



**CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA**

UFFICIO DEI REFERENTI PER LA FORMAZIONE DECENTRATA

DISTRETTO DI BOLOGNA

**INCONTRO DI AGGIORNAMENTO SULLE RECENTI PRONUNCE  
DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN MATERIA PENALE**

Lunedì, 4 aprile 2011

relatore

**GUGLIELMO LEO**

Magistrato – Assistente di studio

presso la Corte costituzionale

## **MATERIALI DI SUPPORTO PER LA RELAZIONE**

Gli appunti che seguono hanno una mera funzione di supporto per l'esposizione orale, e di memoria per i partecipanti all'incontro circa i provvedimenti menzionati ed il relativo oggetto.

Il testo integrale di tutti i provvedimenti, e delle relative massime, è reperibile presso il sito istituzionale della Consulta, nell'area «Giurisprudenza», con particolare riguardo al settore «Ricerca delle pronunce», ove è disponibile un motore di ricerca. La Corte pubblica i provvedimenti più recenti anche nella pagina d'ingresso del sito, nell'area «Ultimo deposito delle pronunce», che contiene anche un elenco con titoletti, la cui lettura può dare una informazione

rapidissima su ciò che vale la pena di leggere a seconda degli interessi di ciascuno.

Il sito istituzionale è

**[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)**

# SOMMARIO

## In generale

A pagina **7**: ancora sulle sentenze **n. 348 e 349 del 2007**, e sulla sentenza **n. 311 del 2009**, per ricordare anzitutto una importante applicazione della **Convenzione europea** dei diritti dell'uomo, quale parametro interposto, in tema di **processo contumaciale**: la sentenza **n. 317 del 2009**.

A pagina **17**: casi ulteriori di norme «convenzionalmente» illegittime, dalla **pubblicità dell'udienza** nel procedimento di prevenzione alla disciplina «retroattiva» della **confisca** nelle norme sulla guida in stato di ebbrezza: rispettivamente, la sentenza **n. 93 del 2010** e la sentenza **n. 196 del 2010**.

A pagina **22**: un caso di **illegittimità ex art. 117**, comma primo, Cost. per contrasto tra norma interna e norma comunitaria, relativamente alla materia del cd. **mandato di arresto europeo**: la sentenza **n. 227 del 2010** e le ordinanze **n. 237 e n. 306 del 2010**.

A pagina **26**: ancora a proposito della **pubblicità delle udienze** nel procedimento di prevenzione, la Corte ritorna sui **rapporti tra ordinamento interno e Carte sovranazionali di tutela dei diritti umani**: la sentenza **n. 80 del 2011**.

A pagina **27**: a partire dalla sentenza n. 394 del 2006, a proposito tra l'altro del concetto di **norma penale di favore** e del relativo sindacato di legittimità, per introdurre un provvedimento, riguardante la disciplina ambientale in materia di **rifiuti**, che investe (oltre ai rapporti tra norma interna e norma comunitaria) il tema generale della **sindacabilità della lex intermedia mitior**: la sentenza **n. 28 del 2010**.

A pagina **33**: un altro caso di censure volte alle **scelte di depenalizzazione** del legislatore, riguardante le condotte di derivazione o utilizzazione di **acqua pubblica** senza autorizzazione o concessione dell'autorità competente: la sentenza **n. 273 del 2010**.

A pagina **35**: sulla **discrezionalità legislativa** in materia di determinazione dei comportamenti sanzionabili e delle relative pene, e sui limiti conseguenti del sindacato della Corte anche a fronte di soluzioni normative incongruenti: cenni alla ordinanza **n. 41 del 2009** ed alle sentenze **nn. 47, 250 e 359 del 2010**.

A pagina **39**: una ulteriore deliberazione in tema di uguaglianza, relativamente a **norme** penali – in materia di **rifiuti** – ad **applicazione territoriale circoscritta**: la sentenza **n. 83 del 2010**.

A pagina **41**: una norma processuale penale come occasione per un intervento della Corte sul **rifiuto parziale di conversione del decreto-legge**, e sul regime degli atti compiuti in applicazione della norma non convertita: la sentenza **n. 367 del 2010**.

A pagina **43**: sui confini della giurisdizione. Un prolungato **conflitto tra poteri** dello Stato, attinente alla qualificazione dei **reati ministeriali** ed ai rapporti tra **Tribunale dei ministri e Parlamento**: la sentenza **n. 241 del 2009** e la ordinanza **n. 211 del 2010**.

A pagina **45**: sempre sul rapporto tra giurisdizione ed altri poteri dello Stato: la decisione sul cd. «**lodo Alfano**» e la decisione sul cd. «**legittimo impedimento**»: le sentenze **n. 262 del 2009** e **n. 23 del 2011**.

A pagina **51**: a proposito del conflitto tra poteri nei casi di deliberazione parlamentare di **insindacabilità ex art. 68 Cost.**, alcune importanti notazioni sul **procedimento**: la ordinanza **n. 188 del 2009** e l'ordinanza **n. 41 del 2010**.

A pagina **52**: sempre a proposito del conflitto tra poteri nei casi di deliberazione parlamentare di insindacabilità ex art. 68 Cost., alcuni casi recenti di valutazione nel merito: le sentenze **n. 301 del 2010** e **n. 82 del 2011**.

A pagina **54**: è inammissibile un **conflitto tra poteri** relativamente alle dichiarazioni di insindacabilità del **Parlamento europeo**, che per altro non vincolano il giudice nazionale: la ordinanza **n. 174 del 2010**.

## **Diritto sostanziale**

A pagina **55**: una dichiarazione di illegittimità costituzionale che concerne le iscrizioni nel **casellario giudiziale** ma presenta speciale interesse per notazioni sulla **sospensione condizionale della pena**: la **sentenza n. 287 del 2010**.

A pagina **57**: a proposito del reato di **illegale reingresso dello straniero** già espulso a norma dell'art. 14, comma 5-quater, del T.U. immigrazione: l'ordinanza **n. 41 del 2009**.

A pagina **58**: le questioni concernenti il «**reato di soggiorno o permanenza illegale**» nel territorio dello Stato, di cui all'art. 10-bis del T.u. immigrazione: la sentenza **n. 250 del 2010** e le ordinanze nn. **252, 253 e 318 del 2010**.

A pagina **61**: in prosecuzione, la decisione sulla inottemperanza all'**ordine di allontanamento «reiterato»** a norma del nuovo comma 5-quater dell'art. 14 del T.u. immigrazione, per il caso che ricorra un «**giustificato motivo**»: la sentenza **n. 359 del 2010**.

A pagina **68**: le questioni relative alla cd. **aggravante di «clandestinità»** (art. 61, n. 11-bis, cod. pen.), dalle prime decisioni interlocutorie alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della previsione: la sentenza **n. 249 del 2010**.

A pagina **72**: una nuova decisione in materia di **intermediazione finanziaria**: la ordinanza **n. 295 del 2010**.

A pagina **74**: sui reati commessi da persone sottoposte a **misure di prevenzione**, a proposito delle norme applicabili nei confronti del «mafioso» sorpreso alla **guida senza patente**: la ordinanza **n. 89 del 2010**.

A pagina **74**: sempre in materia di misure di prevenzione, importanti puntualizzazioni sul reato di **inosservanza delle prescrizioni** nella prospettiva del **principio di tassatività**: la sentenza **n. 282 del 2010**.

A pagina **76**: sul divieto di applicare **pene sostitutive** per la sanzione detentiva irrogata a fronte della violazione di obblighi connessi alle **pene paradeditive** irrogate dal giudice di pace: la sentenza **n. 157 del 2010**.

A pagina **78**: in materia di **benefici penitenziari**, a proposito delle preclusioni relativamente ai condannati per **evasione**: la sentenza **n. 189 del 2010**.

A pagina **79**: ancora una importante pronuncia di inammissibilità, su «base interpretativa», a proposito delle preclusioni concernenti i **benefici penitenziari** in caso di condanna con la **recidiva reiterata**: la sentenza **n. 291 del 2010**.

A pagina **81**: un provvedimento di inammissibilità su questione riguardante le licenze agli internati in esecuzione di **misure di sicurezza**: la ordinanza **n. 219 del 2010**.

A pagina **81**: sulla versione dell'**art. 41-bis ord. pen.** dopo il «pacchetto sicurezza» del 2009, relativamente al **diritto di reclamo** contro il provvedimento applicativo: la sentenza **n. 190 del 2010**.

A pagina **83**: ancora sul regime speciale di cui all'**art. 41-bis ord. pen.** dopo il «pacchetto sicurezza» del 2009, relativamente al **diritto di colloquio** con il **difensore**: la ordinanza **n. 220 del 2010**.

## **Diritto processuale**

A pagina **84**: la Consulta ribadisce e riassume il proprio orientamento in tema di **incompatibilità «extraprocedimentale»** del giudice: la ordinanza **n. 347 del 2010**.

A pagina **85**: ancora una pronuncia in tema di **incompatibilità «endoprocedimentale»** del giudice, a proposito del difetto di attribuzione rilevato *ex art. 33-septies c.p.p.*: la sentenza **n. 177 del 2010**.

A pagina **87**: non più idonei alla difesa di ufficio i **praticanti avvocati**: la sentenza **n. 106 del 2010**.

A pagina **88**: legittima solo una **presunzione relativa** quanto alla disponibilità, per i responsabili di **associazione mafiosa** e di altri delitti, di redditi occulti incompatibili con l'accesso al **patrocinio a spese dello Stato**: la sentenza **n. 139 del 2010**.

A pagina **92**: ancora sulle presunzioni di pericolosità, una fondamentale decisione in materia di **«carcerazione obbligatoria»**, nella specie riguardante i **reati sessuali**: la sentenza **n. 265 del 2010**.

A pagina **97**: sull'utilizzabilità degli atti di **indagine difensiva** nel **giudizio abbreviato** e, più in generale, della portata del principio di parità delle parti e del diritto al contraddittorio nell'impianto complessivo del rinnovato **art. 111 Cost.**: la sentenza **n. 184 del 2009**.

A pagina **101**: sui rapporti tra **contestazioni** suppletive e diritto di accesso al **rito abbreviato**: la ordinanza **n. 67 del 2008**, la sentenza **n. 333 del 2009** e la sentenza **n. 140 del 2010**.

A pagina **106**: sul **decreto penale** di condanna, in particolare riguardo alla decorrenza del termine per la **richiesta di riti alternativi** ed all'assenza di un contraddittorio prima del giudizio conseguente all'opposizione: la ordinanza **n. 55 del 2010** e la ordinanza **n. 317 del 2010**.

A pagina **108**: ancora sui riti speciali, ed in particolare sul **giudizio direttissimo**, a proposito della portata del **sindacato giudiziale** sulla ricorrenza delle **condizioni di accesso**: la sentenza **n. 229 del 2010** e la ordinanza **n. 353 del 2010**.

A pagina **109**: a proposito del diritto al contraddittorio, se sia illegittima l'attuale disciplina che consente al giudice la **diversa qualificazione giuridica del fatto**, indipendentemente da ogni preventivo svolgimento di difese sul punto: la sentenza **n. 103 del 2010**.

A pagina **112**: a proposito di modello accusatorio del processo, una decisione sulla **integrazione officiosa** relativa a **prove** per le quali le parti siano andate incontro a decadenza: la sentenza **n. 73 del 2010**.

A pagina **114**: ancora a proposito di modello accusatorio del processo, una decisione sulla acquisizione delle **dichiarazioni istruttorie** a seguito di **indebite pressioni sul testimone**, ed in particolare sulle regole di prova per l'accertamento delle pressioni medesime: la ordinanza **n. 358 del 2010**.

A pagina **115**: in tema di **prova dichiarativa**, ancora sul principio di **continuità del giudice** e sui limiti di utilizzabilità delle prove assunte dal giudice poi sostituito: la ordinanza **n. 205 del 2010**.

A pagina **117**: a proposito di indagine penale e **riservatezza**, la Corte interviene in tema di «**agente segreto attrezzato per il suono**»: la sentenza **n. 320 del 2009**.

A pagina **124**: «**intercettazioni casuali**» e acquisizione o utilizzazione di «**tabulati**» nei confronti di **ministri e parlamentari**: le sentenze **nn. 113, 114 e 188 del 2010**, nonché la ordinanza **n. 263 del 2010**.



A pagina **127**: a proposito del procedimento penale innanzi al **giudice di pace**, relativamente alla **incidenza della connessione** sui criteri di determinazione della **competenza**: la sentenza **n. 64 del 2009**, la ordinanza **n. 68 del 2009**, le ordinanze **nn. 56 e 252 del 2010**.

A pagina **129**: ancora a proposito della **connessione** nel procedimento penale per reati di competenza del **giudice di pace**, ed in particolare sulla **perpetuatio iurisdictionis**: la ordinanza **n. 318 del 2010**.

## IN GENERALE

Non avrebbe alcun senso, ormai, ragionare sulla proiezione costituzionale del sistema di giustizia penale senza guardare al **sistema delle fonti**, ed in particolare al rapporto tra ordinamento interno, diritto sovranazionale in materia di tutela dei diritti umani, diritto dell'Unione europea.

Può essere utile fare un punto aggiornato della situazione, avuto naturalmente riguardo all'osservatorio (del resto tutt'altro che marginale) rappresentato dalla giurisprudenza della Consulta. La recentissima **sentenza n. 80 del 2011**, occasionata ancora una volta da questioni concernenti la giurisdizione penale (o assimilata), segna del resto il **secondo ostacolo** frapposto dalla Corte riguardo ad una ciclica propensione di parte degli interpreti verso forme di **applicazione diretta del diritto sovranazionale**. Propensione che trova il suo fondamento, soprattutto, nei principi del diritto «comunitario», ed è probabilmente incrementata dalla constatazione delle omissioni e dei ritardi che segnano la legislazione del nostro Paese quanto alla trasposizione di principi e regole del diritto sovranazionale, specie per alcuni aspetti, nell'ordinamento interno. Sennonché le limitazioni della sovranità nazionale producono effetti diretti, appunto, nella sola proiezione comunitaria, cui il diritto penale e la stessa materia della difesa dei diritti umani sono riconducibili entro limiti determinati. L'intero sistema di legalità, per altro verso, è costruito nel nostro Paese sul controllo accentratore di compatibilità tra le leggi ordinarie e la Carta fondamentale, anche per quanto riguarda l'obbligo legislativo, sanzionato espressamente dal «nuovo» primo comma dell'art. 117 della Costituzione, di osservare gli impegni assunti dall'Italia secondo le regole del diritto internazionale.

Proviamo allora, ed appunto, ad inquadrare il problema e a definire le soluzioni al momento prevalse nella giurisprudenza costituzionale.

Conviene ancor oggi prendere le mosse, a mio avviso, dalle fondamentali **sentenze n. 348 e n. 349 del 2007**. Come tutti sanno, con quei provvedimenti la Corte costituzionale aveva chiarito come le norme della **Convenzione europea dei diritti dell'uomo** non siano «autoapplicative» perché non sono norme comunitarie (oggi diremmo «dell'Unione»), né comunque sono riferibili all'art. 11 della Costituzione, dato che non introducono alcuna limitazione di sovranità.

Sono norme internazionali pattizie (dunque non consuetudinarie, con conseguente inapplicabilità del primo comma dell'art. 10 Cost.), che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi

applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando, nello stesso tempo, le norme interne in eventuale contrasto.

Per altro, il testo riformato dell'art. 117, primo comma, Cost. condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo. Va respinta – secondo la Corte – la tesi che la norma sia da considerarsi operante soltanto nell'ambito dei rapporti tra lo Stato e le Regioni. Allo stesso tempo, non può ritenersi che ogni norma contenuta in un trattato internazionale assuma, per il tramite dell'art. 117, primo comma, il rango di norma costituzionale.

In realtà la disposizione presenta struttura simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria. Nel linguaggio corrente si tratta di «**fonti interposte**».

Quindi le **norme della Convenzione**, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, non acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò non immuni dal controllo di legittimità della Corte costituzionale italiana. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano compatibili con la nostra Carta fondamentale.

L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano **esse stesse conformi alla Costituzione** è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. È illegittima solo una norma che contrasti con un parametro interposto del quale sia positivamente scrutinata la conformità alla Costituzione.

Insomma, quando sorga il dubbio di un contrasto tra una norma nazionale ed una della Convenzione, occorre verificare: **a)** se effettivamente vi sia contrasto, non risolvibile in via interpretativa, tra la norma interna e le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, primo comma, Cost.; **b)** se le norme della CEDU invocate come integrazione del parametro, nell'interpretazione ad esse data dalla medesima Corte, siano compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano.

Se la norma interna contrasta con una norma della Convenzione, e la norma della Convenzione non contrasta con la Costituzione, ebbene il giudice nazionale dovrà **eccepire l'illegittimità della norma interna** per contrasto con il primo comma dell'art. 117 Cost., e la Consulta ne disporrà l'eliminazione dall'ordinamento.

Questa lettura di sintesi del sistema costruito nelle cd. «sentenze gemelle» è stata più volte ribadita, e posta alla base di un numero ormai rilevante di pronunce di illegittimità costituzionale, non a caso di preminente interesse penalistico.

Tra le prime va ricordata per altro una decisione di oggetto diverso (attinente ad una pretesa norma «interpretativa» circa il trattamento economico e giuridico di dipendenti degli enti locali trasferiti all'Amministrazione dello Stato): è la **sentenza n. 311 del 2009**. La Corte ebbe tra l'altro a specificare la rilevanza concorrente dell'art. 10, primo comma, Cost., quale parametro di misurazione della legittimità di una norma interna, quando ne si prospetti il contrasto con una disposizione convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. Ma soprattutto, la Corte aveva dato una pur schematica anticipazione della prospettiva poi sviluppata nella sentenza sul processo contumaciale (*infra*), e cioè la configurazione della CEDU e della Costituzione come un **sistema integrato multilivello**, idoneo a garantire la «massima estensione delle tutele» in ordine ai diritti umani.



Veniamo subito, e comunque, alla **sentenza n. 317 del 2009**, che presenta ai nostri occhi un duplice interesse: puntualizza e sviluppa la riflessione della Corte sui rapporti tra ordinamenti ed introduce una regola di grande importanza, pratica e sistematica, nella disciplina del processo contumaciale.

Si poneva da tempo la questione, relativa all'**art. 175, comma 2, c.p.p.**, se il meccanismo della **rimessione in termini** per l'impugnazione a favore dell'imputato processato in contumacia potesse essere azionato quando il gravame fosse già stato interposto dal difensore, con conseguente **uplicazione del giudizio impugnatorio**.

Al meccanismo in questione il sistema aveva assegnato il ruolo di **rimedio** per l'eventualità che un **processo contumaciale** si concludesse con una sentenza di condanna senza che l'imputato avesse avuto contezza della pendenza del giudizio. Tuttavia, all'esito di una evoluzione normativa che non merita ormai una ricostruzione di dettaglio, la **rimessione** nel termine dell'impugnazione restava ammessa solo a condizione che un giudizio impugnatorio **non** fosse stato celebrato. Era dunque possibile – visto che l'impugnazione era consentita al difensore anche in assenza di una procura speciale dell'imputato – che un processo si svolgesse in tutti i suoi gradi senza cognizione da parte dell'interessato. E che l'imputato, una volta sottoposto all'esecuzione della sentenza, non potesse ottenere un nuovo giudizio.

La questione era esplosa a metà dello scorso decennio, per effetto della sentenza di condanna deliberata contro l'Italia, dalla **Corte di Strasburgo**,

su ricorso di tale **Sejdovic** (*infra*). Il legislatore era intervenuto d'urgenza, con il decreto-legge n. 17 del 2005, per altro modificato sostanzialmente, per quanto ci riguarda, dalla legge di conversione. Il testo riformato dell'art. 175 c.p.p., ancor oggi vigente, ammette la restituzione in termini del contumace senza alcuna distinzione (almeno esplicita) tra casi di gravame già interposto e casi di impugnazione proposta per la prima volta insieme alla richiesta di rimessione.

Con la sentenza Huzuneanu (n. 6026 del 2008) le **Sezioni unite della Cassazione** avevano stabilito – nonostante l'intento esplicito del legislatore della riforma e la congruenza degli interventi attuato sulla norma pertinente – che anche in base al testo novellato dell'art. 175 c.p.p. l'imputato contumace non avesse diritto alla restituzione in termini per l'impugnazione quando il gravame fosse già stato proposto dal difensore (anche d'ufficio) e già definito. La soluzione, in problematico rapporto con la giurisprudenza CEDU sul diritto di personale partecipazione al processo, era stata giudicata costituzionalmente compatibile perché – naturalmente semplificato – mai specificamente “imposta” dalla Corte europea ed espressiva di un necessario bilanciamento con altri principi costituzionali, che si risolvono nel parametro della ragionevole durata.

Restava comunque sacrificata la possibilità per l'imputato contumace inconsapevole di partecipare al proprio processo. Non ha sorpreso, quindi, che proprio a partire dall'assunto delle Sezioni unite (divieto di *bis in idem* in caso di gravame proposto d'iniziativa del difensore) venissero sollevate questioni di legittimità costituzionale.

Quella poi accolta dalla Corte è stata proposta da una sezione della stessa **Cassazione**, che ha rimarcato come il comma 2 dell'art. 175 c.p.p., proprio in forza della preclusione ravvisata dal Supremo Collegio, contrastasse con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e quindi con la Costituzione.

Come la stessa Consulta avrebbe poi ricordato, i giudici di Strasburgo hanno fissato, in relazione all'**art. 6 della Convenzione**, una serie di principi (si vedano, tra le altre, le sentenze Colozza c. Italia, 12 febbraio 1985; F.C.B. c. Italia, 28 agosto 1991; T. c. Italia, 12 ottobre 1992; Somogyi c. Italia, 18 maggio 2004; Sejdovic c. Italia, 10 novembre 2004 e Idem, Grande Camera, 1° marzo 2006). Eccone una ricostruzione schematica:

a. La persona accusata di un reato, pur non avendone l'obbligo, ha **diritto di essere presente** al processo che la riguarda.

b. È possibile la **rinuncia** all'esercizio di tale diritto, e dunque la previsione di forme di procedimento contumaciale non è per se stessa contraria alle disposizioni convenzioni di garanzia dei diritti dell'uomo.

c. Affinché la celebrazione *in absentia* del processo rappresenti il frutto di una scelta, e non la violazione di un diritto, l'imputato deve essere **consapevole** della celebrazione del procedimento a suo carico.

d. Va conseguentemente prevenuta l'esecuzione di sentenze pronunciate contro **contumaci inconsapevoli**.

e. Appartiene alla discrezionalità degli Stati la **scelta degli strumenti** per evitare l'esecuzione delle sentenze appena indicate, potendo essi approntare strumenti preventivi, cioè preclusioni che ostacolino la celebrazione del processo *in absentia* a fronte di comunicazioni non personalizzate circa le scansioni del processo, oppure **strumenti ripristinatori**.

f. A proposito di questi ultimi, in particolare, deve essere garantita al condannato contumace inconsapevole la nuova celebrazione di un procedimento, che si svolga in sua presenza avanti ad un giudice che ascolti le ragioni del condannato e gli consenta l'esercizio del diritto di difesa.

Era evidente che la disciplina italiana sulla restituzione in termini, almeno nella versione offerta dalla sentenza delle Sezioni unite, non assicurava l'osservanza dei principi anzidetti.

La **Consulta** non ha rimproverato al rimettente l'omessa sperimentazione di una soluzione «convenzionalmente orientata» (che pure sembrava tutt'altro che inconcepibile), e neppure si è indotta ad una decisione su base interpretativa (ad esempio una sentenza interpretativa di rigetto). Del resto, dopo la sentenza Huzuneanu, si erano registrate due decisioni adesive delle sezioni semplici, e la stessa ordinanza di rimessione, nei suoi presupposti interpretativi, aderiva al *dictum* del massimo Collegio.

La Corte piuttosto, opportunamente riconoscendo alla Cassazione la sua preminente funzione nomofilattica, ha fatto applicazione della teorica del **diritto vivente**. Senza dunque assoggettare a verifica (ed a critica) l'assunto che ancor oggi l'art. 175 c.p.p. precludesse il *bis in idem*, il Giudici costituzionali sono partiti da quell'assunto. Ma immediatamente e – si direbbe – inevitabilmente, hanno contraddetto le Sezioni unite in punto di compatibilità tra detto diritto vivente ed i precetti della Costituzione.

Come accennato in apertura, la sentenza costituisce un punto centrale della riflessione in corso nelle Corti costituzionali (non solo quella italiana) circa i **rapporti tra ordinamenti nazionali, ordinamenti sovranazionali e ordinamento internazionale**. Non è questione di gerarchie, ma di «**sistema multilivello**» delle garanzie per i diritti umani, in una interazione virtuosa tra fonti, tale da assicurare sempre la garanzia più estesa tra quelle disponibili. Né la Corte «appalta» il proprio ruolo storico ed istituzionale di garante degli equilibri disegnati dalla nostra Costituzione, perché una trasposizione automatica delle norme e dei *dicta* provenienti dagli ordinamenti sovranazionali non potrebbe mai determinare una

lesione di interessi garantiti dalla Costituzione italiana. Concetto già presente nelle sentenze n. 348 e 349 del 2007 (e sommariamente evocato, a fini di motivazione, nella sentenza Huzuneanu), ma chiarito e puntualizzato con la decisione più recente.

*È evidente che questa Corte non solo non può consentire che si determini, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., una tutela inferiore a quella già esistente in base al diritto interno, ma neppure può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale. La conseguenza di questo ragionamento è che il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato **mirando alla massima espansione delle garanzie**, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti.*

*Nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il **necessario bilanciamento** con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. Questo bilanciamento trova nel legislatore il suo riferimento primario, ma spetta anche a questa Corte nella sua attività interpretativa delle norme costituzionali.*

*Il richiamo al «margine di apprezzamento» nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea – trova la sua primaria concretizzazione nella funzione legislativa del Parlamento, ma deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che **la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro**. Naturalmente, alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di **evitare** che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell'art. 2 Cost. – **si sviluppi in modo squilibrato**, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea.*

*Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali.*

In base a questa ricostruzione del sistema – della quale è già stata posta in rilievo una forte carica assiologia – è stato valutato l'assunto delle Sezioni unite secondo cui il diritto di difesa del contumace avrebbe ben potuto soccombere ad una pratica applicazione del **principio di ragionevole durata del processo**, del quale il *ne bis in idem* costituisce un corollario particolarmente importante.

Tale eventualità deve essere esclusa, giacché il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in

comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. **Ciò che rileva è esclusivamente la durata del «giusto» processo**, quale delineato dalla stessa norma costituzionale invocata come giustificatrice della limitazione del diritto di difesa del contumace. Una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti. **Un processo non «giusto», perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata.**

La Corte non si è disinteressata dei gravi effetti sistemici della propria decisione, che tuttavia è stata necessaria per eliminare un *vulnus* attuale ed immediato del diritto di difesa, restituendo effettività proprio al rimedio ripristinatorio prescelto dal legislatore.

Solo qualche nota sintetica sui seguiti giurisprudenziali del brusco mutamento di quadro normativo:

Naturalmente è stata subito recepita la regola per la quale la **pendenza di un giudizio impugnatorio** promosso dal difensore non preclude la restituzione in termini per l'impugnazione dell'imputato (Cass., Sez. 6, Sentenza n. 4695 del 18/12/2009 Cc. (dep. 03/02/2010), Fondacaro, Rv. 245852)

La giurisprudenza si è fatta ancor più attenta a garantire conformità tra il diritto italiano e le disposizioni sovranazionali. È attribuito al giudice richiesto della restituzione in termini l'**onere di provare** sia che l'imputato abbia avuto conoscenza del procedimento o del provvedimento, sia che abbia liberamente rinunciato all'impugnativa (Cass., Sez. 1, Sentenza n. 8138 del 17/02/2010 Cc. (dep. 01/03/2010), De Leo, Rv. 246126; Cass., Sez. 1, Sentenza n. 46176 del 17/11/2009 Cc. (dep. 01/12/2009), Bounja, Rv. 245515; soprattutto si veda Cass., Sez. 5, Sentenza n. 19072 del 31/03/2010 Cc. (dep. 19/05/2010), R., Rv. 247510). Si è tuttavia specificato come sia «onere di chi, rimasto contumace nel processo, chieda la restituzione nel termine per impugnare la sentenza, dare dimostrazione, con il corredo della relativa documentazione o l'indicazione dei diversi elementi dimostrativi, della tempestività della domanda rispetto al momento di effettiva conoscenza dell'atto» (Cass., Sez. 2, Sentenza n. 5443 del 22/01/2010 Cc. (dep. 11/02/2010), Sadraoui, Rv. 246437). A conferma, si è stabilito che non basta la mera asserzione del richiedente di non avere avuto cognizione del procedimento (Cass., Sez. 3, Sentenza n. 17965 del 08/04/2010 Cc. (dep. 11/05/2010), Rescio, Rv. 247159)

Si è aggiornata la casistica degli «**elementi sintomatici**» della conoscenza. Ad esempio una elezione di domicilio presso il difensore non vale a documentare la conoscenza del procedimento, se operata prima dell'esercizio dell'azione (Cass., Sez. 1, Sentenza n. 8225 del 10/02/2010 Cc. (dep. 02/03/2010), Zamfir, Rv. 246630; Cass., Sez. 4, Sentenza n. 3618 del 26/01/2010 Cc. (dep. 28/01/2010), H., Rv. 246305). Neppure può assumere rilievo decisivo il fatto che il difensore di ufficio abbia mostrato di seguire il procedimento (Cass., Sez. 6, Sentenza n. 7080 del 03/02/2010 Cc. (dep. 22/02/2010), Mammi, Rv. 246085). Perfino per l'evaso non può essere presunta la conoscenza del provvedimento di condanna per evasione, ma solo la conoscenza della pendenza di un procedimento cui volontariamente l'evaso non partecipa (Cass., Sez. 6, Sentenza n. 7379 del 21/12/2009 Cc. (dep. 24/02/2010), Halilovic, Rv. 246027). Importantissima, per altro, la decisione che ammette la presunzione di conoscenza del procedimento in caso di nomina fiduciaria



successiva all'imputazione cautelare, a meno che il difensore non abbia comunicato la interruzione dei rapporti con il proprio assistito Cass., Sez. 6, Sentenza n. 66 del 02/12/2009 Cc. (dep. 07/01/2010), Condello, Rv. 245343). Ancor più generica – e dunque in aperto **contrasto** con parte delle decisioni poco sopra citate, una pronuncia secondo la quale «la notifica della citazione a giudizio e dell'estratto della sentenza contumaciale nel domicilio eletto presso lo studio del difensore di fiducia deve far ritenere, salva la prova del contrario, che il condannato in contumacia abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento e del provvedimento di condanna, sì da non aver diritto alla restituzione in termini per l'impugnazione» (Cass., Sez. 5, Sentenza n. 24707 del 31/03/2010 Cc. (dep. 30/06/2010), Gallo, Rv. 248472).

