.M. e la P.G. **“possono”** (non **“devono”**: residua, pertanto, la possibilità, discrezionalmente valutabile caso per caso, di procedere in compresenza) avvalersi di collegamenti da remoto²³ per compiere atti *“che richiedono la partecipazione della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa, del difensore, di consulenti, di esperti o di altre persone”*: la previsione abbraccia, nella sua ampiezza, ogni attività che coinvolga delle persone.

E', peraltro, attribuita al **difensore** della persona sottoposta alle indagini, in tutti i casi in cui sia richiesta la sua presenza, la **facoltà di opporsi all'espletamento dell'atto da remoto**, il cui esercizio deve ritenersi, in difetto di precisazioni, rimesso alla sua discrezionalità, costituendo, quindi, diritto potestativo della difesa.

La disposizione indica le formalità da rispettare nel caso in cui l'atto sia assunto da remoto²⁴, prevedendo, in particolare, che:

²³ Individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia.

²⁴ Le persone chiamate a partecipare all'atto sono tempestivamente invitate a presentarsi presso l'ufficio di polizia giudiziaria più vicino al luogo di residenza, che abbia in dotazione strumenti idonei ad assicurare il collegamento da remoto; presso tale ufficio, le persone partecipano al compimento dell'atto in presenza di un ufficiale o agente di polizia giudiziaria, che procede alla loro identificazione. Il p.u. che redige il verbale dà atto

- il **compimento dell'atto** avviene con modalità idonee a salvaguardarne, ove necessario, la segretezza e ad assicurare la possibilità per la persona sottoposta alle indagini di consultarsi riservatamente con il proprio difensore: appare, pertanto, evidente che **non sarà possibile intercettarne, o documentarne altrimenti, gli eventuali colloqui**;

- il **difensore** partecipa da remoto mediante collegamento dal proprio studio, salvo che decida di essere presente nel luogo ove si trova il suo assistito: la disposizione, che, per come formulata, sembrerebbe escludere l'opzione per la **partecipazione da remoto da altro sito**, appare di dubbia ragionevolezza (non è, infatti, agevole comprendere perché al difensore debba essere preclusa la possibilità di partecipare all'espletamento dell'atto a distanza da siti ulteriori: si pensi, ad es., al difensore, impegnato, nel giorno dell'espletamento dell'atto, fuori sede, in una udienza che preveda la sua partecipazione, il quale non può essere presente in studio o nel luogo in cui si trova il suo assistito, ma potrebbe cionondimeno agevolmente collegarsi da remoto), ma, in difetto di sanzioni processuali, **potrà essere interpretata con un minimo di buon senso**.

La partecipazione delle **persone detenute**, internate o in stato di custodia cautelare (anche agli AA.DD.) avviene sempre in videoconferenza, e comunque da remoto, nei modi indicati, in generale, dal comma 4.

Con le medesime modalità il giudice **“può” (non “deve”**: anche in questo caso residua la possibilità, discrezionalmente valutabile caso per caso, di procedere in compresenza) procedere all'**interrogatorio di garanzia** (art. 294 c.p.p.): la disposizione, espressamente dettata per le sole indagini preliminari, sembra poter trovare applicazione, quanto meno per analogia, in ogni altro caso nel quale sia necessario assumere l'interrogatorio di garanzia prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, situazione nella quale, peraltro, per i soggetti sottoposti a misura coercitiva detentiva, soccorre il comma 4, di generale applicazione.

Balza immediatamente all'attenzione dell'interprete una **lacuna**, non è dato sapere quanto voluta: nulla è stato, infatti, previsto per le **indagini difensive** (artt. 391-*bis* ss. c.p.p.), per le quali la possibilità di assumere l'atto d'indagine da remoto deve, quindi, ritenersi esclusa.

3. Le disposizioni riguardanti la celebrazione delle udienze (camerali o dibattimentali).

nello stesso delle modalità di collegamento da remoto utilizzate, delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e di tutte le ulteriori operazioni, nonché dell'impossibilità dei soggetti non presenti fisicamente di sottoscrivere il verbale, ai sensi dell'art. 137, comma 2, c.p.p.

Il **comma 3** dell'art. 23 stabilisce che le udienze “*alle quali è ammessa la presenza del pubblico*”, ovvero le udienze dibattimentali, “**possono**” (non “**devono**”) essere celebrate **a porte chiuse** (ex art. 472, comma 3, c.p.p.) anche fuori dai casi previsti dal codice di rito: sarà, quindi, il giudice a stabilire discrezionalmente se l'emergenza COVID-19 renda opportuno, oppure no, procedere a porte chiuse. La disposizione, che ripropone quella di cui all'art. 83, comma 7, d.l. n. 18 del 2020, si applica anche alle udienze “pubbliche”, destinate a svolgersi ex art. 614 c.p.p., della Corte di cassazione.

Il **comma 4** dell'art. 23 stabilisce che la partecipazione a qualsiasi udienza (dibattimentale o camerale) delle **persone detenute**, internate, in stato di custodia cautelare, fermate o arrestate, “*è assicurata, ove possibile*” mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto²⁵: in virtù del riferimento espresso alle persone “*fermate o arrestate*”, andranno, quindi, celebrate in tal modo anche le **udienze di convalida** previste dall'art. 391 c.p.p., in relazione alle quali, peraltro, si rinvia anche a quanto disposto dal comma 5 con riguardo ai soggetti che si trovano agli AA.DD.

La disposizione, diversamente da quella di cui al comma 3, non attribuisce al giudice alcun potere discrezionale: ne consegue che la partecipazione alle udienze (incluse quelle di convalida) dei soggetti indicati dal comma 4 non potrà mai aver luogo “in presenza”, sempre che risulti possibile procedere in videoconferenza o, comunque, da remoto.

Viene, infine, temporaneamente (ovvero fino a quando il d.l. n. 137 del 2020 sarà vigente) abrogato il comma 9 dell'art. 221 d.l. n. 34 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 77 del 2020²⁶.

²⁵ Anche in questo caso, individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art. 146-bis, commi 3, 4 e 5, disp. att. c.p.p.

²⁶ A norma del quale, “*Fermo restando quanto previsto dagli articoli 146-bis e 147-bis delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, la partecipazione a qualsiasi udienza penale degli imputati in stato di custodia cautelare in carcere o detenuti per altra causa e dei condannati detenuti e' assicurata, con il consenso delle parti e, ove possibile, mediante collegamenti audiovisivi a distanza individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni dei commi 3, 4 e 5 del citato articolo 146-bis delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo n. 271 del 1989. Il consenso dell'imputato o del condannato e' espresso personalmente o a mezzo di procuratore speciale. L'udienza e' tenuta con la presenza del giudice, del*

4. Segue. La partecipazione alle udienze (camerali o dibattimentali) nei giudizi di merito.

Per quanto riguarda le possibili modalità di partecipazione alle udienze (camerali o dibattimentali) nei giudizi di merito, il **comma 5** dell'art. 23 prevede varie possibilità:

1) devono sempre essere celebrate secondo le disposizioni ordinarie, ovvero in compresenza e mai da remoto:

A) le udienze (dibattimentali, ma riteniamo anche del giudizio abbreviato o dell'udienza preliminare: il comma 5 non lo precisa, ma l'estensione appare inevitabile) *“nelle quali devono essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti”*: la disposizione, manifestamente superflua, poiché già insita nel divieto (che costituisce *incipit* del comma 5) di celebrare da remoto udienze che richiedano la partecipazione di soggetti diversi dal P.M., dalle parti private, dai rispettivi difensori e dagli ausiliari del giudice, sembra applicabile anche all'**incidente probatorio**, in qualunque fase del procedimento si celebri;

B) le udienze quelle nelle quali devono aver luogo le *“discussioni di cui agli artt. 441 e 523 c.p.p.”* (rispettivamente, nel giudizio abbreviato e nel dibattimento di primo grado o d'appello);

2) “possono” (ma non necessariamente “devono”: la relativa decisione sarà presa discrezionalmente dal giudice, previa valutazione in concreto del grado del rischio COVID-19) **essere celebrate con collegamenti da remoto**²⁷:

A) le udienze preliminari e le udienze dibattimentali (nelle quali non debbano aver luogo le attività innanzi indicate), **ma soltanto quando le parti vi consentano**: il promiscuo ed indifferenziato riferimento normativo alle “parti” include anche le parti private diverse dall'imputato, e richiede necessariamente il consenso di tutte; all'uopo, deve ritenersi che il giudicante che intenda valutare l'opzione della celebrazione “da remoto” sia gravato da un **onere di previo interpello delle parti**, in relazione al quale, con estrema superficialità, non sono indicati

pubblico ministero e dell'ausiliario del giudice nell'ufficio giudiziario e si svolge con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Prima dell'udienza il giudice fa comunicare ai difensori delle parti, al pubblico ministero e agli altri soggetti di cui è prevista la partecipazione il giorno, l'ora e le modalità del collegamento”.

²⁷ Ancora una volta, individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia.

termini e forme di rito, il che legittimerà inevitabilmente l'adozione di prassi difformi da ufficio a ufficio;

B) *“le udienze penali che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal P.M., dalle parti private, dai rispettivi difensori e dagli ausiliari del giudice”*; si tratterà, per esclusione, di udienze camerali (ex artt. 127 o 391 c.p.p.).

Si è, quindi, in estrema sintesi, stabilito che i **dibattimenti** possano essere celebrati con collegamenti da remoto solo in casi estremamente limitati (ovvero, se non debbano essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti, o non debba aver luogo la discussione: cosa residua ? a prima vista, **solo la prima udienza**; quanto alla deliberazione, si rinvia al commento del comma 9) e solo se tutte le parti vi acconsentano. Non si tratta, quindi, di un intervento particolarmente incisivo.

La disposizione prevede che l'udienza da remoto deve svolgersi con (non meglio precisate) *“modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti”* (che spetterà, quindi, al giudice individuare), limitandosi ad indicare le formalità generali di celebrazione²⁸.

Per le **udienze di convalida** (ex art. 391 c.p.p., ma deve ritenersi anche nel caso in cui si proceda con **giudizio direttissimo**) si prevede, in particolare, che, in caso di custodia dell'arrestato o del fermato presso il domicilio od altro dei luoghi indicati dall'art. 284, comma 1, c.p.p., la persona arrestata o fermata e il difensore possono partecipare all'udienza da remoto anche dal più vicino ufficio della polizia giudiziaria attrezzato per la videoconferenza, quando disponibile (presso il quale dovrà essere tradotto o potrà essere autorizzato a recarsi senza scorta): in tale caso, l'identità della persona arrestata o fermata è accertata dall'ufficiale di polizia giudiziaria presente.

Può *prima facie* rivelarsi ingannevole la disposizione di cui al **comma 7**, secondo la quale *“il giudice può partecipare all'udienza anche da un luogo diverso dall'ufficio giudiziario”*: la precisazione, premessa dal comma 7, che la disposizione deroga all'art. 221, comma 7, d.l. n. 34 del

²⁸ Prima dell'udienza il giudice fa comunicare ai difensori delle parti, al P.M. ed agli altri soggetti di cui è prevista la partecipazione, giorno, ora e modalità del collegamento; i difensori attestano l'identità dei soggetti assistiti, i quali, se liberi o sottoposti a misure cautelari diverse dalla custodia in carcere, partecipano all'udienza solo dalla medesima postazione da cui si collega in difensore. L'ausiliario del giudice partecipa all'udienza dall'ufficio giudiziario e dà atto nel verbale di udienza delle modalità di collegamento da remoto utilizzate, delle modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e di tutte le ulteriori operazioni, nonché dell'impossibilità dei soggetti non presenti fisicamente di sottoscrivere il verbale, ai sensi dell'art. 137, comma 2, c.p.p., o di vistarli, ai sensi dell'art. 483, comma 1, c.p.p.

2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 77 del 2020²⁹, chiarisce, peraltro, che il suo ambito applicativo è **limitato alle sole udienze civili**, non anche gli imperscrutabili motivi di questo distinguo il quale, tenuto conto delle premesse ragioni dell'intervento emergenziale *de quo*, sembrerebbe lasciare intendere che, secondo il Governo, le udienze civili possono esporre i magistrati a rischio COVID-19, quelle penali no. Mah !

5. Segue. La partecipazione alle udienze (camerali o dibattimentali) in Cassazione.

Il **comma 8** dell'art. 23 stabilisce che *“Per la decisione sui ricorsi proposti per la trattazione a norma degli artt. 127 e 614 c.p.p.”*³⁰, **la Corte di cassazione procede sempre in camera di consiglio, senza l'intervento del procuratore generale e dei difensori delle altre parti.**

La procedura ricalca quella già prevista dall'art. 611 c.p.p. per i ricorsi da trattare in udienza camerale non partecipata; si prevede, in particolare, che, *“entro il quindicesimo giorno precedente l'udienza”*, il procuratore generale formuli le sue *“richieste”* (ma sarebbe stato preferibile, per esigenze di civiltà giuridica, oltre che per non svilire il ruolo del P.G. in Cassazione, prevedere la formulazione di richieste motivate), con atto spedito alla cancelleria della *“Corte”* a mezzo di posta elettronica certificata, e la cancelleria provveda immediatamente ad inviare, con lo stesso mezzo, l'atto contenente le richieste ai difensori delle altre parti; questi ultimi, *“entro il quinto giorno antecedente l'udienza”*, possono a loro volta presentare con atto scritto, inviato alla cancelleria della *“corte”*³¹ a mezzo di posta elettronica certificata, le conclusioni.

Pur essendo state adoperate (chissà mai perché ?) espressioni (*“entro il quindicesimo giorno precedente l'udienza”*; *“entro il quinto giorno antecedente l'udienza”*), non soltanto *inter se* disomogenee, ma anche diverse da quelle impiegate dall'art. 611 c.p.p. (*“fino a quindici giorni prima dell'udienza”*; *“fino a cinque giorni prima”*), appare ragionevole ritenere che la disciplina cui

²⁹ Ancora una volta superflua, poiché già implicata dalla premessa di cui al comma 1 dell'art. 23, secondo il quale continuano a trovare applicazione, ove non espressamente derogate dalle disposizioni contenute nell'art. 23, le disposizioni di cui all'art. 221 d.l. n. 34 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 77 del 2020.

³⁰ Espressione estremamente involuta, era sufficiente scrivere: *“Per la decisione sui ricorsi da trattare a norma degli artt. 127 e 614 c.p.p.”*.

³¹ Questa volta con la *“c”* minuscola.

accedere sia quella “solita”, che computa i predetti termini in “**giorni liberi**” ex art. 172, comma 5, c.p.p.³².

La **deliberazione** ha luogo con le modalità di cui al comma 9; non comparendo le parti, non può applicarsi la disposizione di cui all’art. 615, comma 3, c.p.p.³³, e, pertanto, il dispositivo va sempre celermente comunicato alle parti.

Le parti private (e quindi, per l’onnicomprendività del riferimento, anche la parte civile) ed il procuratore generale hanno, peraltro, la **facoltà** (insindacabilmente esercitabile anche da una soltanto di esse, con effetti vincolanti per le altre parti e per l’Ufficio) **di chiedere la discussione orale**: la richiesta deve essere formulata per iscritto dal procuratore generale o dal difensore abilitato a norma dell’art. 613 c.p.p. (non, quindi, dalla parte privata personalmente) entro il termine perentorio di “*venticinque giorni liberi prima dell’udienza*”, e presentata, a mezzo di posta elettronica certificata, alla cancelleria.

Questa disciplina è accompagnata da **due disposizioni transitorie**:

- essa non si applica ai procedimenti per i quali l’udienza di trattazione sia stata fissata entro il termine di quindici giorni dall’entrata in vigore del d.l., ovvero entro il 13 novembre 2020;
- per i procedimenti nei quali l’udienza ricade tra il sedicesimo ed il trentesimo giorno dall’entrata in vigore del d.l. (ovvero tra il 14 ed il 28 novembre 2020), la richiesta di discussione orale deve essere formulata entro dieci giorni dall’entrata in vigore del d.l., ovvero entro l’8 novembre 2020, giorno festivo (è domenica), con proroga *ex lege* al giorno successivo.

Diversamente dal termine di giorni venticinque, l’unico espressamente qualificato come “termine a giorni liberi”, ed in difetto della possibilità di richiamare una disposizione ulteriore³⁴, questi ultimi due termini andranno computati ordinariamente (ovvero non considerando il solo *dies a quo*).

6. Le deliberazioni collegiali.

³² Cass. pen., Sez. 4, n. 49392/18.

³³ A norma del quale, “*La sentenza è pubblicata in udienza subito dopo la deliberazione, mediante lettura del dispositivo fatta dal presidente o da un consigliere da lui delegato*”.

³⁴ Come nel caso del riferimento all’art. 611 c.p.p.

Il **comma 9** dell'art. 23 stabilisce che, nei procedimenti penali³⁵, le deliberazioni collegiali in camera di consiglio possono essere assunte mediante collegamenti da remoto³⁶: in tal caso, il luogo da cui si collegano i componenti del collegio è considerato Camera di consiglio a tutti gli effetti di legge e, nei soli procedimenti penali, dopo la deliberazione, il presidente del collegio o il componente del collegio da lui delegato sottoscrive il dispositivo della sentenza o dell'ordinanza ed il provvedimento è depositato in cancelleria onde essere inserito nel fascicolo "il prima possibile".

Almeno un componente del collegio deve, quindi, sempre essere presente *in loco*: per questa ragione, la disposizione non può riguardare anche i giudici monocratici.

Le predette disposizioni, nei procedimenti penali, *"non si applicano alle deliberazioni collegiali conseguenti alle udienze di discussione finale, in pubblica udienza o in camera di consiglio, svolte senza il ricorso a collegamento da remoto"*.

Quest'ultima precisazione rende il **comma 9 assolutamente inutile**, per non dire canzonatorio. Invero, **con riferimento alle udienze che si svolgono nei gradi di merito**, probabilmente anche un profano intuisce che, nella stessa giornata di lavoro, non saranno stati fissati in dibattimento solo processi nei quali deve aver luogo la discussione, o solo processi nei quali non deve aver luogo la discussione: ciò potrebbe avvenire per il futuro, ove la disposizione fosse introdotta stabilmente, ma certamente non si è verificato per le udienze dibattimentali destinate ad essere celebrate entro il 31 gennaio 2021, in massima parte già fissate. Per tale ragione, considerato che, ove sia fissata una discussione, ai sensi del comma 5 non è mai possibile celebrare l'udienza dibattimentale da remoto, l'evenienza di poter deliberare da remoto non si verificherà mai, a meno di non istituzionalizzare sempre e comunque, dopo la discussione, il rinvio per la decisione; la disposizione potrà, al più, applicarsi alle deliberazioni collegiali del Tribunale del riesame (dinanzi al quale una formale "discussione" ex art. 523 c.p.p. non è prevista), oppure, dinanzi al Tribunale in composizione collegiale, nel giudizio direttissimo, limitatamente alla mera convalida dell'arresto o del fermo.

Inoltre, **con riferimento alla Cassazione**, dinanzi alla quale dovrebbe – almeno per i "tecnici" del Ministero della giustizia – essere noto che in ogni udienza vengono trattati 40-50

³⁵ Come in quelli civili.

³⁶ Indovina un po' ? Individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Era davvero il caso di scriverlo quattro volte all'interno della stessa disposizione ? forse riuscivamo a capirlo dopo la prima volta.

ricorsi, basterà che una sola parte di un solo processo chieda che si proceda alla trattazione orale di un ricorso, perché il collegio debba riunirsi *in loco*, e non possa, quindi, deliberare da remoto: di conseguenza, considerato che – secondo l’attuale *modus operandi* della Corte Suprema - il collegio impegnato in udienza è sempre lo stesso, esso finirà necessariamente per deliberare non da remoto in ordine a tutti i ricorsi. La disposizione potrebbe assumere un senso, e, per la verità, facilitare di molto il lavoro, soltanto se fosse sollecitamente prevista, per ogni udienza, la precostituzione di due collegi, uno deliberante soltanto da remoto, l’altro soltanto in presenza per i ricorsi per i quali venga richiesta la trattazione orale.

7. Le altre disposizioni di rilievo penale: deposito di atti, documenti e istanze; disposizioni in tema di esecuzione della pena.