Da una decisione relativamente recente è venuta finalmente una parola chiara sullo «**oggetto della ignoranza**» che può legittimare la restituzione in termini: l'interessato deve avere ignorato tanto la pendenza del procedimento che la pronuncia del provvedimento che vorrebbe impugnare (Cass., Sez. 1, Sentenza n. 20862 del 30/03/2010 Ud. (dep. 03/06/2010), Matrone, Rv. 247403). Ancor più chiaramente si è detto, con decisione ancora successiva, che **basta la conoscenza del solo procedimento** perché la restituzione in termini non sia più ammessa (Cass., Sez. 1, Sentenza n. 32984 del 15/06/2010 Cc. (dep. 08/09/2010), Condello, Rv. 248008): *«che la conoscenza del procedimento accompagnata e della volontaria rinuncia a comparire ben possa essere sufficiente ad escludere la restituzione in termini emerge inoltre chiaramente dalla giurisprudenza della Corte EDU che ha dato causa alla previsione in esame e che ne delinea la ratio. Ben noto è difatti che la previsione invocata nel caso in esame, l'art. 175 c.p.p., comma 2, sulla restituzione in termini per proporre impugnazione avverso la condanna in contumacia, è norma introdotta nel testo vigente proprio a seguito del comando di legislazione che la Corte Europea ha rivolto all'Italia con la sentenza Sejdovic c. Italia, emessa dalla prima sezione in data 10.11.04 e successivamente confermata dalla Grande Camera a seguito di impugnazione. E secondo la Corte Europea la legittimità del procedimento in absentia può ritenersi solo ove risulti che l'imputato ha avuto effettiva conoscenza del processo a suo carico e delle conseguenze che potevano scaturirne e ha rinunciato ad avvalersi del suo diritto di essere presente in udienza e di partecipare (effettivamente) al processo a suo carico, tale livello di garanzia essendo dovendo desumersi dall'art. 6 della Convenzione, che codifica il principio del giusto processo (v. già Colozza c. Italia, sentenza del 12 febbraio 1985, p. 27; F.C.B. c. Italia, sentenza del 28 agosto 1991, p. 33; T. c. Italia, sentenza del 12 ottobre 1992, p. 26; Yavuz c. Austria, 27 maggio 2004, p. 45; Novoselov c. Russia, decisione dell'8 luglio 2004). Per stabilire se vi sia stata o meno rinuncia inequivoca a comparire, la condizione preliminare ed essenziale è ovviamente sapere se l'imputato abbia avuto conoscenza, non soltanto della possibilità di un procedimento a suo carico, ma dell'esistenza effettiva di un processo e del contenuto dell'accusa sulla quale era chiamato a difendersi in giudizio. Ed occorre che tale conoscenza sia stata effettiva (Somogyi c. Italia del 18.4.04, p. 75), che la comunicazione del procedimento sia stata cioè veicolata attraverso un atto giuridico rispondente a precise condizioni formali e sostanziali, idonee a permettere all'imputato l'esercizio concreto dei suoi diritti.*

*Ma risultando, come nel caso in esame, tale situazione, l'imputato che ha scelto di non comparire non può dolersi del fatto di non avere saputo dell'esito del giudizio. La accertata volontarietà della sua sottrazione al giudizio e della condizione di irreperibilità o latitanza che ha dato causa al processo contumaciale o in assenza, rende così non soltanto formalmente legittima, ma resistente ad ogni effetto, la comunicazione della sentenza mediante notificazione al difensore che è rimasto nel giudizio a rappresentare l'imputato, e con il quale l'imputato stesso ha l'onere di prendere contatto, quando non ha voluto avvalersi del diritto all'autodifesa: tanto più se si tratta di difensore fiduciario».*

Non è dubbio, infine, che nel caso di **notifica regolare dell'estratto**, la sentenza contumaciale divenuta irrevocabile deve avere esecuzione, perché ogni questione attinenti alla eventuale mancata conoscenza da parte dell'interessato deve essere posta ed esaminata solo nel subprocedimento per la restituzione in termini (Cass., Sez. 1, Sentenza n. 5781 del 08/01/2010 Cc. (dep. 12/02/2010), Sassano, Rv. 246565).



Le cosiddette «**sentenze gemelle**» del 2007 avevano rappresentato, tra l'altro, una barriera eretta dalla Corte contro il movimento per l'«**auto applicazione**» delle disposizioni della CEDU.

Esula ampiamente dalla funzione di questi appunti una ricognizione delle reazioni che si sono registrate, sul piano dottrinale come su quello giurisprudenziale, all'atteggiamento assunto dalla Consulta.

Vorrei solo mettere in rilievo la difficoltà principale che deriverebbe da un ampliamento dei casi di **rilevanza diretta** delle norme sovranazionali, sul piano dei diritti umani. Tali casi, in effetti, implicherebbero la disapplicazione delle norme nazionali che ciascun giudice ritenesse in contrasto con le previsioni sovranazionale. L'obiezione che i margini di prevedibilità delle decisioni si ridurrebbero drasticamente prova troppo, perché anche le norme che regolano i rapporti tra ordinamenti sono norme giuridiche, che devono essere osservate, come tutte le altre, previa interpretazione. È certo per altro che l'affidamento al singolo giudice della decisione sulla compatibilità costituzionale della norma nazionale (perché di questo si tratta, come subito vedremo, nella generalità dei casi) può determinare un quadro di **incertezza e disuguaglianza** nell'attuazione dei diritti fondamentali.

Occorre notare, d'altra parte, l' **ampia coincidenza delle norme di garanzia**, riguardo a diritti fondamentali come la difesa o la libertà personale, che caratterizza la nostra **Costituzione** e gli strumenti sovranazionali, soprattutto la cd. **Carta di Nizza** e la stessa **Convenzione europea** dei diritti dell'uomo. Si è detto da qualcuno che, per i diritti a garanzia multipla, **concorrerebbero più strumenti di tutela**: dalla disapplicazione ad opera del giudice nazionale della norma lesiva, in applicazione diretta di quella sovranazionale, al controllo di legittimità deputato alla Consulta, attraverso la questione incidentale riferita ai singoli parametri (ad esempio, l'art. 24 Cost.). Il rilievo, in realtà, è impreciso.

Più propriamente, sarebbe di fatto **disattivato il controllo incidentale di costituzionalità**, con conseguente eliminazione del meccanismo fondamentale di garanzia della legalità costituzionale dell'ordinamento, e cioè la **eliminazione con effetti erga omnes delle norme incostituzionali**. È infatti dato notorio – la stessa Corte l'ha affermato più volte – che sono **inammissibili questioni** sollevate riguardo a disposizioni contrastanti con **norme sovranazionali suscettibili di applicazione diretta**. Infatti, è condizione generale, per un valido instaurarsi del giudizio di costituzionalità, che il giudice *a quo* debba **fare applicazione** della norma che ritiene illegittima. Per definizione, dovendo il giudice **disapplicare** la norma interna quando contrasta con quella sovranazionale autoapplicativa, la condizione di rilevanza non sussiste.

Uno squilibrio intollerabile, sembrerebbe.

Va anche considerato che una **tutela «sistemica dei diritti»**, ove la dilatazione dell'uno non implichi l'annichilimento di quelli potenzialmente configgenti, richiede una **regola di bilanciamento** che non può non risiedere nel **nostro assetto costituzionale**.

Nondimeno, il «**movimento per l'autoapplicazione**» ha preso nuovo vigore a partire dal **1° dicembre 2009**, e ciò naturalmente in forza dell'entrata in vigore del **Trattato di Lisbona**, con l'ulteriore implicazione della operatività della nuova disciplina contenuta nell'**art. 6 del TUE**.

Trascrivo qui, per comodità, il testo della norma.

#### **Articolo 6 (ex articolo 6 del TUE)**

1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella **Carta dei diritti fondamentali** dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che **ha lo stesso valore giuridico dei trattati**.

Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati.

I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. **L'Unione aderisce alla Convenzione europea** per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

3. **I diritti fondamentali**, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, **fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali**.

Ho già evidenziato, nel testo che precede, i punti sui quali si è maggiormente concentrato il dibattito:

- a. Adesione dell'Unione alla Convenzione, e dunque sua sottoposizione, come soggetto del diritto internazionale, agli obblighi nascenti dalla Convenzione ed alla giurisdizione della Corte di Strasburgo.
- b. Riferimento ai diritti riconosciuti dalla Convenzione quali oggetto del diritto dell'Unione alla stregua di principi fondamentali.

- c. Carta di Nizza con valore di norma trattatistica, e dunque di sicura rilevanza all'interno dei singoli ordinamenti.

Per inciso, la «trattatizzazione» della Carta di Nizza riguarderebbe di fatto anche le norme della Convenzione, in forza della nota «**clausola di equivalenza**» posta dall'art. 52 della stessa Carta. Trascrivo anche questa norma per comodità di consultazione:

**Articolo 52. Portata e interpretazione dei diritti e dei principi**

*omissis*

3.Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi **sono uguali** a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.

4.Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni.

*omissis*

Un complesso di argomentazioni, essenzialmente fondate sui riferimenti normativi che ho richiamato, ha portato parte degli interpreti a prospettare una «**comunitarizzazione**» delle norme europee di garanzia dei diritti umani, e dunque una efficacia negli ordinamenti nazionali tale da emulare quella, ormai sperimentata da decenni, che conduce alla disapplicazione delle norme contrastanti con disposizioni comunitarie *self-executing*.

Riscontri di questa tendenza si sono avuti anche in **giurisprudenza**. A titolo di esempio si può citare una decisione del **Consiglio di Stato** (2 marzo 2010, n. 1120) ed una del **T.a.r. del Lazio** (18 maggio 2010, n. 11984).

È apparso subito chiaro, però il **diverso atteggiamento della Consulta**. Nella giurisprudenza sul tema possono distinguersi due fasi, che seguiremo cronologicamente nelle prossime pagine.

Una prima fase è stata caratterizzata dalla (perdurante) **negazione implicita di effetti diretti delle disposizioni convenzionali** in forza del

dato normativo sopravvenuto alle «sentenze gemelle». Infatti la Corte, anche dopo il 1° dicembre 2009, ha continuato a valutare le norme convenzionali quali «**parametri interposti**», rilevanti nella prospettiva del primo comma dell'art. 117 Cost., talvolta respingendo e talvolta accogliendo **questioni incidentali di costituzionalità** che altrimenti, per le ragioni già sopra illustrate, avrebbero dovuto considerarsi inammissibili.

Una seconda fase si è aperta poche settimane or sono. La Corte ha **affrontato esplicitamente il tema** della pretesa comunitarizzazione, illustrando articolatamente le ragioni per le quali, ancor oggi, le norme convenzionali di cui si tratta sono **insuscettibili di applicazione diretta** nel nostro ordinamento, con la conseguenza che le disposizioni interne con esse configgenti dovranno essere sindacate con l'incidente di costituzionalità.

Con una sola e probabilmente ovvia precisazione. La Corte ha già avuto modo di chiarire (ad esempio, con la **sentenza n. 227 del 2010**, *infra*) che la centralità sistematica assunta dal «nuovo» **art. 117 della Costituzione**, secondo il quale Stato e Regioni sono obbligati a conformare le proprie leggi agli impegni derivanti dal diritto internazionale e da quello comunitario, non implica che sia venuta meno la costruzione fondata sulla storica sentenza *Granital*. Il vincolo nascente dalle norme comunitarie munite di efficacia diretta non riguarda solo Stato e Regioni, ma continua ad investire i singoli giudici chiamati a definire controversie in cui rilevino le disposizioni del diritto dell'Unione. Permane dunque il **meccanismo della disapplicazione** delle norme configgenti, in chiave di diretta applicazione di quelle comunitarie. E la Corte, appunto, lo ha ribadito. Così come ha fatto applicazione (*infra*) del principio concorrente per il quale, nel caso di contrasto tra disposizione interna e norma di diritto dell'Unione **sprovista di efficacia «autoapplicativa»**, il rimedio consiste nella questione di legittimità costituzionale, tradizionalmente fondata sull'art. 11 della Costituzione e «ora» anche sul primo comma del successivo art. 117.



Vi sono stati dunque diversi esempi di norme «convenzionalmente» illegittime, cioè norme che la Corte ha espunto dall'ordinamento per il ritenuto contrasto – rilevante ex art. 117, primo comma, Cost. – con una disposizione della C.E.D.U.

Un esempio rilevante, anche nel merito, è dato dalla **sentenza n. 93 del 2010**, intervenuta in materia di necessaria **pubblicità delle udienze**, con specifico riguardo al procedimento di merito per l'applicazione delle **misure di prevenzione**.

È già noto come la sentenza abbia dichiarato: «*l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (...) e dell'art. 2-ter della*

*legge 31 maggio 1965, n. 575 (...), nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, **davanti al tribunale e alla corte d'appello**, nelle forme dell'udienza pubblica».*

La Corte si è mossa dalla verifica dell'assunto interpretativo sotteso all'ordinanza di rimessione, e cioè che il regime vigente non consentisse di celebrare udienza pubblica neppure in caso di **richiesta dell'interessato**. Le leggi speciali prescrivono in effetti la procedura in camera di consiglio, e la relativa disciplina prevede che l'udienza si svolga in assenza del pubblico (in questo senso si erano pronunciate anche le **Sezioni unite** della Cassazione nel 2003, con la sentenza n. 26156, Di Filippo).

Ciò premesso, va ricordato che l'art. 6, paragrafo 1, della CEDU stabilisce che *«ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata [...], pubblicamente e in un tempo ragionevole, da parte di un tribunale indipendente e imparziale [...]»*, soggiungendo, altresì, che *«il giudizio deve essere pubblico, ma l'ingresso nella sala di udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia»*.

Inutile ricordare le ragioni di garanzia che sottendono al principio. Va detto, piuttosto, che per ben tre volte la **Corte di Strasburgo** l'aveva ritenuto applicabile anche al nostro procedimento prevenzionale (sentenza 13 novembre 2007, nella causa Bocellari e Rizza contro Italia; sentenza 8 luglio 2008, nella causa Pierre ed altri contro Italia; sentenza 5 gennaio 2010, nella causa Bongiorno contro Italia). Condannando il nostro Paese, la Corte ha ritenuto «essenziale», ai fini della realizzazione della garanzia prefigurata dalla norma sopra citata, *«che le persone [...] coinvolte in un procedimento di applicazione delle misure di prevenzione si vedano almeno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate dei tribunali e delle corti d'appello»*.

La Convenzione, in effetti, ammette **eccezioni al principio di pubblicità**, ma, in linea generale, solo per specifiche caratteristiche del caso concreto, e non per una intera tipologia di procedimenti. È concepibile anche una deroga per tipo di procedura, ma solo quanto a giudizi a carattere **«altamente tecnico»**. Nondimeno, per questi casi, la Corte europea ha più volte affermato che la legge deve consentire almeno una pubblicità «a domanda» dell'interessato.

Quindi un divieto positivo ed incondizionato di celebrare udienza pubblica risulta illegittimo, anche per i giudizi «altamente tecnici», ed a maggior ragione per quelli che siano privi di tale caratteristica. Ne consegue che il giudizio di prevenzione – il quale pure può rientrare nella categoria indicata, almeno per le **misure patrimoniali** – non tollera l'assenza, per l'interessato che lo desidera, di un controllo pubblico sul suo svolgimento.

In base a queste premesse, non sorprende che la Corte abbia ritenuto la violazione dell'**art. 117, primo comma, Cost.**

Seguendo lo schema delle sentenze gemelle, si è escluso per un verso che la norma convenzionale sia essa stessa in contrasto con la nostra Carta costituzionale. Anzi, sebbene la **Costituzione** non faccia menzione della pubblicità tra le garanzie del giusto processo, la nostra Consulta aveva già più volte affermato che la stessa pubblicità «costituisce principio connaturato ad un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, cui deve conformarsi l'amministrazione della giustizia, la quale – in forza dell'art. 101, primo comma, Cost. – trova in quella sovranità la sua legittimazione (sentenze n. 373 del 1992; n. 69 del 1991; n. 50 del 1989; n. 212 del 1986; n. 17 e 16 del 1981; n. 12 del 1971 e n. 65 del 1965). Il principio non ha valore assoluto, potendo cedere in presenza di particolari ragioni giustificative, purché, tuttavia, obiettive e razionali (sentenza n. 212 del 1986), e, nel caso del dibattimento penale, collegate ad esigenze di tutela di beni a rilevanza costituzionale (sentenza n. 12 del 1971)».

D'altra parte il giudizio prevenzionale non può certo considerarsi una mera procedura amministrativa: *«Si tratta ... di un procedimento all'esito del quale il giudice è chiamato ad esprimere un giudizio di merito, idoneo ad incidere in modo diretto, definitivo e sostanziale su beni dell'individuo costituzionalmente tutelati, quali la libertà personale (art. 13, primo comma, Cost.) e il patrimonio (quest'ultimo, tra l'altro, aggredito in modo normalmente "massiccio" e in componenti di particolare rilievo, come del resto nel procedimento a quo), nonché la stessa libertà di iniziativa economica, incisa dalle misure anche gravemente "inabilitanti" previste a carico del soggetto cui è applicata la misura di prevenzione (in particolare, dall'art. 10 della legge n. 575 del 1965). Il che conferisce specifico risalto alle esigenze alla cui soddisfazione il principio di pubblicità delle udienze è preordinato».*

Un'ultima avvertenza. La Corte si è preoccupata dell'eventualità che la domanda dell'interessato possa pregiudicare, nel caso concreto, interessi garantiti dalla **riservatezza della procedura**. In questi casi la stessa Corte di Strasburgo ammette il potere del giudice di disporre che si proceda in tutto o in parte senza la presenza del pubblico.

In sostanza la fattispecie sarà regolata, nei suoi profili sostanziali e procedurali, a norma dell'art. 472 cod. proc. pen.

Esempio ulteriore di illegittimità «convenzionale» è dato dalla **sentenza n. 196 del 2010**, a proposito della applicazione «retroattiva» della **confisca obbligatoria** che il legislatore aveva introdotto, a partire dal 2008, per il veicolo condotto da persona sorpresa alla **guida in stato di ebbrezza** (oggi com'è noto, a seguito della legge n. 120 del 2010, la confisca sembra atteggiarsi a sanzione amministrativa, ma su questo si tornerà brevemente in seguito).

Con la sentenza in questione, la Corte aveva dichiarato la **illegittimità costituzionale**, limitatamente alle parole «*ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale*», dell'art. 186, comma 2, lettera c), del Codice della strada, come modificato appunto, dall'art. 4, comma 1, lettera

b), del decreto-legge n. 92 del 2008 (convertito, con modificazioni, dalla legge 125 del 2008).

Il giudice rimettente, in verità, era partito dal caso di specie per contestare la disciplina «storica» della **successione di leggi in materia di misure di sicurezza**, censurando, in riferimento agli artt. 3 e 117 della Costituzione, gli artt. 200 e 236 del codice penale, oltreché gli artt. 186, comma 2, lettera c), e 187, comma 1, ultimo periodo, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (come modificati dal decreto-legge n. 92 del 2008 e dalla relativa legge di conversione).

Il codice della strada prescrive(va) che, in caso di condanna dell'imputato per la fattispecie criminosa oggetto del giudizio *a quo* (e per quella di cui all'art. 187), «è sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato **ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale**, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato». Il rimettente aveva sostenuto, e la Corte aveva ritenuto, che il riferimento all'articolo 240 c.p. rendesse operativa, nella specie, la previsione di cui all'art. 200, primo comma, cod. pen. (cui rinvia, quanto alle misure di sicurezza patrimoniali, l'art. 236, secondo comma, del medesimo codice), in base alla quale «**le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione**».

Nella motivazione della sentenza si legge che «*la pressoché unanime giurisprudenza di legittimità ha affermato che l'ipotesi di confisca obbligatoria prevista dall'art. 186, comma 2, lettera c), del codice della strada (nel testo novellato...) si applica anche alle condotte poste in essere prima dell'entrata in vigore della novella (in tal senso, Corte di cassazione, sezione IV penale, sentenza 4 giugno 2009, n. 32932; sentenza 3 aprile 2009, n. 38179; sentenza 27 gennaio 2009, n. 9986)*». La Consulta prosegue giudicando «*del tutto isolata la decisione della stessa Corte secondo cui il "richiamo all'art. 240, secondo comma, cod. pen. (...) avrebbe il «solo l'intento di rimarcare l'obbligatorietà della confisca e non quello di affermare che il caso disciplinato rientri tra quelli che detta disposizione contempla", ciò che renderebbe, pertanto, "non estensibile" alla misura qui in esame «la regola dettata dall'art. 200 cod. pen.*», vale a dire quella dell'applicazione retroattiva della misura di sicurezza (così sezione IV penale, sentenza 29 aprile 2009, n. 32916)».

Per la verità, quando la decisione è stata deliberata e poi pubblicata, era già stata diffusa una informazione provvisoria relativa ad una decisione delle **Sezioni unite**, assunta nel procedimento 15893/2009 (ric. Caligo) all'udienza del 25 febbraio 2010. Al quesito su «*quale natura abbia la confisca del veicolo prevista dal Codice della Strada nel caso di condanna per il reato di rifiuto di sottoposizione all'accertamento del tasso alcolemico*» era stata data la sintetica risposta «**sanzione penale accessoria**». Grazie al successivo deposito della sentenza si è confermato il seguente principio di diritto: «*La confisca del veicolo prevista in caso di condanna per la contravvenzione di rifiuto di sottoporsi agli accertamenti alcolimetrici, così come per quella di guida in stato di ebbrezza, non è una misura di sicurezza patrimoniale, bensì una sanzione penale accessoria. (In motivazione la Corte ha chiarito che pertanto la misura ablativa non può essere disposta in relazione agli illeciti commessi prima della sua introduzione)*» (CED Cass., rv. 247042). Tra gli argomenti essenziali, il fatto che la legge preveda l'applicazione della misura anche in caso di sospensione condizionale della pena (disposizione che non avrebbe senso per una misura di sicurezza).



In sostanza, si era ritenuta non adottabile la **soluzione adeguatrice** utilizzata invece, riguardo alla **confisca per equivalente**, con la sentenza n. 97 del 2009: la considerazione cioè della confisca quale misura «eminentemente sanzionatoria», con conseguente operatività del divieto di applicazione retroattiva. L'ostacolo per una soluzione analoga era stato individuato, tra l'altro, nel riferimento testuale all'art. 240 c.p., che invece manca nell'art. 322-ter dello stesso codice. Riferimento invece svilito dalle Sezioni unite della Cassazione (si allude alla sentenza n. 23428 del 2010, poco sopra citata), che l'hanno inteso strumentale alla mera necessità di rendere obbligatorio il provvedimento.

D'altra parte, con la sentenza ora in esame (n. 196 del 2010), la Corte aveva rifiutato la svolta radicale auspicata da alcuni commentatori, e cioè una presa d'atto del valore *lato sensu* sanzionatorio di ogni forma di confisca, e dunque dell'anacronismo del principio fissato nell'art. 200 c.p.

Si era ribadito, anzi, «che *“la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica”, giacché, se il suo contenuto consiste sempre nella “privazione di beni economici”, essa “può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varia finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa” (sentenza n. 29 del 1961)*».

Del resto, la **differenza tra pene e misure di sicurezza**, anche sotto lo specifico profilo della successione di leggi nel tempo, sarebbe cristallizzata nel rapporto tra il **secondo ed il terzo comma dell'art. 25 Cost.** (è richiamata la sentenza n. 53 del 1968). Il Costituente avrebbe preso atto, sulla base del codice già allora vigente, che le misure di sicurezza mirano a contrastare un pericolo, «*finalità che potrebbe richiedere che il legislatore, sulla base di circostanze da esso discrezionalmente valutate, preveda che sia applicata una misura di sicurezza a persone che hanno commesso determinati fatti prima sanzionati con la sola pena (o con misure di sicurezza di minore gravità)*».

Ciò non toglie, proseguiva la Corte, che la differenza dalla sanzione debba essere stabilita su base contenutistica, e non semplicemente nominalistica (lo stesso art. 25 Cost. esprime un concetto comprensivo di “punizione”), così come del resto ha stabilito la stessa **Corte di Strasburgo**, con riguardo al **concetto di sanzione penale** accolto negli artt. 6 e 7 della Convenzione.

Ma proprio il riconoscimento della natura sostanziale di pena, per una singola ipotesi di confisca, priva di rilevanza le questioni poste in generale riguardo agli artt. 200 e 236 c.p., che riguardano appunto le misure di sicurezza. La Corte è parsa dire: portatemi una vera misura di sicurezza, da applicare «retroattivamente», e stabiliremo se la relativa disciplina della successione di legge sia compatibile con l'art. 117 Cost.

Quanto alle ragioni per le quali l'art. 186 cds doveva ritenersi pertinente ad una misura «essenzialmente sanzionatoria», la Corte aveva ripreso i rilievi del rimettente: la confisca «è applicabile anche quando il veicolo dovesse risultare incidentato e temporaneamente inutilizzabile» (e, dunque,

«privo di attuale pericolosità oggettiva»); d'altronde, la misura «non impedisce in sé l'impiego di altri mezzi da parte dell'imputato, dunque un rischio di recidiva», sicché risulta inidonea a neutralizzare la situazione di pericolo per la cui prevenzione è stata concepita.

Veniva ricordata la decisione già assunta in relazione alla confisca di ciclomotori o motoveicoli, prevista dall'art. 213, comma 2-*sexies*, del codice della strada, allorché detti mezzi siano «utilizzati per commettere un reato». Salvando la previsione dalle censure di ragionevolezza, la Corte aveva qualificato la fattispecie come «sanzione accessoria» (sentenza n. 345 del 2007).

Ultimo passaggio del ragionamento, espressivo ancora una volta della volontà di effettuare un intervento «chirurgico», dagli effetti meno diffusivi possibile. Siccome la regola di applicazione retroattiva è stata desunta dal richiamo all'art. 240 c.p., nel senso presumibile che la confisca regolata da quella norma è «per forza» una misura di sicurezza, si è stimato sufficiente rimuovere quello stesso richiamo per ottenere l'effetto preclusivo necessario a garantire conformità della disciplina con l'art. 7 della Convenzione europea e dunque con l'art. 117, comma primo, della nostra Costituzione.

Come sappiamo, la **legge 29 luglio 2010, n. 120** (Disposizioni in materia di sicurezza stradale) è intervenuta profondamente sulla materia fin qui trattata, in particolare con l'art. 33, di modifica della lett. c) del secondo comma dell'art. 186 cds.

È disposta la **confisca obbligatoria** in caso di condanna o di patteggiamento per la contravvenzione in discorso, anche nel caso in cui venga concessa la sospensione condizionale della pena e salvo che il veicolo appartenga a persona estranea al reato. È invece eliminato – secondo quanto già disposto dalla Consulta con la sentenza 196 – l'inciso secondo cui la confisca doveva essere disposta ai sensi del secondo comma dell'**art. 240 cod. pen.**

Il legislatore si è spinto fino ad intervenire sulla disputa circa la natura – penale o amministrativa – della confisca “sanzione” (abbiamo visto che le Sezioni unite, con la sentenza Caligo del 2010, avevano optato per la confisca come **sanzione penale accessoria**). In proposito, infatti, il nuovo testo della lett. c) dell'art. 186, ai fini del sequestro del veicolo destinato alla confisca, rinvia a quanto disposto dell'art. 224-*ter* del codice della strada, introdotto dalla stessa legge n. 120 del 2010.

Il primo comma di quest'ultimo articolo detta per l'appunto l'inedita disciplina del sequestro del veicolo, ma, per quanto qui di maggior interesse, precisa che tale disciplina si applica nelle ipotesi di reato per cui è prevista la «**sanzione amministrativa accessoria della confisca del veicolo**». Attraverso il rinvio menzionato, l'art. 186 sembra dunque identificare la confisca prevista per la più grave ipotesi di guida in stato di ebbrezza con quella descritta nel menzionato art. 224-*ter*. In tal modo il legislatore ha dunque ribadito che la confisca è una sanzione, ma ha per la prima volta affermato che si tratta di una sanzione amministrativa e non penale. Si è osservato come la scelta legislativa sia forse dovuta al timore

che la classificazione della confisca come sanzione penale accessoria potesse determinarne l'inoperatività in caso di patteggiamento, atteso che l'art. 445 c.p.p. inibisce in tal caso l'applicazione delle pene accessorie: strano timore, nel caso, perché la norma incriminatrice esplicitamente imponeva il provvedimento anche nel caso di patteggiamento.



Con la **sentenza n. 227 del 2010** la Corte ha affrontato una questione (sollevata dalla Cassazione con più ordinanze) che ci interessa da un duplice punto di vista.

La decisione riguarda infatti un istituto della procedura penale, cioè il cd. **mandato di arresto europeo**, cui si riferisce la decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio in data 13 giugno 2002, alla quale ha dato corso in Italia la legge 22 aprile 2005, n. 69.

Si tratta com'è noto, ed in estrema sintesi, di uno strumento che gli Stati europei si sono dati, in forza dell'accresciuta fiducia reciproca nei rispettivi sistemi giudiziari, affinché sia data diretta esecuzione ai provvedimenti restrittivi da eseguire nel territorio degli Stati interessati, evitando la complessità e la dimensione politica tipica del procedimento estradizionale, e dando piuttosto esecuzione ai provvedimenti restrittivi in esito ad uno snello meccanismo di controllo giudiziale.

Analoghi obiettivi caratterizzano la successiva decisione quadro del Consiglio, 27 novembre 2008, n. 2008/909/GAI «relativa all'applicazione del principio del reciproco **riconoscimento alle sentenze penali** che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea». Tale decisione è entrata in vigore il 5 dicembre 2008, mentre il termine di trasposizione per gli Stati membri è il 5 dicembre 2011.

La decisione quadro del 2002 stabilisce la possibilità di un **rifiuto di consegna**, tra l'altro, quando il provvedimento restrittivo concerna una persona «dimorante» nello Stato richiesto o sia in esso «**residente**» o ne sia cittadino, sempre che lo Stato medesimo si impegni ad eseguire nel proprio territorio il provvedimento privativo della libertà (art. 4, n. 6).

La norma ha lo scopo di favorire l'esecuzione di misure privative della libertà, nello spazio comune europeo, senza uno **stradicamento dal luogo degli affetti e degli interessi**. Uno stradicamento che è quasi la regola quando il cittadino sia richiesto da uno Stato estero (anche se è perfettamente concepibile che si tratti dello Stato in cui egli stesso si è radicato), ma può ben investire anche uno straniero comunitario che sia da lungo tempo residente in Italia.

Occorre dire, di molto semplificando, che le variazioni intervenute nel sistema delle fonti del diritto comunitario (da ultimo con il trattato di Lisbona) hanno creato discussioni sul valore cogente della decisione, adottata nell'ambito del cd. «terzo pilastro», a livello intergovernativo, mentre oggi la cooperazione giudiziaria in materia penale è disciplinata dal capo 4, titolo V, del **Trattato sul funzionamento dell'Unione europea** (art. 82 e seguenti), quindi oggetto di competenze esercitate con l'ordinario e diverso metodo comunitario (mediante direttiva). La Corte di Lussemburgo ha più volte ribadito, comunque, la validità della decisione, specificamente valutando, su rinvio pregiudiziale, la norma sul rifiuto di consegna, ed assumendo la possibilità dei soggetti esclusi dalle leggi nazionali di far valere il contrasto delle medesime con il diritto dell'Unione. Non si tratta, infatti, di normativa che possa essere direttamente applicata dal giudice nazionale (sentenze 6 ottobre 2009, C-123/08, Wolzenburg; 17 luglio 2008, C-66/08, Kozłowsky).

L'**art. 18, comma 1, lettera r), della citata legge 69** stabiliva che, «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», la corte di appello può disporre che tale pena o misura di sicurezza sia eseguita in Italia conformemente al diritto interno, soltanto «qualora la persona ricercata sia **cittadino italiano**».

Nell'interpretazione corrente il rifiuto di consegna non avrebbe potuto essere opposto riguardo a cittadini comunitari residenti in Italia.

La Corte ha dato vita ad una nuova **dichiarazione di illegittimità** relativamente all'art. 117, primo comma, Cost. Qui per altro non si è trattato di assumere la C.E.D.U. quale parametro interposto, quanto piuttosto di rilevare una **diretta violazione del diritto comunitario**, ed in particolare della decisione quadro n. 584 del 2002.

Presenta sicuro interesse la sintesi che i Giudici della Consulta hanno compiuto circa il percorso della giurisprudenza quanto ai **rapporti tra diritto interno e diritto comunitario**.

*Questa Corte, fin dalle prime occasioni nelle quali è stata chiamata a definire il rapporto tra ordinamento nazionale e diritto comunitario, ne ha individuato il "sicuro fondamento" nell'art. 11 Cost. (in particolare, sentenze n. 232 del 1975 e n. 183 del 1973; ma già in precedenza, le sentenze n. 98 del 1965 e n. 14 del 1964). È in forza di tale parametro, collocato non senza significato e conseguenze tra i principi fondamentali della Carta, che si è demandato alle Comunità europee, oggi Unione europea, di esercitare in luogo degli Stati membri competenze normative in determinate materie, nei limiti del principio di attribuzione. È sempre in forza dell'art. 11 Cost. che questa Corte ha riconosciuto il potere-dovere del giudice comune, e prima ancora dell'amministrazione, di dare **immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto** in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa; ovvero di sollevare questione di **legittimità costituzionale** per violazione di quel parametro*

costituzionale quando il contrasto fosse con **norme comunitarie prive di effetto diretto** (sentenze n. 284 del 2007 e n. 170 del 1984). È, infine, in forza delle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. che questa Corte ha riconosciuto la portata e le diverse implicazioni della prevalenza del diritto comunitario anche rispetto a norme costituzionali (sentenza n. 126 del 1996), individuandone il solo limite nel contrasto con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato ovvero dei diritti inalienabili della persona (sentenza n. 170 del 1984).

Quanto all'art. 117, primo comma, Cost., nella formulazione novellata dalla riforma del titolo quinto, seconda parte della Costituzione, questa Corte ne ha precisato la portata, affermando che tale disposizione ha colmato la lacuna della mancata copertura costituzionale per le norme internazionali convenzionali, ivi compresa la Convenzione di Roma dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), escluse dalla previsione dell'art. 10, primo comma, Cost. (sentenze n. 348 e 349 del 2007). L'art. 117, primo comma, Cost. ha dunque confermato espressamente, in parte, ciò che era stato già collegato all'art. 11 Cost., e cioè l'obbligo del legislatore, statale e regionale, di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. Il limite all'esercizio della funzione legislativa imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., è tuttavia solo uno degli elementi rilevanti del rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione europea, rapporto che, complessivamente considerato e come disegnato da questa Corte nel corso degli ultimi decenni, trova ancora "sicuro fondamento" nell'art. 11 Cost. Restano, infatti, ben fermi, anche successivamente alla riforma, oltre al vincolo in capo al legislatore e alla relativa responsabilità internazionale dello Stato, tutte le conseguenze che derivano dalle limitazioni di sovranità che solo l'art. 11 Cost. consente, sul piano sostanziale e sul piano processuale, per l'amministrazione e i giudici. In particolare, quanto ad eventuali contrasti con la Costituzione, resta ferma la garanzia che, diversamente dalle norme internazionali convenzionali (compresa la CEDU: sentenze n. 348 e n. 349 del 2007), l'esercizio dei poteri normativi delegati all'Unione europea trova un limite esclusivamente nei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e nella maggior tutela dei diritti inalienabili della persona (sentenze n. 102 del 2008, n. 284 del 2007, n.169 del 2006).

In base a queste premesse, e date le caratteristiche della norma sovranazionale in considerazione, l'ipotizzato contrasto con la decisione quadro poteva e doveva essere denunciato dal giudice nazionale attraverso lo strumento della questione di legittimità costituzionale.

Quanto alle ragioni del contrasto, sovviene la già citata giurisprudenza specifica della **Corte di Lussemburgo** (che naturalmente impegna sul piano ermeneutico il giudice nazionale).

La sentenza Wolzenburg sottolinea che il motivo di rifiuto stabilito all'art. 4, punto 6, della decisione quadro, al pari dell'art. 5, punto 3, della stessa, mira ad assicurare la possibilità di accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata una volta scontata la pena cui essa è stata condannata (punti 62 e 67); e con questo preciso intento lo Stato membro è legittimato a limitare il rifiuto alle «persone che abbiano dimostrato un **sicuro grado di inserimento nella società** di detto Stato membro» (punto 67).

Questa essendo la *ratio* della norma sovranazionale, è chiaro che l'elemento qualificante in vista del rifiuto di consegna non può essere la (sola) cittadinanza, venendo in rilievo la residenza stabile, il luogo principale degli interessi, dei legami familiari, della formazione dei figli e di quant'altro sia idoneo a rivelare la sussistenza di un radicamento reale e non estemporaneo dello straniero in Italia.

Secondo la nostra Corte (che anche sul punto si conforma alla giurisprudenza della Corte di giustizia), gli Stati membri avevano certamente la mera facoltà di prevedere il rifiuto di consegna (e dunque non l'obbligo di prevederlo nei casi indicati all'art. 4 della Decisione), non rientrando l'ipotesi in questione tra le fattispecie di rifiuto obbligatorio prefigurate dalla stessa Decisione. Tuttavia, una volta operata la scelta di prevedere il rifiuto, andava rispettato il **divieto di discriminazione in base alla nazionalità** sancito dall'art. 12 del TCE (art. 18 del TFUE a partire dall'entrata in vigore del Trattato di riforma di Lisbona), peraltro pienamente osservato dal più volte citato art. 4, punto 6 (*supra*).

Non esiste com'è noto un obbligo di identico trattamento dei cittadini e degli stranieri comunitari. Ma la **differenza** «deve avere una **giustificazione legittima e ragionevole**, sottoposta ad un rigoroso test di proporzionalità rispetto all'obiettivo perseguito».

Nel caso di specie si può ammettere la ricerca di parametri significativi di una certa stabilità di inserimento nella società nazionale (come accaduto nel caso dell'Olanda, valutato dalla decisione Wolzemberg, ove la facoltà di rifiuto della consegna è prevista in caso di residenza da almeno cinque anni), ma non può giustificarsi la scelta italiana di non consentire mai il rifiuto per il cittadino comunitario, quale che sia il livello del suo radicamento.

Quanto poi alla **natura dei parametri**, la pure menzionata decisione Kozłowski ha identificato la nozione di "residenza" con una residenza effettiva nello Stato dell'esecuzione e la nozione di "**dimora**" con un **soggiorno stabile di una certa durata** in quello Stato, che consenta di acquisire con tale Stato legami d'intensità pari «a quelli che si instaurano in caso di residenza» (punto 46).

Queste ed altre indicazioni, che si omettono per brevità, possono ben orientare i giudici nazionali nell'applicazione della disciplina che risulta dalla decisione assunta dalla nostra Corte. Quella cioè di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lettera *η*), della legge 69 del 2005, «limitatamente alla parte in cui non prevede il **rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'UE**, che legittimamente ed effettivamente **risiede o abbia dimora** nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno».

Il giudice cioè dovrà condurre «una *valutazione complessiva degli elementi caratterizzanti la situazione della persona, quali, tra gli altri, la durata, la natura e le modalità della sua presenza in territorio italiano, nonché i legami familiari ed economici che intrattiene nel e con il nostro*

*Paese, in armonia con l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia dell'Unione europea».*

Non si è mancato comunque di sollecitare (al momento senza esito) un intervento legislativo che elimini le prevedibili incertezze. È possibile che la valutazione positiva della Corte di Lussemburgo per un criterio di **residenza quinquennale** assurga a punto di riferimento, ma va ribadito che non può trattarsi di una trasposizione automatica.

Resta da dire che in tempi più recenti la Consulta ha definito **altre questioni** sul rifiuto facoltativo di consegna.

La **ordinanza n. 237 del 2010**, per altro, ha semplicemente dichiarato la inammissibilità della questione sollevata dal rimettente, che avrebbe dovuto fare applicazione della norma già censurata dalla Cassazione e dichiarata illegittima con la sentenza 227, ma aveva invece impugnato l'art. 19 della legge 69 del 2005 (un caso di cd. *aberratio ictus*).

Diversamente, la **ordinanza n. 306 del 2010** ha definito una questione sollevata a Perugia in tutto analoga a quella trattata con l'ormai più volte citata sentenza 227. Secondo un orientamento ormai consolidato la Corte, sebbene la norma fosse vigente all'epoca dell'ordinanza di rimessione, ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione sollevata, in base all'assunto che la dichiarazione di illegittimità intervenuta medio tempore ha privato di oggetto la questione medesima.



Insomma, come annunciato, oltre un anno di pronunce con le quali la Consulta, pur non trattando espressamente il tema della pretesa «**comunitarizzazione**» della Carta di Nizza o della stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha nei fatti negato che gli strumenti in questione abbiano assunto **efficacia diretta** nel nostro ordinamento.

Tuttavia, come pure si è anticipato, il momento di una presa di posizione espressa ed argomentata è alla fine venuto, con la **sentenza n. 80 del 2011**, ancora una volta pertinente al tema della **pubblicità delle udienze** nei procedimenti per l'applicazione delle **misure di prevenzione**.

Il problema di partenza è già stato sopra illustrato, e ne ripeterò i soli termini essenziali. L'art. 6 della Convenzione europea assicura ad ogni persona il diritto ad **un'equa e pubblica udienza** per la determinazione dei suoi diritti o per la verifica di fondatezza delle accuse che le vengono rivolte. La **Corte di Strasburgo** ha più volte stabilito che, in applicazione di tale principio, il nostro ordinamento deve riconoscere la possibilità, per coloro nei cui confronti sia proposta l'applicazione di una **misura di prevenzione**, di chiedere ed ottenere la trattazione della causa in regime di

pubblicità. Proprio alla luce della giurisprudenza indicata, facendo applicazione del parametro rappresentato dal primo comma dell'art. 117 Cost., la **Corte costituzionale** aveva recentemente stabilito l'illegittimità della norma che precludeva al giudice, nella **fase di merito** del procedimento di prevenzione, la possibilità di disporre, su richiesta dell'interessato, che il procedimento stesso fosse celebrato in forma pubblica (**sentenza n. 93 del 2010**).

Il problema si è riproposto per la **fase di legittimità** del procedimento, ed infatti la nuova questione risolta dalla Corte era stata sollevata dalla Cassazione, ancora una volta con riguardo al primo comma dell'art. 117 Cost.: si chiedeva fossero dichiarati illegittimi gli artt. 4 della legge n. 1423 del 1956 e 2-ter della legge n. 575 del 1965, n. 575, che riguardano rispettivamente la prevenzione in materia di criminalità comune e quella concernente la criminalità mafiosa. Lo schema di ragionamento era quello ormai consueto: la norma interna contrasta con la norma convenzionale, che funge da parametro interposto.

Ebbene, la Corte ha esordito riconoscendo come, nella prospettiva della C.e.d.u., la **pubblicità delle udienze** debba rappresentare una **regola**, che ammette eccezioni solo in base a peculiari caratteristiche del caso concreto, oppure per procedure particolari, di contenuto essenzialmente tecnico. Tali eccezioni, per altro, sono state generalmente ammesse dai giudici di Strasburgo in procedure che, comunque, contemplanò una fase pubblica di discussione della causa portata in giudizio.

Ora, proprio per effetto della già citata sentenza n. 93 del 2010 (successiva all'ordinanza di rimessione), anche il nostro procedimento di prevenzione è ormai segnato dalla pubblicità (o meglio, dalla possibilità di uno svolgimento in forma pubblica), nella fase che si svolge innanzi al Tribunale ed in quella concernente la Corte di appello. È rimasto tuttavia sul tappeto il dubbio di compatibilità con la Convenzione delle norme, non incise dalla sentenza, che regolano il **giudizio di prevenzione** innanzi alla **Corte di cassazione**.

Per comprendere come mai la Consulta abbia deciso di verificare l'eventualità di una sopravvenuta **efficacia diretta** delle norme convenzionali, occorre sapere che la parte privata del giudizio *a quo*, costituitasi anche nel giudizio di costituzionalità, ha sostenuto proprio la tesi secondo cui la Corte di cassazione **avrebbe dovuto disapplicare la norma interna configgente**, e disporre direttamente che la trattazione del ricorso fosse compiuta in forma pubblica. Sennonché, ha osservato la stessa Consulta, se l'assunto della parte fosse stato fondato, la questione sollevata dalla Cassazione avrebbe dovuto considerarsi **inammissibile per irrilevanza**. È un dato acquisito della giurisprudenza costituzionale: se il giudice interno assume che la norma nazionale pertinente alla fattispecie concreta si trovi in conflitto con una disposizione "comunitaria" (ma dovrebbe ormai dirsi "dell'Unione"), e ritiene tale disposizione munita di efficacia diretta nel nostro ordinamento, **non deve fare applicazione della norma interna**; e tutti sanno, naturalmente, che la necessità di applicare la norma censurata nel giudizio *a quo* è la prima condizione di rilevanza della questione di legittimità costituzionale.



Sono ormai noti (cfr. *supra*) gli **argomenti principali** a sostegno di una «rinnovata» prospettazione di efficacia diretta per la C.e.d.u. e per la Carta di Nizza, dopo che, con riguardo alla prima, le sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007 avevano espresso l'assunto contrario. Li ripeto brevemente. L'**art. 6 del Trattato** sull'Unione europea, nel testo in vigore dal 1° dicembre 2009 per effetto del Trattato di Lisbona, stabilisce al primo paragrafo che l'«Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo **stesso valore giuridico dei trattati**». La norma prosegue – per quanto interessa – prevedendo, al paragrafo 2, che «**l'Unione aderisce alla Convenzione europea** per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali». Infine, il terzo paragrafo recita che «i **diritti fondamentali**, garantiti dalla Convenzione [...] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto **principi generali**».

Rinviando com'è ovvio alla trattazione analitica che si trova in sentenza, si può dire con sintesi estrema come la Corte abbia «neutralizzato» i tre elementi di novità.

Anzitutto l'**adesione della UE**, quale soggetto della comunità internazionale, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: come in altre occasioni (ad esempio, la sentenza n. 250 del 2010 in materia di diritto penale dell'immigrazione), la Corte ha negato alla norma ogni attualità di effetti, posto che la relativa procedura è ancora in corso (non senza avvertire, con tono incidentale, della possibilità di «altri rilievi»).

In secondo luogo, la **valenza dei diritti** riconosciuti dalla Convenzione quali **principi generali** del diritto dell'Unione era già stabilita nel testo precedente dell'art. 6 del Trattato UE, e la Corte aveva già ritenuto nel 2007 (con argomenti richiamati nell'occasione odierna) la sua irrilevanza a fini di determinazione dell'efficacia delle norme convenzionali negli ordinamenti nazionali: «*i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario (...) è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale*».

Altrettanto va detto infine, a parere della Consulta, quanto alla **equiparazione ai Trattati** della Carta di Nizza. Secondo parte degli interpreti, tale equiparazione conferirebbe alla Carta gli stessi effetti «interni» delle norme trattatistiche. Non solo: poiché il terzo paragrafo dell'art. 52 contiene la nota «**clausola di equivalenza**» tra i livelli di tutela garantiti dalla Carta e quelli assicurati dalla Convenzione europea, l'effetto di «trattatizzazione» si estenderebbe, appunto, anche alla Convenzione.

In realtà – osserva la Corte – gli Stati riuniti a Lisbona hanno espresso con chiarezza il concetto che, pur doverosamente manifestando un'opportuna tensione verso la generalizzata promozione ed assicurazione dei diritti umani al proprio interno, l'Unione non ha inteso estendere le proprie competenze in siffatta direzione (lo stesso art. 6 del Trattato UE, al paragrafo 1, primo alinea, stabilisce che «le disposizioni della Carta **non**

**estendono** in alcun modo le **competenze** dell'Unione definite nei trattati»). Un concetto già espresso nell'ambito della stessa Carta di Nizza, la quale, all'art. 51, stabilisce come le disposizioni in essa contenute si applichino «alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri **esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione**».

Che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea è stato già escluso più volte dalla Corte di giustizia, sia prima che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (tra le altre, sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU).

Insomma, il presupposto per applicabilità della Carta di Nizza è che «*la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia **disciplinata dal diritto europeo** – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e **non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto***».

La Corte può dunque tornare al problema di partenza. L'eventuale contrasto della norma censurata con l'art. 6 della C.e.d.u. non potrebbe che condurre ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale. La questione sollevata dalla Corte di cassazione, nella parte in cui non è stata risolta dalla sentenza n. 93 del 2010, è dunque ammissibile. L'ipotizzato contrasto, tuttavia, non sussiste.

I giudici di Strasburgo non hanno mai affermato violazioni della norma convenzionale riguardo a **procedure** non pubbliche che avessero ad oggetto **questioni di diritto**. L'omissione, secondo la Consulta, corrisponde all'essenza dei principi enunciati nella materia in esame.

Per verificarne la compatibilità con il principio di pubblicità, i modelli procedurali vanno infatti apprezzati nel loro complesso, di talchè, quando è preceduta da udienze che sono (o possono essere) aperte al pubblico, una **fase finale dedicata esclusivamente alla verifica di legittimità** può utilmente essere celebrata in forma non partecipata (da ultimo, sentenza 21 luglio 2009, Seliwiak contro Polonia).

In effetti, l'esigenza del controllo pubblico sul corretto esercizio della giurisdizione è particolarmente pressante nella fase di **assunzione** delle prove, e delle **prove dichiarative** in particolare, mentre si attenua riguardo a procedure assolutamente tecniche, centrate sulla discussione tra operatori del processo.

In definitiva – e la conclusione sembra valevole per l'intero modello del **giudizio camerale di legittimità** (art. 611 c.p.p.), almeno quando lo stesso consegue a procedimenti di merito aperti alla partecipazione del pubblico – il giudizio di cassazione può svolgersi nella necessaria assenza di estranei,

senza che da questo derivi una violazione dell'art. 6 della C.e.d.u., così come interpretato dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo.



C'è un aspetto di fondo quanto agli strumenti di sindacato delle scelte legislative, concernente specificamente le disposizioni penali, che conviene evocare in sede generale.

In un'epoca segnata da frequentissime riforme del sistema penale, anche sul piano sostanziale, ed in particolare da riforme che «addolciscono» il trattamento di determinate fattispecie, matura con molta frequenza l'esigenza di un controllo di legittimità sulle scelte legislative. Si pongono problemi di **successione nel tempo delle leggi penali**, alla luce del principio di **retroattività della legge più favorevole**. Ma il sindacato sulla legittimità della *lex mitior*, naturalmente, deve fare i conti con il divieto di **interventi in malam partem**, nella materia penale, da parte della Corte costituzionale.

Conviene ancora partire, sebbene si tratti di un provvedimento ormai risalente, alla **sentenza n. 394 del 2006**, dichiarativa, come tutti ricorderete, della parziale illegittimità della normativa di favore introdotta, nel 2004, con riguardo ai falsi elettorali.

Per brevità, e per opportuna documentazione, trascrivo i passaggi essenziali della motivazione, cominciando dal primo tema: **nozione di norma penale di favore**:

*(...) secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, all'adozione di pronunce in malam partem in materia penale osta non già una ragione meramente processuale – di irrilevanza, nel senso che l'eventuale decisione di accoglimento non potrebbe trovare comunque applicazione nel giudizio a quo – ma una ragione sostanziale, intimamente connessa al principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., in base al quale «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso» (...) Rimettendo al legislatore – e segnatamente al «soggetto-Parlamento», in quanto rappresentativo dell'intera collettività nazionale (sentenza n. 487 del 1989) – la riserva sulla scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, detto principio impedisce alla Corte sia di creare nuove fattispecie criminose o di estendere quelle esistenti a casi non previsti; sia di incidere in peius sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità (...).*

*Questa Corte ha peraltro chiarito che il principio di legalità non preclude lo scrutinio di costituzionalità, anche in malam partem, delle c.d. norme penali di favore: ossia delle norme che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni. Di tale orientamento – che trova la sua prima compiuta enunciazione nella sentenza n. 148 del 1983 – questa Corte ha fatto ripetute applicazioni (...). Esso si connette*

*all'ineludibile esigenza di evitare la creazione di «zone franche» dell'ordinamento (così la sentenza n. 148 del 1983), sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali il legislatore potrebbe di fatto operare svincolato da ogni regola, stante l'assenza d'uno strumento che permetta alla Corte di riaffermare il primato della Costituzione sulla legislazione ordinaria. Qualora alla preclusione dello scrutinio di costituzionalità in malam partem fosse attribuito carattere assoluto, si determinerebbe, in effetti, una situazione palesemente incongrua: venendosi a riconoscere, in sostanza, che il legislatore è tenuto a rispettare i precetti costituzionali se effettua scelte di aggravamento del trattamento penale, mentre può violarli senza conseguenze, quando dalle sue opzioni derivi un trattamento più favorevole.*

*In accordo con l'esigenza ora evidenziata, va osservato che il principio di legalità impedisce certamente alla Corte di configurare nuove norme penali; ma **non le preclude decisioni ablative di norme che sottraggano determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo** (sentenza n. 148 del 1983): e ciò a prescindere dall'istituto o dal mezzo tecnico tramite il quale tale trattamento si realizza (previsione di una scriminante, di una causa di non punibilità, di una causa di estinzione del reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite). In simili frangenti, difatti, la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: l'effetto in malam partem non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una **conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune**, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria. Tale riespansione costituisce una reazione naturale dell'ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale: reazione che si verificherebbe in ugual modo anche qualora la fattispecie derogatoria rimossa fosse più grave; nel qual caso a riespandersi sarebbe la norma penale generale meno grave, senza che in siffatto fenomeno possa ravvisarsi alcun intervento creativo o additivo della Corte in materia punitiva.*

*(...) la nozione di norma penale di favore è la risultante di un giudizio di relazione fra **due o più norme compresenti** nell'ordinamento in un dato momento: rimanendo escluso che detta qualificazione possa esser fatta discendere dal raffronto tra una norma vigente ed una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva. In tal caso, difatti, la richiesta di sindacato in malam partem mirerebbe non già a far riespandere la portata di una norma tuttora presente nell'ordinamento, quanto piuttosto a ripristinare la norma abrogata, espressiva di scelte di criminalizzazione non più attuali: operazione, questa, senz'altro preclusa alla Corte, in quanto chiaramente invasiva del monopolio del legislatore su dette scelte (...).*

Il requisito della compresenza della norma di favore e di quella che dovrebbe «riespandere» la propria portata, che la dottrina ha fissato parlando di «**specialità sincronica**», è stato compiutamente focalizzato proprio attraverso la sentenza in esame, sebbene la Corte ne avesse fatto applicazione in precedenza, ad esempio coi provvedimenti del 2004 sulla riforma del falso in bilancio.

La porta è piuttosto stretta, e molti tentativi successivi di «forzare» sono naufragati contro decisioni di inammissibilità. È accaduto in casi nei quali,

a parere della Corte, mancava la «specialità sincronica» e, in particolare, si cercava di rivitalizzare una norma abrogata (ordinanza n. 413 del 2008). È accaduto allorquando, in situazioni variamente articolate, si è cercato di estendere trattamenti più severi in base al principio di uguaglianza, ma in assenza di un rapporto di specie a genere (ordinanza n. 3 del 2009).

Altri recenti provvedimenti di inammissibilità: in materia di cd. «ebbrezza sintomatica» (ordinanza n. 57 del 2009), di illecito trattamento di dati personali (ordinanza n. 66 del 2009); di inclusione di singole fattispecie in un provvedimento di indulto (ordinanza n. 103 del 2009).

Tuttavia, con la **sentenza n. 28 del 2010**, la Corte ha compiuto un passo ulteriore nell'opera di **riduzione delle «zone franche»** che, per la stratificata dottrina del divieto di sindacato *in malam partem*, si sottraggono al controllo di legittimità costituzionale.

La norma censurata, l'art. 183, comma 1, lett. n), quarto periodo, del d.lgs. n. 152 del 3 aprile 2006 n. 152 (c.d. **testo unico ambiente**) – nel testo precedente alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 4 del 2008 – aveva per oggetto le “**ceneri di pirite**”, qualificate come sottoprodotto non soggetto alle disposizioni della parte quarta del decreto stesso.

Ai fini di questa segnalazione si può ricordare – in termini estremamente generali – che la legge prevede **disposizioni penali** concernenti condotte che riguardano i **rifiuti**, affidando a disposizioni extrapenali il compito di definire la nozione di rifiuto. Tale nozione è delimitata, in esito ad un procedimento fondato anche sull'elaborazione della giurisprudenza comunitaria, da quella di **sottoprodotto**, che comprende materiali i quali non costituiscono oggetto delle fattispecie penali concernenti appunto i rifiuti.

Le ceneri di pirite sono il residuo della bruciatura industriale della pirite, che fino a qualche anno fa era il processo in uso per la produzione dell'acido solforico. Dette ceneri possono essere usate nella fabbricazione del cemento, ma in Italia esistono enormi depositi “storici” di ceneri abbandonate. Il giudizio *a quo* si è instaurato nei confronti di persone che hanno movimentato uno di tali depositi, a decenni dalla sua formazione, senza l'osservanza delle procedure previste per il riciclaggio dei rifiuti. Alla luce delle disposizioni vigenti all'epoca della condotta (2002) non v'era dubbio che le ceneri di pirite fossero un rifiuto, e non un sottoprodotto (nozione che si fonda su caratteristiche in ogni caso incompatibili con quelle del materiale in questione).

Senonché nel 2006 – secondo una logica che ormai potremmo considerare «tradizionale» – il legislatore è intervenuto a **depenalizzare** tutte le condotte prima rilevanti in base alla considerazione delle ceneri di pirite come rifiuto. La tecnica però è stata insolita, consistendo in un intervento sulla **norma extrapenale integratrice del precetto**. Nella disposizione sopra indicata è stata inserita la seguente locuzione: «*Rientrano altresì tra i sottoprodotti non soggetti alle disposizioni di cui alla parte quarta del presente decreto le ceneri di pirite, polveri di ossido di ferro, provenienti dal processo di arrostitimento del minerale noto come pirite o*

*solfo di ferro per la produzione di acido solforico e ossido di ferro, depositate presso stabilimenti di produzione dismessi, aree industriali e non, anche se sottoposte a procedimento di bonifica o di ripristino ambientale».*

Insomma, una «norma fotografia», fondata su una sorta di scambio delle etichette (come accennato, la nozione di sottoprodotto non può comunque comprendere le ceneri di pirite), e mirata appunto ad escludere il materiale dalla nozione di rifiuto, con conseguente «depenalizzazione» delle condotte antecedenti.