Il d.l. n. 137 del 2020 contiene, infine, disposizioni miranti alla semplificazione delle attività di deposito di atti, documenti ed istanze (art. 24), e disposizioni riguardanti l’esecuzione della pena, in particolare in tema di licenze premio straordinarie per i detenuti in regime di semilibertà (art. 28), durata straordinaria dei permessi premio (art. 29) ed ampliamento della facoltà di fruire dell’ammissione alla detenzione domiciliare (art. 30).

Cesare Parodi

Assoluzione e rimborso delle spese: molto giusto, a volte troppo?

SOMMARIO: 1. Premessa: tutti d'accordo? - 2. Le indicazioni della norma. - 3. I limiti "visibili". - 4. I limiti strutturali della riforma: discrezionalità e certezze.

Premessa: tutti d'accordo?

Mi è capitato spesso (troppo) di provare a scrivere di diritto: in qualche occasione – poche, fortunatamente- ancora prima di avere scritto, ho percepito una certa preoccupazione. Ecco, questo è uno di questi casi. Eppure, credo che forse proprio in questi casi sia necessario andare sino in fondo.

Mi spiego: a leggere le motivazioni fornire dalla politica per la riforma che dovrebbe introdurre nel codice di procedura penale l'art. 177 bis, rubricato, "Rimborso spese legali per gli imputati con sentenza penale divenuta irrevocabile", pare difficile non essere d'accordo, da qualsiasi punto si voglia inquadrare il problema.

In concreto, viene inserito nel procedimento penale il principio generale di soccombenza, già presente in ambito civile e amministrativo. Principio riconosciuto anche dalla Corte Costituzionale, (sentenza n 77/2018): *“È giusto, secondo un principio di responsabilità, che chi è risultato essere nel torto si faccia carico, di norma, anche delle spese di lite, delle quali invece debba essere ristorata la parte vittoriosa”*; il costo del processo deve essere supportato da chi ha reso necessaria l'attività del giudice e ha occasionato le spese del suo svolgimento.

Come precisato dal deputato Enrico Costa – uno dei promotori dell'iniziativa - l'obiettivo è quello *“mettere nelle mani dei cittadini che sono riusciti a dimostrare la loro estraneità ai fatti contestati e tuttavia sono stati sottoposti al peso del procedimento penale uno strumento che possa parzialmente limitare i danni, almeno sul piano economico.”*¹

Non arduo anche individuare i riferimenti nei principi costituzionale di tale nuova impostazione, a partire dall'art. 111, in tema di giusto processo; e poi, ancora, l'art. 2, ove è previsto che lo Stato riconosce e garantisce a ciascuno i propri diritti, senza accollare ai singoli un costo indebito per la fruizione degli stessi; l'art. 24, quale riconoscimento del diritto di difendersi in giudizio. Infine, in senso lato ma non meno significativo, l'art. 27, ove si intenda per “pena”- almeno in senso sostanziale- il fatto di essersi un soggetto trovato nella necessità di subire un danno

¹¹ Come riportato da G. Negri, “Piena assoluzione? Le spese legali le paga lo Stato”, ilsole24ore.com, 22.12.2020

patrimoniale- costituito dalla spese legali- anche in conseguenza dell'accertamento inequivoco della propria innocenza.

Insomma, la domanda sulla divisibilità del principio sotteso alla riforma assomiglia pericolosamente a quelle del tipo “Vuoi bene alla mamma?” o “Vorresti la pace tra i popoli?”. Una risposta negativa- o anche solo dubitativa - pare logicamente debole, culturalmente non accettabile e- tra l'altro- socialmente sgradevole. Di questi tempi, circostanza non irrilevante. Eppure, sappiamo che esistono madri degeneri e violente alle quali non volere così tanto bene e situazioni di pace che non possono essere mantenute se non a un costo inaccettabile sotto altri profili. E allora, vediamo se, davvero, è tutto così splendido e divisibile.

Le indicazioni della norma.

Prevede il primo comma del nuovo art. 177 bis c.p.p.: *“Nel processo penale, all'imputato assolto con sentenza divenuta irrevocabile perché il fatto non sussiste, perché non ha commesso il fatto, perché il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, è riconosciuto un rimborso delle spese legali nel limite massimo di importo pari a 10.500 euro”.*

Un principio apparentemente chiaro, che si è voluto “blindare” in prospettiva ermeneutica precisando espressamente (operazione in realtà non indispensabile sul piano logico-sistematico) i casi nei quali lo stesso non potrà essere applicato.

Il presupposto del rimborso delle spese legali deve essere individuato in una sentenza penale divenuta irrevocabile connotata dalle formula sopra riportate, indicative – parrebbe di capire – di una assoluta estraneità- senza ombre e senza macchie, si potrebbe aggiungere- dell'imputato rispetto alla accuse formulate nei suoi confronti.

In questo senso la norma espressamente esclude il rimborso:

in caso di sopravvenuta depenalizzazione

in casi di assoluzione "da uno o più capi di imputazione", ma con condanna per altri

in caso di assoluzione per estinzione del reato per avvenuta amnistia o prescrizione

Sul piano procedurale, sarà necessario il soggetto assolto dovrà produrre:

- la fattura del difensore con espressa indicazione della causale e dell'avvenuto pagamento
- un parere di congruità del Consiglio dell'ordine degli avvocati.
- l'attestazione della cancelleria dell'irrevocabilità della sentenza di assoluzione.

Il rimborso è previsto in "in tre quote annuali di pari importo", a partire dall'anno successivo "a quello in cui la sentenza è divenuta irrevocabile". L'importo non dovrebbe essere considerato- ovviamente- voce di reddito.

I limiti “visibili”

La riforma presenta limiti, per così dire, strutturali e altri di “sistema”.

La previsione di spesa- 8 milioni di euro all'anno a bilancio – è destinata a coprire le richieste, tenendo conto che il rimborso non potrà in ogni caso superare i 10.500 euro (a sentenza, ovviamente). Lo stanziamento è congruo, idoneo al fabbisogno? Ipotizzando, poniamo, un rimborso “medio” di 5.000 euro, si tratterebbe di ca 1600 assoluzioni “totali”. Un velo di pessimismo sul numero potrebbe essere giustificato, senza voler entrare nel merito dell'importo massimo- 10.500 euro- stabilito. Una valutazione che lasciamo volentieri ai rappresentanti della classe forense.

Come sopra precisato, il legislatore ha cercato di non essere frainteso, esplicitando casi di per sé inequivoci di assenza dei presupposti. Si poteva, verosimilmente, chiarire che anche la formula dubitativa di cui all'art 530 comma 2 c.p.p. , se applicata alle ipotesi dell'art 177 bis comma 1, non dovrebbe- almeno nello spirito della norma- costituire presupposto per il rimborso. Era precisazione di poco momento, ma non inutile forse.

Più “gravi” - se così si può dire- altre due sostanziali omissioni, destinate verosimilmente- a suscitare dibattiti non brevi e forse non banali, in quanto meno “risolvibili” con una interpretazione della logica generale della riforma.

La prima ha per oggetto il rapporto tra il rimborso dell'art 177 bis c.p.p. e l'azione di rivalsa dello Stato in caso di riconoscimento della responsabilità civile dei magistrati.² Come è noto, a seguito dell'accertamento della responsabilità del magistrato, ed entro due anni dal risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale, lo Stato esercita obbligatoriamente l'azione di rivalsa nei confronti dello stesso, ex art. 7, comma 1, l. n. 117/1988, novellato dalla l. n. 18/2015,

² Quanto alla misura della rivalsa, il comma 3 come modificato dall'articolo 5 della l. n. 18/2015, eleva la soglia di un terzo precedentemente prevista, disponendo che la stessa “non può superare una somma pari alla metà di una annualità dello stipendio, al netto delle trattenute fiscali, percepito dal magistrato al tempo in cui l'azione di risarcimento è proposta, anche se dal fatto è derivato danno a più persone e queste hanno agito con distinte azioni di responsabilità”. Tale limite è escluso, tuttavia, se il fatto è stato commesso con dolo.

nel caso di diniego di giustizia, ovvero per violazione manifesta della legge o del diritto dell'Unione Europea ovvero di travisamento del fatto o delle prove quando determinati da dolo o negligenza inescusabile.³ Un momento di coordinamento espresso tra la nuova disciplina sui rimborsi e le indicazioni in tema di rivalsa sarebbe stato utile. In termini generali si può ritenere che indubbiamente non ogni ipotesi di rimborso potrà dare luogo a rivalsa, in quanto sarà l'accertamento sulle ragioni dell'assoluzione a dovere essere vagliato in funzione delle indicazioni ora contenute nel menzionato art. 7 comma 1.

La seconda riguarda la valutazione del comportamento dell'imputato assolto. La legge nulla dice al riguardo, ma pare legittimo un confronto con la disciplina in tema di riparazione per ingiusta detenzione, di cui all'art. 314 c.p.p.. Un diritto alla riparazione che è riconosciuto ove il soggetto non abbia dato, o concorso a dare, causa alla misura custodiale con dolo o colpa grave. Si tratta di una formula per certi aspetti non pienamente determinata e che ha portato – pertanto- a risposte giurisprudenziali non univoche, tali da incidere sulla effettiva portata della stessa. Si pensi ai casi nei quali la S.C. ha escluso il diritto all'indennizzo a fronte di un comportamento silenzioso o mendace su circostanze ignote agli investigatori o in base al riconoscimento di frequentazioni imprudenti o ambigue con soggetti gravati da specifici precedenti penali o coinvolti in traffici illeciti, individuando in entrambe le condotte ipotesi di colpa grave.⁴ In particolare, la prima delle due situazioni potrà certamente verificarsi in non pochi casi.

Indubbiamente ai sensi dell'art. 358 c.p.p. *“Nell'esercizio delle sue funzioni investigative, il pubblico ministero svolge ogni attività necessaria al fine di decidere se esercitare o meno l'azione penale, svolgendo altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini.”* È tuttavia certo che esistono circostanze tali da escludere la responsabilità- si pensi all'alibi, ma non solo- che possono essere conosciute solo dal soggetto che di tali circostanze può essere – o essere divenuto- unico depositario. Verosimilmente, la previsione di una forma di condizionamento del rimborso in casi simili avrebbe giovato al sistema, sia sul piano della distribuzione delle risorse che come forma di “responsabilizzazione” del soggetto

³ L'azione è promossa dal Presidente del Consiglio dei Ministri davanti al Tribunale del capoluogo del distretto della Corte d'appello, da determinarsi a norma dell'art. 11 c.p.p. e dell'art. 1 delle norme di attuazione del codice di procedura penale (art. 8 l. n. 117/1988).

⁴ In questo senso rispettivamente Cass., Sez. III, n. 51084/2017, CED 271419 e Cass., Sez. IV, n. 8914/2014, CED 262436.

indagato/imputato. Non sempre, in sostanza, a fronte della massima diligenza della p.g. e del p.m. è possibile accertare tutto ciò che può portare a una assoluzione. Chi frequenta le aule di giustizia senza ipocrisia, lo sa bene.

Sarà riconosciuto nella prospettiva dei rimborsi un significato al silenzio, dopo l'avviso di chiusura indagini ex art 415 bis c.p.p. – su circostanza che solo l'indagato e poi imputato in via esclusiva avrebbe potuto “conferire” nell'ambito cognitivo dell'a.g. ? E, in caso necessario, si può davvero parlare di “soccombenza” dell'accusa e di danno che non poteva essere evitato?

I problemi- che certamente il legislatore ha considerato- non finiscono qui: volendo, iniziano. La riforma, in epoca permeata da una volontà deflattiva - è destinata a infliggere un duro colpo alla diffusione del rito monitorio. In caso di richiesta di decreto penale sarà evidente che- salvo casi eccezionali- il soggetto si troverà ad essere imputato senza aver potuto avviare una interlocuzione difensiva con la pubblica accusa. In esito alla opposizione non finalizzata all'applicazione di pena su richiesta, verrà celebrato un giudizio nel quale, per la prima volta- gli elementi a favore potranno essere evidenziati. In caso di sentenza di assoluzione, il verificarsi delle condizioni che costituiscono presupposto al rimborso potranno essere sistematici e numerosi. Siamo certi che la pubblica accusa non finirà per accantonare o rivedere le quote di utilizzo di tale strumento? E questo non porterà a un ulteriore collasso sulle sezioni dibattimentali? Chissà. O forse, si potrebbe immaginare o almeno provare a immaginare.

I limiti strutturali della riforma: discrezionalità e certezze.

Nonostante quanto sopra riportato, questo articolo non sarebbe stato scritto se non si fosse percepita la necessità di affrontare un ultimo problema.

Un processo penale può portare ad accertare la sussistenza di uno o più fatti storici- in termini di certezza o di dubbio- che costituiscono il fondamento della responsabilità. Se un soggetto è morto per un colpo di pistola al cuore, il processo ci dirà se l'imputato gli ha certamente sparato, se certamente non ha sparato o se non ci sono elementi sufficienti per ritenere che abbia sparato. Dopo di che, i problemi di valutazione sul fatto sono finiti (molti altri ne restano) ma un punto fermo, nei sensi indicati, esiste e su quel punto - in prospettiva- sarà valutato il diritto al rimborso in caso di assoluzione. Abbiamo un fatto storico preciso la cui esistenza e/o riferibilità a un soggetto consente di formulare un giudizio "manicheo", di condanna o assoluzione. Dentro o fuori.

Non è sempre così. L'incidenza della riforma sul sistema non potrà determinare conseguenza generalizzate e- per così dire- equamente suddivise nei vari settori del diritto penale, in quanto l'incidenza è destinata a condizionare fortemente soprattutto alcuni settori.

Proviamo a pensare ai maltrattamenti o allo stalking, fattispecie magmatiche dove i margini di valutazione sulla sussistenza del fatto sono molto molto ampi. Si tratta di fattispecie rispetto alle quali la sussistenza o meno del reato può essere legata ad una pluralità di episodi la cui “ lettura” globale – anche a fronte di una sussistenza certa del fatto storico – può essere condizione da vari fattori, soggettivi come oggettivi. Lo stato di ansia determinato dalla presenza costante di un soggetto che si dichiara spasimante sotto casa non è un dato di inequivoca lettura. Nell'ambito di una ipotesi di maltrattamenti la condotta può essere riconosciuta come derivante da vari e differenti comportamenti di violenza, minaccia, sopraffazione e non la somma algebrica di valori predefiniti; una valutazione complessa e condizionata da molti fattori, il cui esito finale può non essere scontato.

Non si tratta, per altro, solo di ampiezza di discrezionalità - che di per sé potrebbe già essere sufficiente nel momento in cui si deve considerare una prospettiva di possibile responsabilità da “rivalsa” a seguito del riconoscimento del rimborso, quanto anche del “taglio” valutativo che condizione il divenire del procedimento. Tema spinoso, delicato, realistico e non “accantonabile”.

Sino a oggi, a fronte di situazioni di patologia familiare modificatesi in senso positivo nelle more del dibattito, si tendeva a "reinterpretare" la sussistenza dei medesimi fatti (anche) in funzione della dinamica dei rapporti tra i soggetti coinvolti. O siamo tutti convinti che ciò non sia mai accaduto o che si tratti di un atteggiamento certamente errato? Certamente è accaduto e non è così scontato che una considerazione del divenire dei rapporti interpersonali (in un contesto caratterizzato dalla presenza di interessi “forti” di soggetti “deboli”, quali minori) debba essere irrilevante nella lettura in chiave definitiva del materiale probatorio presentato dal p.m. . Un'impostazione errata, inaccettabile? Forse, non necessariamente, però, quella che si pone in maggiore contrasto con un esercizio della funzione giurisdizionale sintonica – ove possibile e per quanto possibile- rispetto agli interessi prioritari dei soggetti coinvolti nelle vicende giudiziarie. Mettiamo, pertanto, in conto che questa nuova norma, quando sarà “metabolizzata” nel sistema, rischia di modificare drasticamente molte delle valutazioni in un settore delicato, nel quale proprio la crisi (sanitaria, economica e sociale) che stiamo affrontando ha già determinato conseguenze dirompenti.

Ilaria Perinu

Le indagini preliminari aventi ad oggetto i reati da Codice Rosso e la normativa processuale introdotta dal d.l. n. 18/2020 e successive modificazioni e dal d.l. 137/2020.

Sommario: 1.Premessa. I dati statistici. - 2. L’impatto che l’articolo 83 del d.l. n. 18/2020 ha avuto nella fase delle indagini preliminari per la trattazione dei reati da Codice Rosso, anche alla luce della recente entrata in vigore dell’art 23 d.l. 137/2020. - 3.Conclusioni.

1. Premessa. I dati statistici.

Secondo le analisi condotte dall’ISTAT¹ la violenza domestica, sia essa psicologica, fisica o sessuale, intesa come *fenomeno sociale* è aumentata durante la pandemia di Covid-19. Gli studi condotti sui periodi di pandemia ed isolamento forzato mostrano che vi è stata, in generale, una crescita esponenziale delle condotte di abuso e prevaricazione intra-familiare che già prima registravano numeri allarmanti. L’isolamento sociale, la crescita della crisi economica e finanziaria, i conflitti tra le persone costrette a periodi prolungati di forzata convivenza, nonché la maggiore difficoltà di accesso ai servizi di prevenzione e protezione nelle comunità protette e nelle case rifugio, ha aumentato la probabilità di eventi violenti e atti di sopraffazione all’interno delle mura domestiche.

Questa considerazione trova conferma anche nei dati che emergono dal Dipartimento per le Pari Opportunità che in Italia, in ossequio alla Convenzione di Istanbul², ha messo a disposizione il numero verde 1522, contattabile sia attraverso il telefono sia via chat, per richieste di aiuto, supporto e consulenza alle persone che vivono personalmente o indirettamente una situazione di disagio dovuto a condotte di violenza e atti persecutori.

I dati evidenziano un forte aumento delle chiamate da utenti per reali bisogni di supporto³: *“In 4 casi su 10 le chiamate avvengono per chiedere aiuto in caso di violenza e/o stalking e per segnalare casi di violenza (5.115 chiamate pari a 42,9 per cento del totale delle chiamate dal 1°Marzo al 31 Maggio 2020), per chiedere informazioni sul servizio che viene fornito (2.864 pari al 24 per cento) e per avere informazioni sui centri anti-violenza (1.431 pari al 12 per cento)”*.

¹ Consultabili in <https://www.istat.it/it/violenza-sulle-donne/speciale-covid-19>

² Consultabili in <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210>. La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, aperta alla firma l'11 maggio del 2011 e ratificata in Italia il 27.9.2012

³ Consultabili in <https://www.istat.it/files//2020/05/Dati-del-1522-e-delle-Forze-di-Polizia.pdf>

Tuttavia, a questo fenomeno sociale la cui evidenza reale è stata registrata dalle istituzioni politiche e di polizia, non è corrisposto un parallelo aumento del *fenomeno processuale*. Invero, dal monitoraggio⁴ effettuato dal Gruppo di lavoro istituito presso il C.S.M. sull'applicazione delle “*Linee guida in tema di trattazione di procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica*”, è emersa chiaramente una diminuzione di circa il 50% delle notizie di reato nella materia della violenza di genere e domestica⁵.

La difficoltà, dovute al *lockdown*, a recarsi personalmente presso i centri anti violenza e presso i posti di polizia e il dover essere sottoposte a quarantena prima di poter accedere alle comunità protette e alle case rifugio, ha indotto le vittime vulnerabili, specie se madri di minorenni, a chiedere aiuto esterno, laddove possibile, solo nei casi di estrema gravità con pericolo per l'incolumità fisica e la vita stessa.

2. L'impatto che l'articolo 83 del d.l. n. 18/2020 ha avuto nella fase delle indagini preliminari per la trattazione dei reati da Codice Rosso, anche alla luce della recente entrata in vigore dell'art 23 d.l.137/2020.

In questo contesto, va valutato l'impatto che l'articolo 83 del d.l. n. 18/2020, convertito con mod. dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, ha avuto nella fase delle indagini preliminari per la trattazione dei reati da Codice Rosso⁶.

La disciplina normativa prevista dall'art 83 d.l. 18/2020 è stata peraltro recentemente reintrodotta, per quanto riguarda la fase delle indagini preliminari, dall'art 23 d.l. 137/2020.

Si tratta di disposizioni urgenti per contenere gli effetti negativi derivanti dall'emergenza epidemiologica scaturita dal virus Covid 19 sullo svolgimento delle attività giudiziarie civili e penali.

⁴ Consultabili in https://www.istat.it/it/files//2020/05/CSM-monitoraggio-violenza-di-genere_delibera-4-giugno-2020.pdf

⁵ Consultabili in https://milano.corriere.it/notizie/cronaca/20_marzo_31/violenza-donne-cresce-sommerso-difficile-chiedere-aiuto-8fd98d50-7340-11ea-bc49-338bb9c7b205.shtml

⁶ Il 9 agosto 2019 è entrata in vigore la [l. 19 luglio 2019, n. 69, recante “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere”](#), conosciuta come “Codice Rosso”.

Il legislatore nel periodo intercorrente dal 9 marzo all'11 maggio 2020 aveva previsto il rinvio delle udienze e la sospensione dei termini processuali, compresi i termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, nonché la possibilità, dal 12 maggio al 30 giugno, di adottare misure organizzative volte a evitare gli assembramenti di persone negli uffici giudiziari.

Già con l'art 83 d.l. 18/2020 e poi con l'art 23 d.l. 137/2020 sono state introdotte per specifiche disposizioni per consentire, nella fase di emergenza, anche lo svolgimento di attività di indagine da remoto.

A tal fine, nella fase delle indagini preliminari, il pubblico ministero e il giudice possono avvalersi di tali collegamenti, individuati e regolati con provvedimento del DGSIA del Ministero della giustizia, *“Nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero e la polizia giudiziaria possono avvalersi di collegamenti da remoto, individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, per compiere atti che richiedono la partecipazione della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa, del difensore, di consulenti, di esperti o di altre persone, salvo che il difensore della persona sottoposta alle indagini si opponga, quando l'atto richiede la sua presenza”*.

La previsione normativa è potenzialmente rivolta verso tutti gli atti di indagine (interrogatori, assunzione di sommarie informazioni, audizioni protette, accertamenti tecnici non ripetibili ecc. ecc), senza prevedere come necessaria una connotazione di urgenza degli atti stessi.

Con riferimento alle modalità di partecipazione all'atto di indagine da remoto, la partecipazione dei detenuti e delle persone in stato di custodia cautelare è stata assicurata mediante videoconferenze o collegamenti da remoto, applicando l'articolo 146-bis commi 3, 4 e compatibilmente 5 disp. att. cod. proc. pen.

Le altre persone chiamate a partecipare all'atto di indagine venivano *“tempestivamente invitate a presentarsi presso il più vicino ufficio di polizia giudiziaria, che abbia in dotazione strumenti idonei ad assicurare il collegamento da remoto. Presso tale ufficio le persone partecipano al compimento dell'atto in presenza di un ufficiale o agente di polizia giudiziaria, che procede alla loro identificazione. Il compimento dell'atto avviene con modalità idonee a salvaguardarne, ove necessario, la segretezza e ad assicurare la possibilità per la persona sottoposta alle indagini di consultarsi riservatamente con il proprio difensore”*.

Al difensore è stata garantita la partecipazione da remoto mediante collegamento dallo studio legale, oppure presenziando nel luogo ove si trovava l'assistito. La verbalizzazione veniva affidata

al pubblico ufficiale anche in merito alle *“modalità di collegamento da remoto utilizzate [...] modalità con cui si accerta l'identità dei soggetti partecipanti e di tutte le ulteriori operazioni, nonché della impossibilità dei soggetti non presenti fisicamente di sottoscrivere il verbale”*, ai sensi dell'articolo 137, comma 2, c.p.p.

La disciplina descritta trova la sua ragion d'essere nella situazione d'emergenza che ha imposto, a difesa della salute pubblica, misure e provvedimenti volti a realizzare il minor contatto possibile tra le persone.

I presupposti concretamente indispensabili, però, affinché le indagini preliminari siano realmente e proficuamente realizzabili da remoto necessitano inevitabilmente l'ammodernamento da parte del Ministero della Giustizia della rete digitale degli uffici giudiziari; il consentire al personale amministrativo di poter accedere da remoto ai sistemi operati TIAP e SICP; e il riconoscimento della validità dei provvedimenti adottati da remoto dal Pubblico Ministero e sottoscritti con firma digitale.

Orbene, appare evidente, che tra gli atti di indagine che possono essere compiuti agevolmente da remoto vi sono il conferimento di consulenze tecniche; il decreto di acquisizione dei tabulati telefonici; la trasmissione di deleghe di indagine; la richiesta e il decreto di intercettazione telefonica; il decreto di perquisizione e sequestro; l'ordine di esibizione e di acquisizione di documenti.

Al contrario, gli atti tipici delle indagini che vengono svolte a tutela delle vittime vulnerabili, persone offese di delitti di maltrattamento in famiglia, atti persecutori e violenze sessuali, difficilmente si prestano ad esser effettuati da remoto tramite videocollegamento.

La maggior parte di tali atti si concretizza tramite l'acquisizione dell'elemento della prova dichiarativa, attraverso la rievocazione del ricordo della condotta di reato da parte delle persone offese e delle persone informate sui fatti.

La prova dichiarativa in queste ipotesi di reato verte su fatti e circostanze legati all'intimità della persona e connesse alle violenze subite, pertanto è pacificamente considerato un atto di indagine psicologicamente coinvolgente che richiede l'adozione di speciali modalità “protette” di acquisizione delle dichiarazioni, dal punto di vista del luogo (si pensi ad esempio alle aule appositamente create in molte Procure della Repubblica per l'audizione del minorenne), del tempo necessario (generalmente lungo, per la necessità di creare empatia, di lasciare che la vittima parli

liberamente rispettando le sue pause nel rievocare i fatti) e spesso, addirittura sempre se la vittima è minorenni, richiede la presenza dell'esperto in psicologia.

A riguardo, recentemente la Corte di Cassazione⁷, in tema di incidente probatorio non preceduto dalle sommarie informazioni testimoniali della persona offesa, ha sottolineato l'esigenza di proteggere la vittima di reati di violenza domestica e sessuale dalla cd vittimizzazione secondaria.

La terza sezione penale ha ribadito che “[...] *in reati in cui la prova a carico è spesso principalmente fondata sulle dichiarazioni della persona offesa, [...] abbia indubbiamente assunto una marcata impronta di protezione della vittima di reati di violenza domestica, di condotte persecutorie, di gravi forme di aggressione della personalità e libertà che coinvolgono la sfera sessuale. La vulnerabilità che di regola connota la persona offesa di tali reati - spesso, ma non sempre, minorenni - e, in ogni caso, la consapevolezza della sofferenza psicologica connessa alla reiterazione delle audizioni volte alla ricostruzione di fatti gravi subiti (anche da altri, nel caso di testimoni minorenni che non siano persone offese), propria di un sistema processuale fondato sulla rigida distinzione tra la fase delle indagini e quella del giudizio, hanno indotto il legislatore, nelle situazioni descritte dall'art. 392, comma 1-bis, cod. pen., a derogare al principio secondo cui la prova si forma in dibattimento, nel contraddittorio delle parti ed avanti al giudice chiamato ad assumere la decisione. Nella versione vigente, cioè, la disposizione, da leggersi in combinato disposto con l'art. 190-bis, comma 1-bis, cod. proc. pen., mira soprattutto ad evitare il c.d. fenomeno della "vittimizzazione secondaria", vale a dire - per usare le parole che si leggono in una recente sentenza della Corte costituzionale - quel processo che porta il testimone persona offesa «a rivivere i sentimenti di paura, di ansia e di dolore provati al momento della commissione del fatto» (Corte cost., sent. 21/02-27/04/2018, n. 92)*”.

L'audizione della vittima di violenza di genere⁸ secondo l'art 362 comma 1 ter c.p.p. – modificato dalla l. n. 69/2019 - nella fase delle indagini deve avvenire celermente da parte del

⁷ Cass. pen., sezione III penale, sentenza n. 47572/2019

⁸ La Convenzione di Istanbul offre una definizione di violenza di genere come quel tipo di violenza (*gender-based violence*), suscettibile di colpire anche gli uomini e inclusiva di condotte di carattere sistematico, spesso suscitate da condizionamenti di ordine storico, sociale o culturale che producono gravi discriminazioni ai danni delle vittime, ostacolandone il pieno sviluppo della personalità e delle capacità umane. All'interno di questa definizione ampia, l'art 3 definisce specificamente la "violenza contro le donne" come "una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le

Pubblico Ministero, entro tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, salvo che sussistano imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa.

Orbene, durante il periodo di emergenza derivato dalla pandemia da Covid-19 la stragrande maggioranza⁹ delle Procure della Repubblica ha ritenuto che la normativa di urgenza non avesse sospeso il termine di cui all'art. 362 comma 1 ter c.p.p., pur procedendo ad una interpretazione più ampia delle clausole di salvaguardia e disponendo, ove possibile, che l'audizione avvenisse senza richiedere lunghi spostamenti della persona offesa e delle forze di polizia delegata, e con l'adozione delle cautele e dei presidi sanitari richiesti.

Eguale, per la difficile conciliabilità della delicatezza dell'acquisizione delle dichiarazioni delle vittime vulnerabili tramite l'incidente probatorio e le regole del distanziamento imposte dal lockdown, quasi nulle risultano esser state le richieste di procedere con incidente probatorio durante il periodo di massima emergenza da Covid-19.

Si richiama a riguardo l'esito del monitoraggio disposto dal C.S.M. e le valutazioni, del tutto condivisibili, in esso espresse *“Un tema particolarmente complesso è risultato quello degli incidenti probatori dichiarativi speciali di cui all'articolo 392, comma 1 bis c.p.p. che, secondo l'art. 83 comma 3 lett.c) D.L. 18/20, devono essere svolti quando va assunta una prova indifferibile, purché il giudice, su richiesta di parte, dichiarare l'urgenza con “provvedimento motivato e non impugnabile”*: al riguardo la tendenza registrata in tutti gli Uffici giudiziari consultati è stata quella di non procedere, se non in casi eccezionali di assoluta urgenza e improrogabilità, alle audizioni protette (sia di minorenni che di adulti), rimandando la fissazione delle richieste pendenti e rinviando, in assenza di richiesta, le audizioni già programmate, in quanto sono apparse difficilmente conciliabili le esigenze di tipo “logistico” imposte per lo svolgimento dell'atto con il necessario distanziamento e la delicatezza dello stesso, le cui implicazioni “soggettive” possono incidere sull'esito dell'acquisizione probatoria. Soprattutto l'audizione del minorenne (ma anche della vittima maggiorenne in condizione di particolare vulnerabilità), deve seguire modalità tali da favorire un approccio, da parte del Giudice, empatico, sereno e naturale: sia per non rendere

minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella sfera pubblica che nella sfera privata”.

⁹ Dati evidenziati dal monitoraggio avviato dal C.S.M., consultabile in <https://www.istat.it/it/files//2020/05/CSM-monitoraggio-violenza-di-genere-delibera-4-giugno-2020.pdf>

l'audizione un fattore di disagio, se non traumatico, sia per mettere il Giudice, e l'esperto da lui nominato, nella condizione di cogliere le condizioni psico-emotive del minore stesso, di osservarne gli atteggiamenti non verbali e di seguirlo attentamente in una conversazione diretta e colloquiale, adatta all'età e allo sviluppo. Perciò lo svolgimento dell'audizione con modalità necessariamente "spersonalizzate", quali l'adozione di un distanziamento personale tra il minore e i suoi interlocutori e l'uso di DPI che coprano il volto (in particolare le mascherine), potrebbe mettere seriamente a rischio la necessaria genuinità del racconto."

3. Conclusioni.

Il processo penale e le attività di indagine compiute attraverso collegamenti da remoto non possono che provocare una riflessione che coinvolge gli stessi principi costituzionali del giusto processo, il diritto di difesa, e la natura stessa dell'accertamento della responsabilità penale.

Fin dalla fase delle indagini preliminari il processo è un'esperienza umana che non può prescindere, ad avviso di chi scrive, dal fattore umano. L'acquisizione di elementi di prova (a carico come a discarico) avviene anche attraverso le fonti documentali ma per larga parte, specialmente nelle indagini preliminari aventi ad oggetto i reati tipici delle violenze domestiche e sessuali, si concretizza tramite l'acquisizione dell'elemento della prova dichiarativa, attraverso la rievocazione del ricordo e della conoscenza delle persone informate sui fatti e delle persone offese.

Le moderne tecnologie sono perfettamente in grado di assicurare la genuinità e veridicità delle attività svolte? Consentono al magistrato di cogliere le sfumature nelle risposte, il linguaggio del corpo, senza pregiudizio per la percezione diretta del Pubblico Ministero?

Per assicurare la genuinità e veridicità delle attività, per cogliere le sfumature nelle domande e nelle risposte e per poter percepire anche istintivamente ciò che ci trasmette il linguaggio del corpo, serve quella immediatezza e percezione diretta che è estremamente difficile realizzare attraverso la videoconferenza. L'esame in fase di indagine della vittima vulnerabile di reati di violenza sessuale o di gravi maltrattamenti in famiglia richiede la creazione di un rapporto empatico tra l'intervistatore e il dichiarante e mal si presta ad essere realizzato da remoto ipotizzando ad esempio una delocalizzazione tra il Pubblico Ministero in collegamento video dal suo ufficio; la psicologa in collegamento video dal suo studio professionale; la persona offesa, specie se convivente con l'aggressore, che dovrebbe inevitabilmente collegarsi in video da un posto di polizia o dalla sede dei servizi sociali.

Ciò non significa dover rinunciare a svolgere indagini ai tempi del Covid a tutela delle vittime vulnerabili.

Il Pubblico Ministero e la polizia giudiziaria dovranno porre in essere tutti gli accorgimenti possibili per poter acquisire le dichiarazioni della vittima in sicurezza. In questo senso si dovrà privilegiare l'audizione protetta attraverso l'utilizzo delle stanze con vetro specchio e microfono in modo che in una stanza, in video collegamento, ci possa essere l'addetto alla videoregistrazione dell'audizione della vittima e nella stanza adiacente verrà fatta accomodare la persona offesa, da sola con l'intervistatore (o a seconda dei casi con la psicologa specializzata), mantenendo la distanza fisica suggerita dalle indicazioni del Ministero della Sanità e facendo uso dei dispositivi medici quali le mascherine e ove necessario i guanti monouso.

Enrico Lanza

Recensione di: Pensiero causale e pensare complesso. Contributo di un penalista di Salvatore Aleo

Questo lavoro di Salvatore Aleo, *Pensiero causale e pensare complesso. Contributo di un penalista*, edito per i tipi di Pacini Giuridica nel 2020, costituisce la sintesi, forse anche l'approdo, di un percorso di ricerca più che ventennale compiuto dall'Autore sul tema della causalità come categoria generale della scienza e sull'uso – improprio – che ne è stato fatto, anche a livello giurisprudenziale, nel diritto penale.

Percorso, lungo il quale sono state raggiunte tappe “intermedie” costituite da approfonditi lavori monografici (*Diritto penale e complessità. La problematica dell'organizzazione e il contributo dell'analisi funzionalistica*, Giappichelli, Torino, 1999; *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Giuffrè, Milano, 1999, II ed., 2005, III ed., 2009; *Causalità, complessità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2003, II ed., 2009; insieme con Giorgio Pica, *Sistemi giuridici Complessità @ Comunicazione*, Bonanno, Acireale-Roma, 2009; insieme con Santo Di Nuovo, *Responsabilità penale e complessità. Il diritto penale di fronte alle altre scienze sociali. Colpevolezza, imputabilità, pericolosità sociale*, Giuffrè, Milano, 2011) e numerosi saggi e articoli (fra i molti si possono citare: *Il diritto flessibile. Considerazioni su alcune caratteristiche e tendenze del sistema penale nella società attuale, con riferimento particolare alla criminalità organizzata*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2004, n. 2, pp. 1-76; *Delitti associativi e criminalità organizzata. I contributi della teoria dell'organizzazione*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2012, n. 3, pp. 7-41; *Epistemologia della complessità, Stato di diritto e criminalità organizzata*, in *Decisioni e scelte in contesti complessi*, a cura di S. Barile, V. Eletti, M. Matteuzzi, CEDAM, Padova, 2013, pp. 221-259; *Complessità e diritto penale. I limiti della causalità nell'analisi del molteplice e i contributi dell'analisi funzionalistica*, in *Studi in onore di Augusto Sinagra*, Aracne, Roma, 2013, vol. V, *Miscellanea giuridica*, pp. 13-32; *Delitti associativi, teoria dell'organizzazione, modello della legalità*, in *Studi in onore di Alessio Lanzi*, Dike, Roma, 2020, pp. 3-18), in cui sono stati via via rappresentati i limiti dell'approccio metodologico convenzionale nell'analisi del nesso eziologico fra condotta ed evento ed è stata manifestata la preferenza per un metodo – quello della complessità – che appartiene soprattutto alle scienze diverse da quella giuridica.

E, in questo percorso, alla “complessità” degli argomenti si è aggiunto un linguaggio sempre più “semplificato”, accessibile, riprova del nitore con il quale l’Autore riesce ormai a osservare, comprendere e, soprattutto, spiegare il fondamento della causalità e il rapporto con l’analisi funzionale, la teoria dei sistemi, la teoria dell’organizzazione.

Il libro è caratterizzato da un approccio multi-disciplinare, per l’importanza che il prof. Aleo ha sempre attribuito alla contaminazione fra saperi diversi nella ricerca scientifica, troppo spesso racchiusa nel proprio alveo di settore. È corposa la citazione di autori e brani che potrebbero apparire alieni dalla prospettiva penalistica, ma che, invece, servono a comprendere la dimensione generale (culturale) del tema della causalità, dalla quale non si può prescindere se si vuole giungere a esiti scientificamente significativi.

Avere riportato per esteso alcuni brani di opere antiche o di non facile reperimento o, comunque, di lettura non diffusa, spesso, oltretutto, di estrazione diversa da quella giuridica, contribuisce a rendere il volume sia fruibile da parte di un pubblico di non “addetti ai lavori”, sia espressione di un approccio culturale poliedrico.

Il titolo *Pensiero causale e pensare complesso*, come scrive lo stesso Autore (a p. 9 della prefazione), è determinato dal fatto che «[...] quello causale è, in fondo, un unico pensiero (o un pensiero unico), un’unica idea, che costruisce e implementa (nonché presuppone) una logica semplificatoria, che ha condizionato la nostra cultura, e rimanda, vuole rimandare, in ultima analisi, a un unico fatto e a un singolo comportamento: nella forma più tipica, un evento da spiegare e un comportamento che lo spiega, ma anche, più in generale, un evento che ne spiega un altro. Pensare complesso è un modo di esprimere una forma mentale, che nasce dalla percezione del molteplice e confida nel dissenso, come nella fantasia, ovvero anche nasce dalla fantasia e dal dissenso e crede nel molteplice».

La causalità è categoria che aspira alla spiegazione scientifica dei fenomeni, dei rapporti fra gli accadimenti, con livelli di sostanziale certezza, univocità. La nozione di causa, nella cultura giuridica, è fondamentale come canone argomentativo della responsabilità.

Tutta la prima parte del volume è dedicata alla puntuale ricostruzione storica dell’origine del pensiero causale, a partire dal brocardo medievale *sublata causa, tollitur effectus*, la cui matrice risalirebbe a Ippocrate nel V secolo a.C., attraverso Platone, Aristotele, sino al pensiero giuridico romanistico; dalla corrispondenza fra il concetto greco di causa e quello di colpa si passa alla sua origine antropomorfa, alla legislazione longobardo-franca, fino alla cultura moderna: Bacone, con

l'accostamento della causalità con le leggi (di natura), e poi Galilei, Cartesio, Spinoza, Malebranche, Leibniz, Hume, Kant. Congruo spazio è dedicato agli studiosi dell'ottocento (Comte, Mill), secolo in cui videro la luce le teorie causali più note ai giuristi: elaborate da Glaser, von Buri, von Kries.

La ricostruzione storica è completata con l'analisi dell'approccio seguito nel codice Rocco, con la teoria della causalità umana formulata da Antolisei, con il modello della sussunzione sotto leggi naturali di Engisch, che tanta influenza ha esercitato nell'impostazione della dottrina penalistica italiana.

La parte più innovativa del volume – rispetto alle trattazioni giuridiche che rimangono tuttora ancorate a un approccio “tradizionale” al tema della causalità – è proprio la ricostruzione del superamento della logica causale e dello sviluppo dell'approccio funzionale (Mach, Russell), l'individuazione delle influenze che su questa transizione sono state esercitate dalla meccanica quantistica, dal principio di indeterminazione di Heisenberg, dalla teoria della relatività di Einstein. E poi riferimenti alla psicologia, alla filosofia, alla logica, all'analisi storica degli eventi, che sono riuscite a emanciparsi dalla tradizione causale.