L'ulteriore particolarità del caso è che la norma – palesemente contraria al diritto comunitario e probabilmente ai principi fissati nell'art. 3 Cost. – è stata poco dopo **abrogata**, di talché non è dubbio che le ceneri di pirite rappresentino oggi un rifiuto, e che dunque la violazione delle relative norme di trattamento assuma significato penale.

Emerge un problema generale, ormai davvero grave. Con una legge in ipotesi illegittima il legislatore spazza le aule di giustizia dai procedimenti pendenti, e poi ricriminalizza determinate condotte, ostacolando ulteriormente il sindacato di costituzionalità. Si tratta in particolare di stabilire, alla luce del **divieto di sindacato in malam partem**, quali siano i poteri di intervento della Corte sulla **lex intermedia mitior**, con l'ulteriore complicazione che l'intervento riguarda norme extrapenali. Ciò in un quadro di forte movimento dei **parametri interposti** che regolano il tema della legittimità dei **limiti alla retroattività della lex mitior** (*infra*).

Come si accennava, la Corte ha adottato una soluzione originale, e per certi versi **innovativa**.

Dato di partenza è la ritenuta «**incompatibilità comunitaria**» della disciplina censurata. Il diritto comunitario, incarnato anche dalle decisioni della Corte di giustizia, stabilisce che la qualità di «rifiuto» deve desumersi non solo attraverso la natura del materiale considerato, ma in relazione alle circostanze che conducono alla produzione ed alla gestione successiva. La norma in questione poneva una **presunzione assoluta**, tale da impedire al giudice quella concreta verifica di qualità che costituisce l'essenza del sistema di tutela.

Secondo dato di partenza, la natura **non self executing** della disciplina comunitaria di riferimento, che qui dobbiamo dare per scontata, e che comunque si connette, proprio sul versante che ci interessa, alla diretta produzione di conseguenze sanzionatorie per i singoli. Dunque nessuno spazio per la «disapplicazione» della norma nazionale, bensì controllo della sua legittimità attraverso il giudizio incidentale di costituzionalità, *ex art 11 Cost. e, «ora», ex art. 117, primo comma, Cost.*

Ma ecco il problema delle **conseguenze in malam partem** di una eventuale dichiarazione di illegittimità. La Corte non ha sondato la possibilità di configurare la disposizione censurata quale **norma di favore** (che è concetto ben diverso, naturalmente, da quello di **norma più favorevole**), ed anzi ha escluso che nella specie questa prospettiva potesse essere praticata, visto che il rimettente non aveva indicato l'art. 3 Cost. tra

i parametri di misurazione della legittimità. Nello stesso tempo, la Corte ha espresso la propria «**neutralità**» in ordine alle conseguenze della decisione assunta. In sostanza si è detto: se anche il principio di **retroattività della lex mitior** imponesse al giudice rimettente di applicare la norma dichiarata illegittima in favore dei suoi imputati, nondimeno la rilevanza della questione sarebbe assicurata, secondo il ragionamento espresso nella notissima «**sentenza Paladin**» (n. 148 del 1983): «*Altro [...] è la garanzia che i principi del diritto penale-costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendo l'efficacia spettante alle dichiarazioni d'illegittimità delle norme penali di favore; altro è il sindacato cui le norme stesse devono pur sempre sottostare, a pena di istituire zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile*».

L'eventuale accoglimento delle questioni relative a norme più favorevoli «*verrebbe ad incidere sulle formule di proscioglimento o, quanto meno, sui dispositivi delle sentenze penali*»; peraltro, «*la pronuncia della Corte non potrebbe non riflettersi sullo schema argomentativo della sentenza penale assolutoria, modificandone la ratio decidendi: poiché in tal caso ne risulterebbe alterato [...] il fondamento normativo della decisione, pur fermi restando i pratici effetti di essa*».

Insomma, stabilirà il giudice quali siano le **conseguenze della dichiarata illegittimità della lex intermedia mitior** alla luce della normativa vigente, cioè dell'art. 2 del codice penale, ed anche all'**art. 49 della Carta di Nizza**, alla luce del suo nuovo *status* di norma fondamentale del diritto comunitario.

Ricordando, per altro, che secondo la **sentenza 394 del 2006** una norma di favore dichiarata illegittima non potrebbe produrre effetti retroattivi. Resta quindi da stabilire se quella regola fosse collegata ad una illegittimità dichiarata **ex art. 3 Cost.** (cioè riguardi le norme di favore ma non necessariamente le norme più favorevoli), e soprattutto se, nella materia, eserciti un influsso risolutivo il già richiamato fenomeno della «comunitarizzazione» della Carta di Nizza.

Per la cronaca, quando il **giudice rimettente** ha ricevuto gli atti in restituzione, non ha avuto dubbi circa la **inapplicabilità della norma più favorevole** dopo la relativa dichiarazione di illegittimità. La sentenza (Trib. Venezia, sez. dist. Dolo, 13 maggio 2010 (dep. 13 agosto 2010), è pubblicata in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), ed è stata massimata come segue:

Anche a seguito dell'entrata in vigore dell'**art. 49 della Carta dei diritti fondamentali** dell'UE deve ribadirsi (cfr. Corte cost. n. 394/2006) che la '*lex intermedia*' più favorevole al reo, se dichiarata costituzionalmente illegittima, non può essere applicata retroattivamente ai sensi dell'art. 2, co. 2 e 4 c.p. (Nell'affermare tale principio il Tribunale ha escluso la possibile applicazione retroattiva, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, co. 2 c.p., della più favorevole definizione legale di "sottoprodotto" di cui all'art. 183, co. 1, lett. n) d.lgs. n. 152/2006, nella versione antecedente al d.lgs. n. 4/2008, che escludeva che le ceneri di pirite costituissero rifiuti sottraendole, pertanto, alla relativa disciplina penale. Nel giudizio di legittimità costituzionale promosso dal medesimo Tribunale, detta definizione legale è stata infatti dichiarata incostituzionale da Corte cost. n. 28/2010, per contrasto con l'art. 117, co. 1 Cost. Nonostante l'affermato principio il Tribunale non è tuttavia pervenuto a una sentenza di condanna, bensì alla **declaratoria di estinzione** dei reati in materia di rifiuti ascritti agli imputati, per intervenuta prescrizione).



Un'altra importante riflessione della Corte sui **limiti di sindacabilità** delle **scelte di depenalizzazione** del legislatore, svolta tra i paletti della «norma penale di favore» e quella della «norma penale più favorevole», dunque tra gli estremi della violazione del principio di uguaglianza e dell'esercizio di discrezionalità del legislatore, è data dalla **sentenza n. 273 del 2010**.

L'argomento specificamente trattato è piuttosto complesso e specialistico, quindi converrà semplificarlo di molto. Si discute di **acque pubbliche**, ed in particolare del loro **prelievo** per uso industriale senza la prescritta **autorizzazione** (il caso concreto era molto rilevante, trattandosi del prelievo di milioni di metri cubi di acque appenniniche per le esigenze dei cantieri di costruzione delle linee ferroviarie di AV). Secondo una ricostruzione non del tutto unanime, ma che possiamo qui dare per ragionevole, i prelievi senza autorizzazione, che una volta si sarebbero qualificati come **furto aggravato**, sono oggi sanzionati unicamente come **illeciti amministrativi**, e dunque con una pena pecuniaria.

In estrema sintesi, la legge n. 36 del 1994 aveva proceduto a ridefinire l'intera disciplina delle acque pubbliche, già regolata dal r.d. n. 1775 del 1933, innovando su un regime ordinario di carattere privatistico, che richiedeva una specifica classificazione da parte della pubblica amministrazione per qualificare un'acqua come di pubblico interesse. Con la riforma, si era pervenuti ad un regime per il quale tutte le acque, superficiali e sotterranee, **sono pubbliche**, rimanendo nella discrezionalità della pubblica amministrazione soltanto il potere di disciplinare diversamente le modalità di utilizzo delle acque, a seconda dei soggetti e delle finalità. Successivamente, è entrato in vigore il d.lgs. n. 152 del 1999 (in tema di inquinamento), con modifiche del citato r.d. n. 1775 del 1933, ed in particolare, mediante l'art. 23 dello stesso d.lgs. n. 152, con la sostituzione dell'art. 17. Tale norma sancisce oggi il divieto di derivare o utilizzare acqua pubblica senza un provvedimento autorizzativo o concessorio dell'autorità competente, comminando al contravventore, «*fatti salvi ogni altro adempimento o comminatoria previsti dalle leggi vigenti*», una **sanzione amministrativa pecuniaria**, oltre alla cessazione dell'utenza abusiva e al pagamento dei canoni non corrisposti.

Salva un'opinione minoritaria che configura un concorso tra illecito penale ed illecito amministrativo, prevale (anche in base al principio di specialità di cui all'art. 9 della legge 689 del 1981) l'orientamento che considera **«depenalizzato» il furto di acqua per uso industriale**.

Di qui le questioni sollevate dal rimettente, complesse, ma riconducibili soprattutto ad una doppia doglianza. Illegittimità della norma introdotta nel 1999 come **norma di favore**. Irragionevole **disparità di trattamento** tra la sottrazione dell'acqua e quella di altri beni pubblici essenziali. Tutte le questioni sono state dichiarate **inammissibili**.

Quanto alla prima, la Corte ha esordito rievocando l'usuale riferimento alla elevata discrezionalità legislativa in materia di depenalizzazione, e



tuttavia, prescindendo dal problema della sindacabilità *in malam partem*, ha esercitato quasi un controllo positivo di ragionevolezza della scelta in concreto sottoposta al suo giudizio. In sintesi, l'acqua è stata «socializzata», attraverso un generalizzato passaggio alla proprietà demaniale, la quale per altro passa in sottordine (anche quando non si tratti degli usi domestici, che sono liberi), rispetto all'esigenza di **proteggere l'equilibrio idrogeologico**, garantire le esigenze di tutti, riscuotere dei canoni. È dunque la funzionalità del sistema concessorio a chiedere tutela, più che il diritto di proprietà sul bene, ed in questo senso la costruzione della fattispecie punitiva sulla violazione dell'obbligo di munirsi della concessione è del tutto ragionevole. Che poi si sia preferito il ricorso alla sanzione amministrativa, piuttosto che penale, è cosa che pertiene appunto alla discrezionalità legislativa, e corrisponde anzi al principio della penalizzazione quale *extrema ratio* in un sistema costituzionale fondato sulla libertà quale diritto inviolabile della persona.

Di particolare interesse, qui, l'obiezione alla costruzione della norma (operata, per evidenti esigenze di superamento del divieto di sindacato *in malam partem*) quale **norma penale di favore**. La Corte **non** riprende il criterio delimitatore già enucleato nella sentenza 394 (*supra*), e cioè che la norma di favore è **compresente** nell'ordinamento rispetto a quella generale cui deroga, di talché lo strumento non è utilizzabile quando la norma più favorevole succede a quella più severa (criterio di utilizzazione francamente incerta di fronte a casi di depenalizzazione parziale per effetto di intervento su norme esterne alla fattispecie). La Corte piuttosto esplicita, nel **concetto di norma di favore**, un connotato di irragionevolezza della discriminazione, che nel caso di specie, come abbiamo visto, non è stato ravvisato.

Tutta processuale la risposta alla censura sulla violazione del principio di **uguaglianza formale**. Il rimettente aveva genericamente lamentato che altri beni di rilevanza primaria sono difesi, nell'assetto proprietario, da norme penali: censura generica, appunto, priva dell'indicazione degli altri beni, dei criteri in base ai quali istituire una gerarchia, dell'intervento che in concreto avrebbe potuto ripristinare una ipotetica analogia di trattamento sotto il profilo penalistico.



Abbiamo già fatto ripetuti riferimenti al limite fisiologico del sindacato della Consulta sulle norme del sistema penale, che discende in parte dalla concettualizzazione delle «rime obbligate» per gli interventi diversi dalla mera ablazione, ma ha raggiunto un proprio autonomo *status* di principio fondamentale del processo costituzionale. Si teorizza, in sostanza, che la Corte non può intervenire su una **eminente discrezionalità del legislatore nelle scelte sanzionatorie**, sia quanto alla identificazione delle condotte punibili, sia riguardo alle scelte qualitative e quantitative concernenti la sanzione. Viene quasi sempre aggiunto, ma le concrete applicazioni della deroga sono poche, che l'intangibilità delle opzioni trova un limite nella **manifesta irragionevolezza delle medesime**.

Il principio in questione si abbina di fatto al criterio della insindacabilità *in malam partem* per comporre una sorta di **palizzata intorno alla legislazione penale**. Non si possono attaccare norme la cui rimozione comporterebbe effetti *in malam partem*. Anche se questi effetti mancassero, non si possono attaccare norme sanzionatorie ragionevoli per le quali è concepibile una qualunque alternativa, a sua volta ragionevole. Qualche eccezione si determina solo nei casi di patente e conclamata **violazione** del principio di **uguaglianza formale**.

La disponibilità della Consulta è storicamente ridottissima quanto ad interventi sulle **scelte di quantificazione del trattamento sanzionatorio**.

A questo proposito assume ancor oggi rilievo centrale la **sentenza n. 22 del 2007**, che aveva dichiarato inammissibili numerose questioni sollevate appunto con riguardo al severo trattamento sanzionatorio dell'indebito trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato, dopo la notifica della intimazione del Questore ad uscirne entro cinque giorni per essere intervenuto un decreto di espulsione (art. 14, comma 5-ter, del d.lgs. n. 286 del 1998).

In breve può dirsi che la Corte non aveva giudicato infondate le questioni, almeno nel loro nucleo essenziale, ed anzi aveva espresso apertamente un giudizio di **incoerenza interna** del quadro sanzionatorio concernente l'immigrazione irregolare. La Corte non si era neppure adagiata dietro l'assunto tradizionale della pertinenza delle scelte sanzionatorie alla discrezionalità del legislatore, che potrebbe essere sindacata solo in caso di esercizio manifestamente irrazionale. Se l'irrazionalità assoluta (tecnicamente: **irragionevolezza intrinseca**) può essere sindacata (e storicamente lo è stata) anche in questa materia, resta vero anche che il legislatore non può determinare disuguaglianze nel trattamento di situazioni assimilabili.

Posta questa premessa, la Corte aveva escluso che la fattispecie censurata fosse omologabile alle figure «ordinarie» di inottemperanza ad un ordine dell'autorità, ma non aveva escluso affatto che la stessa fattispecie fosse segnata da un trattamento identico a quello previsto per condotte assai più gravi, sempre pertinenti alla disciplina dei flussi migratori. Qui subentra il **limite del sindacato**, ma non nel senso che la scelta legislativa sia lecita:

*Il sindacato di costituzionalità, tuttavia, può investire le pene scelte dal legislatore solo se si appalesi una evidente violazione del canone della ragionevolezza, in quanto ci si trovi di fronte a fattispecie di reato sostanzialmente identiche, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio (ex plurimis, tra le pronunce più recenti, sentenze n. 325 del 2005, n. 364 del 2004; ordinanze numeri 158 e 364 del 2004). Se non si riscontra una sostanziale identità tra le fattispecie prese in considerazione, e si rileva invece, come nel caso in esame, una sproporzione sanzionatoria rispetto a condotte più gravi, un eventuale intervento di riequilibrio di questa Corte non potrebbe in alcun modo rimodulare le sanzioni previste dalla legge, senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore.*

La Corte, per altro, non aveva mancato di formalizzare un **monito** al legislatore perché intervenisse a ridare coerenza al quadro delle sanzioni. È appena il caso di rilevare che, a quasi quattro anni dalla decisione, nessun intervento è stato compiuto e che anzi la legislazione «emergenziale» affastella interventi discutibili (anche) sul piano della coerenza interna al sistema e della compatibilità coi principi costituzionali.

In diversi altri casi, più recenti, la Corte ha comunque dichiarato la **infondatezza** di questioni proposte riguardo ai **valori edittali della pena**.

Un esempio abbastanza recente riguarda il trattamento sanzionatorio per il delitto di falsa testimonianza dopo la riforma dell'art. 372 c.p.: si tratta della **sentenza n. 47 del 2010**.

Richiamando alcuni tra i moltissimi precedenti (sentenze n. 161 del 2009, n. 22 del 2007, n. 394 del 2006, n. 325 del 2005; ordinanze n. 41 del 2009 e n. 52 del 2008), la Corte si è spinta per altro ad argomentare sulla ritenuta **ragionevolezza** delle differenze nel **trattamento della falsa testimonianza** rispetto ai *tertia comparationis* evocati dal rimettente.

In sostanza, si è assunto che la decisa virata dell'ordinamento verso la **verifica dibattimentale della prova dichiarativa**, con la valorizzazione che ne consegue circa la funzione cognitiva della testimonianza, avrebbe imposto un presidio particolarmente rigoroso della genuinità di tale fonte di prova.

D'altra parte, si è aggiunto, l'illecito in questione presenta un disvalore intrinseco che gli attribuisce carattere di gravità, anche se la circostanza oggetto di mendacio o di reticenza non desta particolare allarme sociale. Infatti, la falsa testimonianza turba comunque il normale svolgimento del processo, ne compromette lo scopo che è quello di pervenire a sentenze giuste, costituisce ostacolo all'accertamento giudiziale. Rientra, poi, nella discrezionalità del legislatore anche la facoltà di modulare il trattamento sanzionatorio in riferimento al **dilagare di un fenomeno criminoso** che si intende reprimere.

Di rilievo, ai nostri fini, l'inefficienza del **ragionamento triadico** classico proposto dal rimettente, riguardo ad ipotesi di reato assimilabili al delitto di falsa testimonianza, quali la frode processuale, il favoreggiamento personale, anche con riferimento alla previsione dettata dal capoverso dell'art. 378 cod. pen., e la simulazione di reato, e con riguardo a fattispecie connotate da maggiore gravità, come il delitto di calunnia. Le fattispecie poste a confronto, ancorché catalogate tra i delitti contro l'attività giudiziaria, non avrebbero la **stessa oggettività giuridica**, e si è escluso, conseguentemente, che il differente trattamento sanzionatorio, rispetto al delitto di falsa testimonianza, sia il frutto di una scelta arbitraria o ingiustificata (citando per questo particolare profilo, *ex multis*, sentenza n. 161 del 2009; ordinanze n. 229 del 2006, n. 170 del 2006, n. 45 del 2006 e n. 438 del 2001).

Qualche maggiore apertura si è storicamente determinata, piuttosto, sul terreno della **scelta di penalizzazione** di determinate condotte, dell'an piuttosto che del *quantum* del trattamento sanzionatorio. Qui la rilevanza del **principio di uguaglianza formale** può essere più agevolmente stabilita, e non vale il divieto di manipolazione *in pejus* che ostacola il sindacato sulle scelte di depenalizzazione (*supra*).

Al modello indicato sono riconducibili decisioni che conviene ormai richiamare solo sinteticamente, come ad esempio la **sentenza n. 177 del 2009**, sostanzialmente concernente la punibilità a titolo di **evasione** delle infrazioni alle regole che disciplinano la **detenzione domiciliare speciale** (la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 47-ter, commi 1, lettera a), seconda parte, e 8, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Ordinamento penitenziario), in relazione all'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui non limita la punibilità ai sensi dell'art. 385 cod. pen. al solo allontanamento che si protragga per più di dodici ore, come stabilito dall'art. 47-sexies, comma 2, della suddetta legge n. 354 del 1975, sul presupposto, di cui all'art. 47-quinques, comma 1, della medesima legge, che non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti).

Un altro esempio di «riduzione» dell'area applicativa di una fattispecie incriminatrice è dato dalla dichiarazione di parziale **illegittimità costituzionale** del **secondo comma dell'art. 384 c.p.**, sul tema delle dichiarazioni false o reticenti rese nella fase delle indagini preliminari innanzi alla polizia giudiziaria. Si tratta della **sentenza n. 75 del 2009**: la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 384, secondo comma, del codice penale, nella parte in cui non prevedeva l'esclusione della punibilità per false o reticenti informazioni assunte dalla polizia giudiziaria, fornite da chi non avrebbe potuto essere obbligato a renderle o comunque a rispondere in quanto persona indagata per reato probatoriamente collegato - a norma dell'art. 371, comma 2, lettera b), codice di procedura penale - a quello, commesso da altri, cui le dichiarazioni stesse si riferiscono.

In tempi molto recenti è stata soprattutto la **disciplina dell'immigrazione** a sollecitare questioni pertinenti a **scelte di criminalizzazione**, o a scelte di delimitazione della fattispecie punibile attraverso l'inclusione o l'esclusione di determinati elementi costitutivi.

In diversi casi la Corte ha valorizzato la **discrezionalità della scelta di incriminazione** compiuta dal legislatore, e tuttavia va rilevato come, essendo la questione posta in termini di **uguaglianza formale**, la Corte medesima abbia «accettato» di discutere il merito delle comparazioni proposte dai rimettenti, ed in qualche caso abbia **accolto** la questione sollevata.

Un esempio particolarmente importante è dato dalla **sentenza n. 250 del 2010**, relativa al nuovo reato di **ingresso o soggiorno irregolare nel territorio dello Stato** (art. 10-bis del t.u. immigrazione).

La fattispecie è stata attaccata da decine e decine di ordinanze, sotto molteplici profili, in buona parte attinenti all'in sé dell'incriminazione, cioè alla scelta stessa di punire il soggiorno irregolare, e di punirlo con una determinata estensione della fattispecie.

Sull'argomento torneremo più avanti, perché il tema del diritto penale dell'immigrazione assume ormai un rilievo ed un'autonomia tali da suggerire una trattazione dedicata. Qui però si può anticipare come la Corte abbia giudicato **infondata**, anzitutto, la questione «centrale» (sollevata in riferimento a vari parametri) se il legislatore potesse incriminare la violazione delle norme sul soggiorno:

*[...] Con riferimento alle questioni del primo gruppo (volte, cioè, a censurare globalmente la scelta di penalizzazione espressa dalla norma impugnata) – sulle quali, per evidenti ragioni di pregiudizialità logica, va portata prioritariamente l'attenzione – lo scrutinio di costituzionalità non può che trovare il suo referente generale nel principio, affermato dalla costante giurisprudenza di questa Corte, in forza del quale l'individuazione delle condotte punibili e la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità del legislatore: discrezionalità il cui esercizio può formare oggetto di sindacato, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie (ex plurimis, sentenze n. 47 del 2010, n. 161, n. 41 e n. 23 del 2009, n. 225 del 2008).*

Ed è anche più interessante, perché fondata su un classico **ragionamento triadico**, la questione della **mancata previsione del «giustificato motivo»** quale causa di non punibilità della condotta, o almeno della porzione di condotta che si risolve in un **indebito trattenimento** nel territorio nazionale dopo la scadenza o la revoca di un titolo idoneo a legittimare il soggiorno. Detta questione era stata proposta soprattutto in relazione all'art. 3 Cost., evidenziando come il «giustificato motivo» escluda la punizione dell'agente che non ottemperi all'**ordine questorile di allontanamento**, secondo il disposto del comma 5-ter dell'art. 14 del d.lgs. n. 286 del 1998.

Anche in questo caso la Corte ha ritenuto la infondatezza della questione, ma con un ragionamento complesso e di grande prudenza, il che conferma – a mio avviso – la miglior praticabilità del giudizio di uguaglianza formale rispetto ad una prospettazione di irrazionalità intrinseca della fattispecie.

Infatti la Corte – anche date le palesi interferenze di principi concorrenti, come quello di finalizzazione rieducativa della pena e quello di colpevolezza – si è limitata a porre in evidenza le ritenute differenze rispetto al *tertium comparationis*: una diversa fisionomia dei meccanismi di maturazione dell'obbligo di allontanarsi, la severità enormemente inferiore della fattispecie più recente, l'esistenza di uno **strumento alternativo di**

**mitigazione** dello strumento repressivo, grazie all'applicabilità del proscioglimento per **particolare tenuità del fatto**, tipico dei reati affidati alla competenza del giudice di pace.

Sempre sul piano delle valutazioni di infondatezza (nella specie manifesta) si segnala la **ordinanza n. 41 del 2009**, pertinente alla fattispecie di «**indebito rientro**» dello straniero **già espulso**. A proposito, cioè del comma 5-*quater* dell'art. 14 del T.u. immigrazione, nella versione antecedente dalla citata riforma del 2009.

Come meglio si vedrà, l'orientamento della giurisprudenza maggioritaria aveva ridotto la fattispecie al caso dell'indebito rientro (e non dell'illecito trattenimento), sul presupposto che lo straniero espulso a norma del comma 5-*ter* dovesse essere sempre accompagnato alla frontiera *manu militari*. Allora come oggi, non era prevista, quale elemento costitutivo della fattispecie, la carenza di un «**giustificato motivo**» per la condotta, che allora - per altro - poteva essere solo commissiva.

La Corte non si è rifugiata dietro l'ossequio formale al principio di elevata discrezionalità legislativa nella conformazione delle condotte penalmente sanzionate, ed ha proceduto ad una serrata comparazione tra la fattispecie censurata e quella dell'indebito trattenimento, giustificando la diversa rilevanza del «giustificato motivo» in base alla **disomogeneità strutturale** delle figure poste in comparazione.

A questo punto non dovrebbe sorprendere l'importante decisione assunta dalla Corte con la **sentenza n. 359 del 2010**.

Anche su tale pronuncia dovrà tornarsi a tempo debito. Ma certo occorre citarla subito nel trattare di **scelte di penalizzazione** sindacate alla luce del **principio di uguaglianza formale**, anche e proprio perché si tratta di una sentenza di accoglimento.

Nella specie veniva presa in considerazione la fattispecie novellata del **comma 5-*quater* dell'art. 14** del t.u. immigrazione, che attualmente punisce l'**inottemperanza** all'ordine di allontanamento che il questore abbia impartito dopo uno o più comportamenti analoghi di inottemperanza. Mentre per il «primo» episodio il comma 5-*ter* della disposizione citata prevede che lo straniero vada esente da pena quando l'omissione dipenda di un **giustificato motivo**, analoga previsione non era stata inserita nella fattispecie incriminatrice concernente le violazioni reiterate.

La Corte aveva già «accettato» di sindacare nel merito la scelta quanto alla (coeva) previsione dell'art. 10-*bis*. Altrettanto è avvenuto nel caso di specie, con la differenza che le analogie strutturali tra le **norme in comparazione** (quella censurata e quella immediatamente precedente, cioè i commi 5-*quater* e 5-*ter* del citato art. 14) sono parse tali da non giustificare l'omessa previsione della «esimente» per una tra esse.



Il principio di uguaglianza può essere invocato al fine di eliminare norme (o porzioni di norme) sfavorevoli, relativamente a determinate categorie di fatti o di persone, ma occorre che la relativa discriminazione non sia esercitata su basi ragionevoli. Cosicché un diverso trattamento è consentito, se non addirittura doveroso, quando lo stesso ha per oggetto condotte di significato offensivo obiettivamente peculiare.

Una ennesima applicazione di questo principio la Corte ha fatto con la **sentenza n. 83 del 2010**, relativa alla normativa d'urgenza sulla cd. «**emergenza rifiuti**» in Campania.

Ai fini di queste note può ricordarsi genericamente che l'art. 6, lettere a) e d), del decreto-legge 6 novembre 2008, n. 172 (*Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania, nonché misure urgenti di tutela ambientale*) – successivamente convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 30 dicembre 2008, n. 210 – ha configurato come delitti, limitatamente alle aree geografiche in cui vige lo stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti, alcune condotte che, nel restante territorio nazionale, non sono penalmente rilevanti (lettera a) o sono punite a titolo di contravvenzione (lettera d).

Il giudice rimettente aveva eccepito in ordine ai presupposti per la decretazione d'urgenza, alla ritenuta violazione della riserva di legge, ed alla violazione appunto del principio di uguaglianza, prospettando come ingiustificata la discriminazione introdotta tra i residenti in Campania e coloro che vivono altrove.

I primi due profili possono essere trattati rapidamente. La Corte ha ricordato che, pur avendo di recente ammesso il **sindacato sulle condizioni di necessità ed urgenza** anche nei casi di sopravvenuta conversione del decreto legge (ammesso in concreto, perché in astratto l'ammissibilità delle relative censure non era mai stata negata), è possibile rilevare una violazione dell'art. 77 Cost. solo a fronte della «**evidente mancanza**» dei presupposti per la decretazione governativa, rimanendo invece la valutazione del merito delle situazioni di urgenza nell'ambito della responsabilità politica del Governo nei confronti delle Camere, chiamate a decidere sulla conversione in legge del decreto.

Il fatto che sia il Governo a decretare lo stato di emergenza per lo smaltimento dei rifiuti, e dunque a determinare luogo e durata di applicazione della connessa legislazione penale, non dà vita ad una **norma penale in bianco**, o comunque ad una penalizzazione *extra legem* dei comportamenti sanzionati. La disposizione censurata contiene interamente precetto e sanzione, e garantisce l'effettività di un provvedimento amministrativo preesistente alla sua concreta applicazione, come avviene in numerosissimi altri casi, provvedimento la cui adozione ed i cui contenuti sono **regolati dalla legge**. Come in altri casi, l'ordinamento fronteggia l'eventualità che il provvedimento determini illegittimamente le condizioni applicative della fattispecie penale attraverso i poteri di

sindacato conferiti a suoi giudici: quello amministrativo, in termini di eventuale **annullamento**, e quello ordinario, in termini di eventuale **disapplicazione**, con conseguenze liberatorie sul piano delle responsabilità individuali.

Quanto poi alla pretesa violazione del principio di uguaglianza, la Corte ha negato che siano necessariamente illegittime **norme penali ad applicazione territoriale circoscritta**. È necessario, com'è ovvio, che siano certe e conoscibili le condizioni di applicabilità della disposizione, che però legittimamente può cogliere il particolare disvalore che un fatto assume in un contesto determinato.

La Corte ha rimarcato anche il singolare errore di prospettiva del rimettente, il quale ha istituito un raffronto tra le popolazioni della Campania e quelle delle restanti regioni.

Anzitutto, lo stato di emergenza può essere teoricamente dichiarato per ogni porzione del territorio nazionale, ed ha poca importanza che, nella specie, riguardasse il territorio campano. In secondo luogo può notarsi che rileva il luogo di commissione del fatto, e non quello di residenza dell'autore.

Ma il ragionamento non tiene neppure accettando i suoi presupposti «statistici». Le popolazioni campane sarebbero discriminate, invero, se non vi fosse un trattamento particolare, e più severo, delle violazioni concernenti lo smaltimento dei rifiuti, perché nel loro territorio esiste una situazione di gravissimo disagio, consolidata nel tempo e insuscettibile di rimozione con la disciplina ordinaria: *«i soggetti tutelati dalle disposizioni sanzionatorie sono proprio le popolazioni coinvolte, di volta in volta, dall'emergenza rifiuti. Il legislatore ritiene tali popolazioni meritevoli di una tutela rafforzata in ragione della situazione specifica in cui esse si trovano, che conferisce alle condotte illecite previste una maggiore offensività. Risulta pertanto rispettato il criterio generale di applicazione del principio di uguaglianza, che impone la disciplina diversa di situazioni diverse, identificate in modo non irragionevole dal legislatore»*.



Una norma ad efficacia temporanea, e di applicazione assai circoscritta, ha chiamato la Corte ad una riflessione di sicuro rilievo generale, a proposito del sistema delle fonti e della evenienza, assai frequente, di **modifiche sostanziali nel passaggio dal decreto-legge alla legge di conversione**.

In sintesi, dopo il **terremoto** di L'Aquila, ed analogamente a quanto avvenuto in precedenza per calamità dello stesso genere, il Governo ha adottato provvedimenti urgenti per la sospensione dei procedimenti giudiziari e dei relativi termini, nonché per fronteggiare le ovvie difficoltà logistiche intervenute ad ostacolare le notifiche da effettuarsi nelle zone interessate.

A tale ultimo proposito, il comma 9 dell'art. 5 del **decreto-legge** n. 39 del 2009 aveva istituito uno speciale presidio presso la sede temporanea degli uffici giudiziari di L'Aquila, ed il comma successivo aveva stabilito che tutte le **notificazioni** destinate a soggetti residenti nelle zone interessate fossero effettuate, a pena di nullità, presso il presidio indicato. Una sorta di



**domiciliazione ex lege**, operata in via esclusiva sulla base del luogo di destinazione dell'atto, quali che fossero la parte o l'autorità di provenienza della richiesta di notifica.

Il comma 10, per effetto della **legge di conversione** n. 77 del 2009, ha subito una modifica, per effetto della quale la relativa prescrizione è stata limitata agli «*atti di competenza degli uffici giudiziari di L'Aquila*». Come la Corte ha notato con la sentenza in commento, dietro l'apparenza di un intervento additivo si è celata una profonda **riduzione di portata della norma** derogatoria alle regole ordinarie in materia di notifica: non più tutti gli atti diretti nelle zone terremotate, ma, tra essi, solo gli atti provenienti dalla sede giudiziaria aquilana. Di qui un problema applicativo: quale regime per le notifiche provenienti da sedi giudiziarie diverse, effettuate secondo la disciplina del decreto-legge prima della relativa conversione?

Il quesito condiziona la rilevanza di una questione sollevata dal Tribunale di Pescara, ostile alla presunzione di conoscenza che sottenderebbe alla disciplina introdotta in via d'urgenza per le notifiche da effettuare nella zona terremotata. Quella disciplina, infatti, rilevarebbe nel giudizio *a quo* solo se restasse valida (e non rinnovabile) una notifica effettuata secondo la porzione di norma non «convalidata» dalla legge di conversione. Il decreto-legge aveva consentito (anzi imposto) anche al Tribunale di Pescara il ricorso al «presidio», ma la stessa procedura non sarebbe stata consentita alla luce del testo successivamente modificato dalla legge di conversione. Il **principio di inefficacia ex tunc delle norme d'urgenza non convertite**, quindi, richiede una verifica di perdurante legittimità della notifica effettuata in applicazione della norma censurata.

Dichiarando inammissibile la questione, con la **sentenza n. 367 del 2010**, la Corte ha rimproverato al rimettente d'aver trascurato questa problematica. Anche mediante il richiamo ad un remoto precedente (la sentenza n. 51 del 1985), si è ribadito come al decreto-legge non convertito vada equiparato il «*decreto [...] convertito in legge con emendamenti che implicano mancata conversione in parte qua*», e che nel caso di conversione con emendamenti spetta all'interprete stabilire se una data fattispecie consista nella conversione con modificazione della norma originaria o piuttosto nel rifiuto parziale di conversione. La seconda eventualità, che può essere integrata anche per implicito (ad esempio mediante una amputazione parziale della disposizione urgente), comporta l'**inefficacia ab initio** della norma non convertita, secondo il disposto del terzo comma dell'art. 77 della Costituzione.

Non può incidere, al proposito, la disposizione contenuta nel comma 5 dell'art. 15 della legge n. 400 del 1988, secondo cui «*le modifiche eventualmente apportate al decreto-legge in sede di conversione hanno efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione, salvo che quest'ultima non disponga diversamente*». Tale disposizione non regola l'efficacia intertemporale delle disposizioni del decreto-legge non convertite, e serve piuttosto a regolare l'efficacia della

disposizione d'urgenza convertita, nella versione scaturente dal provvedimento di conversione.

Dunque – prosegue la Corte – dovrà di volta in volta stabilirsi se un emendamento implichi conversione con modifica della norma del decreto-legge (e dunque una disciplina valevole a far tempo dal giorno successivo alla pubblicazione della legge di conversione), o piuttosto un rifiuto parziale di conversione (e dunque l'inefficacia *ab origine* della porzione di norma non convertita).

Proprio la seconda soluzione era stata accreditata dalla Corte di cassazione relativamente ad una vicenda normativa analoga a quella oggi in esame, scaturita dai provvedimenti assunti nel 1997, dopo il terremoto dell'Umbria. Come accade di frequente per le inammissibilità dichiarate "su base interpretativa", la Consulta non ha preso aperta posizione nel senso dell'inefficacia originaria delle norme derogatorie non convertite, e della conseguente necessità di valutare le notifiche eseguite medio tempore secondo la disciplina ordinaria. L'effetto di accreditamento della soluzione, però, sembra indiscutibile.

V'è un altro passaggio che merita segnalazione nella sentenza in commento. Ad accreditare la rilevanza della propria questione, il rimettente aveva escluso la possibilità di ordinare la **rinnovazione della notifica ex art. 420-bis c.p.p.** (in base alla ritenuta probabilità che l'imputato non avesse avuto effettiva cognizione dell'atto pur ritualmente notificato). Infatti, ed in sostanza, la domiciliazione *ex lege*, proprio in quanto espressiva di una presunzione assoluta di conoscenza dell'atto da parte del destinatario, neutralizzerebbe l'applicabilità della norma prudenziale inserita nel codice di rito.

La Corte ha chiarito che la rinnovazione della notifica valida nei casi di probabile o sicuro fallimento della sua funzione comunicativa è sempre applicabile, quale che sia il procedimento legale seguito, nel caso concreto, per la relativa effettuazione. Quale che sia, di conseguenza, la logica astratta del ragionamento presuntivo sotteso alla procedura prescritta dalla legge.



Da ultimo, quelli che potremmo definire i «**confini della giurisdizione**». L'attività del giudice investe interessi di rilevanza costituzionale che attingono il piano dei rapporti tra poteri dello Stato, e, per iniziativa sua o d'un potere configgente, la Consulta è chiamata a tracciare, appunto, i confini della giurisdizione.

Un **conflitto tra poteri** dello Stato ha suscitato notevole clamore, relativamente ad un procedimento penale intentato contro il **Ministro**

dell'ambiente, relativamente alla ipotesi di un **reato** del quale si è discussa la **natura funzionale o extrafunzionale**. In realtà tutto sembra nato dal fraintendimento delle norme vigenti in materia e, di riflesso, della effettiva portata assunta dalla **sentenza n. 241 del 2009**, con cui la Corte ha definito il conflitto.

Partiamo dal **quadro normativo**, che non è universalmente conosciuto.

L'**art. 96 Cost.**, nel testo introdotto dalla legge costituzionale n. 1 del 1989, stabilisce: «Il Presidente del Consiglio dei ministri ed i ministri, anche se cessati dalla carica, sono sottoposti per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale».

La stessa **legge costituzionale**, che ha introdotto il nuovo testo dell'art. 96 Cost., ha istituito, presso il tribunale del capoluogo del distretto di Corte d'appello competente per territorio, un collegio, cui il procuratore della Repubblica, omessa ogni indagine, deve trasmettere, con le sue richieste, i rapporti, i referti e le denunce concernenti i reati indicati dall'art. 96 Cost. È il cd. «**Tribunale dei Ministri**».

Tale collegio, se non ritiene che si debba disporre l'archiviazione, trasmette gli atti con relazione motivata al procuratore della Repubblica per la loro immediata rimessione al Presidente della Camera competente (art. 8, comma 1). In caso diverso, sentito il pubblico ministero, dispone l'**archiviazione** con decreto non impugnabile (art. 8, comma 2). Il procuratore della Repubblica dà comunicazione dell'avvenuta archiviazione al Presidente della Camera competente (art. 8, comma 4).

Conviene subito dire come la **legge n. 219 del 1989** abbia precisato (art. 2, comma 1) in quali casi il «Tribunale dei ministri», esperite le necessarie indagini, deve disporre l'archiviazione. Tra questi è compresa l'ipotesi che il fatto integri **un reato diverso da quelli indicati nell'art. 96 Cost.** In tale evenienza, si prevede che il collegio disponga altresì, contestualmente all'**archiviazione**, la trasmissione degli atti all'autorità giudiziaria competente a conoscere del diverso reato.

Ora, dalle disposizioni richiamate emergono alcune indicazioni essenziali. La prima è che **non esiste un regime autorizzatorio per i reati extrafunzionali**, ed infatti la Corte non ha inteso minimamente affermarlo. La seconda è che – essendo discriminante appunto la qualifica del reato come funzionale od extrafunzionale – l'ordinamento riconosce al Parlamento la possibilità di interloquire in proposito, non certo attraverso lo strumento dell'autorizzazione, ma eventualmente, quando l'Autorità giudiziaria opta per la natura extrafunzionale, mediante la promozione di un **conflitto tra poteri dello Stato**: altrimenti l'operatività della prerogativa istituita dalla Costituzione sarebbe rimessa unicamente alle valutazioni dell'Autorità giudiziaria.

Per tale ragione è stabilito che il Parlamento sia comunque informato circa il procedimento contro un Ministro: con la richiesta di autorizzazione in caso che si intenda procedere per un reato funzionale; con la comunicazione della disposta archiviazione, ove si sia deliberato in tal senso.

*Quid iuris* nel caso che il Tribunale dei ministri disconosca la natura funzionale del reato, e dunque si dichiari funzionalmente incompetente? Contrariamente a quel che di solito accade, occorre procedere ad **archiviazione** del procedimento, oltre che trasmettere gli atti al pubblico ministero ordinario. La cosa è del tutto innaturale («asistemica», ha scritto la Corte), ma è inequivocabilmente prescritta dalla legge. E se ne comprende la ragione: proprio in quanto la riqualificazione del fatto è causa di archiviazione, il provvedimento è comunicato al Parlamento, che dunque, ove lo ritenga, può adire la Corte per denunciare un preteso aggiramento delle garanzie apprestate per i reati funzionali.

Nel caso di specie è accaduto che il Tribunale dei ministri di Firenze, spogliandosi della competenza per il ritenuto carattere non funzionale del reato ascritto al Ministro, non ha provveduto ad archiviare il procedimento e non ha trasmesso gli atti al pubblico ministero con la specifica indicazione della necessità che detta archiviazione fosse comunicata alla Camera dei Deputati. Di qui il ricorso della stessa Camera, e l'accoglimento da parte della Consulta, la quale dunque si è limitata ad affermare che, per non ledere le prerogative del Parlamento, la **decisione di incompetenza** deve essere ad esso comunicata, quando si fondi sulla **riqualificazione del reato**. Senza alcuna implicazione, com'è ovvio, in merito alla correttezza della qualificazione adottata dal Tribunale di Firenze, e **senza alcuna introduzione «implicita» di un regime autorizzatorio per i reati non funzionali**.

La **storia ha un seguito**, prevedibile, che si trova attualmente in pieno corso di svolgimento. Informata dal Tribunale di Livorno, la Camera dei deputati, il 28 ottobre 2009, ha deliberato che i comportamenti tenuti dal Ministro interessato avrebbero avuto natura funzionale, e sarebbero stati tenuti per il perseguimento di un preminente interesse pubblico, negando così la **prescritta autorizzazione a procedere**. O, meglio, l'autorizzazione a procedere che sarebbe prescritta se davvero i comportamenti in questione fossero pertinenti alla funzione di governo.

Proprio tale assunto è negato, come si è visto, dal Tribunale di Livorno, il quale ha dunque promosso conflitto tra poteri, non già per sindacare la negazione del provvedimento autorizzativo, bensì per negare il presupposto che legittima l'adozione del provvedimento parlamentare, e cioè la natura funzionale della condotta.

Il conflitto è stato dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale con la **ordinanza n. 211 del 2010**.



Com'è a tutti noto, con la **sentenza n. 262 del 2009**, la Corte, giudicando su questioni di legittimità costituzionale poste dal Tribunale di Milano e dal Tribunale di Roma, aveva dichiarato l'**illegittimità costituzionale** dell'art. 1 della legge 23 luglio 2008, n. 124 (cd. **lodo Alfano**) per violazione degli artt. 3 e 138 della Costituzione.

La norma caducata, in estrema sintesi, stabiliva la **sospensione dei procedimenti penali** nei confronti del Capo dello Stato e di quello del Governo, nonché dei Presidenti della camere, durante lo svolgimento delle rispettive funzioni, anche per fatti pregressi. La regola della cd. «immunità» trovava un antecedente diretto nel cd. **lodo Schifani**, la cui disciplina fu a sua volta dichiarata illegittima con la **sentenza n. 24 del 2004**.

Il legislatore del 2008 aveva introdotto alcune **varianti** della disciplina nella dichiarata intenzione di «prestare ossequio» ai rilievi compiuti dalla Corte nel 2004, soprattutto introducendo **limiti temporali** alla sospensione del processo, un meccanismo di **protezione della parte civile**, la **possibilità di rinuncia** da parte dell'imputato-Alta carica, la previsione di meccanismi di **acquisizione urgente della prova**, l'esclusione del soggetto istituzionale non eletto in base al **suffragio popolare**, neppure indirettamente (cioè il Presidente della Consulta).

Nondimeno, e come abbiamo ricordato, anche la nuova disciplina è stata dichiarata illegittima.

Veniamo rapidamente al merito delle varie questioni proposte dai rimettenti:

- **Violazione del giudicato costituzionale**: questione infondata; la Corte ha giudicato significative le variazioni rispetto al cd. lodo Schifani; alcune norme identiche non rilevano, perché ciò che conta è il contesto.

- **Violazione degli artt. 3 e 138 Cost. per l'introduzione di prerogative, a favore delle Alte cariche, senza ricorso alla legge di rango costituzionale**. Vizio segnalato nella duplice prospettiva dell'uguaglianza formale (Alte cariche-altre cariche, Alte cariche- cittadini) e della intrinseca irrazionalità.

Quanto alla prima prospettiva, superate le eccezioni di inammissibilità, la Corte è pervenuta alla decisione di accoglimento, dichiarando **assorbita**, con tutte le altre questioni non trattate, anche la questione molto seria della **intrinseca irrazionalità** della normativa censurata.

In via preliminare ha dovuto essere superata la pretesa che la questione fosse «**pregiudicata**» dalla **sentenza 24 del 2004**, o addirittura che sul punto vi fosse un giudicato costituzionale. La Corte ha ricordato come la decisione non avesse trattato il tema, ed avesse formalmente dichiarata «assorbita» ogni questione non espressamente valutata con il proprio provvedimento. In altre occasioni, ed in tempi non sospetti, era già stato

chiarito che, mancando un nesso di pregiudizialità in senso proprio, è la Corte ha stabilire l'ordine di esame delle questioni, e che l'accoglimento di una tra esse rende inutile la prosecuzione dell'esame. Nella specie, i Giudici delle leggi avevano valutato per primi i temi più decisamente agitati dal rimettente, e colto profili evidenti di violazione di diritti fondamentali della persona.

Non bastasse, si è dovuto ricordare dalla Corte che **non esiste un «giudicato di costituzionalità»**, ferma restando l'inammissibilità di questioni volte ad ottenere un riesame da parte delle Corti delle sue stesse decisioni, poiché ogni modifica di contesto, ed ogni nuovo aspetto di critica, comporta la necessità di un nuovo scrutinio della norma già scrutinata.

Ciò premesso, la decisione in esame è passata attraverso due affermazioni: **a)** la disciplina censurata ha introdotto prerogative per le Alte cariche; **b)** le prerogative devono essere introdotte con norme di rango costituzionale.

**a)** Su questo punto si era battuta con vigore la Presidenza del Consiglio: non di prerogativa si sarebbe trattato, ma di mera ipotesi di **sospensione del processo penale**, come tante ce ne sono, introdotta alla luce del carattere assorbente degli impegni di un'Alta carica, e con funzione eminente di tutela del suo diritto di difesa.

Vediamo la definizione di «prerogativa» adottata dalla Corte, che non ha **nulla di nuovo** rispetto alle precedenti ed agli orientamenti dottrinali tradizionali:

*[...] le prerogative costituzionali (o immunità in senso lato, come sono spesso denominate) si inquadrano nel genus degli istituti diretti a tutelare lo svolgimento delle funzioni degli organi costituzionali attraverso la protezione dei titolari delle cariche ad essi connesse. Esse si sostanziano - secondo una nozione su cui v'è costante e generale consenso nella tradizione dottrinale costituzionalistica e giurisprudenziale - in una specifica protezione delle persone munite di status costituzionali, tale da sottrarle all'applicazione delle regole ordinarie. Le indicate prerogative possono assumere, in concreto, varie forme e denominazioni (insindacabilità; scriminanti in genere o immunità sostanziali; inviolabilità; immunità meramente processuali, quali fori speciali, condizioni di procedibilità o altro meccanismo processuale di favore; deroghe alle formalità ordinarie) e possono riguardare sia gli atti propri della funzione (cosiddetti atti funzionali) sia gli atti ad essa estranei (cosiddetti atti extrafunzionali), ma in ogni caso presentano la duplice caratteristica di essere dirette a garantire l'esercizio della funzione di organi costituzionali e di derogare al regime giurisdizionale comune. Si tratta, dunque, di istituti che configurano particolari status protettivi dei componenti degli organi; istituti che sono, al tempo stesso, fisiologici al funzionamento dello Stato e derogatori rispetto al principio di uguaglianza tra cittadini.*

Le prerogative introducono una **rottura del principio di uguaglianza**, che la Corte ribadisce trovarsi «*alle origini della formazione dello Stato di diritto*». È vero allora che non esiste una espressa riserva di legge costituzionale nella materia. Ma il sistema delle prerogative è interamente regolato da norme costituzionali, ed il bilanciamento degli interessi è tutto interno alla Costituzione (le rotture della Costituzione, in realtà, le attua solo la Costituzione). Dunque il legislatore ordinario, come si è chiarito con pronunce anche risalenti, può solo dettagliare le procedure di applicazione di una regola che deve essere affermata dalla Costituzione.

Il problema diviene quindi: il «lodo» Alfano introduceva una prerogativa?

La risposta è stata affermativa, ed anche in questo caso passando da due snodi di ragionamento.

Il primo concerne la *ratio*, che è appunto quella di tutte le prerogative, cioè **proteggere la funzione e non l'individuo**, creando un dato equilibrio nei rapporti tra poteri. Nessuno aveva mai avuto dubbi in proposito, neppure lo stesso legislatore del lodo Alfano, che nella relazione al disegno di legge si era pronunciato nello stesso senso. Ma il ribaltamento (o, meglio, la spinta ad un ribaltamento) è maturato negli scritti del Presidente e della Presidenza del Consiglio: come già accennato, la *ratio* consisterebbe nel **proteggere l'individuo e non la funzione**, più precisamente il diritto di difesa della persona investita dell'Alta carica. A sostegno: l'asserita temporaneità della sospensione e la sua rinunciabilità. Ciò che potrebbe definirsi (ed è stato da molti definito) elemento di incoerenza del sistema viene promosso ad elemento di qualificazione della sua natura.

La Corte ha replicato che sarebbe **irrazionale** una **presunzione assoluta di impedimento**, ed ingiustificata la disparità di trattamento di moltissimi altri cittadini, che potremmo definire «molto occupati», nel loro rapporto con la giurisdizione penale. Inoltre, l'impedimento legittimo non ha un contenuto fisso, ed una particolare «legittimità» investe quello che deriva dall'esercizio di cariche pubbliche di altissimo rilievo, come la Corte aveva del resto già stabilito, ad esempio con le sentenze riguardanti il caso Previti.

In ogni caso, la temporaneità non è compatibile neppure con la pretesa funzione di tutela del diritto di difesa, che certo non si deprezza nel caso di soggetto che assume un'alta carica dopo averne gestita un'altra.

In secondo luogo l'**oggetto** della disciplina ne conferma la natura di **prerogativa**, già sostanzialmente affermata con la sentenza 24 del 2004.

È istituita una disparità di trattamento rispetto a tutti i cittadini, che è tale: **non si discute cioè di un trattamento differente in base alla differenza della situazione regolata**. Qui la Corte non va molto oltre l'enunciato. Io direi che la differenza esiste, ma non è congrua rispetto alla disciplina derogatoria. Non basta che due situazioni siano diverse per giustificare qualunque difformità di trattamento: deve ovviamente esistere una relazione qualificata tra la differenza in fatto e quella della disciplina giuridica. Nella specie, quale semplice presidio delle differenze in fatto, **la disciplina eccede nella deroga**, perché la peculiare posizione delle Alte

cariche trova un idoneo regolatore nella rilevanza differenziata delle situazioni di legittimo impedimento.

È ovvio dunque che la normativa ha una funzione diversa e più ampia, che attiene all'equilibrio tra i poteri dello Stato. Ma, proprio per questo, è una prerogativa, ed è dunque oggetto necessario di una legislazione di rango costituzionale.

La Corte ha poi individuato violazioni del principio di uguaglianza anche in ambito «interno» alla disciplina per le Alte cariche.

Ingiustificata, anzitutto, la maggior protezione dei tre Presidenti di organi collegiali rispetto ai componenti dei collegi. In particolare, la nuova «teoria» del Presidente del consiglio come **primus super pares**, a parte ogni altro rilievo, cozza con la disciplina costituzionale della funzione di governo (anche quella successiva al 1948, come per i reati ministeriali).

Ingiustificata anche la parificazione del trattamento delle specifiche quattro Alte cariche individuate dalla legge. L'elemento della comune legittimazione del voto popolare, per altro sempre indiretto, è stato giudicato troppo vago, e comunque del resto ad un numero infinito di funzionari pubblici (fino ai presidenti delle circoscrizioni comunali...).

Naturalmente, la **sentenza n. 262 del 2009** ha rappresentato la premessa logica e giuridica per il provvedimento più recente in materia di «prerogative», e cioè la **sentenza n. 23 del 2011**, riferita al nuovo intervento normativo attuato, con la **legge 7 aprile 2010, n. 51**, al fine dichiarato di introdurre un nuovo ed ancora diverso «bilanciamento» tra esigenze della giurisdizione ed esercizio della funzione di governo.

Com'è noto, e sebbene la citata sentenza 262 contenesse **riferimenti espliciti alla irrazionalità di una presunzione assoluta di impedimento** fondata sulle alte funzioni istituzionali dei soggetti interessati, la legge 51 aveva introdotto proprio delle presunzioni di impedimento, che molti interpreti (e comunque tutti i giudici investiti di procedimenti nei confronti del Presidente del consiglio) avevano considerato a carattere assoluto.

Investita nuovamente di questioni essenzialmente fondate sull'asserita natura di prerogativa delle disposizioni di nuovo conio, e sulla conseguente illegittimità di una legge ordinaria per la relativa previsione, la Consulta è pervenuta ad una nuova decisione di accoglimento, la quale, sia pure non travolgendo in radice l'intera legge censurata, ne ha sostanzialmente ribaltato il contenuto, riconducendo la disciplina dell'impedimento del Presidente del consiglio e dei ministri alle regole ordinarie di valutazione.

È stata dichiarata **illegittima**, anzitutto, l'intera disciplina che consentiva al Presidente del Consiglio dei ministri di prospettare **impegni istituzionali futuri e continuativi**, certificati dal Segretariato generale della stessa Presidenza, in guisa da imporre un **rinvio dell'udienza oltre il termine di cessazione degli impedimenti** allegati (comma 4 dell'art. 1 della legge). Inoltre è stata dichiarata illegittima la norma che imponeva al



giudice, una volta accertata la ricorrenza contestuale delle ipotesi indicate nel comma 1 dello stesso art. 1, di rinviare l'udienza ad altra data, **nella parte in cui non prevedeva che lo stesso giudice possa valutare in concreto**, a norma dell'art. 420-ter, comma 1, cod. proc. pen., l'impedimento addotto (comma 3 dell'art. 1). In evidente collegamento logico con tale ultima decisione, la questione sollevata riguardo al comma 1 è stata dichiarata **infondata**, ma **a condizione** («in quanto») che la norma censurata sia letta «**in conformità all'art. 420-ter, comma 1**» del codice di rito penale.

Le ulteriori questioni sollevate dai giudici milanesi, conviene dirlo subito, sono state dichiarate inammissibili, perché irrilevanti nei giudizi *a quibus* (comma 2 dell'art. 1, pertinente ai procedimenti concernenti ministri) o perché non attinte da censure argomentate ad opera dei rimettenti (commi 5 e 6 dell'art. 1, concernenti la sospensione della prescrizione e l'applicabilità ai procedimenti in corso della nuova disciplina, e art. 2, relativo alla durata nel tempo della disciplina medesima).

La Corte ha disatteso, in primo luogo, la lunga serie delle ulteriori **eccezioni di inammissibilità** proposte dalla difesa della parte privata nel giudizio principale e dall'Avvocatura generale dello Stato. Erano stati prospettati molteplici vizi motivazionali dei provvedimenti di rimessione, anzitutto riguardo alla concreta descrizione delle fattispecie sottoposte a giudizio, e dunque in punto di rilevanza delle questioni. Inoltre, parte almeno delle questioni sarebbero state irrilevanti (i giudici avrebbero dovuto valutare l'impedimento addotto prima secondo la disciplina ordinaria, poi secondo quella specifica in materia di impedimento contestuale del Presidente, infine a norma del comma 4 della disposizione censurata): il rilievo dell'impedimento addotto già secondo le regole generali avrebbe escluso la necessità di applicare, nei giudizi *a quibus*, le norme della legge n. 54. Ulteriori vizi, infine, avrebbero segnato la motivazione circa le ragioni del denunciato contrasto tra le disposizioni censurate ed i parametri costituzionali evocati. Tutte le eccezioni sono state respinte, sulla base degli argomenti illustrati al § 3 del *Considerato in diritto*.

Nel merito, la Corte è partita dalla propria giurisprudenza sulla **nozione di «prerogativa»**, maturata sia nel contesto di altre questioni incidentali su leggi regolatrici del processo concernente alte cariche dello Stato (da ultimo, la più volte citata sentenza n. 262 del 2009), sia nel contesto di conflitti tra poteri che avevano evocato lo specifico problema del bilanciamento tra presenza dell'imputato nel processo e svolgimento di funzioni pubbliche di rilevanza costituzionale (da ultimo, la sentenza n. 451 del 2005). Le prerogative si sostanziano, secondo quella giurisprudenza, nell'introduzione di **meccanismi generali ed automatici di «deroga al regime processuale comune»**, e devono dunque essere regolate mediante una legge di rango costituzionale, pena la violazione congiunta degli artt. 3 e 138 della Costituzione.

Dunque il metodo dell'analisi è consistito nella comparazione tra la normativa sottoposta a censura e quella che normalmente disciplina il cd. legittimo impedimento (art. 420-ter c.p.p.), per verificare se la prima costituisse una specificazione della seconda (come sostenuto dalla Presidenza del Consiglio), o piuttosto introducesse una deroga.

Ed ecco le caratteristiche del *tertium comparationis*: l'impedimento consiste in un **impegno specifico e puntuale**, e non nella mera e generica implicazione di una propria attività complessiva; il giudice, quando ricorra la prima condizione, valuta lo specifico impedimento addotto come fattore **idoneo a giustificare il rinvio dell'udienza**.

La Corte ha ritenuto che la comparazione al modello fissato nel comma 1 dell'art. 420-ter dovesse essere condotta separatamente per ognuna delle tre norme pertinenti all'attività del Presidente del Consiglio dei ministri. Quanto al comma 1, la critica essenziale dei rimettenti si sostanziava nella estrema genericità delle situazioni che avrebbero potuto essere addotte per innescare un automatismo destinato a culminare con il rinvio dell'udienza. La Corte ha convenuto che una lettura «generalizzante» della norma ne comporterebbe il contrasto con la Carta costituzionale, ma ha ricordato il dovere di adottare soluzioni adeguate quale comportamento preliminare alla dichiarazione di illegittimità. Ebbene, la norma va letta nel senso che «le categorie di attività qualificate, in astratto, come legittimo impedimento del Presidente del Consiglio dei ministri sono **solo quelle coesenziali alle funzioni di Governo**, che siano previste da leggi o regolamenti (e in particolare dalle fonti normative espressamente citate nella disposizione censurata), nonché quelle rispetto ad esse **preparatorie** (cioè specificamente preordinate) e **conseguenziali** (cioè immediatamente successive e strettamente conseguenti)». E ancora, sulla disciplina delle attività preparatorie o consequenziali, come interpretata in senso costituzionalmente compatibile: «*il Presidente del Consiglio dei ministri dovrà indicare un **preciso e puntuale impegno, che abbia carattere preparatorio o consequenziale rispetto ad altro preciso e puntuale impegno, quest'ultimo riconducibile ad una attribuzione coesenziale alla funzione di governo prevista dall'ordinamento***».