Gli ambiti giuridici in cui i limiti della spiegazione causale degli eventi sono più manifesti sono il concorso di persone nel reato (il contributo del singolo alla condotta collettiva e/o organizzata) e i reati omissivi (in particolar modo, da quest'ultimo punto di vista, è attualissimo il tema della responsabilità medica colposa), ove i nessi appaiono più propriamente funzionali che non causali.

Chiarissimo è l'esempio, effettuato dall'Autore, del palo nella rapina, la cui responsabilità penale a titolo concorsuale non può essere esclusa, ma il cui contributo non può certo definirsi causale: perché il giudizio di causalità presuppone la necessità della condizione e la rapina potrebbe essere effettuata invero anche senza il palo. Come evidenzia il prof. Aleo, la rapina potrebbe farsi anche con più pali o senza pali, incidendo sulla entità del rischio attraversato e sulla porzione di bottino da assegnare a ciascun correo. Siamo nell'ambito del rapporto costi-benefici, che riguarda non la spiegazione causale, quanto la teoria dell'organizzazione e, in modo più ampio, la teoria generale dei sistemi, l'epistemologia della complessità (la logica del molteplice, multifattoriale e contestuale).

In rappresentazioni come questa appare del tutto evidente l'insufficienza del modello causale nell'analisi – e nella spiegazione – del molteplice. Secondo l'Autore, l'unico rimedio per questa

carenza è il ricorso all'analisi funzionalistica, alla valutazione, cioè, della relazione di utilità esistente fra la parte e il tutto, nell'ambito di un contesto spazio-temporale.

E, a sostegno del modello epistemologico da lui sostenuto, il prof. Aleo richiama Weaver, von Bertalanffy, Luhmann, Radcliffe-Brown, Coase, Prigogine e Stengers, Lyotard, Ost e van de Kerchove, la Delmas-Marty, che sono solo alcune delle fonti (culturali), certamente le più significative, alle quali egli attinge.

Ma qual è la conseguenza "ordinamentale", dal punto di vista prettamente giuridico, dell'accoglimento di un tale modello epistemologico? L'inadeguatezza degli strumenti di garanzia che il sistema ha finora elaborato seguendo un approccio formalistico. L'idea della corrispondenza tra fatto e modello astratto e generale, il ruolo meramente ricognitivo del giudice, il procedimento di sussunzione (sillogistico) dell'evento nella norma sono strumenti di una legalità formale, che è puramente teorica. Occorrono garanzie diverse – la collegialità delle decisioni, la rivedibilità delle medesime, la responsabilizzazione dei decisori, la discrezionalità dell'azione penale –, tutti rimedi che l'Autore propone per sopperire alle storture che il mantenimento di un modello causalistico produce.

Il modo migliore di chiudere questa breve recensione credo sia rifarsi alle parole con cui il nostro prof. Aleo conclude il suo saggio:

«Ho fatto un lungo percorso, accompagnando il lettore a una porta, ch'egli, se vuole, può attraversare, da cui mi sono limitato a mostrargli una nuova prospettiva, da cui, secondo me, si capisce perché con certi strumenti tradizionali – segnatamente quelli dei giuristi, universalmente per lunghissimo tempo ritenuti fondamentali – non si ottengano più risultati sul cui valore sia possibile ottenere e raccogliere consenso ragionevole e diffuso».

«La semplicità della logica binaria ha contribuito alla realizzazione, e contribuisce alla spiegazione, delle leggi di natura e della codificazione, in un mondo caratterizzato da rapporti di potere disuguali e autoritari, dalla violenza che ne è dipesa: violenza organizzata, come quella delle guerre, delle persecuzioni e delle repressioni».

«Quel modello di spiegazione, che è stato strumento di legittimazione di posizioni di potere, e l'assetto istituzionale che vi è stato collegato, sono entrati in contraddizione con la cultura nel frattempo prevalente: della relatività e del relativismo, delle reti, della scomposizione della verità e delle immagini, delle forme. Il linguaggio più innocente e involontario dei giovani mi sembra meno

distonico rispetto a questo: ripeto, della relatività e del relativismo, delle reti, della scomposizione della verità e delle immagini, delle forme».

«In modo particolare, per ciò che mi (ci) riguarda, da un canto, la struttura binaria inter-individuale della codificazione (il delitto, così come il contratto), ma ancora del modo tradizionale di fare diritto, non è adeguata a comprendere e a governare la dimensione del molteplice, che caratterizza le nostre attività, lecite e illecite, d'altro canto, le forme e i meccanismi della repressione appaiono brutalmente semplificatori, per non dire altro, in confronto alle problematiche che pretendono di affrontare e risolvere; ancora, le forme della sedicente giustizia mostrano tutte le loro vergogne».

«Per creare una nuova cassetta degli attrezzi bisogna, prima, arieggiare l'ambiente, respirare aria nuova e ascoltare linguaggi diversi, quel che è diverso da noi, creando così le premesse per realizzare modalità di collegamento fra settori e assetti culturali tradizionalmente distanti, per definire insomma un nuovo terreno di gioco e di confronto, di discussione, anche accesa, ma civile, democratica e non stantia».

«Ho provato, mettendo in discussione le mie e le nostre conoscenze (dei giuristi), a presentare alcune possibilità, opportunità, metodologiche, maturate e sperimentate in diversi e svariati settori della conoscenza, ritenendole utili ai fini del dialogo, più conformi alle nuove condizioni, definite di complessità organizzativa delle attività umane, di complessità e liquidità culturale e politica, delle forme di rappresentazione e della comunicazione, del governo, dei rapporti fra le persone».

«Chi vuole, chi è scontento, chi è insoddisfatto, chi non ha potere, se ne può servire, per provare a ricominciare».

Alessandro Centonze

Le diverse figure del dichiarante: uno sguardo d'insieme *

SOMMARIO: 1. Il dichiarante-vittima, la rilevanza probatoria delle accuse rese dalla offesa dal reato e la regola probatoria dell'art. 192, comma 3, c.p.p. – 2. Il dichiarante-interessato, le garanzie difensive previste dall'art. 63 c.p.p. e la rilevanza probatoria delle dichiarazioni auto-indizianti. – 3. Il dichiarante-propalante e le dichiarazioni accusatorie rese dai chiamanti in correità e dai chiamanti in reità. – 4. Il dichiarante-incerto e la rilevanza probatoria delle dichiarazioni auto-accusatorie ed etero-accusatorie oggetto di ritrattazione. – 5. Il dichiarante-irreperibile, la rilevanza probatoria delle dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio e il principio del “giusto processo” affermato dall'art. 111 Cost. – 6. Il dichiarante-esperto, l'esame dibattimentale del perito e la questione dell'assimilazione tra perito e testimone.

1. Il dichiarante-vittima, la rilevanza probatoria delle accuse rese dalla offesa dal reato e la regola probatoria dell'art. 192, comma 3, c.p.p.

In questa breve rassegna sulle figure dichiarative del nostro sistema penale ritengo opportuno prendere le mosse dalle dichiarazioni rese dalla persona offesa dal reato, sulla cui rilevanza probatoria spesso si riscontrano equivoci ermeneutici, dovuti all'improprio inquadramento di questo soggetto processuale da parte dei giudici di merito.

Deve, infatti, rilevarsi che le dichiarazioni della persona offesa dal reato, pur dovendo essere valutate con le opportune cautele processuali, dovute al suo interesse all'esito del procedimento penale, costituiscono un elemento probatorio idoneo e sufficiente a consentire, nel corso delle indagini preliminari, l'applicazione di un provvedimento cautelare e, nel giudizio di merito, la condanna dell'imputato.

D'altra parte, pur dovendosi riscontrare occasionali incertezze applicative da parte della giurisprudenza di merito, non sussistono oscillazioni interpretative tali da indurre a ritenere modificato il quadro ermeneutico di riferimento in tema di valutazione della prova, secondo cui la deposizione della persona offesa, anche se rappresenta l'unica prova del fatto da accertare e manchino riscontri esterni, può legittimare l'adozione di un provvedimento restrittivo – e la successiva emissione di una sentenza di condanna dell'imputato –, conformemente a quanto statuito dalla Suprema Corte, secondo cui: «In tema di misure cautelari personali, le dichiarazioni

* Questo intervento riproduce fedelmente l'esposizione orale della relazione tenuta il 12 ottobre 2020, durante il Corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, con formazione da remoto, intitolato “La prova dichiarativa nel processo penale”.

accusatorie della persona offesa possono integrare i gravi indizi di colpevolezza richiesti per l'applicazione della misura, senza necessità di acquisire riscontri oggettivi esterni ai fini della valutazione di attendibilità estrinseca»¹.

In tale ambito, occorre ulteriormente considerare la giurisprudenza di legittimità, consolidatasi a seguito dell'intervento chiarificatore delle Sezioni unite, che esclude l'applicazione della regola generale prevista dall'art. 192, comma 3, c.p.p. alle dichiarazioni delle persone offese dal reato, secondo la quale: «Le regole dettate dall'art. 192, comma terzo, cod. proc. pen. non si applicano alle dichiarazioni della persona offesa, le quali possono essere legittimamente poste da sole a fondamento dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve in tal caso essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone»².

Ne discende che la deposizione della persona offesa dal reato, anche se non può essere equiparata *tout court* a quella del testimone estraneo ai fatti di reato, può tuttavia essere assunta, anche da sola, come fonte di prova, laddove sia sottoposta a un controllo rigoroso sulla credibilità oggettiva e soggettiva, non richiedendo neppure riscontri esterni, quando non sussistano situazioni che inducano a dubitare della sua attendibilità³.

2. Il dichiarante-interessato, le garanzie difensive previste dall'art. 63 c.p.p. e la rilevanza probatoria delle dichiarazioni auto-indizianti.

Una delle figure più problematiche di dichiarante – le cui dichiarazioni possiedono una valenza probatoria particolarmente controversa – è quella del soggetto che rende dichiarazioni auto-indizianti, per le quali si pone il problema dell'applicazione delle garanzie difensive previste

¹ Si veda Cass. pen., Sez. V, 20 dicembre 2013, n. 5609, Puente Suarez, in *Cass. C.E.D.*, n. 258870-01; si veda, in senso sostanzialmente conforme al principio di diritto richiamato nel testo, anche Sez. I, 21 settembre 2018, M., n. 44633, in *Cass. C.E.D.*, n. 273891-01.

² Si veda Cass. pen., Sez. un., 18 luglio 2012, Bell'Arte, n. 41611, in *Cass. C.E.D.*, n. 253214-01; su questa importante pronunzia di legittimità, si veda ulteriormente il commento dottrinario di V. BOSCO, *Giudizio abbreviato condizionato: ancora irrisolto il problema delle prove di impossibile acquisizione*, in *Giur. it.*, 2013, 5, pp. 1191 ss.

³ Si vedano Cass. pen., Sez. IV, 11 febbraio 2020, C., n. 10513, in *Cass. C.E.D.*, n. 278609-01; Cass. pen., Sez. V, 1 giugno 1999, Mazzella, n. 6910, in *Cass. C.E.D.*, n. 213613-01.

dall'art. 63 c.p.p., su cui si impone una ricognizione preliminare, che, laddove correttamente eseguita dal giudice di merito, si sottrae al sindacato di legittimità⁴.

Tale vaglio preliminare, dunque, deve essere fondato su una corretta applicazione dell'art. 63 c.p.p. e postula un accertamento sulla posizione del dichiarante e sul suo interesse personale alla ricostruzione dei fatti di reato su cui viene chiamato a deporre davanti all'autorità giudiziaria. Dall'esito di tale accertamento discende la possibilità di applicare la disciplina dell'art. 63 c.p.p., conformemente alla giurisprudenza di legittimità consolidatasi con l'intervento chiarificatore delle Sezioni unite, secondo cui: «Le dichiarazioni “indizianti” di cui all'art. 63, comma primo, cod. proc. pen. sono quelle rese da un soggetto sentito come testimone o persona informata sui fatti che riveli circostanze da cui emerga una sua responsabilità penale per fatti pregressi, non invece quelle attraverso le quali il medesimo soggetto realizzi il fatto tipico di una determinata figura di reato quale il favoreggiamento personale, la calunnia o la falsa testimonianza, in quanto la predetta norma di garanzia è ispirata al principio “nemo tenetur se detegere”, che salvaguarda la persona che abbia commesso un reato, e non quella che debba ancora commetterlo»⁵.

Ne discende che, ai fini della verifica della rilevanza probatoria della testimonianza, il sistema introdotto dal codice di rito vigente separa nettamente la valutazione della testimonianza ai fini della decisione del processo in cui è stata resa e la persecuzione penale del testimone che abbia eventualmente deposto il falso, attribuendo al giudice il solo compito di informare il pubblico ministero della notizia di reato, qualora ne ravvisi gli estremi in sede di valutazione del materiale probatorio⁶. Di conseguenza, la deposizione del testimone, pur se falsa, rimane parte integrante del processo penale in cui è stata resa e costituisce prova utilizzabile e valutabile in relazione al compendio probatorio legittimamente acquisito, consentendo la condanna dell'imputato⁷.

⁴ Si vedano Cass. pen., Sez. VI, 19 aprile 2016, n. 20098, in *Cass. C.E.D.*, n. 267129-01; Cass. pen., Sez. II, 16 ottobre 2013, Caterino, n. 51840, in *Cass. C.E.D.*, n. 267129-01.

⁵ Si veda Cass. pen., Sez. un., 26 marzo 2015, Lo Presti, n. 33583, in *Cass. C.E.D.*, n. 264481-01; su questa importante pronunzia di legittimità, si veda ulteriormente il commento dottrinario di P. MAGGIO, *Le dichiarazioni rese in assenza dell'avvertimento contemplato nell'art. 64 comma 3 lett. c) sono inutilizzabili anche nei casi di connessione debole*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 6, pp. 34 ss.

⁶ Si vedano Cass. pen., Sez. III, 3 ottobre 2018, A., n. 53656, in *Cass. C.E.D.*, n. 275452-01; Cass. pen., Sez. VI, 31 marzo 2004, Turturici, n. 21116, in *Cass. C.E.D.*, n. 229024-01.

⁷ Si veda Cass. pen., Sez. VI, 23 novembre 2011, Accetta, n. 18065, in *Cass. C.E.D.*, n. 252531-01; Cass. pen., Sez. V, 28 gennaio 2013, Marino, n. 19313, in *Cass. C.E.D.*, n. 255635-01.

Questa posizione ermeneutica, del resto, si impone alla luce dell'orientamento precedentemente consolidatosi in senso alle Sezioni unite in tema di attribuibilità della qualità di soggetto indagato al testimone, nel cui contesto veniva affermato il seguente principio di diritto: «In tema di prova dichiarativa, allorché venga in rilievo la veste che può assumere il dichiarante, spetta al giudice il potere di verificare in termini sostanziali, e quindi al di là del riscontro di indici formali, l'eventuale già intervenuta iscrizione nominativa nel registro delle notizie di reato, l'attribuibilità allo stesso della qualità di indagato nel momento in cui le dichiarazioni stesse vengano rese, e il relativo accertamento si sottrae, se congruamente motivato, al sindacato di legittimità»⁸.

3. Il dichiarante-propalante e le dichiarazioni accusatorie rese dai chiamanti in correità e dai chiamanti in reità.

Per inquadrare questa figura dichiarativa è necessario richiamare preliminarmente l'orientamento ermeneutico consolidatosi a seguito dell'intervento chiarificatore delle Sezioni unite, secondo cui: «Nella valutazione della chiamata in correità o in reità, il giudice, ancora prima di accertare l'esistenza di riscontri esterni, deve verificare la credibilità soggettiva del dichiarante e l'attendibilità oggettiva delle sue dichiarazioni, ma tale percorso valutativo non deve muoversi attraverso passaggi rigidamente separati, in quanto la credibilità soggettiva del dichiarante e l'attendibilità oggettiva del suo racconto devono essere vagliate unitariamente, non indicando l'art. 192, comma terzo, cod. proc. pen., alcuna specifica tassativa sequenza logico-temporale»⁹.

Questo orientamento ermeneutico, com'è noto, si inserisce in un filone giurisprudenziale risalente a un decennio prima dell'intervento chiarificatore delle Sezioni unite, sopra citato, cui ci si deve riferire richiamando il seguente principio di diritto: «In tema di chiamata in reità, poiché la valutazione della credibilità soggettiva del dichiarante e quella della attendibilità oggettiva delle sue

⁸ Si veda Cass. pen., Sez. un., 25 febbraio 2010, Mills, n. 15208, in Cass. C.E.D., n. 246584-01; su questa importante pronunzia di legittimità, si veda ulteriormente il commento dottrinario di V. MAIELLO, *La corruzione susseguente in atti giudiziari tra testo, contesto e sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 8, pp. 995 ss.

⁹ Si veda Cass. pen., Sez. un., 29 novembre 2012, Aquilina, n. 20804, in Cass. C.E.D., n. 255145-01; su questa importante pronunzia di legittimità, si veda ulteriormente il commento dottrinario di G. BARROCU, *Chiamata in correità de relato: il libero convincimento del giudice come "cavallo di Troia" per il recupero del sapere investigativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 12, pp. 1437 ss.

dichiarazioni non si muovono lungo linee separate, posto che l'uno aspetto influenza necessariamente l'altro, al giudice è imposta una considerazione unitaria dei due aspetti, pur logicamente scomponibili; sicché, in presenza di elementi incerti in ordine all'attendibilità del racconto, egli non può esimersi dal vagliarne la tenuta probatoria alla luce delle complessive emergenze processuali, in quanto – salvo il caso estremo di una sicura inattendibilità del dichiarato – il suo convincimento deve formarsi sulla base di un vaglio globale di tutti gli elementi di informazione legittimamente raccolti nel processo»¹⁰.

In questa stratificata cornice ermeneutica, deve rilevarsi che, ai fini della corretta valutazione del mezzo di prova di cui si sta discutendo, la metodologia a cui il giudice di merito deve conformarsi non può che essere quella trifasica, fondata sulla valutazione della credibilità del dichiarante, desunta dalla sua personalità, dalle sue condizioni socio-economiche e familiari, dal suo passato, dai rapporti con l'accusato, dalla genesi remota e prossima delle ragioni che lo hanno indotto all'accusa nei confronti del chiamato; dalla valutazione dell'attendibilità intrinseca della chiamata effettuata dal proponente, che deve essere fondata sui criteri della precisione, della coerenza, della costanza, della spontaneità; dalla verifica esterna dell'attendibilità della dichiarazione accusatoria resa dal proponente, effettuata attraverso l'esame di elementi estrinseci di riscontro alla stessa chiamata, idonei ad attestarne la veridicità¹¹.

Deve, tuttavia, evidenziarsi, in linea con quanto opportunamente precisato dalla successiva giurisprudenza di legittimità, che tale sequenza trifasica non deve svilupparsi rigidamente, nel senso che il percorso valutativo dei vari passaggi non deve muoversi lungo linee separate, in quanto la credibilità soggettiva del dichiarante e l'attendibilità oggettiva del suo racconto, influenzandosi reciprocamente, allo stesso modo di quanto accade per ogni altra fonte dichiarativa, deve essere valutata unitariamente, conformemente ai criteri epistemologici generali e non prevedendo, per converso, la disposizione dell'art. 192, comma 3, c.p.p., alcuna deroga¹².

Quanto, infine, alla tipologia e all'oggetto dei riscontri probatori, la genericità del riferimento agli elementi di prova da parte dell'art. 192, comma 3, c.p.p. legittima l'interpretazione secondo cui,

¹⁰ Si vedano Cass. pen., Sez. VI, 13 marzo 2007, Pelaggi, n. 11599, in *Cass. C.E.D.*, n. 236151-01; Cass. pen., Sez. II, 16 febbraio 2006, n. 21599, Emmanuello, in *Cass. C.E.D.*, n. 244541-01.

¹¹ Si veda Cass. pen., Sez. un., 21 ottobre 1992, Marino, n. 1653, in *Cass. C.E.D.*, n. 192465-01.

¹² Si vedano Cass. pen., Sez. I, 2 dicembre 2016, Aracu, n. 13844, in *Cass. C.E.D.*, n. 270367-01; Cass. pen., Sez. I, 5 febbraio Pagnozzi 2014, n. 22633, in *Cass. C.E.D.*, n. 262348-01.

in questo ambito, vige il principio della libertà degli elementi di riscontro estrinseco, nel senso che questi, non essendo predeterminati nella specie e nella qualità, possono essere di qualsiasi tipo e natura, ricomprendendo non soltanto le prove storiche dirette, ma ogni altro elemento probatorio, anche indiretto, legittimamente acquisito al processo penale e idoneo, sul piano della mera consequenzialità logica, a corroborare, nell'ambito di una valutazione probatoria unitaria, il mezzo di prova ritenuto bisognoso di conferma giurisdizionale¹³.