Insomma, la norma censurata può essere letta in guisa che non ne derivi una deroga al primo dei due aspetti essenziali della disciplina comune del legittimo impedimento, e cioè il carattere puntuale di un impegno alternativo alla partecipazione al processo.

Restava alla Corte da verificare, però, se della disciplina ordinaria le norme censurate consentissero l'espansione anche sotto il secondo profilo, e cioè quello di «**valutare in concreto** lo specifico impedimento addotto». Valutazione che non consiste nella verifica di sussistenza effettiva del fatto prospettato od in quella di attendibilità della relativa certificazione, ma attiene alla **valenza dell'impegno concomitante**, assunto quale fattore «legittimo» di sacrificio dell'esigenza concomitante di progressione del giudizio. La Corte ha specificamente chiarito, in premessa, che avrebbe considerato derogatorio (e dunque illegittimo) ogni scarto della nuova disciplina rispetto agli ordinari poteri di sindacato del giudice.

In particolare, ordinariamente il giudice valuta il «carattere **assoluto e attuale**» dell'impegno prospettato dalla parte. Ciò comporta che detto impegno, pure pertinente ad interessi meritevoli di bilanciamento con quello delle tempestiva celebrazione del giudizio, deve essere «**oggettivamente indifferibile e necessariamente concomitante**» con l'udienza programmata. Il che deve essere oggetto della verifica giudiziale, ben oltre il controllo sulla effettiva sussistenza del fatto impeditivo allegato.

Ebbene la Corte, in base all'univoco significato letterale e sistematico del comma 3 dell'art. 1, ha ritenuto che la norma avesse proprio la funzione di sbarrare il sindacato giudiziale sulla soglia della verifica di sussistenza. Dunque, introduzione di una prerogativa in violazione del disposto degli artt. 3 e 138 Cost.

Naturalmente, il **principio di leale collaborazione** impone al giudice di interferire nella minima possibile misura sull'attività di governo del Presidente, così come impone a quest'ultimo, anche alla luce dell'elevato grado di autonomia nella programmazione dei propri impegni (ben superiore a quello di un Parlamentare), di concepire calendari compatibili con l'interesse alla speditezza del processo.

La Corte ha ravvisato un analogo significato derogatorio nel comma 4 dell'art. 1, anzitutto per la possibilità, riconosciuta all'imputato, di addurre non un impedimento puntuale, ma un **impegno continuativo**, con elusione almeno parziale dell'onere di specificazione posto dalla disciplina ordinaria. A meno di non intendere la certificazione di legge come dettagliato (e chilometrico) elenco di impegni puntuali (ma comunque non contestuali), restava consentito al Presidente del consiglio di addurre genericamente quale impedimento la sua stessa funzione istituzionale, in deroga al criterio generale (e sulla base di una sorta di autocertificazione, collegata ad una deliberazione riconducibile in sostanza allo stesso interessato). Per altro verso, l'allegazione dell'impegno continuativo comportava per il giudice la necessità di un **rinvio «automatico»**, analogamente a quanto previsto dal comma 3, posta l'impossibilità di sindacare, in riferimento a specifiche date, l'ineluttabilità della concomitanza.

Dunque, e per concludere, una nuova prerogativa, come tale contrastante con gli artt. 3 e 138 Cost.



Continua il lavoro della Corte a fini di delimitazione della **immunità dei parlamentari** per le opinioni espresse, come sancita dall'**art. 68 Cost.** Sul piano sostanziale, nonostante una produzione cospicua negli ultimi anni, nessuna novità sconvolgente, ma la decisa riproposizione di paletti che il Parlamento, dal canto proprio, generalmente non riconosce.

Vorrei segnalare piuttosto due recenti pronunce, per le preziose **indicazioni operative** che possono trarne coloro i quali siano chiamati a promuovere conflitti analoghi, od a partecipare ai relativi giudizi.

Le Norme integrative per i giudizi innanzi alla Corte costituzionale regolano gli **adempimenti** che devono seguire al provvedimento con il quale la Corte, investita del **ricorso per conflitto tra poteri**, dichiara ammissibile il conflitto medesimo. In particolare l'art. 24 della delibera del 7 ottobre 2008 (*Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*) prevede che il ricorso dichiarato ammissibile, con la prova delle notificazioni eseguite a norma dell'art. 37, comma quarto, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*) «è **depositato** nella cancelleria della Corte entro il **termine perentorio** di trenta giorni dall'ultima notificazione».

Anche prima della recente riforma delle Norme integrative, la giurisprudenza considerava **perentorio** il termine che ho indicato (al pari di quello per l'adempimento antecedente, e cioè la notifica al "potere contrapposto" del ricorso e dell'ordinanza dichiarativa di ammissibilità). Si considera pacificamente **improcedibile** il conflitto quando vi sia stata violazione dei termini in questione.

Ora, poiché il potere ricorrente deve essere informato dell'intervenuta notifica, e comunque disporre della **copia notificata** del proprio ricorso e dell'ordinanza di ammissibilità, si pone il problema del rispetto del secondo termine, che postula un rapporto «efficiente» con l'agente incaricato della notifica. Il primo caso di specie (**ordinanza n. 188 del 2009**) è significativo, perché l'improcedibilità ha «colpito» un ufficio giudiziario particolarmente efficiente: gli atti erano stati depositati presso la Cancelleria della Corte (pur collocata a Roma, cioè a molte centinaia di chilometri dalla sede giudiziaria interessata), il **giorno successivo** a quello in cui erano pervenuti, dall'ufficiale giudiziario, gli esemplari notificati del ricorso e dell'ordinanza; peccato che la ricezione fosse **successiva di oltre venti giorni** alla data della notifica eseguita presso la Camera dei Deputati (tanto era servito perché l'Ufficiale giudiziario di Roma spedisse il plico per posta, ed il plico fosse consegnato all'Autorità ricorrente).

Per inciso, l'Ufficio giudiziario in questione è proprio il **Tribunale di Monza** (sezione distaccata di Desio).

La Corte ha stabilito, nel caso di **notifica «a mani» del destinatario**, che non rileva la data in cui il rimettente ha ricevuto effettivamente notizia dell'adempimento, e men che meno la data di disponibilità materiale degli atti notificati, ma la data in cui una **«diligente attivazione»** avrebbe consentito di acquisire informazioni e documenti necessari.

A questo punto sembra meglio affidare l'illustrazione del principio alla stessa Consulta:

*[...] in proposito, non esclude la tardività del deposito la circostanza che la relata della notificazione alla Camera dei deputati sia stata restituita al giudice ricorrente solo il 17 dicembre 2008, quando il citato termine per il deposito degli atti notificati era già decorso;*

*[...] infatti, nel caso di specie, la notificazione è stata effettuata dall'ufficiale giudiziario non già a mezzo posta, ma a mani proprie;*

*[...] mentre nella **notificazione a mezzo posta** il notificante, dopo aver consegnato all'ufficiale giudiziario l'atto da notificare, non ha particolari oneri di diligenza, dovendo solo attendere la restituzione dell'avviso postale di ricevimento - avviso che costituisce prova certa della data sia dell'avvenuta consegna del plico al destinatario sia della comunicazione di tale consegna al notificante -, nella **notificazione a mani proprie**, invece, sussiste uno **specifico onere di diligenza a carico del notificante** [...] infatti, con riguardo a tale ultima modalità di notificazione, questa Corte ha già affermato che l'ufficiale giudiziario - pur se tenuto ad eseguire la notificazione senza indugio e comunque entro il termine prefissato dall'autorità per gli atti da essa richiesti (art. 108, secondo comma, del d.P.R. 15 dicembre 1959, n. 1229) - non ha «l'obbligo di restituire gli atti al richiedente nel domicilio o nella sede di questo» (sentenza n. 247 del 2004) e che «il notificante [...] **deve diligentemente attivarsi**, facendo in modo - per quanto egli può controllare - che il procedimento di notificazione si concluda, con il ritorno degli atti nella sua disponibilità, nel tempo utile per il rituale proseguimento del processo» (sentenza n. 247 del 2004, già citata; ordinanza n. 278 del 2004).*

Il concetto è stato ribadito, in termini quasi testualmente identici, con la più recente **ordinanza n. 41 del 2010**, dichiarativa della improcedibilità di un conflitto proposto riguardo ad una dichiarazione di insindacabilità ex art. 68 della Costituzione.

Quanto ai **presupposti sostanziali** della garanzia di insindacabilità, la Corte ha stabilizzato da tempo la propria giurisprudenza, nel senso che la dichiarazione effettuata *extra moenia* deve rappresentare la specifica esternazione di una opinione che il Parlamentare abbia formulato nell'esercizio della propria funzione, ché altrimenti l'immunità perderebbe la propria funzione di garanzia della libertà di esercizio del mandato **nel** Parlamento e si risolverebbe in privilegio ingiustificato.

Dunque non è sufficiente che l'esternazione riguardi un tema generale che sia stato oggetto di discussione parlamentare, e men che meno assumono rilevanza (come pure talvolta hanno preteso le Camere) le opinioni espresse *intra moenia* da un Parlamentare diverso, a nulla rilevando che si tratti di appartenente allo stesso gruppo di pertinenza dell'interessato. Deve trattarsi, invece, della ripresa di uno specifico tema posto al centro di un atto tipico della funzione (intervento in aula, interrogazione, ecc.), da parte dello stesso soggetto, ed in rapporto di contiguità cronologica abbastanza stretto da non vanificare il senso della esternazione quale forma di comunicazione esterna del lavoro parlamentare.

Gran parte di questi concetti è stata ribadita dalla Corte, ad esempio, con la recente **sentenza n. 301 del 2010**.

Di particolare interesse è anche la recentissima **sentenza n. 82 del 2011**, che ha operato alcune puntualizzazioni, anche alla luce della ormai «tradizionale» **difesa delle Camere confliggenti**, e cioè che la immunità dovrebbe coprire in generale l'attività politica del Parlamentare, e non solo la manifestazione *extra moenia* di comportamenti puntualmente e personalmente tenuti all'interno del Parlamento. Ecco una parziale citazione testuale:

*L'individuazione dei confini entro i quali opera la garanzia della insindacabilità delle opinioni espresse dai parlamentari nell'esercizio delle proprie attribuzioni, sancita dall'art. 68, primo comma, della Costituzione, postula la necessità di tracciare, quale naturale linea di dislivello, la risultante che scaturisce dal bilanciamento tra due contrapposte esigenze, entrambe di rango costituzionale: vale a dire, da un lato, quella di tutelare l'**autonomia e le libertà delle Camere** e, per esse, dei suoi appartenenti, e, dall'altro, di garantire **il concreto esercizio dei diritti e degli interessi dei terzi**, suscettibili di essere compromessi dalle dichiarazioni dei parlamentari, fra i quali, in particolare, il fondamentale valore della dignità della persona, salvaguardato come diritto inviolabile, tanto dall'art. 2 della Costituzione, che dall'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i cui principi sono stati recepiti dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea. Da qui la **delimitazione rigorosamente "funzionale"** dell'ambito della prerogativa della insindacabilità, suscettibile di trasformarsi, altrimenti, in un privilegio di carattere personale. Da ciò l'assunto secondo il quale, nel normale svolgimento della vita democratica e del dibattito politico, le opinioni che il parlamentare esprime fuori dai compiti e dalle attività propri delle assemblee o degli organismi in cui può articolarsi l'attività parlamentare, rappresentano l'esercizio della libertà di espressione comune a tutti i consociati, con l'ovvia conseguenza che il nesso funzionale da riscontrarsi, per poter ritenere sussistente la garanzia della insindacabilità, tra la dichiarazione divulgativa *extra moenia* e l'attività parlamentare propriamente intesa, **non può essere visto come un semplice collegamento di argomento o di contesto politico** fra l'una e l'altra, ma come identificabilità della dichiarazione quale espressione della attività parlamentare, postulandosi anche, a tal fine, una **sostanziale contestualità** tra i due momenti, a testimonianza dell'unitario alveo "funzionale" che le deve, appunto, correlare (fra le tante, sentenze n. 301 e n. 10 del 2010; n. 420 e n. 97 del 2008).*

*A simili approdi ricostruttivi, d'altra parte, è pure pervenuta la giurisprudenza formatasi sul punto da parte della **Corte europea dei diritti dell'uomo**, in varie circostanze investita proprio del tema della insindacabilità delle opinioni espresse da parlamentari, in riferimento alla contrapposta facoltà delle persone in ipotesi coinvolte da quelle opinioni di esercitare i propri diritti davanti ad un organo giurisdizionale. La Corte di Strasburgo ha infatti rilevato come rappresenti prassi generalizzata quella che gli Stati riconoscano una immunità, più o meno ampia, ai membri del Parlamento, per consentire la libera espressione delle opinioni e dei voti ai rappresentanti del popolo ed impedire che azioni giudiziarie partigiane (*poursuites partisans*, nel testo in francese della pronuncia) possano ledere la funzione parlamentare. Dunque, ha soggiunto la Corte, la previsione dettata dall'art. 68, primo comma, della Costituzione italiana persegue scopi legittimi, quali, in particolare, la tutela del libero dibattito parlamentare ed il mantenimento*

della separazione dei poteri legislativo e giudiziario. Secondo la Corte di Strasburgo, tuttavia, la assenza di un legame evidente con un'attività parlamentare **esige una interpretazione ristretta del concetto di proporzionalità** tra lo scopo prefissato ed i mezzi impiegati, specie quando le limitazioni al diritto di agire in giudizio derivino da una deliberazione di un organo politico. Giungere ad una conclusione diversa – ha infatti sottolineato la stessa Corte – equivarrebbe a limitare in modo incompatibile con l'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione il diritto di accesso alla giustizia dei privati, ogniqualvolta i discorsi oggetto della azione giudiziaria siano stati pronunciati da un membro del Parlamento (sentenza 27 gennaio 2009, C.G.I.L. e Cofferati contro Italia e le altre pronunce ivi citate).

[...] Sul punto, osserva la Relazione, che, nella specie, «non sarebbe infatti opponibile l'obiezione, a carattere temporale, attinente al momento in cui l'interrogazione è stata depositata, chiaramente successivo a quello della pubblicazione delle dichiarazioni oggetto di contestazione», in quanto dovrebbe auspicarsi l'accoglimento della tesi, già in varie occasioni espressa dal Senato, secondo la quale occorrerebbe pervenire ad un «"salto interpretativo" volto a ritenere sussistente il nesso funzionale **"in tutte le occasioni in cui il parlamentare raggiunga il cittadino**, illustrando la propria posizione"». L'assunto è però contraddetto dalla costante giurisprudenza di questa Corte, la quale ha sempre escluso che possano fungere da elementi di riferimento, agli effetti della garanzia della insindacabilità di cui all'art. 68, primo comma, Cost., atti compiuti dal parlamentare in epoca successiva alle dichiarazioni extra moenia (fra le tante, sentenze n. 134 del 2008; n. 371 e n. 335 del 2006). D'altra parte, risulterebbe davvero eccentrico evocare il concetto di «divulgazione» – nel quadro, anche, di quanto previsto dall'art. 3 della legge n. 140 del 2003 – ove la relativa attività, «espletata anche fuori del Parlamento», si realizzasse in un momento antecedente alla opinione espressa dal parlamentare nell'esercizio delle funzioni tipiche.

Ma, anche a voler prescindere da tali pur assorbenti rilievi, resta il dato – parimenti dirimente – rappresentato dalla assoluta inconferenza dei temi trattati nella interrogazione parlamentare di cui si è detto, rispetto a quanto specificamente contenuto nella pubblicazione oggetto del procedimento penale per diffamazione [...].

[...] «l'opinione» garantita dalla insindacabilità, a norma dell'art. 68, primo comma, Cost. – come questa Corte ha costantemente affermato – è quella propria del **singolo parlamentare** per come espressa negli atti funzionali che egli compie, e non quella – generale ed impersonale – che può trarsi dagli atti riferibili al Parlamento nel suo complesso o a sue articolazioni. [...] La divulgazione, eventualmente critica, di atti o lavori parlamentari non inerenti alle proprie, dirette funzioni, può inquadarsi, infatti, nella normale attività di critica politica che il parlamentare è libero di svolgere **al pari di qualunque cittadino**, senza fruire, peraltro, di specifiche clausole di immunità che finirebbero per coinvolgere e compromettere – senza una specifica relazione con la logica di garanzia sottesa all'art. 68, primo comma, Cost. – i diritti dei terzi a veder tutelata in sede giurisdizionale la propria immagine e la propria onorabilità».



In una recente vicenda, pertinente sempre alle **immunità** garantite ai parlamentari per le opinioni espresse, la Corte ha avuto il modo per la prima volta di valutare i riflessi processuali della posizione di tutela accordata ai **membri del Parlamento europeo**, e la rilevanza che possono assumere i provvedimenti coi quali, talvolta, lo stesso Parlamento afferma la **insindacabilità** di una determinata condotta.

Si tratta della **ordinanza n. 174 del 2010**, relativa ad affermazioni asseritamente diffamatorie rese da un Parlamentare europeo di cittadinanza italiana nei confronti di altro cittadino italiano. Nel processo penale apertosi in base alla querela del secondo, il primo ha prodotto la dichiarazione di insindacabilità deliberata dalla «Commissione giuridica» del Parlamento di Bruxelles e Strasburgo.

Il Giudice precedente ha ritenuto di promuovere «**conflitto tra poteri**», evidentemente sul presupposto che la deliberazione potesse sortire gli stessi effetti preclusivi stabiliti per la delibera di insindacabilità del Parlamento nazionale. Ma la Corte è andata di diverso avviso.

Anzitutto **il Parlamento europeo non è un potere dello Stato**. In ogni caso, e soprattutto, la sua dichiarazione di insindacabilità è priva di effetti rilevanti nel procedimento nazionale. Ecco il passaggio: «*come risulta dalla giurisprudenza comunitaria, mancando nell'art. 8 (ex art. 9) del Protocollo sui privilegi e sulle immunità delle Comunità europee qualsiasi rinvio ai diritti nazionali, "la portata di tale immunità deve essere determinata quindi unicamente sulla scorta del diritto comunitario", fermo restando che la valutazione dei presupposti per l'applicazione dell'immunità rientra "nella competenza esclusiva dei giudici nazionali chiamati ad applicare tale disposizione», salva la facoltà di questi ultimi di «adire la Corte ai sensi dell'art. 234 CE in merito all'interpretazione di tale articolo del Protocollo» (Corte di giustizia delle Comunità europee 21 ottobre 2008, cause riunite C-200/07 e C-201/07, punti 26 e 32-34)*». In altre parole, la presa di posizione può assumere rilievo in forza del **principio di leale collaborazione**, ma non quale provvedimento munito di efficacia endoprocedimentale.

Il conflitto è stato dunque dichiarato inammissibile.

## **DIRITTO SOSTANZIALE**

È il caso di segnalare, per chi iniziasse la lettura di questi appunti dalla pagina presente, che molti temi del diritto penale sostanziale sono stati toccati dall'esposizione che precede. Semplicemente, le relative decisioni assumono un particolare interesse a livello più generale, implicando riflessioni e decisioni sul sistema delle fonti o sulle regole essenziali del giudizio di legittimità costituzionale.

Naturalmente non mancano di interesse, soprattutto per gli operatori della giurisdizione, decisioni di respiro meno ampio, ma pertinenti a temi, talvolta assai importanti, del diritto penale sostanziale.



Cominciamo dalla **parte generale**, occupandoci dei cd. benefici di legge e soprattutto di **sospensione condizionale della pena**, anche se va subito chiarito che l'oggetto formale della **sentenza n. 287 del 2010** è una norma in materia di **casellario giudiziale**.

Si tratta in particolare dell'art. 5, comma 2, lettera *d*), del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313 (T.u. in materia, appunto, di casellario giudiziale). È noto che, in attuazione molto timida e parziale del cd. diritto all'oblio (ed anche quale retaggio dei "problemi di spazio" che il casellario soffriva cronicamente fino a quando non è intervenuta l'informatizzazione), la legge consente la **cancellazione** di iscrizioni concernenti reati bagatellari, in particolare quelle di condanne alla pena della sola ammenda, una volta decorsi dieci anni dall'estinzione della pena medesima (per esecuzione o per altra ragione). La stessa legge disponeva però che la cancellazione fosse **preclusa** nel caso che la relativa sentenza avesse disposto la non menzione o la **sospensione condizionale** della pena.

La *ratio* della deroga appariva ed appare evidente. I benefici di cui all'art. 163 ed all'art. 175 del codice penale non sono ripetibili (o lo sono a certe condizioni e per un numero limitato di volte), ma tale caratteristica si smarrirebbe ove venisse cancellata la memoria di precedenti concessioni.

Nonostante la ragionevolezza del fine legislativo, la disciplina in concreto esistente poteva provocare delle **sperequazioni irragionevoli**, puntualmente evidenziate dal rimettente. È vero che molte volte, proprio quando si tratta di modeste pene pecuniarie, è il diretto interessato a chiedere che non gli vengano applicati i benefici, proprio per evitare futuri effetti preclusivi. Ma è anche vero che la mancata concessione può dipendere dalla **non meritevolezza** dell'interessato, o addirittura dall'incidenza di preclusioni legate a precedenti anteriori. Eppure, anche in questo caso, il condannato potrebbe ottenere dopo dieci anni la cancellazione, a **differenza del contravventore ritenuto meritevole** dell'applicazione dei benefici. Insomma, un ribaltamento perverso.

La Corte è partita da questa disuguaglianza per dichiarare la **illegittimità costituzionale** dell'art. 5, comma 2, lettera *d*), del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, limitatamente all'inciso «*salvo che sia stato concesso alcuno dei benefici di cui agli articoli 163 e 175 del codice penale*». Con questa scelta, chiaramente, si è **annullato il valore di precedente** del provvedimento di concessione, ma la Corte ne era ben consapevole, e per giustificare la soluzione ha espresso innovative considerazioni sulla **evoluzione dell'istituto della sospensione condizionale**.

Si è ricordato come nel 1971 (sentenza n. 73) fu «sfondato» il muro dell'unica possibilità accordata al reo, stabilendo che potesse concedersi una seconda sospensione condizionale, nel caso di nuova condanna per delitto anteriormente commesso, ad una pena che, cumulata con quella già sospesa, non superasse i limiti per l'applicabilità del beneficio.

Più recentemente, in materia di **decreto penale**, la irrilevanza della condanna ai fini di un successivo provvedimento di sospensione condizionale è stata inserita tra gli «incentivi» per l'interessato (cioè tra i

benefici che dovrebbero indurlo a non opporsi). Sempre in tema di decreto penale, è ormai preclusa la disposizione della **non menzione**, con norma che la giurisprudenza considera sostanziale, così da autorizzare la cancellazione dal casellario anche delle condanne per decreto con beneficio della non menzione intervenute prima della corrispondente riforma (Cass., sentenza n. 12451 del 2009).

Analogamente, nel **patteggiamento**, l'estinzione del reato a norma dell'art. 445 c.p.p. implica l'irrilevanza del precedente in vista della concessione di una successiva sospensione condizionale della pena.

La stessa **disciplina delle cancellazioni** evolve in modo «benevolo», consentendo a varie condizioni e con diverso termine di maturazione la possibilità che vengano eliminate le trascrizioni di sentenze di condanna del **giudice di pace** (lettera *g*) del comma 2 dell'art. 5 del d.P.R. n. 313 del 2002).

Da questo quadro la Corte trae la conclusione che l'ordinamento si orienta a togliere valore assoluto alla regola della non concedibilità della sospensione condizionale della pena per più di una volta; si vorrebbe evitare che una pregressa condanna per un reato di non grave entità si proietti senza limiti sul futuro, con conseguenze che potrebbero essere paradossali.

Dunque le **preclusioni** presidiate, nella loro effettività, dal divieto di cancellazione contestato dal rimettente non presentano più quel rilievo essenziale ed assorbente che potevano avere nel passato, e comunque non possono bilanciare l'evidente irragionevolezza della sperequazione introdotta: *«oggi si deve ritenere che il bilanciamento fra le due opposte tutele – quella del “diritto all’oblio” di chi si sia reso responsabile in tempi passati di modeste infrazioni alla legge penale e per un periodo congruo non abbia commesso altri reati, e quella contrapposta di precludere un’indebita reiterazione dei benefici – porti alla prevalenza della prima. Difatti tale reiterazione è ammessa in un numero crescente di casi e per altro verso si tende, per le pene più lievi, ad eliminare la possibilità stessa di concedere tali benefici, che finiscono, nella pratica, per produrre più danni che vantaggi ai destinatari»*.



Anche in tempi recenti la Corte è stata chiamata ad occuparsi della **disciplina penale della immigrazione**, e non solo sotto il profilo ormai «tradizionale» della incongruenza del quadro sanzionatorio espresso dal d.lgs. n. 286 del 1998.

Anzi, assumono particolare rilievo decisioni che attengono piuttosto alla stessa scelta legislativa di penalizzazione delle irregolarità nell'ingresso o nel soggiorno, oppure alla struttura di fattispecie prescelta per attuale il fine di criminalizzazione che caratterizza l'attuale congiuntura politica.

Proprio ad un problema di **struttura della fattispecie** si riferisce la **ordinanza n. 41 del 2009**, che ha giudicato manifestamente infondata una questione sollevata dal Tribunale di Ivrea a proposito della fattispecie di «**indebito rientro**» dello straniero già espulso, e che cito nuovamente perché la Corte ha deciso in tempi molto più prossimi su questioni per qualche verso analoghe (*infra*).

Il **comma 5-quater** dell'art. 14 del T.u. immigrazione, **prima della riforma** attuata con la legge 94 del 2009 (cd. secondo pacchetto sicurezza), stabiliva testualmente: «*Lo straniero già espulso ai sensi del comma 5-ter, primo periodo, che viene trovato, in violazione delle norme del presente testo unico, nel territorio dello Stato è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Se l'ipotesi riguarda lo straniero espulso ai sensi del comma 5-ter, secondo periodo, la pena è la reclusione da uno a quattro anni*». Nella versione **attualmente vigente**, la norma stabilisce: «*Lo straniero destinatario del provvedimento di espulsione di cui al comma 5-ter e di un nuovo ordine di allontanamento di cui al comma 5-bis, che continua a permanere illegalmente nel territorio dello Stato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Si applicano, in ogni caso, le disposizioni di cui al comma 5-ter, terzo e ultimo periodo*».

Torneremo tra breve sulla novella. Qui occorre ricordare come, in riferimento al **testo previgente**, si parlasse correntemente di **indebito rientro** in quanto l'espulsione a norma dell'art. 14, comma 5-ter deve essere eseguita, o almeno dovrebbe, estromettendo fisicamente l'interessato dal territorio dello Stato, e non semplicemente intimandogli di andarsene, come normalmente avviene ex art. 15, comma 4-bis.

Ebbene, con l'ordinanza valutata dalla Corte nel 2009 il rimettente osservava che lo straniero il quale permane nel territorio dello Stato dopo la prima espulsione (cd. **indebito trattenimento**), punito a norma del comma 5-ter, può andare esente da pena quando ricorra un «**giustificato motivo**» per la sua condotta: una clausola che eccede il limite già posto dalle ordinarie cause di giustificazione. La stessa clausola non era riprodotta dalla norma censurata, della quale poco sopra si è riportato il testo in allora vigente. La diversità di trattamento, secondo il rimettente, sarebbe stata priva di giustificazione, violando i **principi di uguaglianza** e di **necessaria finalizzazione rieducativa** della pena.

La Corte ha replicato che, nel contesto di una spiccata discrezionalità da riconoscersi al legislatore nella configurazione delle condotte penalmente rilevanti, una questione di irragionevole sperequazione può essere posta a condizione di una sostanziale identità delle situazioni poste a confronto. E, nella specie, una tale identità non ricorre: «*nell'un caso (art. 14, comma 5-ter) si è di fronte ad un **comportamento di tipo omissivo**, poiché lo straniero, raggiunto dalla intimazione del questore a lasciare il territorio dello Stato entro cinque giorni, non ottempera all'ordine; nell'altro caso (art. 14, comma 5-quater) lo straniero, già resosi inottemperante all'ordine di allontanamento del questore e successivamente espulso con*

*accompagnamento coattivo alla frontiera, rientra illegalmente nel territorio dello Stato, vanificando gli effetti dell'attività amministrativa e giudiziale culminata con il suo allontanamento».*

Mentre lo straniero intimato a lasciare il territorio nazionale deve trovare possibilità e mezzi per obbedire, quello che rientra trova possibilità e mezzi per rientrare illegalmente. Può darsi ricorrano motivi apprezzabili, ma, osserva la Corte, è possibile in questo caso il ricorso alla procedura per l'autorizzazione al rientro, e «*d'altronde, nei casi in cui sussistano ragioni di tale coerenza da non consentire l'attesa connessa al procedimento di autorizzazione, risulterà verosimilmente integrata una delle cause di giustificazione ordinarie, con conseguente esclusione della rilevanza penale della condotta».*

Ho richiamato l'ordinanza n. 41, come accennavo, non solo per il suo rilievo, ma per la parziale comunanza di temi anzitutto riguardo ad altra questione decisa dalla Corte, riguardo al **reato di «ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato»**, previsto dall'art. 10-*bis* del T.u. immigrazione, come introdotto dall'art. 1, comma 16, lettera a) della legge n. 94 del 2009, cioè del cd. **secondo pacchetto sicurezza** di questa legislatura.