Ne discende che il riscontro estrinseco alla chiamata in correità o in reità di un propalante può essere offerto anche dalle dichiarazioni di analoga natura rese da uno o più degli altri soggetti indicati nella richiamata disposizione, atteso che qualunque elemento probatorio, diretto o indiretto che sia, purché estraneo alle dichiarazioni che devono essere riscontrate, può essere legittimamente utilizzato a conferma della loro attendibilità¹⁴.

4. Il dichiarante-incerto e la rilevanza probatoria delle dichiarazioni auto-accusatorie ed etero-accusatorie oggetto di ritrattazione.

Non è infrequente che, dopo l'acquisizione di dichiarazioni auto-accusatorie o etero-accusatorie, il dichiarante operi la ritrattazione delle precedenti accuse, ponendo il problema della rilevanza da attribuire alle originarie propalazioni e alla successiva ritrattazione processuale.

Per risolvere questo problema occorre richiamare la giurisprudenza di legittimità che afferma l'ininfluenza di una ritrattazione di cui sia accertata l'inattendibilità e l'incoerenza con gli altri dati processuali, relativi alla credibilità intrinseca del dichiarante e alla valenza probatoria delle sue dichiarazioni, rilevanti sia nei confronti dell'imputato sia nei confronti di eventuali soggetti accusati¹⁵.

Si tratta, allora, di ribadire che l'eventuale ritrattazione, in quanto tale, non assume un rilievo idoneo a escludere la rilevanza delle precedenti dichiarazioni, confessorie o eteroaccusatorie, conformemente alla giurisprudenza di legittimità, secondo cui tale comportamento processuale non costituisce un elemento in grado di escludere *ex se* l'attendibilità del dichiarante, purché il giudice di merito, con una motivazione adeguata, dia conto del mutamento della posizione dichiarativa e

¹³ Si veda Cass. pen., Sez. un., 29 novembre 2012, Aquilina, n. 20804, cit.

¹⁴ Si veda Cass. pen., Sez. un., 29 novembre 2012, Aquilina, n. 20804, cit.

¹⁵ Si vedano Cass. pen., Sez. I, 13 Maggio 2015, Tornicchio, n. 43681, in Cass. C.E.D., n. 264476-01; Cass. pen., Sez. I, 4 marzo 2008, Abbrescia, n. 14623, in Cass. C.E.D., n. 240114-01.

dell'assoluta inattendibilità delle dichiarazioni testimoniali attraverso le quali si è concretizzata la ritrattazione. Di conseguenza, la ritrattazione del propalante non rappresenta un elemento in grado di escludere l'attendibilità intrinseca del chiamante, come costantemente affermato dalla Suprema Corte, a condizione che «il giudice di merito, con congrua motivazione, dia conto delle ragioni del mutamento della posizione del dichiarante ovvero ponga in rilievo l'assoluta inattendibilità delle contro dichiarazioni»¹⁶.

Si muove, a ben vedere, in questa direzione anche l'opzione ermeneutica che non stabilisce una presunzione assoluta di inattendibilità della ritrattazione delle precedenti dichiarazioni, in linea con il seguente principio di diritto: «In tema di valutazione delle prove, la ritrattazione, da parte di un collaboratore di giustizia, di dichiarazioni accusatorie in precedenza rese non costituisce elemento in grado di escluderne l'attendibilità, potendo il giudice legittimamente riconoscere valore probatorio alle stesse, a condizione che eserciti su di esse un controllo più incisivo, esteso ai motivi della variazione del dichiarato, potendo anche ritenere che la ritrattazione si traduca in un ulteriore elemento di conferma delle originarie accuse»¹⁷.

La ritrattazione delle precedenti dichiarazioni, pertanto, non è indefettibilmente idonea a svalutare le accuse precedentemente rese da un dichiarante davanti all'autorità giudiziaria, non potendo attribuirsi a tale scelta processuale alcuna connotazione presuntiva che non sia superabile *aliunde*. Ne consegue che il giudice di merito può legittimamente riconoscere valore probatorio alle dichiarazioni testimoniali che sono state ritrattate, a condizione che eserciti su di esse un controllo incisivo, possibilmente esteso ai motivi della loro variazione, potendo persino ritenere che la ritrattazione inattendibile o mendace si traduca, in quanto tale, in un ulteriore elemento di conferma delle accuse originarie¹⁸.

¹⁶ Si veda Cass. pen., Sez. I, 20 giugno 2011, Maggi, in Cass. C.E.D., n. 271252-01; si veda, in senso sostanzialmente conforme al principio di diritto richiamato nel testo, anche Cass. pen., Sez. VI, 31 gennaio 1996, Alleruzzo, n. 7627, in Cass. C.E.D., n. 206583-01.

¹⁷ Si veda Cass. pen., Sez. VI, 30 maggio 2019, Caggiano, n. 35680, in Cass. C.E.D., n. 276693-01; si veda, in senso sostanzialmente conforme al principio di diritto richiamato nel testo, anche Cass. pen., Sez. III, 4 novembre 2009, Preka, n. 49579, in Cass. C.E.D., n. 271252-01.

¹⁸ Si veda Cass. pen., Sez. I, 20 giugno 2011, Maggi, cit.

5. Il dichiarante-irreperibile, la rilevanza probatoria delle dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio e il principio del “giusto processo” affermato dall’art. 111 Cost.

Proseguendo in questa rassegna delle diverse figure di dichiarante del sistema processuale, occorre fare riferimento alla figura del dichiarante-irreperibile, per l’inquadramento della quale occorre richiamare l’art. 526, comma 1-bis, c.p.p.

Si consideri che l’art. 526, comma-1 bis, c.p.p. pone un limite all’utilizzazione probatoria delle dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio, richiamando la previsione dell’art. 111, comma 4, Cost., affermando: «La colpevolezza dell’imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all’esame da parte dell’imputato o del suo difensore».

In questa cornice ermeneutica, si inserisce il principio di diritto affermato dalle Sezioni unite, secondo cui: «Le dichiarazioni predibattimentali rese in assenza di contraddittorio, ancorché legittimamente acquisite, non possono – conformemente ai principi affermati dalla giurisprudenza europea, in applicazione dell’art. 6 della CEDU – fondare in modo esclusivo o significativo l’affermazione della responsabilità penale»¹⁹.

Si tenga ulteriormente presente che il comma 1-bis dell’art. 526 c.p.p. è stato introdotto dall’art. 19 della legge 10 marzo 2001, n. 63, in linea con la previsione dell’art. 111, comma 4, Cost., che ha reso espliciti a livello costituzionale i principi enunciati dall’art. 6 CEDU, così come elaborati dalla giurisprudenza sovranazionale. Sarebbe, quindi, incongruo ritenere che il legislatore italiano, nel momento in cui ha operato una revisione sistematica dell’art. 111 Cost., allo scopo di introdurre i principi convenzionali sul giusto processo, abbia invece mantenuto in vigore una norma incompatibile con quella convenzionale, consentendo l’utilizzazione di prove acquisite in assenza di contraddittorio.

Ne deriva che la differenza di formulazione rispetto alla norma dell’art. 6 CEDU non può essere intesa nel senso di una volontà del legislatore italiano di impedire l’applicazione della regola convenzionale in materia di garanzie del contraddittorio. La diversità di articolazione delle disposizioni richiamate, del resto, non esclude che le stesse rappresentino l’applicazione di un

¹⁹ Si veda Cass. pen., Sez. un., 25 novembre 2010, D.F., n. 27918, in Cass. C.E.D., n. 250199-01; su questa importante pronuncia di legittimità, si veda ulteriormente il commento dottrinario di P. SILVESTRI, *Le Sezioni Unite impongono rigore per l’acquisizione e l’utilizzazione delle dichiarazioni predibattimentali rese senza contraddittorio da persona residente all’estero*, in Cass. pen., 2012, 3, pp. 858 ss.

identico o di un analogo principio generale, finalizzato ad affermare un rigoroso criterio di valutazione delle dichiarazioni dei soggetti che la difesa non ha mai avuto la possibilità di esaminare e a eliminare o a limitare le statuizioni di condanna fondate sulle dichiarazioni di un dichiarante irreperibile²⁰.

Il criterio di valutazione affermato dall'art. 6 CEDU, pertanto, si deve necessariamente integrare con gli altri criteri di valutazione elaborati dall'ordinamento, imponendo un'interpretazione sistematica del principio del contraddittorio nella formazione della prova e della regola di giudizio consacrata nell'art. 533, comma 1, c.p.p. e costituzionalizzata dall'art. 111, comma quarto, Cost.

6. Il dichiarante-esperto, l'esame dibattimentale del perito e la questione dell'assimilazione tra perito e testimone.

Per inquadrare questa figura di dichiarante occorre muovere dalla disposizione dell'art. 220 c.p.p., che disciplina la perizia, che può essere disposta per effettuare indagini, acquisire dati, compiere valutazioni, che richiedano specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche.

Quanto alle modalità con le quali il perito deve rispondere al quesito rassegnatogli dall'autorità giudiziaria, l'art. 227 c.p.p. prevede, alternativamente, la possibilità di una risposta orale immediata ovvero di una risposta a mezzo di una relazione scritta, nel caso in cui le verifiche peritali comportino accertamenti di "particolare complessità".

Per quanto riguarda, invece, l'esame del perito, la previsione dell'art. 501 c.p.p. dispone che «si osservano le disposizioni sull'esame dei testimoni in quanto applicabili», comportando l'assimilazione del perito al testimone, che, tra l'altro, appare desumibile dall'impegno che sia il perito – ai sensi dell'art. 226 c.p.p. – sia il testimone – ai sensi dell'art. 497 c.p.p. – devono assumere nei confronti dell'autorità giudiziaria.

Si può, pertanto, affermare che il perito, in ambito processuale, riveste ruoli multifunzionali, potendo essere chiamato a svolgere sia accertamenti sia valutazioni; ragione per cui viene anche chiamato "testimone esperto", perché, analogamente al testimone, ha l'obbligo di riferire sui fatti sui quali viene esaminato, pur essendo esperto, perché, nel rispondere, si deve avvalere delle sue competenze specialistiche.

²⁰ Si vedano Cass. pen., Sez. V, 18 gennaio 2017, S., n. 13522, in *Cass. C.E.D.*, n. 269397-01; Cass. pen., Sez. II, 18 ottobre 2007, Poltronieri, n. 43331, in *Cass. C.E.D.*, n. 238198-01.

Tuttavia, è proprio per la centralità che, generalmente, la perizia assume ai fini della decisione, che il legislatore ha congegnato il suo svolgimento in modo che venga assicurata la garanzia del contraddittorio sia nella fase dello svolgimento dell'incarico peritale, concedendo alle parti la possibilità di nominare propri consulenti, ai sensi dell'art. 225 c.p.p., sia nella fase dell'esposizione degli esiti delle sue verifiche, disponendo che il perito sia sottoposto a esame con le forme previste dall'art. 501 c.p.p. Ne consegue che la garanzia del contraddittorio prevista dall'art. 501 c.p.p. pen. costituisce l'elemento che maggiormente caratterizza, dal punto di vista processuale, l'istituto della perizia e rende destituita di fondamento sistematico l'affermazione secondo cui il perito – esprimendo valutazioni neutre, fondate sulle sue competenze specifiche – non può essere assimilato al testimone.

Questa posizione ermeneutica, da ultimo, è stata ribadita dalle Sezioni unite, che, intervenendo nel più ampio contesto della riforma della sentenza assolutoria di primo grado, affermavano il seguente principio di diritto: «Le dichiarazioni rese dal perito o dal consulente tecnico nel corso del dibattimento, in quanto veicolate nel processo a mezzo del linguaggio verbale, costituiscono prove dichiarative, sicché sussiste, per il giudice di appello che, sul diverso apprezzamento di esse, fonda, sempreché decisive, la riforma della sentenza di assoluzione, l'obbligo di procedere alla loro rinnovazione dibattimentale attraverso l'esame del perito o del consulente, mentre analogo obbligo non sussiste ove la relazione scritta del perito o del consulente tecnico sia stata acquisita mediante lettura, ivi difettando la natura dichiarativa della prova»²¹.

Questa pronuncia di legittimità, peraltro, non deve essere valutata isolatamente, giungendo a conclusione di un percorso ermeneutico estremamente articolato, che trae origine dalla nota “Sentenza Dasgupta”, che, nel più ampio contesto del canone di giudizio di cui all'art. 533, comma 1, c.p.p., affermavano il seguente principio di diritto: «È affetta da vizio di motivazione ex art. 606, comma primo, 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 primo, cod. proc. pen., la sentenza di appello che, su impugnazione del pubblico ministero, affermi la responsabilità dell'imputato, in riforma di una

²¹ Si veda Cass. pen., Sez. un., 28 gennaio 2019, Pavan, n. 14426, in Cass. C.E.D., n. 275112-01; su questa importante pronuncia di legittimità, si vedano ulteriormente i commenti dottrinari di S. RECCHIONE, *Il processo a statuto probatorio variabile: la rinnovazione in appello della prova scientifica*, in *www.sistemapenale*, 23 giugno 2020; G. GALLUCCIO MEZIO, *Riflessione a margine delle Sezioni unite nel caso Pavan: la rinnovazione della “prova tecnica” in appello tra luci e ombre*, in Cass. pen., 2019, 11, pp. 3859 ss.

sentenza assolutoria, operando una diversa valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, delle quali non sia stata disposta la rinnovazione a norma dell'art. 603, comma terzo, cod. proc. pen.; ne deriva che, al di fuori dei casi di inammissibilità del ricorso, qualora il ricorrente abbia impugnato la sentenza di appello censurando la mancanza, la contraddittorietà o la manifesta illogicità della motivazione con riguardo alla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, pur senza fare specifico riferimento al principio contenuto nell'art. 6, par. 3, lett. d), della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Corte di cassazione deve annullare con rinvio la sentenza impugnata»²².

Si trattava, probabilmente, di un percorso ermeneutico inevitabile, anche alla luce della successiva introduzione dell'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p., atteso che, secondo la giurisprudenza sovranazionale consolidata, il perito è equiparabile al testimone. Infatti, la Corte EDU ha costantemente affermato che al perito – pur rivestendo un ruolo diverso da quello del testimone, dovendo qualificarsi come “testimone esperto” – si applicano le regole del giusto processo, che ne comportano l'assimilazione al testimone²³.

Infatti, secondo l'interpretazione costante che la Corte EDU ha fornito dell'art. 6.3, lett. d), CEDU le garanzie previste per i testimoni devono essere applicate anche ai periti, con la conseguenza che, relativamente a tali soggetti processuali, devono essere riconosciute le garanzie difensive previste per i testimoni. Dispone, in particolare, l'art. 6.3, lett. d), CEDU, che «ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e)

²² Si veda Cass. pen., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, n. 2760, in *Cass. C.E.D.*, n. 267486-01; su questa pronunzia di legittimità, si veda ulteriormente il commento dottrinario di V. AIUTI, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, in *Cass. pen.*, 2016, 9, pp. 3214 ss.

²³ Si vedano Corte EDU, 12 maggio 2016, Poletan e Azirovik c. Macedonia; Corte EDU, 27 marzo 2014, Matytsina c. Russia.

farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza»²⁴.

Sulla scorta di questi richiami giurisprudenziali sovranazionali, le Sezioni unite si pronunciavano nel senso dell'equiparazione tra la figura del perito e quella del testimone, osservando che le regole del “giusto processo”, così come canonizzate dall'art. 6.3, lett. d), CEDU e recepite dall'art. 111 Cost. devono essere applicate anche ai “testimoni esperti”, laddove costoro, come i testimoni ordinari, a maggior ragione laddove costoro assumono un rilievo determinante ai fini della decisione del giudice di merito²⁵.

²⁴ Si veda Cass. pen., Sez. un., 28 gennaio 2019, Pavan, n. 14426, cit.

²⁵ Si veda Cass. pen., Sez. un., 28 gennaio 2019, Pavan, n. 14426, cit.

Giuseppe Spadaro

Minori e pericolo di radicalizzazione

La Commissione europea definisce la radicalizzazione come “il fenomeno delle persone che abbracciano opinioni, punti di vista e idee che potrebbero portare ad atti di terrorismo” (Commissione europea, 2005). Tuttavia, nell’ambito del progetto J-SAFE (Strategia giudiziaria contro tutte le forme di estremismo violento in carcere) è emerso, da parte dei partecipanti ai seminari svoltisi nei Paesi coinvolti, che permane la mancanza di modelli legali e teorici che spieghino come e perché gli individui attraversino processi di radicalizzazione, come si rapportino alla violenza e al terrorismo e quindi quale sia la strategia legale e giudiziaria più appropriata per la prevenzione.

Nonostante la radicalizzazione sia considerata, dalle dottrine di sicurezza europee, legata al terrorismo nella sua fase embrionale, così come argomentato nel corso di questa trattazione, le presenti *Linee guida* affrontano con determinazione la necessità di problematizzare e chiarire quali e di che tipo siano i rapporti che sussistono tra radicalizzazione e terrorismo, considerata la mancanza di consenso a livello accademico su cosa sia la radicalizzazione, ma soprattutto su quali siano le effettive differenze legali tra radicalizzazione e terrorismo e, infine, quale sia lo spazio di azione del potere giudiziario in questi ambiti che sono stati definiti come “pre-crimine”.

Una risposta di grande efficacia ermeneutica che questo volume fornisce risiede nell’enunciazione che la radicalizzazione presenta le caratteristiche di un fenomeno “ibrido”, situato nel *continuum* individuabile tra azione penale, misure di prevenzione e sicurezza ed attività di riabilitazione sociale. Tale *ibridazione* è probabilmente anche alla base del rischio di strumentalizzazioni e forzature ma, soprattutto, della difficoltà a qualificare giuridicamente i fenomeni di radicalizzazione rispetto alla violenza e al terrorismo.

A partire dal mio ruolo di giudice minorile e di magistrato coinvolto nella lotta alla criminalità organizzata, anche in questa sede vorrei fare riferimento al parallelismo che sempre più di sovente si pone tra i figli di mafia e i giovani jihadisti, laddove i termini del confronto sono, per i primi, tra i fattori di appartenenza culturali e familiari e la militanza in organizzazioni criminali mentre, per i secondi, tra le esperienze di radicalizzazione e l’adesione a reti terroristiche.

Molti ragazzi che ho incontrato nella mia esperienza di magistrato minorile in Calabria e che, stando alle loro biografie, sono entrati nel limbo dell’onore deviato dell’organizzazione criminale – ragazzi cui è stato insegnato a usare le armi, a nascondere cocaina, adolescenti cui è chiesto di eliminare il nemico – sono stati allevati, i maschi in particolare, proprio come soldati dell’Isis, tra

lavaggi del cervello e addestramento militare, mentre le femmine sono educate a stare al loro posto e prepararsi al ruolo di ancelle, madri e serve.

Com'è noto anche a livello internazionale, per un numero crescente di questi adolescenti, attraverso il loro ingresso nel progetto denominato *Liberi di scegliere*,¹, si è riusciti ad agire sulla correlazione tra appartenenza familiare e militanza in organizzazioni criminali e ad allontanarli dai boss di 'Ndrangheta grazie all'intervento del Tribunale per i Minorenni di Reggio Calabria. Il degrado educativo di cui sono vittime è stato considerato come trasmissione di valori mafiosi e perciò trattato alla pari di un maltrattamento (fisico e psicologico) nei provvedimenti di decadenza della responsabilità genitoriale. Da questo incubo molti giovani sono usciti anche grazie alle madri, "vedove bianche" e donne sole perché i mariti sono in carcere, proprio come le madri sole e le vedove dell'Isis. Solo qualche anno fa non si fidavano dello Stato, non sapevano che ci fosse quest'opzione, e ora invece ne possono vedere i risultati.

Il progetto *Liberi di scegliere*, valorizzando le categorie dell'appartenenza familiare dei minori e della responsabilità genitoriale, prevede percorsi di educazione individuali rivolti ai minori, al fine di fornire agli stessi una valida alternativa al contesto sociale fortemente caratterizzato da una cultura mafiosa; contempla l'attivazione di équipe specializzate per fornire ai destinatari il supporto necessario a favorire scelte di vita estranee alle dinamiche criminali delle regioni di nascita.

Anche rispetto a fenomeni di radicalizzazione, ciò che occorre capire, dunque, sono i processi tramite i quali le persone adottano credenze che giustificano la violenza e come passino dal pensiero all'azione. Inevitabilmente bisogna fare riferimento ad un quadro interpretativo che sia in grado di integrare i meccanismi micro (individuali) con quelli macro (sociali/culturali e giuridici): solo in questo modo potranno essere messe in campo tecniche efficaci di prevenzione nella lotta al terrorismo.

Il percorso progettuale alla base delle *Linee guida* documenta, infatti, che non è verificato che un'ideologia radicalizzata sia una premessa necessaria per abbracciare il terrorismo: esistono percorsi e meccanismi di coinvolgimento differenti a seconda dei soggetti e dei contesti.

¹ Cfr. [ROBERTO DI BELLA](#), [GIUSEPPINA MARIA PATRIZIA SURACE](#), Il progetto *Liberi di scegliere*. La tutela dei minori di 'ndrangheta nella prassi giudiziaria del Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria, *Rubbettio, Catanzaro*, 2019.

Radicalismo, radicalizzazione, coinvolgimento nel terrorismo sembrano, dunque, rimandare a una serie di processi diversi. Avere idee radicali e abbracciare ideologicamente una causa non significa impegnarsi concretamente in atti terroristici.

Rispetto alla cosiddetta *deradicalizzazione*, quindi, vi è la consapevolezza di quanto presenti problematiche nonché dinamiche complesse almeno tanto quanto quelle rinvenibili nella radicalizzazione che la precede. Prima in Francia e poi in Inghilterra, la *deradicalizzazione* è stata intesa come percorso rieducativo guidato nell'ambito dell'esperienza religiosa islamica, condotto anche con l'ausilio di Imam, per comprendere le reali radici di tale credo religioso e consentire al soggetto riabilitando di rifuggire consapevolmente da ogni logica ed uso distorti della religione islamica e dei suoi precetti comportamentali. Nonostante i risultati non proprio incoraggianti, è noto l'impegno dell'Unione Europea in questa direzione, con programmi di *deradicalizzazione* in chiave interculturale e interreligiosa.

Tuttavia, non può esistere ovviamente una soluzione unica, valida per tutti casi e, inoltre, risulta importante la creazione di una serie d'incentivi (legali, familiari, ambientali) che possono spingere il radicalizzato all'adesione ai programmi di recupero, fermo restando che l'impulso primario verso tale processo deve essere volontario. La *deradicalizzazione* deve essere considerata come un *continuum* in cui differenti esperti e attori (dalle strutture carcerarie alle comunità locali, dagli esperti di supporto sociale al personale religioso, per finire con la famiglia) intervengono in maniera modulata e senza compartimenti stagni nell'accompagnare il soggetto verso l'allontanamento dalla violenza.

Infine, in termini di strumenti di prevenzione, vorrei citare significativamente la recente approvazione in Italia della legge sul nuovo ordinamento penitenziario per le persone minorenni.

La prospettiva offerta dalla riforma è quella di una giustizia penale "a misura di minore", secondo le Regole di Pechino, la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza e la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori. Per la prima volta in Italia, infatti, è stato disciplinato, in maniera organica e per alcuni profili innovativa l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati (per reati commessi quando erano minorenni), che introduce novità di rilievo soprattutto per quanto riguarda le misure alternative alla detenzione e che tiene conto della loro personalità in formazione. Il riconoscimento che ogni ragazzo ha una storia a sé, che va valutata caso per caso, che l'accesso a misure di comunità, ai permessi premio e al lavoro esterno deve poter prescindere dalla tipologia di reato e dall'entità della condanna è un esito rilevante che

consente al giudice di poter dare una possibilità in più ai ragazzi, perché essi possano cambiare, ed è nostro dovere renderlo possibile. Faccio notare che con l'uso del termine "comunità" da parte del Legislatore al posto di "alternativa", si coinvolge direttamente la collettività nel progetto di recupero e inserimento del condannato con la creazione di un sistema esecutivo aperto e inclusivo nei confronti dei minorenni.

In particolare vorrei porre l'accento, dal mio punto di vista, sulla novità tra i principi cardine dell'intera impalcatura normativa, di consentire i percorsi di giustizia riparativa e di mediazione con le vittime del reato, spesso trascurati nella loro importanza nella legislazione precedente, anche perché di assai ardua attuazione, o al più delegati ad attività facoltative lasciate alla buona volontà degli operatori minorili. Un'altra novità di sicuro rilievo è la regolamentazione dei colloqui e la tutela dell'affettività che allarga di molto la possibilità di contatto con il mondo esterno e in particolare con le figure, quando ci sono, che rappresentano un saldo e positivo riferimento per il minorenne, sia dal punto di vista affettivo, sia educativo. Questa tutela rafforzata del diritto all'affettività è data concretamente dall'istituto delle visite prolungate con familiari o con altre persone con le quali sussiste un significativo legame affettivo all'interno di spazi attrezzati negli istituti, che consentono la preparazione e la consumazione di pasti e riproducono, per quanto possibile, un ambiente di vita familiare. Mi pare che sia così offerto uno squarcio di quotidianità familiare in un ambito dove le relazioni personali faticano a ritagliarsi spazi di normalità.

Concludo queste mie considerazioni in termini personali e, sorretto da una fede incrollabile nelle nuove generazioni, vorrei citare un film presentato al Festival di Cannes 2019 e che mi ha molto colpito: "*L'età giovane*" di Jean-Pierre e Luc Dardenne. Si tratta della storia di un giovanissimo musulmano belga, entrato nella spirale dell'integralismo grazie all'indottrinamento di un Imam che, tra le altre cose, gli ripete che la sua insegnante di lingua araba, anch'essa musulmana, è un'apostata. Ahmed che venera un cugino martire dell'Islam, decide allora di procedere autonomamente e di passare all'azione nei suoi confronti. La sfida dei registi è quella di descrivere esattamente quello che passa nella testa del giovanissimo Ahmed, assumendo una posizione nettamente anti-integralista ma non per questo antimusulmana. Nel film mancano servizi sociali negligenti o una famiglia e una comunità disinteressata, anzi. L'ansia di purezza tipica di quest'età si scontra continuamente contro le pareti del Belgio laico e mondano nel quale l'adolescente si trova a vivere, posseduto quindi dalla fragilità interiore di un ragazzino che scambia l'intransigenza per passione e l'intolleranza per amore. Al di là degli aspetti drammaturgici, non

possiamo esimerci dal considerare lo sguardo “innocente” del giovane protagonista senza dimenticare che spesso le colpe sono di singoli cattivi maestri e non di intere comunità.

Sara Amerio e Anna Sergi

Le nuove forme di intimidazione ambientale

1. Introduzione

Il reato-spia più classico delle associazioni per delinquere di stampo mafioso è senza dubbio il delitto di estorsione, la cui gravità si rinviene nella capacità di distruggere l'economia legale e nel fiaccare la fiducia degli imprenditori nel sistema giustizia.

Ciò si riverbera sulla tenuta stessa del sistema economico e produttivo da un lato e sull'estrinsecazione delle libertà individuali e delle coscienze dall'altro.

L'imprenditore estorto è una persona distrutta nella sua sfera personale sia dal punto di vista della capacità di sostentamento e di autodeterminazione e sia della dignità umana.

Spesso questa doppia vergogna, data dall'impoverimento e dall'umiliazione, è un ulteriore ostacolo alla forza della ribellione dal giogo mafioso che si manifesta nella forma più alta di rivalsa sociale: la denuncia.

L'estorsione altera le condizioni di concorrenza, accresce costi per imprese, cittadini e potenziali investitori, ostacola la crescita del capitale¹. Comprendere l'evoluzione del reato di estorsione, dalle sue forme più violente alle sue forme più silenti, quelle notoriamente indicate come estorsioni ambientali, richiede uno sforzo sociologico e criminologico. Tale sforzo riporta il reato di estorsione alla sua matrice primaria, la violenza mafiosa, cioè l'oppressione, la sopraffazione e la forza dell'intimidazione che caratterizza l'associazione a delinquere di stampo mafioso. Per comprendere l'estorsione ambientale e la sua scivolosità probatoria è dunque necessario comprendere l'estrinsecarsi della violenza mafiosa, dalla manifestazione teatrale di tale violenza all'eco di una violenza che fu.

2. L'eco della violenza mafiosa

È evidente come i livelli di violenza mafiosa si siano abbassati drasticamente dagli anni '80 in poi. Tra *pax* mafiose e azione dello stato, le organizzazioni criminali si sono dovute adattare a un metodo di lavoro meno palesemente esposto. Quando si parla di mafia, metodo mafioso e violenza è necessario ricordare due cose: primo, che la violenza, soprattutto quella sistemica, ha sempre un'eco; e secondo, che per ritenere estinto o ridotto qualsiasi tipo di rapporto violento la vera differenza la fanno le vittime, non i carnefici. In altre parole, laddove il rapporto di violenza tra le organizzazioni criminali e le loro comunità sembrerebbe essersi ridotto, l'osservazione di fattispecie

¹ Elsenbroich, C., Anzola, D., & Gilbert, N. (Eds.). (2016). *Social Dimensions of Organised Crime: Modelling the Dynamics of Extortion Rackets*. Springer.

di vittimizzazione più subdole dovrebbe farci riflettere sulla persistenza, e resistenza, della violenza mafiosa, seppure in forme diverse.

La potenza delle organizzazioni criminali è tale e tanta che non vi è più alcuna necessità di effettuare una richiesta in termini palesi, soprattutto unita ad una minaccia di male ingiusto se non di una violenza, affinché vi sia supina adesione; la consapevolezza del *modus operandi* e soprattutto delle inevitabili conseguenze a cui si espone chi intenda ribellarsi conduce la persona offesa che risiede in un certo contesto territoriale - e quindi ha piena contezza delle dinamiche criminali - a comprendere ciò che neppure viene richiesto, ma solo suggerito, sfiorato, sussurrato².

Ma come si arriva a questo? Facendo innanzitutto un passo indietro. Le organizzazioni criminali storiche sono state impegnate per anni nella costruzione della loro reputazione criminale. Tale reputazione passa dall'utilizzo della violenza come capitale istituzionale; la violenza esibita crea la reputazione mafiosa e la rende istituzionalizzata. La violenza è risorsa economica attraverso cui si produce ricchezza, ma anche risorsa sociale e culturale, che crea consenso e legittimazione³. Come tale, non si può sprecare e non può sempre essere manifesta, la violenza. Non è una risorsa infinita, nemmeno per la mafia. Abbandonare la violenza 'teatrale' è, per le mafie che vogliono sopravvivere, una scelta necessaria. La violenza attira l'attenzione delle autorità, ma soprattutto crea più paura che consenso. E la *governance* mafiosa è una *governance* nutrita di consenso e di visibilità. La visibilità del clan va di pari passo col consenso che riceve, col mito del mafioso 'brava gente', che aiuta, che supporta, che protegge i suoi compaesani. Un mito che è, ovviamente, fragile come una bolla di sapone, non appena indagini e arresti confermano le attività di clan e affiliati. Un mito che un eccessivo uso della violenza metterebbe in dubbio. Non ci si dimentichi che l'obiettivo di un'organizzazione mafiosa è quello di succhiare via la forza vitale delle comunità di appartenenza, ma, allo stesso tempo, mantenere il cuore all'interno di quella comunità. Come in molti rapporti di violenza intima, alla mafia piace piacere, non intimorire, ma la possibilità di intimorire crea un legale più solido del mero 'piacere'. Abbandonata la violenza teatrale dunque, rimane necessario

² Ed è proprio quel timore che si rinviene nelle escussioni ampiamente omissive e che si legge tra le righe nelle parole di tutti gli auditi che – proprio nell'omertà e nel sottinteso – nascondono i loro veri sentimenti di terrore.

³ Forms of Capital and Mafia Violence, di Rocco Sciarrone, in "Mafia Violence. Political, Symbolic, and Economic Forms of Violence in Camorra Clans", curato da Monica Massari e Vittorio Martone (Routledge, London 2019).

per le mafie restare visibili e riconoscibili sul territorio. E qui la violenza manifesta e istituzionalizzata acquisita nei decenni precedenti, nelle fasi di ‘formazione’ della reputazione mafiosa, fa da cassa di risonanza. Se si pensa per esempio alla *ndrangheta* reggina, la violenza degli anni dei sequestri di persona, e delle guerre di mafia, è diventata una riserva pronta a essere utilizzata quando serve, ma anche quando non serve. Cognomi, nomi, e anche la mera presenza dello *ndranghetista*, sono la prova di tale fama criminale. Ricorrere alla violenza non è necessario se tale reputazione, intrisa dell’eco e della riserva della violenza che fu, rimane immutata. Non è necessaria la violenza manifesta se lo *ndranghetista* può spendere la sua parola, il suo nome, cognome, la sua storia.

Tale e tanta è stata la violenza delle faide, dei sequestri, degli omicidi, delle vite spezzate, da aver iniettato la reputazione dei clan di sangue e paura, al punto che si può ipotizzare che un’eco di questa violenza si sia mantenuta nei decenni a seguire fino ad oggi. Un’eco di violenza di questo tipo, sistematica, perseverante, impossibile da evitare, non si fa dimenticare. A livello teorico, questa eco di violenza è simile a un post-trauma collettivo con cui intere comunità devono fare i conti nei decenni successivi a un conflitto armato, a un genocidio, a un abuso sistemico di diritti umani. Per anni si vive nella consapevolezza della violenza vicina e imminente; quando questa violenza finisce, il suo ricordo, la sua eco, rimangono fortemente attaccati al subconscio di chi ha subito o ha osservato quella e si trasmette nella memoria collettiva e nella storia dei luoghi e delle istituzioni⁴. E, soprattutto, questa eco è condivisa nel tessuto sociale cittadino.

Spesso, però, ciò che è ormai compreso dal tessuto sociale cittadino, non è sufficiente a livello giurisprudenziale per integrare lo *standard* probatorio richiesto: è, infatti, necessario che l’Autorità decidente tenga conto della mutata realtà criminale in cui la mera evocazione dell’appartenenza ad un casato mafioso (e a volte, quando si tratta di soggetti “famosi” neppure quella) incute già timore negli interlocutori, senza necessità di utilizzare espressioni chiaramente ed incontrovertibilmente minacciose o esercitare forme dirette di violenza. In particolare, ci si riferisce alle mafie storiche e ai casi in cui le richieste avvengano nel loro territorio d’origine; ancor di più quando si tratti di cosche nei cui confronti vi siano stati plurimi riconoscimenti giudiziari in varie epoche storiche e

⁴ De Jong, J. (Ed.). (2006). Trauma, war, and violence: Public mental health in socio-cultural context. Springer Science & Business Media.

quando l'estorsione avvenga proprio nel loro territorio di competenza sul quale esercitano il loro predominio mafioso⁵.

L'elemento di fattispecie dell'estorsione del costringimento, che deriva dall'uso della violenza o della minaccia (intesa come prospezzazione di un male ingiusto), può estrinsecarsi anche in un'azione che sia solo implicitamente minacciosa, ma tale da porre il soggetto passivo in uno stato di sottomissione che non gli consenta di rifiutarsi e di defilarsi, minando così in radice la sua capacità di libera autodeterminazione.

3. Le vittime della violenza mafiosa nell'estorsione ambientale

La differenza tra gli atti di una mafia violenta e quelli di una mafia che opera grazie a mezzi come l'estorsione ambientale, appare chiara, se si guarda a entrambi gli scenari in termini di vittimizzazione. La fenomenologia della violenza mafiosa è composita: non sempre manifesta, non sempre con atti discernibili, la violenza mafiosa è pratica ripetuta e necessaria affinché i clan possano perpetuare la loro reputazione e, di conseguenza, mantenere la propria identità⁶. Il messaggio di questa violenza cambia con essa. Nei casi in cui la violenza è manifesta, il messaggio è più chiaro. Alle vittime dirette si aggiungono le famiglie, gli amici, i vicini di casa spaventati, tutti col timore di ulteriore violenza. Tutte persone offese che, invece, tali non sembrano essere quando la violenza non è manifesta ma solo la sua eco lo è.

In questi ultimi casi, che sono anche i casi di estorsione silente, ciò che rileva a fini probatori, essendo la percezione della persona offesa particolarmente difficile da indagare, oltre che caratterizzata da una soggettività legata al sentire del singolo che necessariamente varia a seconda di sensibilità e caratteristiche individuali, è il comportamento dell'estortore, che deve avere veicolato, anche in modo subdolo e trasversale, un messaggio che sia però evidentemente di sopruso, prepotenza ed arroganza, sì da porlo in quella condizione di assoggettamento richiesta dalla norma.

Nella fattispecie dell'estorsione ambientale vediamo una fenomenologia della violenza mafiosa che si avvale della parola spesa, dell'eco dell'onore precedentemente conquistato, del

⁵ Da ciò ne consegue l'ingenerarsi di un timore diffuso nella collettività dato dalla storia feroce e sanguinaria di una particolare famiglia.

⁶ Introduzione a "Mafia Violence. Political, Symbolic, and Economic Forms of Violence in Camorra Clans", curato da Monica Massari e Vittorio Martone (Routledge, London 2019).

sottinteso, non dell'atto di violenza manifesta. È culturale, questo spendere la parola, fintanto che viene compresa da attori che appartengono allo stesso contesto sociale. Ma è forse anche più insidioso di tante altre forme di violenza.

Lo studio vittimologico nell'estorsione è molto complesso, perché la vittimizzazione è ancora più diffusa di quanto non sia nel caso della violenza manifesta. Le vittime di estorsione non sempre si riconoscono vittime, tanto è il sollievo a volte di uscire dalle strettoie in cui l'estorsore li induce. Spesso si sentono compartecipi dell'atto estorsivo, o temono che altri possano considerarli tali, provano vergogna, vogliono mettere tutto a tacere e superare il momento critico in un tentativo di riconoscere il beneficio – che appare sempre esserci in un modo o nell'altro - che quell'estorsione può portare⁷. E così, mentre i clan confermano la loro identità, accrescono il loro riconoscimento sociale e la loro reputazione grazie anche agli scambi estorsivi, il peso di una loro parola cresce, intimidisce, ferisce.

Certamente, l'uso di certe espressioni e di certe terminologie può essere sufficiente a certe latitudini, ma non ad altre, dove – per il contesto sociale ed ambientale – il destinatario della richiesta sia meno aduso ad alcune affermazioni o addirittura ad alcuni modi di ragionare tipici della sub cultura mafiosa latamente intesa.

Ancora, l'adesione passiva alla richiesta è forse la forma più evidente dell'avvenuto assoggettamento e dell'efficacia della sopraffazione.

Maggiore difficoltà probatoria si rinviene, invece, quando alla richiesta non fa seguito un'accettazione. Qui lo sforzo motivazionale si fa più serio e deve necessariamente affondare le proprie radici in un'analisi che si allontana dal giuridico per avvicinarsi al sociologico. La comprensione del fenomeno criminale deve giocoforza passare dalla comprensione della realtà sociale.

Si usano così espressioni vaghe, sfumate, impalpabili, evanescenti, ma dalla forza comunicativa dirompente per chi le sa decrittare. A volte è sufficiente chiedere un "pensiero" in vista delle future festività natalizie o fare riferimento ad una parentela, senza neppure citare il cognome o ancora chiedere al proprio interlocutore se abbia contezza del soggetto con il quale sta conversando. In questi casi la minaccia è talmente velata da essere irriconoscibile ad un occhio non avvezzo ai comportamenti criminali.

⁷ Miller, W. L., Grødeland, Å. B., & Koshechkine, T. Y. (1998). Are the people victims or accomplices?. *Crime, Law and Social Change*, 29(4), 273

Il soggetto che percepirà tali affermazioni si troverà di fronte all'alternativa dell'adesione e della sottomissione o dell'ovvia conseguenza ritorsiva. Quale sarà, egli non sa⁸, ma sa che la forza criminale si abatterà su di lui, senza concedergli scampo.

4. La condotta estorsiva

È chiaro che – oltre al contenuto dichiarativo – andranno considerati ulteriori elementi caratterizzanti: la presenza di più persone⁹, la scelta del luogo e del momento, il tono utilizzato, le movenze ed i segnali del viso e del corpo, le pause ed i gesti che hanno spesso una valenza ancora più significativa delle parole utilizzate.