Alludo alla **sentenza n. 250 del 2010**, dichiarativa della inammissibilità o della infondatezza delle moltissime questioni sollevate (le quali per altro non esaurivano la vera e propria inondazione di ordinanze che ha raggiunto la Consulta, la quale ha già iniziato il relativo «smaltimento» con provvedimenti che non meritano analitica citazione, perché ricalcano le decisioni assunte con la sentenza in esame).

Le questioni di costituzionalità esaminate erano state sollevate da dieci ordinanze di rimessione, di sette diverse autorità giudiziarie. In sintesi, l'art. 10-*bis* – che configura tanto una condotta istantanea di ingresso nel territorio nazionale quanto una condotta permanente di trattenimento – era stato censurato in modo generale e indifferenziato, fatta eccezione per uno dei rimettenti, che aveva fatto questione solo per l'ipotesi del trattenimento.

Ai fini essenziali di queste note – ma con l'avvertenza che si sta di molto semplificando – può dirsi che i problemi delineati erano riconducibili a **due categorie**. La prima riguarda le censure «radicali», mosse all'in sé dell'incriminazione, e dunque mirate alla **eliminazione della fattispecie**. La seconda concerne la **struttura della previsione incriminatrice**, cioè le scelte compiute quanto ai presupposti ed agli elementi costitutivi della fattispecie, con larghissima prevalenza di un particolare problema.

Come si è visto, la norma colpisce anche una **condotta omissiva**, cioè il trattenimento in territorio italiano pur dopo la sopravvenuta carenza di un valido titolo di soggiorno. Ebbene, il legislatore non ha previsto, quale causa di non punibilità o (in negativo) quale elemento negativo del fatto, la ricorrenza di un **«giustificato motivo»** dell'omissione, nonostante

l'evidente analogia con la condotta punita all'art. 14, comma 5-ter, di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore.

Ebbene, trascurando molti ed anche interessanti profili della decisione, concentriamoci anzitutto sulla deliberazione concernente **l'esistenza stessa dell'incriminazione.**

La compatibilità costituzionale della norma era stata posta in discussione anzitutto nella prospettiva di **necessaria offensività** dei fatti sottoposti a sanzione penale (art. 25, secondo comma, Cost.). Ma la Corte ha negato il fondamento di questa prospettiva di censura.

Nel suo assetto costituzionalmente ispirato – è vero – il nostro sistema penale si fonda sul fatto e non sulla persona, cioè sul suo modo di essere, ed anzi si fonda sul **fatto materiale ed offensivo** di beni meritevoli di tutela.

Tuttavia con la fattispecie censurata lo straniero non è punito in quanto «clandestino», ma perché diviene un soggiornante «irregolare» con una propria condotta volontaria e consapevole. Neppur potrebbe dirsi che si tratti di una **condotta senza offesa**, cioè procedere ad una svalutazione dell'**oggetto giuridico della fattispecie**, perché il governo dei flussi migratori è stato da tempo identificato, dalla stessa Corte costituzionale, quale interesse primario, sul quale convergono beni come la sicurezza, la sanità, il rispetto degli impegni internazionali, ecc.

Sarebbe inconcepibile – prosegue la sentenza – un sistema di regole senza sanzione. E d'altra parte, altro principio ripetuto assai correntemente (*supra*), rientra nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore l'opzione tra sanzioni amministrative e sanzioni penali, anche in rapporto alle mutevoli caratteristiche e dimensioni del fenomeno migratorio e alla differente pregnanza delle esigenze ad esso connesse.

Parte dei rimettenti aveva anche tentato la strada della critica alle **presunzioni assolute di pericolosità**, che una risalente ed ispirata giurisprudenza (si veda anche *infra*, a proposito della custodia in carcere obbligatoria) giudica inaccettabili, quando non fondate su regole di esperienza con un'ampia e condivisa base empirica. La legge incrimina i fatti, e non le persone in quanto pericolose, ed ad essi collega, in quanto offensivi, una sanzione da determinare (questa sì, anche alla luce della pericolosità espressa dall'autore). È dunque vero (come la Corte ha messo in luce con la sentenza n. 78 del 2007) che un «clandestino» non è per questo pericoloso, ma ciò rileva appunto quando si debba misurare la sua pericolosità (specie in fase esecutiva), e non quando si tratti di qualificare giuridicamente il suo comportamento. D'altra parte – e si deve ritenere il rilievo non secondario nell'economia della decisione – la Corte constata che quasi tutti i Paesi dell'Unione sanzionano penalmente l'immigrazione irregolare (tra quelli di rilievo, manca solo la Spagna).

Non solo. Altro rilievo decisivo riguarda **l'esiguità** della sanzione prevista (per altro modulabile, sempre che le regole in tema di errore incolpevole e caso fortuito o forza maggiore, o la previsione speciale di improcedibilità

dell'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000, non ne escludano in radice l'applicazione).

A me sembra che qualche maggiore difficoltà la Corte abbia incontrato (paradossalmente) proprio a partire dalla natura e dall'entità della sanzione, realisticamente non esigibile da persone che, nell'assoluta maggioranza dei casi, vivono in condizioni di estrema indigenza. È forte, e solidamente sostenuta dai meccanismi processuali regolati nello stesso art. 10-*bis*, la sensazione che l'ordinamento non miri effettivamente ad applicare la sanzione prevista, a riscuoterne il corrispondente valore (*infra*). In ogni caso, la **disciplina penale** è venuta a realizzare una **perfetta duplicazione di quella amministrativa**, ed è anche meno efficiente di quella per assicurare il risultato realmente perseguito, cioè l'allontanamento dall'Italia degli stranieri in condizione di soggiorno irregolare. Tanto che, quando il meccanismo amministrativo funziona, lo Stato addirittura rinuncia alla punizione del colpevole. Si è prospettata dai rimettenti, in questo senso, una violazione del principio, riconducibile anche al parametro della ragionevolezza, che imporrebbe il ricorso al diritto penale come *extrema ratio* per il legislatore.

Se si può per un attimo praticare un terreno meno formale, c'è da chiedersi in effetti se sia individuabile una **motivazione ragionevole**, sul piano tecnico, per la scelta compiuta dal legislatore. La motivazione politica, secondo l'opinione di molti, consiste nel valore simbolico dell'incriminazione, tale da convincere (a torto od a ragione) di una rinnovata energia nel contrasto all'immigrazione clandestina. Vari Autori hanno poi desunto da alcune dichiarazioni ufficiali del Ministero dell'interno una sorta di motivazione recondita (ma non poi tanto). Il **24 dicembre 2010** è scaduto il termine per l'attuazione della **direttiva 2008/115/CE** del Parlamento e del Consiglio in materia di armonizzazione delle **procedure di rimpatrio** dei cittadini extracomunitari. Tra le linee portanti della direttiva spicca la raccomandazione del ricorso a procedure **su base volontaria** per l'espulsione, riservando l'uso della forza a soli casi particolari. Qui interessa la deroga ammessa per l'espulsione che costituisca **sanzione penale** o la **conseguenza dell'applicazione di una sanzione penale**.

Ora, noi sappiamo che, a partire dal 2002, la **filosofia essenziale** della nostra legge è invece nel senso della **fisica estromissione** dello straniero. La procedura volontaria dovrebbe essere la deroga, anche se nei fatti è la regola. Forse qualcuno ha pensato che, in forza della **penalizzazione dell'intero diritto dell'immigrazione**, qualunque ipotesi di espulsione si conetterà ad un fatto penale, e sarà dunque sottratta alla direttiva europea. Direttiva citata, per inciso, anche nella sentenza che stiamo esaminando, sia pure per rilevare (forse con qualche sollievo) che al momento del giudizio il termine per l'attuazione non era ancora scaduto.

La Corte non ha nascosto un giudizio di **inefficienza complessiva del sistema imperniato sull'incriminazione**, ma ha stabilito che tale giudizio può riferirsi all'opportunità della scelta legislativa, e non alla sua legittimità.

Venendo ora ai **rilevi sulla struttura della fattispecie**, conviene limitarsi alla questione della mancata previsione del «**giustificato motivo**» quale causa di non punibilità della condotta, ed in particolare della **condotta omissiva** che induce lo straniero a non lasciare il territorio dello Stato sebbene sia rimasto privo di un valido titolo di soggiorno.

La Corte ha chiarito, con una certa facilità, che la clausola non è necessaria per tutti i reati in materia di immigrazione, sebbene sia stata proprio la stessa Corte a metterne in rilievo la funzione di «**valvola di sicurezza**» (a partire dalla **sentenza n. 5 del 2004**), che assicura al meglio, in una materia delicatissima, la ragionevolezza dell'incriminazione ed il criterio di finalizzazione rieducativa della pena. Com'è ovvio, si è ricordato che valgono le ordinarie ragioni di esclusione della punibilità, sul piano oggettivo (cause di giustificazione) e su quello soggettivo (errore di fatto, errore incolpevole sulla legge penale o sulla norma integratrice, ecc.). Si è valorizzato decisamente il principio *ad impossibilia nemo tenetur*, quale pertinenza tipica dei reati omissivi propri, notando che alcune delle ragioni più frequentemente indicate come “giustificato motivo” possono eventualmente attivare l'applicazione del principio medesimo.

Molto più complesso – se non difficoltoso, certamente significativo – il percorso riguardo alla denunciata violazione del principio di **uguaglianza formale**: ha senso che la clausola di salvaguardia sia prevista dall'art. 14, comma 5-ter e non all'art. 10-bis, almeno per la fattispecie omissiva dell'indebito trattenimento nel territorio dello Stato?

Qui non può valere la «giustificazione» spesa nell'ordinanza n. 41 del 2009 (*supra*), perché vengono portate in comparazione condotte di identica natura omissiva, e dunque **ragioni analoghe di temperamento** della reazione punitiva (l'espatrio richiede denaro, disponibilità di documenti, ecc). Ed infatti la Corte ha individuato **altre ragioni giustificatrici**.

Da un lato si è fatto notare che manca, quando ancora non sia intervenuto il provvedimento espulsivo, quel necessario connotato di difficoltà che segna invece l'**inottemperanza all'ordine questorile** (che viene emesso proprio in quanto vi sono difficoltà nell'esecuzione coattiva dell'espulsione).

Per altro verso, si discute qui di pene che non mortificano la **libertà personale**.

Infine, data la competenza del giudice di pace per il reato in considerazione, è disponibile un «**diverso strumento di “moderazione” dell'intervento sanzionatorio**», e cioè la dichiarazione di improcedibilità per la speciale tenuità del fatto (art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000): una tenuità che ben può derivare dalla ricorrenza di motivi che, senza assurgere al ruolo di cause di giustificazione, valgono ad attenuare il significato criminale della violazione.

Occorrerà anche dar conto di ulteriori provvedimenti assunti dalla Corte su questioni concernenti il reato di «**ingresso o soggiorno illegale**» nel territorio dello Stato, perché forniscono utili indicazioni sulla **competenza in materia del giudice di pace**. Ma ne tratteremo, appunto, discutendo delle regole di procedura.

Veniamo quindi senz'altro alla nuova questione definita dalla Corte, con la **sentenza n. 359 del 2010**, in merito all'irrilevanza del «**giustificato**

**motivo»** in una ulteriore fattispecie del diritto penale dell'immigrazione. Impostiamo, per prima cosa, i termini del problema.

Prima del **secondo pacchetto sicurezza** (luglio 2009) si era sviluppata una lunga discussione sulla **reiterazione degli ordini di allontanamento** e sulla rilevanza penale dell'inottemperanza all'ordine reiterato.

In effetti, il comma 5-ter dell'art. 14 stabiliva, dopo aver «sanzionato» l'inottemperanza al provvedimento questorile di allontanamento: «**in ogni caso, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con **accompagnamento alla frontiera** a mezzo della forza pubblica per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5-bis**»». Accadeva però che spesso la macchina amministrativa non fosse in grado di eseguire l'espulsione, neppure dopo un "soggiorno" presso quelli che oggi si chiamano *Centri di identificazione ed espulsione*, e che dunque venisse emesso un **secondo ordine di allontanamento** (e poi un terzo, un quarto, ecc.). Dopo un serio contrasto, era prevalso in giurisprudenza l'orientamento a considerare **penalmente irrilevante la inottemperanza all'ordine reiterato**.

Lo scopo, spesso dichiarato, era quello di evitare la **spirale di condanne** per un fatto essenzialmente unitario, con cumuli di pena degni dei peggiori malfattori. In questo senso esercitava un benefico effetto la risalente giurisprudenza costituzionale sulla **catena di condanne** che colpiva i renitenti alla leva (i quali, dopo aver scontato la pena, restavano gravati dall'obbligo di prestare il servizio militare, e venivano dunque nuovamente puniti in caso di inottemperanza, e così fino al congedo per limiti di età).

Lo schema provvedimentale più ricorrente si fondava sull'assunto della **illegittimità del provvedimento questorile reiterato**, in quanto assunto in contraddizione col precetto che si provvedesse «**in ogni caso**» all'accompagnamento alla frontiera, o, quale sola alternativa, al ricovero presso un CIE. Sembrava illogico, del resto, che l'ordinamento si affidasse all'ottemperanza volontaria anche in casi di comprovata indisponibilità dell'interessato. Si può aggiungere, credo, un argomento solo in apparenza paradossale. Più saliva (e sale) il numero dei provvedimenti questorili rimasti ineseguiti, più appare grave e stabile il complesso dei fattori ostativi all'espulsione effettiva dello straniero, tale appunto da indurre la macchina amministrativa, nonostante la «recidiva», ad una rinuncia all'uso della forza, che pure sarebbe lecito. E tuttavia quelle stesse difficoltà rendono progressivamente meno comprensibile la punizione dell'interessato.

Dando un tipico esempio di **legislazione «correttiva»** (o reattiva, se si preferisce), con la legge n. 94 del 2010 la situazione è stata completamente modificata. Nel nuovo comma 5-ter è stabilito espressamente che anche l'ordine di espulsione adottato in applicazione della stessa norma può essere eseguito con un «**nuovo**» **provvedimento di intimazione** ad allontanarsi dal territorio dello Stato. Ma il *novum* penalistico sta nel novellato comma 5-quater: la **violazione dell'ordine reiterato viene espressamente sanzionata** (con reclusione stavolta fino a cinque anni).



Per inciso, la norma non si riferisce più alla condotta cui in precedenza veniva riferita, cioè l'indebito rientro dopo l'effettiva espulsione a norma dell'art. 14, comma 5-ter, che a questo punto, evidentemente, è rifluita nella previsione dell'art. 13, comma 13.

Ebbene, nella nuova previsione, pur essendo la condotta strutturalmente identica a quella descritta nel comma 5-ter, non era conferita alcuna rilevanza al «**giustificato motivo**».

La legittimità della disposizione era stata censurata in riferimento all'art. 2 della Costituzione, per contrasto con il principio di solidarietà, posto che la norma incriminatrice, nell'assetto denunciato, avrebbe colpito la «condizione sociale dell'essere cittadino straniero migrante». Era stato invocato inoltre l'art. 3 della Costituzione, per l'ingiustificata difformità di trattamento rispetto alla previsione di cui all'art. 14, comma 5-ter, dello stesso d.lgs. n. 286 del 1998, ove la punibilità dell'inottemperanza all'ordine di allontanamento è esclusa quando ricorra un «giustificato motivo». Infine sarebbero stati violati gli artt. 25, secondo comma, e 27 della Costituzione, in quanto il sanzionamento di fatti commessi in presenza di un «giustificato motivo» contrasterebbe con il principio di offensività e con il principio di colpevolezza.

Ora, è stata proprio la giurisprudenza costituzionale a dare un decisivo contributo per il chiarimento della **nozione di «giustificato motivo»**. Nozione che tra l'altro compare anche nell'art. 6 del T.u. (a proposito dell'omessa esibizione di documenti da parte dello straniero), e che tuttavia ha assunto speciale importanza con riguardo al delitto di cui al comma 5-ter.

Alcuni commentatori, e diversi rimettenti, avevano ritenuto che l'elasticità della clausola, dalla cui integrazione dipende la rilevanza penale del fatto, comportasse un **problema di tassatività** della fattispecie incriminatrice, con violazione dell'art. 25 Cost. ma anche di altri parametri (ad esempio quello del diritto di difesa, asseritamente ostacolato dall'incertezza sui fattori utili ad escludere la punibilità).

Ecco dunque perché la **sentenza n. 5 del 2004** risulta decisiva per una definizione della clausola, anzitutto dal punto di vista strutturale.

Il provvedimento chiarisce che la fattispecie, per la quale sembra accreditarsi la qualifica di elemento negativo del fatto tipico, non si esaurisce in un richiamo alle **ordinarie cause di giustificazione**, ché altrimenti sarebbe «pleonastica». Si tratta, piuttosto, di una «**valvola di sicurezza del meccanismo repressivo**», chiamata – come per molte altre disposizioni del diritto penale comune e speciale (puntualmente elencate) – ad evitare «*che la sanzione penale scatti allorché - anche al di fuori della presenza di vere e proprie cause di giustificazione - l'osservanza del precetto appaia concretamente "inesigibile" in ragione, a seconda dei casi, di situazioni ostative a carattere soggettivo od oggettivo, di obblighi di segno contrario, ovvero della necessità di tutelare interessi confliggenti, con rango pari o superiore rispetto a quello protetto dalla norma incriminatrice, in un ragionevole bilanciamento di valori*».

Ricordando che la verifica del rispetto del principio di determinatezza va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce, la Corte aveva escluso che la norma in questione violasse il principio di tassatività. E proprio il lavoro svolto per individuare i «contenuti» della clausola ha condizionato l'intesa giurisprudenza successiva

In particolare, la Corte aveva tratto due indicazioni dal «sistema» di governo dell'immigrazione. Si era considerato, anzitutto, che l'**autoesecuzione** del provvedimento espulsivo costituisce **metodo residuale**, rispetto all'**esecuzione manu militari** (previa eventuale ricovero in quelli che ora si definiscono CIE), da adottarsi secondo criteri normativamente regolati, la cui essenza si risolve nella **difficoltà a realizzare l'accompagnamento**. Si era considerato, ancora, che non possono trovare rilievo i motivi che spingono il migrante a restare (motivi i quali, se normativamente rilevanti, implicano il divieto di espulsione), ma quelli che ostacolano l'abbandono del territorio nazionale.

Dunque, nel «sistema immigrazione» il **giustificato motivo** della omissione – che si sostanzia in una seria difficoltà ad adempiere – si **identifica** (e trova sufficiente specificazione sul piano della tassatività) per la sua **tendenziale coincidenza con le serie difficoltà che la stessa Amministrazione incontra** e che legittimano il trasferimento sulle spalle dell'interessato dell'onere di realizzare l'espatrio.

Va detto come la giurisprudenza ordinaria, almeno quella di legittimità, abbia preso molto sul serio le indicazioni della Corte, che del resto erano state puntuali.

L'esame delle decisioni, anche quelle più recenti, evidenzia la tendenza talvolta a risolvere la questioni sul piano della «rimproverabilità», quasi della buona fede, e talvolta a regolarsi secondo una sorta di criterio obiettivo, cioè di valenza impositiva generalizzata di determinate situazioni.

Si apprende così che, sul piano generale **non costituisce «giustificato motivo»:**

- la pendenza del giudizio di impugnazione avverso il decreto di espulsione (Sentenza n. 49980 del 2008; Sentenza n. 11304 del 2008; Sentenza n. 47503 del 2007).

- la necessità di provvedere alle esigenze di vita dei parenti (Sentenza n. 37486 del 2009; Sentenza n. 34365 del 2009) o la convivenza con un cittadino italiano (Sentenza n. 3599 del 2009) o l'imminenza del matrimonio con un cittadino italiano (Sentenza n. 6605 del 2008).

- la pendenza di misure cautelari penali non detentive (Sentenza n. 5828 del 2008).

- l'attualità di trattamenti per il recupero dalla tossicodipendenza (Sentenza n. 26374 del 2005).

- il compimento di adempimenti utili per una richiesta di regolarizzazione del soggiorno (Sentenza n. 48863 del 2003).

Invece **costituisce «giustificato motivo»:**

- la prevedibilità di disagi e rischi che non si risolvano in un pericolo intollerabile per la vita o la libertà (Sentenza n. 2907 del 2007).

- la impossibilità di lasciare il territorio nazionale senza dar luogo a nuove violazioni della legge italiana o dello stato di destinazione (Sentenza n. 15997 del 2009).

- la indisponibilità di documenti (per altro, proprio a proposito della indisponibilità di documenti, si manifesta la tendenza a valorizzare il criterio di una seria difficoltà soggettiva all'ottemperanza, così da escludere la clausola quando l'indagato non dimostri o almeno allegghi la propria attivazione al fine di ottenere il rilascio di documenti utili per l'espatrio).

- l'assoluta (Sentenza n. 42384 del 2006; Sentenza n. 40315 del 2006; Sentenza n. 25640 del 2006; Sentenza n. 19086 del 2006) indisponibilità delle risorse economiche necessarie per effettuare il viaggio (Sentenza n. 27049 del 2008), sia pur non necessariamente verso il Paese di origine (Sentenza n. 8352 del 2008), e secondo un serio vaglio di attendibilità dell'allegazione (Sentenza n. 16809 del 2007).

Insomma, resta confermato che il motivo deve riguardare il fatto obiettivo di inottemperanza, e non le ragioni sottese alla scelta di permanenza, rendendo «difficoltosa o pericolosa», se non addirittura impossibile, l'uscita dal territorio nazionale. Il fatto che lo straniero abbia buoni motivi per restare non esclude l'illiceità penale dell'inadempimento. Talvolta, spostando ancor più l'attenzione sul profilo della «rimproverabilità», si parla di «grave e pressante condizionamento psicologico» (Sentenza n. 37787 del 2006; Sentenza n. 39929 del 2005).

Fin qui l'analisi propriamente strutturale della fattispecie nella sentenza 5 del 2004. Ma va posta in adeguato rilievo anche la relazione funzionale istituita, in quella decisione, tra la clausola di salvaguardia e l'assicurazione – nell'ormai più volte citato microcosmo del diritto penale dell'immigrazione – del **principio di personalità della responsabilità penale** (primo comma dell'art. 27 Cost.). Nella sua specifica funzione di eccedenza rispetto allo stesso novero delle esimenti, la clausola del «senza giustificato motivo» esclude la punizione di comportamenti sostanzialmente incolpevoli da parte degli stranieri interessati:

*Le considerazioni da ultimo svolte valgono, per altro verso, a rendere palese l'insussistenza dei profili di contrasto con gli artt. 2, 3 e 27 Cost. [...] Della eventualità, infatti, che l'ottemperanza all'ordine del questore risulti concretamente «inesigibile» - anche, ed in primis, per la ragione indicata dal giudice a quo: ossia per la pratica impossibilità, in cui si trovi lo straniero, di munirsi di documenti e di biglietto di viaggio nel breve termine di cinque giorni - il legislatore si è fatto carico proprio con la clausola «senza giustificato motivo», la quale esclude la configurabilità del reato in una simile eventualità. La norma impugnata, pertanto, non delinea alcuna ipotesi di responsabilità oggettiva, né prefigura un trattamento irragionevolmente parificato di situazioni eterogenee (quali quelle dello straniero che è in grado di adempiere all'intimazione e dello straniero che non lo è).*

Proprio nella prospettiva del principio di personalità della responsabilità penale era poi sopravvenuta la **sentenza n. 22 del 2007**.

Si tratta della decisione che aveva «fronteggiato» censure essenzialmente dirette agli elevati valori di pena fissati nel comma 5-ter dopo la riforma del 2004. È anche noto che la decisione sancì la inammissibilità delle questioni, senza negare (ed anzi praticamente affermando) che la scelta sanzionatoria fosse sproporzionata, e piuttosto rilevando (non senza un monito ad oggi rimasto inascoltato) che un intervento moderatore, nell'assenza di *tertia comparationis* assimilabili alla normativa censurata, avrebbe richiesto l'esercizio di poteri discrezionali preclusi alla Corte.

Ebbene, la «sproporzione» tra pena e fatto era stata sindacata dai rimettenti non solo nella prospettiva della ragionevolezza e dell'uguaglianza, ma anche invocando l'art. 27 Cost., essenzialmente riguardo al principio di necessaria finalizzazione rieducativa della pena (secondo la nota considerazione per la quale una pena sproporzionata eccede il "bisogno di rieducazione" del condannato e da lui stesso non è percepita quale strumento di emenda, fallendo così la sua vocazione costituzionale). La Corte aveva posto in chiaro rilievo che la clausola del **giustificato motivo**, limitando significativamente l'area del fatto punibile, riduce la sproporzione del trattamento sanzionatorio, che altrimenti sarebbe ancor più stridente.

Va anche ripresa in considerazione la **sentenza n. 250 del 2010**, della quale ampiamente si è detto poco sopra. Nel provvedimento, infatti, il ruolo del «**giustificato motivo**» nella prospettiva dell'**art. 27 Cost.** è stato discusso espressamente. I rimettenti avevano evocato la norma costituzionale tanto nella prospettiva del principio di **colpevolezza**, tanto in quella del principio di **proporzionalità**.

La Corte ha escluso nettamente la generalizzata necessità della clausola del «giustificato motivo» alla luce del principio di colpevolezza (ed anche, deve ritenersi, al fine di assicurare che la pena abbia effettivamente una funzione rieducativa), tra l'altro in base al rilievo che, altrimenti, una clausola del genere dovrebbe essere prevista sempre. Altrettanto ovvio (anche se doveroso, naturalmente) il rilievo della valenza delle ordinarie cause di giustificazione per il reato *de quo*, relativamente al quale, nella forma omissiva, può assumere efficacia dirimente (già sul piano del fatto tipico) il principio ad *impossibilia nemo tenetur*.

La «necessità costituzionale» della clausola è stata negata anche quanto al «**microsistema**» dei reati in materia di **immigrazione**.

Invece, la Corte ha preso molto sul serio la censura fondata sulla **disuguaglianza di trattamento** tra l'accusato del reato di cui all'art. 10-bis del T.u. dell'immigrazione e lo straniero imputato per il delitto di cui al successivo art. 14, comma 5-ter. Un problema risolto, come abbiamo visto, evidenziando tre **elementi differenziali** capaci di giustificare la difformità di trattamento.

Queste le premesse della decisione con cui la Corte costituzionale ha dichiarato la **illegittimità costituzionale**

*dell'art. 14, comma 5-quater, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), come modificato dall'art. 1, comma 22, lettera m), della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), nella parte in cui non dispone che l'inottemperanza all'ordine di allontanamento, secondo quanto già previsto per la condotta di cui al precedente comma 5-ter, sia punita nel solo caso che abbia luogo «senza giustificato motivo».*

Si tratta di una decisione assai importante, e potrebbe dirsi ineluttabile, almeno nella prospettiva che la stessa Consulta ha considerato assorbente, cioè quella dell'ossequio al **principio di uguaglianza formale** tra le persone.

La Corte si è posta una **domanda essenziale**. Visto che il **comma 5-ter ed il comma 5-quater dell'art. 14** del T.u. immigrazione puniscono una analoga condotta di disobbedienza all'ordine questorile di allontanamento, si giustifica il fatto che nel primo caso la punibilità sia esclusa in forza di un «giustificato motivo» e che nel secondo caso questo non avvenga?

A proposito della **identità strutturale tra le condotte**, anzitutto, la Corte ha osservato: *«Il fatto che l'omissione cui si riferisce la norma censurata faccia seguito ad altra omissione dello stesso genere non incide sul nucleo essenziale della descrizione legislativa della condotta illecita, che resta uguale nella prima e nella seconda ipotesi»*.

Ma soprattutto si è rilevata una **necessaria corrispondenza alle analogie di ratio**. Posto che la peculiarità della situazione innescata dall'ordine questorile di allontanamento ha indotto il legislatore a mostrare tolleranza oltre la soglia delle ordinarie cause di non punibilità, quando ha disegnato il comma 5-ter, e posto che le stesse peculiarità segnano anche l'ordine questorile «reiterato», come può giustificarsi l'irrilevanza del giustificato motivo nel comma 5-quater?

Mi permetterei di aggiungere – a titolo personale – che la reiterazione delle intimazioni è semmai il segnale di una particolare rilevanza e «stabilità» delle difficoltà che nel caso concreto si oppongono all'espulsione coattiva dell'interessato. Resta vero infatti che, nell'attuale sistema, la preferenza dovrebbe essere accordata all'esecuzione mediante accompagnamento alla frontiera fin dal primo provvedimento espulsivo. Il ricorso alla forza (che poi è anche assunzione di responsabilità dello Stato per i costi organizzativi e finanziari dell'operazione) dovrebbe imporsi a maggior ragione quando una prima intimazione sia rimasta senza effetto. Il fatto che l'**Amministrazione ricorra invece e nuovamente all'intimazione**, dopo un eventuale periodo di trattenimento nel CIE, può essere – anzi è nell'astratto sistema delineato dal legislatore – il **sintomo di difficoltà perduranti od aggiuntive**, le stesse che, nella logica della sentenza n. 5 del 2004, dovrebbero esentare da pena lo straniero inottemperante. Per quanto possa sembrare un paradosso, questo ragionamento acquista progressiva pregnanza con il moltiplicarsi delle sequenze inottemperanza-espulsione-intimazione-inottemperanza.

La Corte, in ossequio alle valutazioni poco prima compiute con la più volte citata sentenza n. 250 del 2010, ha voluto incidentalmente negare che l'inserimento della clausola nella fattispecie censurata fosse imposto dal principio di colpevolezza.

Ma – questo il nucleo del ragionamento – una volta che il **legislatore ha discrezionalmente stabilito** che il miglior bilanciamento tra le esigenze di libertà e quelle di governo dei flussi migratori, a fini di tutela di effettività degli ordini di allontanamento, è assicurato mediante la clausola del «senza

giustificato motivo», non ha il diritto di **discriminare situazioni sostanzialmente assimilabili**.