Ciò che la giurisprudenza ritiene imprescindibile è l'inequivocità della condotta, ma i tratti di questa stessa assenza di fraintendibilità devono essere disegnati dall'interprete.

In questo senso, la Cassazione¹⁰, intendendo conferire particolare rilevanza al contesto ambientale in cui la richiesta viene avanzata, è giunta a dire che *“è sufficiente - in un territorio in cui è radicata un'organizzazione mafiosa storica - che il soggetto agente faccia riferimento, in maniera anche contratta od implicita, al potere criminale dell'associazione, in quanto esso è di per sé noto alla collettività”*. E ancora, *“nei luoghi di radicata infiltrazione delle mafie storiche i codici di comunicazione degli affiliati sono noti ed è sufficiente un richiamo anche implicito per suscitare il timore dell'esercizio di note forme di violenza, la cui diffusa conoscenza fonda il potere di intimidazione e di controllo delle organizzazioni criminali riconducibili alle mafie storiche”*. Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, l'imputato aveva fatto esplicito riferimento, in occasione dell'attuazione della condotta estorsiva, ad un gruppo criminale radicato nel luogo di commissione del fatto, adoperando le *“modalità tipiche del metodo mafioso, oggettivamente idoneo ad esercitare una particolare coartazione psicologica sulle persone”*.

Tale impostazione, ampiamente condivisibile e condivisa da chi scrive, denota consapevolezza dei codici linguistici tipici di determinate realtà territoriali, avvezzi anche nel lecito ad avvalersi di sottintesi e di perifrasi.

⁸ E l'imprevedibilità della reazione e l'obiettivo su cui si concentrerà è ulteriore fonte di sgomento.

⁹ L'essere parte di un gruppo, pronto peraltro ad incrementarsi nel numero non appena ve ne sia la necessità, composto da molti pregiudicati, tutti appartenenti o vicini (personalmente o per rapporti parentali) alla cosca genera un maggiore timore nella vittima.

¹⁰ Corte di Cassazione, Sezione Seconda Penale, Sentenza 12 marzo 2018, n. 10976

La conseguenza di tale approccio è evitare che, proprio in quei contesti in cui è maggiormente pervasiva la forza soffocante della criminalità organizzata, restino impunte condotte gravissime, poste in essere dai rappresentanti di quei casati storici così famigerati da non avere bisogno di presentazioni, per essere rinomati.

Paradossalmente, si potrebbero sottrarre dalle maglie della responsabilità penale proprio quei soggetti caratterizzati dalla maggiore pericolosità sociale, in quanto notoriamente intranei e riconosciuti come “bocca” dell’associazione, ossia come sua diretta espressione¹¹.

In questo stesso senso si può apprezzare la pronuncia della Corte di Cassazione della seconda sezione, n. 46765 del 15 ottobre 2018, che ha statuito che *“nel reato di estorsione, integra la circostanza aggravante del metodo mafioso l’utilizzo di un messaggio intimidatorio anche “silente”, cioè privo di una esplicita richiesta, qualora l’associazione abbia raggiunto una forza intimidatrice tale da rendere superfluo l’avvertimento mafioso, sia pure implicito, ovvero il ricorso a specifici comportamenti di violenza o minaccia. La configurabilità dell’aggravante dell’utilizzazione del “metodo mafioso”, prevista dal Decreto Legge 13 maggio 1991, n. 152, articolo 7 (conv. in L. 12 luglio 1991, n. 203), non è necessario che sia stata dimostrata o contestata l’esistenza di un’associazione per delinquere, essendo sufficiente che la violenza o la minaccia assumano veste tipicamente mafiosa. Ai fini della configurabilità dell’aggravante dell’utilizzazione del “metodo mafioso”, prevista dal Decreto Legge 13 maggio 1991, n. 152, articolo 7 (conv. in L. 12 luglio 1991, n. 203), è sufficiente – in un territorio in cui è radicata un’organizzazione mafiosa storica – che il soggetto agente faccia riferimento, in maniera anche contratta od implicita, al potere criminale dell’associazione, in quanto esso è di per sé noto alla collettività”*.

La mera consapevolezza che il soggetto richiedente parla in nome e per conto e spende un cognome “pesante” è il segno – in un determinato contesto territoriale – che egli certe richieste non può che avanzarle per l’associazione, con l’autorizzazione dell’associazione e raccogliendone i frutti economici per accrescere il prestigio sociale (inteso come mantenimento della supremazia di

¹¹ L’assenza del “capo” non può mai essere considerata indicativa, essendo questi normalmente tenuto in disparte, per evitare un coinvolgimento diretto dello stesso in caso di denuncia e per garantirne comunque intatto il prestigio, evitando di esporlo in circostanze non di particolare rilevanza.

un casato mafioso, in particolare nel suo territorio di predominio “storico”¹²) e la forza economica dell’associazione.

Il singolo, pur presentandosi individualmente, è parte di un gruppo organizzato ed è il *nuncius* di quel gruppo che lo ha inviato ad avanzare la richiesta nella qualità di mero emissario e non già di soggetto autonomamente decidente.

5. Conclusioni

Lo sforzo ermeneutico richiesto all’interprete è, quindi, particolarmente gravoso: più ci si allontana - anche fisicamente - dal contesto territoriale “proprio” di queste forme criminali, maggiore sarà l’impegno a voler comprendere che il decidente dovrà approfondire. Si tratta non tanto della necessità di un aggiornamento normativo, ma prettamente culturale. Sarà necessario uscire dagli schemi preconcati di mafia = violenza, per andare a ricercare in un bisbiglio la forza prorompente del crimine, che è tanto più forte, tanto meno deve gridare o sparare per ottenere. La nuova frontiera è quella del silenzio, non solo delle persone offese, ridotte alla negazione del fatto e all’omertà, ma ora anche degli estortori, cui basta un afflato per farsi comprendere, nella maniera più violenta possibile, quella del sottinteso, che giunge a farci dire che un codice comportamentale è tanto più connaturato in una società tanto meno è necessario spiegarlo. Da un punto di vista criminologico, tanto più è prepotente l’organizzazione mafiosa, tanto più preferirà intimidire, estorcere e dunque corrompere in silenzio. In termini di profitto, spendere la parola in un sussurro costa meno e rende di più. In termini di vittime, spendere la parola a fini estorsivi, come anche corruttivi, rende più difficile definire la linea tra complicità e assoggettamento. Dunque, a differenza della violenza manifesta, quando il mafioso spende la parola, l’allarme sociale diminuisce e aumenta solo il legame tra lo *ndranghetista* e il suo interlocutore. Un legame, questo, che pur non essendo manifestamente violento, rimane ricattatorio, coercitivo e sicuramente sbilanciato tra estorsore e vittima. Esattamente come quando la mafia usa la corruzione, anziché usare metodi di intimidazione violenta e minacce, rimane intatto, nell’estorsione ambientale, il metodo mafioso. Infatti, così come la pratica di qualsiasi forma di corruzione implica necessariamente un esercizio invisibile e impalpabile di molteplici forme di coercizione indiretta, e

¹² Mantenimento della supremazia che si estrinseca nel rispetto tributato, nel rafforzamento del “nome” del casato, nel riconoscimento esterno che alcuni sono intoccabili o – almeno – credono di esserlo.

a volte anche diretta¹³, la pratica di estorsione ambientale e silente implica necessariamente un utilizzo di quell'eco di violenza il cui potere ricattatorio è tanto più subdolo quanto più radicata era la violenza originaria sul territorio.

¹³ Vannucci, A. (2020) La corruzione violenta. Agenti pubblici e mafiosi tra tangenti e coercizione. In G. Frazzica (ed) Legalità violenza e criminalità organizzata, Palermo: Centro di studi ed iniziative culturali Pio La Torre

Cesare Parodi

Riforma delle intercettazioni: le indicazioni della Procura generale presso la S.C.

Sommario: 1 Premessa. - 2 L'individuazione del bersaglio delle intercettazioni. - 3 Il rapporto tra il P.M. e la P.G. - 4 La trasmissione dei verbali e delle registrazioni. - 5 L'esame degli atti da parte dei difensori. - 6 Le figure dell'Archivio delle intercettazioni. - 7 Il conferimento delle intercettazioni all'Archivio. - 8 Il rapporto tra l'Archivio e le banche dati SIDDA/SIDNA. - 9 Deposito e misure cautelari.

1. Premessa.

Poche riforme – e forse nessuna tra quelle di maggiore rilievo – hanno conosciuto una storia travagliata quale quella originariamente prevista dal d.lgs. 216/2017 in tema di intercettazioni. Inutile ripercorrere in questa sede le numerose tappe che hanno portato all'approvazione del testo entrato in vigore il 1° settembre 2020.

È verosimilmente inutile chiedersi, a questo punto, se sia stato giusto non procedere a un'ulteriore proroga dell'entrata in vigore, funzionale alla necessità, per tutti gli uffici giudiziari, di essere “pronti” sul piano tecnico e organizzativo a recepire e dare attuazione alle indicazioni del legislatore. Di fatto, il problema è superato. Parafrasando una celebre frase di un celebre film, pronunciata da un ancor più celebre attore: *“E' l'Italia, bellezza. E non possiamo farci niente”*. Anche nel giugno 1999 non si era verosimilmente pronti alla “soppressione” delle Procure Circondariali e all'accorpamento di tali uffici con le Procure presso il Tribunale: si decise di procedere comunque e, in qualche modo, il sistema sostenne il colpo. Confidiamo che possa avvenire altrettanto, oggi.

Con tempestività, efficacia e lungimiranza la Procura Generale presso la S.C. è intervenuta, prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, procedendo a una ricognizione delle principali problematiche ermeneutiche che la stessa presentava, licenziando, in data 30 luglio, una prima utilissima e condivisibile circolare – “orientamenti in tema di applicazione della nuova disciplina

delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni” 16926/20/uai/int- che sintetizza e risolve una serie di criticità che si erano presentate su alcuni aspetti fondamentali della riforma.

Un provvedimento espressivo di una piena consapevolezza dell’esigenza di procedere per gradi all’”organizzazione” di un pensiero condiviso sulla disciplina in oggetto- e che non a caso invita gli uffici interessati a una costante interlocuzione sulla progressiva applicazione della nuova disciplina con la Procura Generale e con il Ministero- ma che non rinuncia a mettere a disposizione degli operatori del settore alcune indicazioni di grande rilievo, che del predetto “pensiero condiviso” potranno e dovranno costituire le solide fondamenta. Pare dunque, più che giusto, doveroso contribuire alla rapida diffusione e metabolizzazione di tale provvedimento.

2. L’individuazione del bersaglio delle intercettazioni

La circolare affronta in primo luogo un problema definitorio, destinato nondimeno a riflettersi in termini drastici sull’organizzazione del servizio. Cosa deve intendersi per “bersaglio” dell’intercettazione? Ciò in quanto solo a fronte di una omogenea interpretazione del concetto sarà possibile, uniformemente in tutte le Procure, assicurare che *“il dato captato rispetti lo standard derivante dal combinato disposto della novella e delle prescrizioni del Garante, sotto tutti i profili e lungo tutta la filiera della sua “vita”: legittimità, sicurezza, conferimento, cancellazione, fruizione e consultazione (da parte degli Uffici di Procura, della polizia giudiziaria, delle parti private, dei consulenti/periti, dei Giudici)”*.

Il legislatore non ha fornito una precisazione al riguardo e la “ricognizione” sul campo effettuata dalla P.G. ha portato a due possibili soluzioni. Bersaglio inteso come soggetto intercettato (a prescindere quindi dal numero dei device oggetto di captazione) con conseguente inserimento in un unico R.I.T e bersaglio in riferimento ai singoli apparati, ognuno dei quali specificamente individuato da un R.I.T.

La circolare fa propria la seconda opzione, alla luce del disposto dell’art. 267 comma 5 nella nuova formulazione, che prevede l’annotazione e secondo l’ordine cronologico *“in apposito registro riservato, gestito, anche con modalità informatiche, e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica . . . (de)i decreti che dispongono, autorizzano, convalidano o prorogano le intercettazioni e, per ciascuna intercettazione, l’inizio ed il termine delle operazioni”*.

Conseguentemente, nel registro dovrà essere annotato cronologicamente il decreto di autorizzazione, contraddistinto da un numero di R.I.T., per ogni numero di telefono/dispositivo su

cui transitano le conversazioni o comunicazioni intercettate sarà contraddistinto da un numero di R.I.T. Una modalità operativa che, una volta cessate le operazioni tecniche, potrà consentire *“una corretta, univoca e legittima gestione del dato sensibile e, operativamente, un immediato riscontro della stato dell'attività, ai fini del suo trattamento”*.

Una scelta, per altro, che non esclude la possibilità con la medesima richiesta (e con il medesimo decreto autorizzativo) si provveda per più bersagli, fermo restando che la “gestione” degli stessi dovrà in seguito essere assicurata in via autonoma.

3. Il rapporto tra il P.M. e la P.G.

La circolare sottolinea la specifica funzione di vigilanza alla quale è tenuto il P.M., per assicurare che la polizia giudiziaria effettui una rigorosa selezione delle intercettazioni rilevanti ed utilizzabili a fini processuali e, in particolare, evitare, secondo la disposizione di cui al novellato art. 268, comma 2, cod. proc. pen., che nei verbali di trascrizione siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o riguardanti dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini. Viene suggerita la necessità di *“un'interlocuzione costante, anche informale (secondo quanta solitamente avviene nella fase delle indagini preliminari, ossia in una fase per sua natura non inquadrabile in rigidi e schematici protocolli), del pubblico ministero con gli organi di polizia giudiziaria delegati alle operazioni, onde evitare che nei c.d. "brogliacci" di ascolto o verbali di trascrizione sommaria sia documentato il contenuto di conversazioni manifestamente irrilevanti o inutilizzabili.”*

Con il d.l. 161/2019 è venuta meno la previsione, per l'ufficiale di polizia giudiziaria di provvedere *“a norma dell'articolo 268, comma 2-bis, informando preventivamente il pubblico ministero con annotazione sui contenuti delle comunicazioni e conversazioni.”*

Come risulta dalla Relazione presentata il 31.12.2019 alla Camera dei Deputati *“ La necessaria tutela della riservatezza anche nella fase della verbalizzazione.... ha indotto a sostituire il meccanismo di selezione da parte della polizia giudiziaria delle intercettazioni non utilizzabili con un dovere di vigilanza del pubblico ministero, affinché non siano trascritte in sede di verbalizzazione conversazioni o comunicazioni contenenti espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, sempre che non si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini. “E inoltre: “Al comma 4 dell'articolo 267, l'ultimo periodo è soppresso, eliminando così la previsione in materia di attribuzioni della polizia*

giudiziaria che aveva destato le maggiori perplessità. Si è sostenuto infatti, al di là della difficile applicazione operativa e della duplicazione delle attività di documentazione, che la previsione spogliasse il pubblico ministero procedente delle prerogative solo a lui attribuite di valutare la rilevanza o meno di quanto intercettato”.

In concreto, è stato, eliminato il generale divieto per la P.G. di trascrivere le comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini sia per l'oggetto sia per i soggetti coinvolti, nonché di quelle, parimenti non rilevanti, aventi a oggetto dati personali definiti sensibili dalla legge. Il perno del nuovo sistema deve essere individuato nel menzionato obbligo per il P.M. di dare indicazioni e vigilare affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle e che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini. Una modifica che indubbiamente consente di superare le criticità connesse alla precedente testo, eliminando il divieto di trascrizione, anche sommaria, delle comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini, ma che pone a carico del P.M. una non semplice attività di vigilanza, la cui concreta attuazione potrà rivelarsi particolarmente complessa, specie nei procedimenti di maggiori dimensioni.

L'art. 268 comma 2 c.p. recupera un dato centrale del ruolo del P.M., chiamato a un non semplice duplice ruolo. Da un lato fornire indicazioni alla P.G. e quindi vigilare sull'applicazione delle stesse.

Di quali indicazioni stiamo parlando? Sul concetto generale di “lesione della reputazione” o di dati sensibili – concetti che dovrebbero far parte del bagaglio culturale degli operatori di p.g. - o indicazioni “mirate” sulla tipologia di contesto o di reato oggetto delle investigazioni? O indicazioni preventive, a fronte di specifiche richieste degli u.p.g. ? E ancora, la vigilanza impone una lettura preventiva dei verbali prima del deposito degli stessi? O di una bozza dei verbali, considerando che dopo il deposito formale sarebbe difficile espungere dagli atti gli stessi?

In concreto, l'indicazione del d.l. 161/2019 è apprezzabile e interessante, ma necessita- è un forte timore, che confidiamo possa essere infondato- di una lunga e non semplice fase di “metabolizzazione” da parte dei soggetti coinvolti nel sistema. Proprio per limitare tali possibili incomprensioni, la circolare in oggetto fornisce una serie di rilevanti puntualizzazioni.

In primo luogo, in presenza di dati che non devono essere riportati sul verbale, la P.G. “si limiterà a indicare i soggetti interlocutori, utilizzando la dizione “conversazione non rilevante per le indagini” oppure “conversazione non utilizzabile”. La medesima dizione potrà essere utilizzata

anche nelle ipotesi in cui la non rilevanza ex art. 268 bis co. 2 c.p.p. o la non utilizzabilità riguardino solo una parte della conversazione.“

La circolare prevede espressamente che a fronte dell'obbligo di vigilanza in capo al P.M. deve essere riconosciuto l'onere per la P.G. di consultare il P.M. nei casi dubbi: una consultazione per la quale non è prevista una forma vincolata. Viene così indicata *“la necessità di un'interlocuzione costante, anche informale (secondo quanto solitamente avviene nella fase delle indagini preliminari, ossia in una fase per sua natura non inquadrabile in rigidi e schematici protocolli), del pubblico ministero con gli organi di polizia giudiziaria delegati alle operazioni, onde evitare che nei c.d. "brogliacci" di ascolto o verbali di trascrizione sommaria sia documentato il contenuto di conversazioni manifestamente irrilevanti o inutilizzabili ”* nonché *“l'opportunità di adozione di direttive generali che impongano alla polizia giudiziaria di sottoporre i casi dubbi alla tempestiva valutazione del pubblico ministero, cui spetta di vagliarne il contenuto e di decidere se inserirle, o non, nei verbali e/o nelle annotazioni, a seconda della loro utilizzabilità ed effettiva rilevanza.”*

Al contrario, il provvedimento non tocca espressamente un altro rilevante aspetto del rapporto tra il P.M. e la P.G., con riguardo alla modalità di trascrizione della captazione ritenute rilevanti. In che misura le conversazioni devono essere riportate nelle annotazioni di p.g.? Sul tema, la Procura della Repubblica di Torino – circolare 144/20/S.P. del 31.7.2020 - ha ipotizzato un richiamo alla disciplina dell'art. 291 comma 1 ter c.p.p., che prevede che nelle richieste di misura cautelare siano *“riprodotti solo i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate”*. Una disposizione funzionale alla salvaguardia di esigenza di tutela della riservatezza. Precisa la relazione illustrativa della riforma: *«Quest'ultima disposizione costituisce un significativo criterio di orientamento nella redazione degli atti attraverso i quali è altamente probabile che possano essere diffuse notizie sui contenuti intercettativi pur quando non siano di diretta pertinenza, nell'ambito dell'essenzialità, ai fatti oggetto di prova, beninteso di tipo indiziario»*.

La norma, pur se non espressamente riferita agli atti di p.g., può anche a questi essere applicata; conseguentemente, per la Procura di Torino *“non dovranno essere riportate all'interno delle annotazioni finalizzate alla richiesta di nuove intercettazioni o di proroga di quelle in corso, le trascrizioni delle conversazioni, ma solo i riferimenti identificativi (utenza, data, orario, numero progressivo) di quelle a quel momento e per quel fine rilevanti, il cui contenuto effettivo sarà riportato in atti allegati alla stessa (per motivi tecnici in forma di una trascrizione per pagina). Si otterrà così il duplice risultato di poter rilasciare copia delle annotazioni evitando operazioni di*

oscuramento parziale e riducendo al minimo il rischio di palesare contenuti non divulgabili e di poter ugualmente operare sugli allegati con facilità.“

Tale metodica è suggerita dalla Procura piemontese anche per la redazione delle annotazioni riassuntive finali ove la citazione, attraverso riassunto o trascrizione del contenuto, *“dovrà essere limitata alle conversazioni, a quel momento, certamente rilevanti, sì da non avere la necessità di dover prevedere la conservazione anche di tali atti nell’archivio digitale.*“ Nondimeno, nell’ambito della potestà di direzione delle indagini, *“ciascun P.M. potrà, in relazione a specifiche esigenze di singoli procedimenti, fornire direttive particolari al fine di meglio esercitare il proprio dovere di vigilanza.”*

4. La trasmissione dei verbali e delle registrazioni

Molti dubbi, nelle more dell’entrata in vigore della riforma, sono sorti su un momento cruciale - sul piano della tutela della riservatezza – della gestione delle intercettazioni: il conferimento/trasmissione delle registrazioni e dei verbali da parte delle p.g. all’Archivio digitale informatico di cui all’art. 269 comma 1 c.p.p. Conferimento da effettuarsi *“immediatamente”* e che, seppure non determinando direttamente un obbligo di avviso ai difensori, dà avvio alla fase del deposito a questi ultimi.

È proprio in tale momento che il p.m. – eventualmente su richiesta dalla p.g.- può decidere di chiedere al G.I.P. di autorizzare il ritardato deposito, sino al termine delle indagini preliminari, ai difensori. È stata, in effetti, esclusa dall’impianto generale della riforma la possibilità per il p.m. di autorizzare la p.g. a *“trattenere”* presso di sé gli esiti della captazioni, al fine di consentire un’analisi globale delle stesse.

Con il d.lgs. 216/2017 non si era voluto correre il rischio di una sia pure temporanea *“stasi”* di verbali e registrazioni in luoghi differenti da quello introdotti dalla riforma, così da garantire, sotto vari profili, l’assoluta impossibilità di fughe di notizie. Il legislatore aveva preso atto delle possibili difficoltà per la p.g. a effettuare l’immediata trasmissione, a fronte della complessità delle indagini, degli atti al P.M. e aveva previsto che *«il pubblico ministero dispone con decreto il differimento della trasmissione dei verbali e delle registrazioni quando la prosecuzione delle operazioni rende necessario, in ragione della complessità delle indagini, che l’ufficiale di polizia giudiziaria delegato all’ascolto consulti le risultanze acquisite. Con lo stesso decreto fissa le prescrizioni per assicurare la tutela del segreto sul materiale non trasmesso».*

La disposizione non è “entrata” nella versione finale della riforma, anche se questa scelta potrebbe non essere tale da evitare criticità; si pensi a pressioni sedimentate di “rilettura” ragionata degli esiti delle captazioni - nel caso di traffico di stupefacenti o comunque ipotesi di criminalità organizzata, nonché nel caso di procedimenti a elevato contenuto tecnico (quali quelli per reati contro la P.A. o in materia di bancarotta) - che dovranno essere per forza di cose accantonate.

Allo stato, pertanto, registrazione e verbali devono essere immediatamente conferiti al termine delle operazioni. Tutto chiaro? Evidentemente no, in quanto la circolare dà atto di tre opzioni ermeneutiche differenti sul concetto di “termine delle operazioni”. Una differente valutazione destinata proprio a riflettersi sulla modalità con le quali la p.g. potrà terminare la propria attività sui materiali oggetto delle captazioni, ossia presso i propri uffici oppure accedendo all’Archivio: non proprio un dettaglio, pertanto, specie considerando i procedimenti di maggiore complessità e di – possibile- maggiore rilevanza.

Tre, come abbiamo detto, le soluzioni emerse:

- un conferimento “globale” in esito alla chiusura di tutte le attività di intercettazioni di un procedimento (previa richiesta di ritardato deposito) proprio per consentire alla p.g. un’analisi dettagliata di tutto il materiale derivante dalle attività di captazione. In questa prospettiva, è necessario che il p.m. richieda e il G.I.P. autorizzi il ritardato deposito, che avverrà, pertanto (salvo il caso di richiesta di misura cautelare) al termine delle indagini preliminari con l’avviso e art 415 bis c.p.p.

- una seconda opzione, per molti aspetti sovrapponibile alla prima - prevede l’immediata conferimento all’atto della trasmissione al p.m. dell’ultimo verbale di chiusura delle intercettazioni nell’ambito del singolo procedimento, proprio per ridurre il lasso di tempo nel quale viene concesso alla p.g. il possesso esclusivo delle intercettazioni.

- la terza opzione, infine, prevede un conferimento all’atto della chiusura dei singoli bersagli; il p.m. dovrebbe procedere anche in questo caso alla richiesta di ritardato deposito e la p.g. dovrebbe essere immediatamente “spossessata” degli esiti delle captazioni.

Quest’ultima tesi indubbiamente potrebbe semplificare sul piano tecnico le operazioni di riversamento dei dati nel server (in quanto tale da ridurre, statisticamente, la mole degli stessi) e parrebbe fornire le maggior garanzie sul piano della tutela e riservatezza, anche se indubbiamente risulta essere quello meno funzionale alle esigenze di approfondimento e revisione degli atti da parte della p.g.

La circolare fa propria la prima prospettiva interpretativa, utilizzando correttamente sia un argomento logico-sistematico sia uno strettamente letterale.

Sul piano letterale si procede a un confronto tra il dettato dell'art. 268 comma 4 e 267 comma 5 c.p.p.: in questo senso il novellato quarto comma dell'art. 268 c.p.p., testualmente richiede che «*i verbali e le registrazioni sono immediatamente trasmessi*», usando la forma plurale e lasciando così intendere che «*il conferimento nell'A.D.I. debba essere connesso a tutta l'attività captativa (e, di conseguenza, fa riferimento a tutti i verbali relativi a quel procedimento), chiedendo alla polizia giudiziaria la trasmissione al P.M. di tutto il materiale investigativo.*» Al contrario, il quinto comma dell'art. 267 c.p.p. espressamente indicando le modalità di tenuta del «registro riservato» delle intercettazioni, precisa che le stesse devono essere annotate «in ordine cronologico» insieme ai «decreti che dispongono, autorizzano, convalidano o prorogano le intercettazioni e, per ciascuna intercettazione, l'inizio e il termine delle operazioni». *Ubi voluit, dixit*: quando il legislatore ha inteso considerare specificamente e singolarmente le intercettazioni, l'ho ha indicato.

In termini ancor più convincenti, sul piano sistematico, la circolare evidenzia che «*se la normativa persegue lo scopo, in un'ottica di garanzia, di documentare le sole conversazioni, oltre che utilizzabili, rilevanti ai fini delle indagini, tale scopo non può che essere raggiunto mediante un'oculata selezione delle conversazioni rilevanti, onde distinguerle da quelle irrilevanti.*» Una selezione che «*presuppone l'ultimazione degli ascolti quale imprescindibile elemento di ricognizione e di analisi compiuta dei dati acquisiti*».

In tale ottica, pare conforme al sistema, ritenere che la richiesta di ritardato deposito al G.I.P. (che necessariamente deve essere successiva al conferimento dei dati nell'A.D.I.), deve riferirsi a tutto il compendio investigativo e non alla singola intercettazione.

Per altro, la circolare dà atto di un'uniformità interpretativa- da molti anni univocamente fatta propria dalla S.C. - in relazione alla mancanza di conseguenze, sul piano dell'utilizzabilità, in caso di ritardato conferimento all'archivio da parte della p.g.; condotta che potrà rilevare, eventualmente, sul piano disciplinare senza nondimeno depotenziare la valenza probatoria degli esiti della captazioni.

5. L'esame degli atti da parte dei difensori

Centrale risulta, su questo aspetto, il chiarimento di una locuzione, utilizzata dal legislatore, non espressamente definita ma il cui esatto significato può essere tratta da un insieme di indicazioni. Si tratta dell'espressione "per via telematica" riferibile alle modalità di accesso e di consultazione delle registrazioni e dei verbali da parte dei difensori. Una possibilità che si concretizza all'atto del deposito presso l'A.D.I., ad opera del P.M., delle intercettazioni e dei decreti di autorizzazione, di convalida e di proroga, di cui alla seconda parte del comma 4 e alla prima del comma 6 dell'art. 268 c.p.p., avendo il legislatore previsto che l'avviso della facoltà di accesso avvenga entro i termini previsti dai commi 4 e 5 dell'art. 268 c.p.p.

La soluzione proposta prende atto dell'assenza di indicazioni univoche sul punto nell'ambito del disposto dell'art. 269 c.p.p., che si occupa della conservazione della documentazione nell'Archivio, e si fonda sulle precisazioni contenute nell'art. 89 bis disp att. c.p.p. In questo senso, mentre l'articolo citato (verbali e registrazioni delle

intercettazioni), al comma 3 prevede genericamente che i difensori delle parti per consultare gli atti 'possono accedere all'Archivio', la lettera del comma 4 del medesimo articolo- condiziona l'ascolto delle registrazioni dei difensori delle parti all'utilizzo di un "apparecchio a disposizione dell'Archivio.

Una disposizione, secondo la circolare che "*consente di escludere, alla radice, la possibilità che le postazioni da remoto, dalle quali accedere 'telematicamente', possano essere diverse da postazioni fisiche allestite nei pressi dell'Archivio e comunque all'interno degli uffici della Procura della Repubblica.*"

A supporto di tale interpretazione è richiamata la circolare n. 116623 del 20.7.2020 del Ministero della Giustizia (rubricata "*indicazioni operative sui completamento della digitalizzazione e securizzazione delle intercettazioni e delle ulteriori conseguenti attività logistiche e organizzative ex art. 269 c.p.p. e art. 89 bis disp. att. c.p.p.*")

Tale provvedimento, in attuazione di quanto indicato dal novellato art. 269 cod. proc. pen.;

- richiama espressamente il necessario supporto tecnico per la realizzazione delle postazioni attrezzate, costituite dalle 'sale d'ascolto', che il Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria sta provvedendo ad individuare ed allestire presso gli uffici delle Procure della Repubblica

- si occupa, inoltre, della sicurezza delle sale d'ascolto garantita dalla realizzazione di un sistema di videosorveglianza dedicato a circuito chiuso, provvisto di telecamere digitali ad alta risoluzione, registratori digitali, monitor di controllo e infrastruttura di comunicazione, con

registrazione delle immagini nel rispetto delle prescrizioni dettate dal Garante per la protezione dei dati personali

- prevede che all'individuazione e verifica della legittimazione dei soggetti che richiedono l'accesso all'Archivio delle intercettazioni si perviene mediante un registro informatico denominato Mod. 37 bis- appositamente creato e reso operativo- che conserverà traccia dell'identità dei soggetti che accedono all'Archivio medesimo, dell'ora iniziale e finale dell'accesso, nonché degli atti dei quali è stata autorizzata la consultazione.

Un sistema articolato e complesso, che presuppone l'accesso fisico del difensore in un'area attrezzata con sistema telematico, protetta e sorvegliata compiutamente, deputato ad assicurare l'osservanza degli oneri di direzione e sorveglianza della gestione dell'Archivio che la norma attribuisce al Procuratore della Repubblica; un sistema che risulterebbe *“del tutto incompatibile con l'idea di postazioni non previamente identificate e collocate a distanza dagli Uffici della Procura della Repubblica, dalle quali accedere per via telematica al materiale intercettivo conferito nell'Archivio”*.

6. Le figure dell'Archivio delle intercettazioni

Dimostrando un apprezzabile pragmatismo, la circolare affronta anche un tema squisitamente “organizzativo”, con riguardo alle figure professionali che dovranno coadiuvare il Procuratore della Repubblica nella gestione del nuovo Archivio delle intercettazioni.

La circolare sottolinea *“l'obbligo di sorveglianza sul funzionamento dell'Archivio delle intercettazioni in capo al Procuratore della Repubblica, il quale va adempiuto in linea con i principi generali in tema di delega di funzioni da parte di soggetti di vertice titolari di posizioni di garanzia, con la duplice conseguenza che la scelta deve ricadere su soggetti professionalmente idonei a svolgere le funzioni delegate e che va attivato un meccanismo di vigilanza, effettiva e non apparente, sulla gestione dell'Archivio da parte dei delegati.”*

Se, in effetti, sono ipotizzabili figure diverse per compiti e ruolo, è un dato di fatto che l'esigenza di individuare gli stessi si scontrerà - in molte sedi, quantomeno- con il ridotto numero del personale e con la difficoltà a garantire a tutti adeguata formazione; logica conseguenza dovrebbe essere, pertanto – in assenza di indicazione delle qualifiche da parte della DGSIA – la facoltà per il Procuratore della Repubblica non solo di individuare le persone che ritiene più competenti tra gli amministrativi e le forze di polizia a sua disposizione nell'esercizio dei poteri di

direzione dell'Archivio, quanto anche “ *in mancanza di un dato normativo di segno contrario, di cumulare anche più funzioni in capo alla stessa persona, qualora si tratti di scelta organizzativa che comunque consenta di garantire l'adeguata tutela della segretezza dei dati contenuti nell'Archivio.*”

In relazione ai soggetti che potranno avere accesso all'Archivio - oltre, si intende, agli avvocati- si afferma che indubbiamente ciò potrà avvenire da parte dei soggetti che svolgono la pratica forense (in quanto tenuti agli stessi obblighi di riservatezza dei difensori) mentre più complessa di presenta la valutazione sui consulenti tecnici del difensore. Una valutazione rimessa alle prassi interpretative che verranno fatte proprie dai singoli uffici. Sul punto, si può osservare che ben difficilmente tali valutazioni potranno portare a un'esclusione dei consulenti, quantomeno in tutti i casi in cui una percezione diretta delle captazioni potrà avere un rilievo sulla natura della valutazione alla quale il consulente è chiamato.

7. Il conferimento delle intercettazioni all'Archivio

Solo apparentemente tecnico e secondario è il problema affrontato dal penultimo punto della circolare. In realtà, è aspetto strettamente tecnico destinato, tuttavia, a condizionare in termini significativi l'intero settore, sotto un duplice profilo. Si tratta, semplicemente, di assicurare la “sopravvivenza” del dato informatico che costituisce l'esito delle captazioni. Un problema condiviso da tutte le strutture organizzate su base informatico/telematica, che, a vario titolo non possono prendere in considerazione la possibilità di “perdere” i propri dati e informazioni, che non infrequentemente, costituiscono il “core business” dell'attività svolta.

L'attività giudiziaria non si distingue in questo senso dalla altre e anzi, considerando la rilevanza centrale che spesso le intercettazioni assumono nell'ambito delle investigazioni disposte proprio per i reati di maggiore gravità, la perdita dei materiali derivanti dalle intercettazioni può essere, senza troppi eufemismi, essere definita come “irreparabile”. Di tale aspetto dimostra di essere pienamente consapevole la P.G., laddove precisa che rispetto alla necessità di procedere, nei tempi e con le modalità opportune, alla cancellazione definitiva dei dati dai server delle aziende che gestiscono il servizio di intercettazioni, deve essere assicurato quello che, nel gergo, è definito il “back up” dei dati in oggetto.

In questo senso, pertanto, la circolare, “*nel ricordare che la garanzia della conservazione corretta della fonte di prova e di certo esigenza prioritaria rispetto alla stessa fase di cancellazione*

dei dati "esterni"segnala “la necessità per tutti i Procuratori della Repubblica di procedere alla cancellazione dei dati solo allorché sia assicurata tale condizione. Soluzione questa che appare del resto in linea con il nuovo art. 89 disp. att. c.p.p., il quale, nell'affermare che "quando è impossibile il contestuale trasferimento dei dati intercettati, il verbale di cui all'art. 268 del codice da atto delle ragioni impeditive e della successione cronologica degli accadimenti captati e delle conversazioni intercettate", evidentemente consente l'adozione di soluzioni tese alla conservazione della prova, prevedendone la compiuta descrizione e l'adequata giustificazione”.

In concreto la circolare autorizza (o forse sarebbe meglio dire calorosamente invita) i Procuratori della repubblica - in attesa di garanzie “definitive” derivanti dal sistema che il Ministero sta approntando a riguardo - a non correre il rischio di un’ irreversibile cancellazione/perdita dei dati. L’impatto che un “incidente” di questo tipo potrebbe avere non solo sugli esiti della singola vicenda giudiziaria, quanto sulla credibilità globale del sistema è tale per cui ogni precauzione al riguardo non potrà essere giudicata superflua.

8. Il rapporto tra l’Archivio e le banche dati SIDDA/SIDNA

Particolarmente delicato e problematico risulta essere l’ultimo punto trattato dal provvedimento in oggetto, in quanto la Procura Generale si pone il problema di conciliare due discipline che- almeno apparentemente- non si presentano come facilmente “compatibili”. Da un lato, in effetti, la riforma ha posto in capo a Procuratore della Repubblica la responsabilità sulla gestione- anche ovviamente in termini di sicurezza- dei dati derivanti dalle attività di captazione e la necessità di implementare costantemente ed efficacemente le banche dati SIDDA/SIDNA destinate a garantire una circolazione “virtuosa” delle informazioni in relazione ai procedimenti di cui agli art. 51 comma 3 bis e 3 quater c.p.p.

In tale prospettiva emerge costante l’esigenza di un bilanciamento degli interessi – potenzialmente contrapposti- tra la “tutela” dei dati derivanti delle intercettazioni e l’interscambio dei dati stessi, ove funzionali ad attività investigative. A tal fine è stata prevista una costante interlocuzione tra DNAA e DGSIA proprio per conciliare le esigenze di segretezza delle singole indagini, la corretta gestione degli archivi e il tempestivo inserimento dei dati nella banca dati della stessa DNAA.

9. Deposito e misure cautelari.

Un discorso a parte deve essere affrontato con riguardo al caso di captazioni inserite per richieste di misure cautelari, rispetto alle quali la circolare non prende espressamente posizione; un aspetto indubbiamente delicato della riforma, tenuto conto che la legge di conversione del DL 161/2019 ha modificato l'articolo 291 c.p.p., ha precisato che le stesse devono essere “comunque conferite nell'archivio di cui all'art. 269”.

Nell'attesa di specifiche indicazioni anche su questo aspetto, possono essere richiamate le indicazioni operative elaborate dalla circolare 144/20/S.P. del 31.7.2020 della Procura della Repubblica di Torino:

- all'atto della presentazione di una richiesta di misura cautelare le intercettazioni poste a base della stessa devono essere conferite all'archivio; delle stesse dovrà essere redatto un preciso elenco da consegnare all'Ufficio CIT in tempo utile perché quest'ultimo ne provveda il conferimento nell'archivio digitale

- presso l'archivio il materiale dovrà essere a disposizione dei difensori al momento dell'esecuzione della misura.

- al G.I.P. non verranno tramesse le tracce foniche delle captazioni, salva la possibilità dello stesso di accedervi presso le apposite sale ascolto ai fini della valutazione della richiesta.

Un dubbio ermeneutico rilevante deriva dal fatto che, con riferimento alla fase cautelare, il D.L. 161/2019 ha abrogato i periodi terzo e quarto dell'art. 293 c.p.p., eliminando così la disciplina del rilascio di copie del materiale intercettativo utilizzato per la misura cautelare. Un'indicazione che costituirebbe logica conseguenza della previsione del rilascio di copia solo di quelle conversazioni transitate attraverso il procedimento di cui all'art. 268 c.p.p. o indicate come rilevanti dal P.M. in sede di deposito atti ex art. 415 bis o 454 c.p.p..

Per la circolare della Procura di Torino, nondimeno, tale interpretazione non appare costituzionalmente orientata. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 336/2008, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale, con riferimento agli art. 3, 24, comma 2, e 111 Cost., dell'art. 268 c.p.p., nella parte in cui non prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate. In seguito le S.U. (S. U, n. 20300, 22.4.2010, CED 246908) hanno stabilito che «l'accesso alle registrazioni delle conversazioni captate serve a rendere effettivo il completo l'esercizio del diritto di difesa della

parte», sicché la questione non riguarda strettamente un tema attinente all'utilizzabilità della prova (costituita dai brogliacci correttamente utilizzati e trasmessi al Gip e al tribunale del riesame) ovvero dell'efficacia della misura cautelare (per mancata trasmissione degli atti), quanto piuttosto che la violazione di tale diritto difensivo determina «un vizio nel procedimento di acquisizione della prova per l'illegittima compressione del diritto di difesa» che non comporta cioè effetti sul risultato della prova, bensì una nullità di ordine generale a regime intermedio ai sensi dell'articolo 178, comma 1, lett. c), c.p.p.

Conseguentemente, la circolare riconosce per il difensore *“il diritto di ottenere copia delle registrazioni delle conversazioni poste a base della misura cautelare, ma non quello di accedere a tutte le altre intercettazioni eseguite nel procedimento e non utilizzate nella misura.”*