Molto interessante un inciso che trae spunto da rilievi della Presidenza del Consiglio dei ministri, intervenuta a difesa della norma censurata. È chiarissimo che la Corte **non ha inteso prendere posizione** sugli innumerevoli problemi applicativi che tormentano la giurisprudenza (che rapporti tra i due procedimenti amministrativi, tra questi ed i procedimenti penali, tra i procedimenti penali fra loro?). Tuttavia, per respingere l'argomento di una **minor tollerabilità della recidiva** nell'atteggiamento inottemperante, si è osservato: «*La sequenza di provvedimenti descritta nell'ultima parte del comma 5-ter non esprime necessariamente la «progressione criminosa» cui si è riferita l'Avvocatura dello Stato nell'atto di intervento. Essa, comunque, non renderebbe meno valide le ragioni che possono giustificare l'inottemperanza all'ordine di allontanamento, proprio in forza della loro reale consistenza, verificabile da parte del giudice. Tale consistenza non può essere esclusa o attenuata, anche se l'ordinamento consideri meritevole di una sanzione più severa chi ponga in essere più volte lo stesso comportamento omissivo. Sarebbe erroneo sovrapporre il piano della valutazione della gravità del reato a quello della giustificabilità della condotta*».

La Corte ha anche marcato le differenze tra la decisione assunta ed i due precedenti aventi ad oggetto la **mancata previsione della clausola di salvaguardia**, precedenti che ci sono ormai ben noti:

La **ordinanza 41 del 2009** ha dichiarato manifestamente infondata la questione, relativamente all'**indebito reingresso** allora sanzionato dal comma 5-*quater*, perché si voleva accomunare la difficoltà di trovare fondi e documenti per un espatrio alla situazione di chi abbia trovato risorse per un reingresso clandestino.

La **sentenza n. 250 del 2010** ha dichiarato infondata la questione, nonostante la natura omissiva dell'**indebito trattenimento** ex art. 10-*bis*, perché manca in tale fattispecie la dipendenza dell'obbligo da un ordine mirato ed individualizzato dell'Autorità, la cui inosservanza entro il termine indicato comporta un «**netto “salto di qualità” nella risposta punitiva**»

Si può aggiungere che nella specie la Corte svolse un'ulteriore considerazione, evidenziando l'esistenza di «**un diverso strumento di “moderazione”** del trattamento sanzionatorio», in chiara funzione compensativa rispetto alla carenza della clausola fondata sul «giustificato motivo». L'allusione coglieva la speciale ipotesi di improcedibilità dell'azione prevista, per tutti i reati di competenza del giudice di pace (come quello introdotto con l'art. 10-*bis*), dall'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000. Un correttivo del quale, evidentemente, non si poteva disporre nel caso esaminato e risolto con una **tipica sentenza additiva**.



Restiamo in materia di **diritto penale dell'immigrazione** per occuparci di un'altra recente ed importante sentenza, questa volta a carattere ablatorio. La Corte, infatti, ha dichiarato illegittima, con la **sentenza n. 249 del 2010**, la cd. «**aggravante di clandestinità**» (art. 61, n. 11-*bis*, del codice penale, introdotto con il primo pacchetto sicurezza della legislatura, cioè con il decreto-legge n. 92 del 2008).

Nel linguaggio del decreto legge, poi omologato a quello delle restanti fattispecie contenute nell'art. 61 c.p. con una modifica operata in sede di conversione, era stato stabilito che la pena debba essere aumentata per i fatti commessi da «soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale». Dunque una aggravante comune, ad effetto comune, applicabile a qualunque genere di reato (delitti, contravvenzioni, dolo, colpa, ecc.), fondata sulla mera violazione di una qualunque delle norme che regolano l'ingresso, la circolazione e la permanenza degli stranieri nel territorio dello Stato.

Per inciso, e come anche risulta anche dai lavori parlamentari (nonché dalla *occasio legis*, che come molti ricorderanno riguardava soprattutto delitti commessi da cittadini comunitari), la norma era stata costruita per riguardare tutti i cittadini di nazionalità non italiana, compresi i comunitari. Specie in questo aspetto, la scelta del legislatore aveva incontrato **violentissime critiche**, ad esempio presso il Commissario per i diritti umani del Consiglio di Europa, e presso la stessa Commissione europea, che con prese di posizione ufficiali aveva considerato la disciplina in contrasto (almeno) con le norme comunitarie sulla circolazione dei cittadini dell'Unione.

Di qui l'introduzione nel «secondo pacchetto sicurezza» di una pretesa **norma di interpretazione** (art. 1, comma 1, della legge 94 del 2009), in base alla quale la fattispecie aggravante **non si applicava ai cittadini comunitari**.

Conviene dire che critiche generali alla scelta del legislatore italiano, sullo specifico piano dei diritti della persona umana, erano state rinnovate al massimo livello istituzionale. La signora Pillay, **Alto Commissario ONU** per i diritti umani, durante il discorso tenuto il 10 marzo 2010 innanzi al Senato italiano aveva tra l'altro osservato testualmente: «*Continuo anche a essere preoccupata delle misure contenute nel "Pacchetto sicurezza" italiano, che rende lo status irregolare di un migrante una circostanza aggravante per un reato comune. Mi auguro sia assolutamente chiaro che è responsabilità delle pubbliche autorità assicurare che i migranti non siano stigmatizzati, calunniati o aggrediti*».

Non stupisce dunque che molte ordinanze di rimessione siano partite dai Tribunali italiani.

È appena il caso di ricordare qui due **provvedimenti interlocutori** della Corte, mirati tra l'altro a restituire gli atti ai rimettenti, che avevano sollevato le loro questioni prima della legge n. 94 del 2009, con la quale è stato introdotto, come abbiamo visto, il cd. «**reato di clandestinità**», con la conseguenza che la stessa condotta (fermo restando il principio di irretroattività) era divenuta sanzionabile sia per il proprio intrinseco valore criminoso, sia come fattore di aggravamento della pena per qualunque altro reato.

Anche alla luce di alcuni recenti commenti dottrinali, va forse chiarito che la Corte, con i provvedimenti di restituzione degli atti (la **ordinanza n. 277 del 2009** e la **ordinanza n. 66 del 2010**) non aveva affatto «pregiudicato» il tema dei rapporti tra la nuova previsione circostanziale e la sopravvenuta fattispecie incriminatrice.

Era chiaro *ab initio* che l'aggravante di clandestinità non potesse essere applicata al reato di clandestinità. Meno immediata la risposta al quesito se non si fosse creata una sorta di reato complesso, con la conseguenza che lo straniero in posizione di soggiorno irregolare, compiendo un reato qualunque, avrebbe dovuto rispondere di tale reato con l'aggravante della clandestinità, ma non del reato di clandestinità. La soluzione avrebbe potuto anche essere opposta (art. 61, comma 1, prima parte), e cioè consistere nell'esclusione dell'aggravante ogni volta che lo straniero rispondesse del reato di clandestinità (in pratica di una *interpretatio abrogans* della previsione censurata).

La rilevanza retroattiva di queste variazioni – in un sistema fondato sul principio di irretroattività delle nuove incriminazioni – doveva comunque essere valutata in tutti i processi per fatti antecedenti al luglio 2009. Vi era soprattutto un dato per così dire «argomentativo» della cui attualità era necessaria una verifica. Tutti i rimettenti, con maggiore o minore enfasi, avevano argomentato sulla presunta irrazionalità di una **norma che elevava a fattispecie aggravante un comportamento privo di rilevanza penale**, cioè un mero illecito amministrativo. Non era stato l'unico argomento, e forse non era stato decisivo, ma certamente aveva segnato in modo profondo l'*iter* motivazionale dei rimettenti. Si trattava per altro, nel momento del giudizio di costituzionalità, di un argomento non più attuale. Di qui la restituzione degli atti, per una nuova valutazione sulla non manifesta infondatezza della disciplina. Nessuno riconoscimento implicito, in particolare, d'una pretesa «razionalizzazione sopravvenuta» della previsione circostanziale.

Ma veniamo finalmente alla **dichiarazione di illegittimità**. L'andamento della motivazione è complesso, e per forza di cose qui dovremo semplificare.

I **diritti inviolabili** sono oggetto di tutela per ogni persona, e non per i soli cittadini: concetto questo acquisito da tempo. D'altra parte nessun trattamento legale può essere articolato in base alla differenza di condizioni personali, se non quando questo sia necessario per assicurare interessi di analogo rango costituzionale. E qui la Corte ha operato un passaggio che ancora va sviluppato in tutta la sua portata, e che segna il netto distacco



dal brocardo tante volte ripetuto della piena discrezionalità legislativa in punto di trattamenti sanzionatori, salvo il caso della manifesta irragionevolezza. Meglio citare testualmente:

*Il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti «del tutto estranei al fatto-reato», introducendo così una responsabilità penale d'autore «in aperta violazione del principio di offensività [...]» (sentenza n. 354 del 2002). D'altra parte «il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero» (sentenza n. 62 del 1994). Ogni limitazione di diritti fondamentali deve partire dall'assunto che, in presenza di un diritto inviolabile, «il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante» (sentenze n. 366 del 1991 e n. 63 del 1994).*

*La necessità di individuare il rango costituzionale dell'interesse in comparazione, e di constatare altresì l'ineluttabilità della limitazione di un diritto fondamentale, porta alla conseguenza che la norma limitativa deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo sufficiente, ai fini del controllo sul rispetto dell'art. 3 Cost., l'accertamento della sua non manifesta irragionevolezza (sentenza n. 393 del 2006).*

*Con riferimento al caso specifico, si deve ricordare che le «condizioni personali e sociali» fanno parte dei sette parametri esplicitamente menzionati dal primo comma dell'art. 3 Cost., quali divieti direttamente espressi dalla Carta costituzionale, che rendono indispensabile uno scrutinio stretto delle fattispecie sospettate di violare o derogare all'assoluta irrilevanza delle "qualità" elencate dalla norma costituzionale ai fini della diversificazione delle discipline.*

Ora, mi pare che il nucleo essenziale della decisione risieda nella constatazione che non v'è (maggior) offesa al bene tutelato che giustifichi la (maggior) punizione dello straniero in condizione di soggiorno irregolare. D'altra parte, non sarebbe proponibile una giustificazione fondata sull'**interesse al controllo dei flussi migratori**, perché si tratterebbe di una inammissibile cesura tra condotta punita e bene tutelato. Tra l'altro – e stupisce che il senso dell'argomento non sia stato colto da alcuni – questa giustificazione, come ogni altra, esce indebolita dalla **esclusione dell'aggravante per gli «irregolari» comunitari** (che ben possono esistere): è evidente che la presunzione di maggior pericolosità non si connette alla violazione delle norme sul soggiorno (altrimenti dovrebbe valere anche per i cittadini comunitari). La lettera della norma, d'altro canto, esclude il ricorso ad interpretazioni restrittive con funzione adeguatrice, come ad esempio quella, suggerita da alcuni, di considerare applicabile l'aggravante solo in presenza di un nesso qualificato tra irregolarità del soggiorno e reato di volta in volta preso in considerazione (nesso finalistico, di facilitazione, ecc.).

La Corte non si è limitata, per altro, a far valere la violazione del principio di offensività e di quello di uguaglianza. Si è spinta piuttosto,

anche per seguire il ragionamento dei rimettenti (assurdo che una violazione amministrativa comporti l'aumento di sanzioni penali) e misurarne la resistenza alla sopravvenuta incriminazione del soggiorno irregolare, a studiare i rapporti tra la circostanza aggravante e la nuova fattispecie incriminatrice.

In sostanza, si è ravvisata una **violazione del *ne bis in idem***, come sintomo di irragionevolezza della previsione circostanziale:

*Lo straniero extracomunitario viene punito una prima volta all'atto della rilevazione del suo ingresso o soggiorno illegale nel territorio nazionale, ma subisce una o più punizioni ulteriori determinate dalla perdurante esistenza della sua qualità di straniero irregolare, in rapporto a violazioni, in numero indefinito, che pregiudicano interessi e valori che nulla hanno a che fare con la problematica del controllo dei flussi migratori. L'irragionevolezza della conseguenza si coglie pienamente ove si consideri che da una contravvenzione punita con la sola pena pecuniaria può scaturire una serie di pene aggiuntive, anche a carattere detentivo, che il criterio di computo su base percentuale può condurre a valori elevatissimi, dando luogo a prolungate privazioni di libertà».*

Segue nella sentenza, fors'anche a prevenire l'obiezione di una insussistenza del denunciato *bis in idem*, l'esame della possibilità che il reato aggravato ex art. 61 n. 11-*bis* fosse considerabile come un **reato complesso**.

Per la verità, se anche così fosse stato, il *bis in idem* sarebbe stato evitato solo rispetto alla contravvenzione, e non per la molteplicità di reati aggravati eventualmente commessi. E, comunque, il difetto di offensività non verrebbe meno nel caso di un reato complesso costituito dalla condotta specificamente incriminata e dalla circostanza coincidente con la contravvenzione di soggiorno irregolare.

La Corte, comunque, ha voluto anche negare che si potesse configurare un reato complesso, spingendosi a delineare la relativa nozione: in sostanza, può darsi reato complesso circostanziale solo quando una circostanza speciale è tipicamente prevista quale aggravante del fatto, oltre che come condotta autonomamente rilevante.

La complessa analisi è proseguita con la confutazione degli argomenti volti ad allegare una pretesa «normalità» della fattispecie denunciata.

Due i *tertia comparationis* più rilevanti: la recidiva e la condizione di latitanza. Ma nessuna delle due circostanze comuni risulta realmente assimilabile a quella denunciata.

Anzitutto la legittimità della previsione concernente la **latitanza** (quella in effetti più vicina alla nostra, perché riguarda un comportamento privo di pertinenza al fatto che risulta aggravato, ed oltretutto penalmente irrilevante) non è mai stata vagliata dalla Consulta. In ogni caso il latitante

non è genericamente caratterizzato da una qualità derivante da comportamenti pregressi, ma si trova in una situazione originata da un **provvedimento restrittivo** dell'autorità giudiziaria che lo riguarda individualmente. All'esecuzione di tale provvedimento il latitante **si sottrae con scelta deliberata**, tanto che non risponderrebbe dell'aggravante se avesse pur colpevolmente ignorato l'esistenza del provvedimento in suo danno. D'altra parte il provvedimento restrittivo è originato da una **condanna a pena eseguibile** (dunque detentiva, non condizionalmente sospesa, non suscettibile di espiazione in forme alternative, ecc.), o da un **provvedimento fondato su gravi indizi** di reità per un fatto di elevato significato offensivo, e soprattutto su un **giudizio individualizzato di pericolosità**, espresso dal giudice cautelare e soggetto a controllo nell'ambito delle impugnazioni cautelari.

Niente di tutto questo per l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-*bis* c.p.

Quanto alla **recidiva**, le differenze sono chiare. Il recidivo è persona risultata positivamente indifferente al messaggio dissuasivo della sanzione, perché commette un delitto non colposo **dopo la condanna definitiva** per un altro delitto non colposo. Cionondimeno, con la sola eccezione dei reati di maggior gravità, l'applicazione della circostanza è subordinata all'**accertamento in concreto**, da parte del giudice, di una relazione qualificata tra i precedenti del reo ed il nuovo reato da questi commesso, che deve risultare sintomatico – in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei fatti pregressi – sul piano della colpevolezza e della pericolosità sociale.

Niente di tutto questo per l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-*bis* c.p.

Tra l'altro – nota la Corte – a differenza di quanto non sia per la responsabilità del recidivo in ordine ai fatti pregressi (accertata, come si è appena ricordato, prima ancora del nuovo reato), la condizione di irregolarità del soggiorno era valutabile in modo incidentale nel giudizio pertinente al reato aggravato, con il rischio che l'interessato fosse assolto nel giudizio sul reato di immigrazione e condannato alla maggior pena nel giudizio per il reato comune (o viceversa).

Resta solo da ricordare che la Corte ha dichiarato la **illegittimità consequenziale** di due norme introdotte solo in chiave strumentale alla valorizzazione dell'aggravante.

La prima è la disposizione di pretesa interpretazione autentica della norma dichiarata illegittima, introdotta al fine di escludere i cittadini comunitari (*supra*). Soprattutto, è stata eliminata la previsione (art. 656, comma 9, lett. a, cod. proc. pen.), che inibiva la **sospensione della esecuzione** di pene detentive brevi irrogate per reati aggravati dalla circostanza prevista dall'art. 61 n. 11-*bis* c.p.p.

Una plateale irragionevolezza nell'ambito di una generale irragionevolezza, perché l'aggravante non inibiva la concessione dei cd.

benefici penitenziari, e dunque costringeva lo straniero ad un passaggio dal carcere nonostante la ricorrenza delle condizioni per l'accesso a forme alternative di esecuzione.



Solo una nota informativa quanto ad una *vexata quaestio* che riguarda l'incriminazione quale delitto dell'attività di **intermediazione finanziaria**, condotta da soggetti non iscritti nell'elenco degli operatori abilitati, ed a proposito della condotta di cd. **money transfer**.

È stata dichiarata manifestamente inammissibile, in particolare, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 5, comma 3, del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 153 (Integrazione dell'attuazione della direttiva 91/308/CEE in materia di riciclaggio dei capitali di provenienza illecita), sollevata in riferimento agli articoli 76 e 77 della Costituzione, nelle parti in cui configura come delitto la fattispecie criminosa ivi descritta e in cui commina pene superiori ai limiti edittali indicati nella legge di delega 6 febbraio 1996, n. 52 (legge comunitaria 1994).

La fattispecie menzionata attiene all'esercizio delle attività di intermediazione finanziaria specificate nei decreti attuativi della legge delega in assenza di iscrizione nell'elenco degli operatori abilitati, e individua la fattispecie di reato del trasferimento di fondi fissandone la relativa disciplina sanzionatoria. Analogamente a quanto già riscontrato nelle **ordinanze n. 95 del 2010**, **n. 73 del 2009** e **n. 194 del 2008**, il rimettente ha erroneamente individuato nell'art. 15, comma 1, lett. c), anziché nell'art. 3, lett. c), della legge n. 52 del 1996, la norma di delega alla cui stregua va apprezzata la dedotta violazione degli artt. 76 e 77 Cost., invero esclusa dal rilievo che la fattispecie di abusivismo contemplata dalla norma denunciata risulterebbe omogenea e di pari offensività rispetto ai già previsti delitti di abusiva attività finanziaria e di abusivo esercizio dell'attività di mediazione creditizia, reati al cui trattamento sanzionatorio è stato allineato quello dell'ipotesi criminosa in questione.

In particolare il citato art. 3 stabilisce che *«in ogni caso, in deroga ai limiti sopra indicati, per le infrazioni alle disposizioni dei decreti legislativi saranno previste sanzioni penali o amministrative identiche a quelle eventualmente già comminate dalle leggi vigenti per le violazioni che siano omogenee e di pari offensività rispetto alle infrazioni medesime»*.

La Corte ha ribadito, con la **ordinanza n. 295 del 2010**, che proprio sulla base del criterio generale di delega ora indicato, e non già di quelli specifici di cui all'art. 15 della medesima legge, il legislatore delegato ha inteso emanare la norma incriminatrice di cui si discute: e ciò sul rilievo che la fattispecie di abusivismo contemplata da tale norma risulterebbe omogenea e di pari offensività rispetto al delitto di abusiva attività finanziaria previsto dall'art. 132 decreto legislativo del 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), nonché al

delitto di abusivo esercizio dell'attività di mediazione creditizia, previsto dall'art. 16, comma 7, della legge 7 marzo 1996, n. 108 (Disposizioni in materia di usura), reati al cui trattamento sanzionatorio è stato quindi allineato quello dell'ipotesi criminosa di cui si discute.



Presenta qualche interesse la questione interpretativa risolta dalla Corte al fine di dichiarare la manifesta inammissibilità di una questione concernente il **trattamento sanzionatorio** del soggetto il quale, sottoposto a **misura di prevenzione** in applicazione della **legge n. 575 del 1965**, viene sorpreso a **guidare** un veicolo **senza** disporre della necessaria **patente**, dato l'intervenuto ritiro della medesima per effetto del procedimento prevenzionale.

Il rimettente aveva prospettato un trattamento ingiustificatamente favorevole, per tale soggetto, rispetto a quello sottoposto a misura di prevenzione «ordinaria», cioè applicata a norma della **legge n. 1423 del 1956**. Ciò muovendo dall'assunto che quest'ultimo, commettendo il reato di cui all'art. 116 del codice della strada, risponde anche del **delitto di cui all'art. 9, comma 2**, della citata legge n. 1423, il quale punisce con la reclusione fino a cinque anni l'inosservanza delle prescrizioni impartite al sorvegliato speciale cui sia stato imposto l'obbligo o il divieto di soggiorno. Tra tali prescrizioni, la nota ingiunzione a «vivere onestamente», com'è ovvio violata quando l'interessato compie un reato. Si considera in effetti pacifica l'integrazione del delitto, in regime di concorso formale, quando il sorvegliato speciale sia sorpreso alla guida di un veicolo senza patente.

Orbene – ragionava il rimettente – una norma peculiare interviene invece a punire la guida senza patente quando sia commessa dal sorvegliato speciale per ragioni di mafia. L'art. 6 della legge 575, pure citata, stabilisce: «*nel caso di guida di un autoveicolo o motoveicolo, senza patente o dopo che la patente sia stata negata, sospesa o revocata, ai sensi dell'art. 82 e dell'art. 91 secondo e terz'ultimo comma n. 2, del decreto presidenziale 165 giugno 1959, n. 393 la pena è dell'arresto da sei mesi a tre anni qualora si tratti di persona già sottoposta, con provvedimento definitivo, a misure di prevenzione*». Va ricordato che, secondo la giurisprudenza, si applica questa norma, invece che quella dell'art. 116 cds, solo quando la patente sia stata negata o revocata proprio in forza del provvedimento di prevenzione.

Su queste premesse, il giudice *a quo* argomentava: perché il “mafioso” che guida senza patente deve essere punito, in forza del principio di specialità, solo per il reato contravvenzionale, mentre il “sorvegliato non mafioso” risponde non solo del reato di guida senza patente, ma anche di un delitto (art. 9 comma 2) punito fino a 5 anni? Presupposto implicito, e indimostrato, era che il “mafioso” non risponda del delitto connesso alla prescrizione di «vivere onestamente».

Con la **ordinanza n. 89 del 2010** la Corte ha osservato come non sia vero affatto che il “mafioso” risponda solo del reato di cui all’art. 6. Così come il “non mafioso” – che pure è incriminato *ex art.* 116 cds e non *ex art.* 6 della legge 575 del 1965 – il “mafioso” risponde di due reati: quello concernente la guida senza patente e quello previsto dal comma 2 dell’art. 9 della legge 1423. Il rimettente ha confuso i termini del rapporto di specialità: l’art. 6 preclude l’applicazione dell’art. 116 cds, ma certamente non riguarda la prescrizione del «vivere onestamente» rivolta ad entrambe le tipologie di prevenuti, e per entrambe sanzionate. L’art. 5 della legge 575 rinvia integralmente all’art. 9 della legge 1423, infatti, per tutte le sanzioni concernenti la violazione degli obblighi e delle prescrizioni impartite al «mafioso».

Il **concorso formale** tra il reato di cui all’art. 6 della legge n. 575 e art. 9, comma 2, della legge n. 1423, era già stato recentemente affermato, non a caso, anche con una sentenza della Cassazione (n. 8496 del 5 febbraio 2009).

Proseguiamo con il trattamento delle **persone sottoposte a misure di prevenzione** per dare conto di una recente ed importante pronuncia, che ha assunto la forma propria della **sentenza interpretativa di rigetto**, a proposito della fattispecie di cui all’**art. 9, secondo comma, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423**, nella versione modificata con il decreto-legge n. 144 del 2005, convertito, con modificazioni, dalla legge 155 del 2005.

Per effetto della novella, la norma citata dispone nel primo comma che il «*contravventore agli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale è punito con l’arresto da tre mesi ad un anno*». Ben più severa la previsione del secondo comma, ove si stabilisce che se «*l’inosservanza riguarda gli obblighi e le prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale **con l’obbligo o il divieto di soggiorno**, si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni ed è consentito l’arresto anche fuori dei casi di flagranza*».

La forte differenza di trattamento è stata già oggetto di sindacato da parte della Consulta, che l’ha considerata non irragionevole, data la maggior pericolosità che si deve attribuire a coloro in quali siano stati gravati dell’obbligo o del divieto di soggiorno (**sentenza n. 161 del 2009**).

Ora, la fattispecie incriminatrice sanziona la **violazione delle prescrizioni** imposte all’interessato con il provvedimento applicativo della misura di prevenzione. Il terzo comma dell’art. 5 della legge 1423 stabilisce che il giudice «*in ogni caso prescrive di **vivere onestamente, di rispettare le leggi, di non dare ragione di sospetti** e di non allontanarsi dalla dimora senza preventivo avviso all’autorità locale di pubblica sicurezza; prescrive, altresì, di non associarsi abitualmente alle persone che hanno subito condanne e sono sottoposte a misure di prevenzione o di sicurezza, di non rincasare la sera più tardi e di non uscire la mattina più presto di una data ora e senza comprovata necessità e, comunque, senza averne data tempestiva notizia all’autorità locale di pubblica sicurezza, di non detenere e non portare armi, di non trattenersi abitualmente nelle osterie, bettole, o in case di prostituzione e di non partecipare a pubbliche riunioni*».

È evidente che la porzione iniziale delle prescrizioni, quella sopra evidenziata, si riferisce a **precetti di carattere assai generico**: la cosa è del tutto evidente quanto all'*honeste vivere* ed alla immunità da *sospetti* (di che?), ma può essere affermata anche quanto al *rispetto delle leggi*. In effetti, se intesa quale prescrizione di non tenere mai una condotta *contra legem*, la fattispecie apparirebbe censurabile sotto il profilo della ragionevolezza (essendo impensabile che anche la più lieve infrazione amministrativa, od un illecito civile, possano dar vita ad un delitto).

Non stupisce che il rimettente abbia censurato la normativa alla luce del **principio di tassatività**, oltretutto per violazione dell'art. 3 Cost. La Corte ha dichiarato infondata la questione con la **sentenza n. 282 del 2010**, ma l'ha fatto, come accennavo, secondo lo schema delle pronunce interpretative, e dunque «salvando» la disposizione **a condizione che** venga interpretata secondo un criterio di ragionevole restrizione, e di ragionevole corrispondenza ai principi di offensività e proporzionalità.

Abbiamo visto già trattando dei nuovi reati in materia di immigrazione, poco sopra, quale sia la giurisprudenza della Corte sul **controllo di determinatezza** delle fattispecie incriminatrici. Anche nell'occasione la Corte ha ripetuto: «*per verificare il rispetto del principio di tassatività o di determinatezza della norma penale occorre non già valutare isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, bensì collegarlo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa s'inserisce*».

Su questa premessa, si è affermato anzitutto che la **prescrizione di «vivere onestamente»**, per quanto generica se valutata isolatamente, assume sufficiente precisione una volta messa in relazione a «*tutte le altre prescrizioni previste dal menzionato art. 5*», e considerando «*che è elemento di una fattispecie integrante un reato proprio, il quale può essere commesso soltanto da un soggetto già sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno*»

In sostanza, detta prescrizione si risolverebbe nel «*dovere imposto [...] di adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle suddette prescrizioni, tramite le quali il dettato di «vivere onestamente» si concreta e si individualizza*».

Se si consente di esprimere un'opinione personale, la strada prescelta dalla Corte, pure ineludibile (a meno di non dichiarare l'illegittimità della norma), conduce ad una **interpretazione abrogante** del precetto, nel senso che lo stesso sarebbe violato solo quando fosse violata anche un'altra delle prescrizioni impartite dal giudice.

Una sorte analoga, a conti fatti, sembra riguardare la prescrizione di **«non dare ragione di sospetti»**, in sostanza collegata alla violazione delle altre prescrizioni, ed in particolare di quella di non frequentare determinati luoghi o persone.

Diverso l'esito del sindacato sul **rispetto delle leggi**. Anche qui la Corte ha voluto restringere in qualche modo la portata della prescrizione, ma l'ha fatto conservandone un'efficacia fin troppo ampia: «*si riferisce al dovere,*

*imposto al prevenuto, di **rispettare tutte le norme a contenuto precettivo**, che impongano cioè di tenere o non tenere una certa condotta; non soltanto le norme penali, dunque, ma qualsiasi disposizione la cui inosservanza sia ulteriore indice della già accertata pericolosità sociale».*

Anche se intesa nel senso che rileva ogni condotta cui la legge collega una sanzione in senso proprio, la fattispecie sembra comminare conseguenze sanzionatorie sproporzionate anche per condotte prive di ogni concreto significato lesivo (nel caso di specie era contestato, al sorvegliato speciale, anche di aver condotto un motociclo senza casco). Se invece la Corte avesse inteso riferirsi alle sole violazioni sintomatiche della **specificata pericolosità** già attribuita all'agente, l'effetto di specificazione del dettato normativo risulterebbe fortemente ridimensionato.



È interessante una decisione, la **sentenza n. 157 del 2010**, che pur indirettamente riguarda la giurisdizione penale di pace.

Com'è noto il giudice onorario non può infliggere pene detentive, e per i reati più gravi, tra quelli rimessi alla sua competenza, applica le cd. **sanzioni «paradetentive»**, cioè la permanenza domiciliare ed il lavoro di pubblica utilità. Si tratta naturalmente di pene principali, da non confondere con le sanzioni sostitutive introdotte con la legge n. 689 del 1981 (artt. 53 e seguenti), che pure possono presentare significative analogie di contenuto.

Ora, l'**effettività** delle pene paradetentive è assicurata mediante l'incriminazione di comportamenti che integrino una significativa violazione degli obblighi ad esse connessi, secondo le prescrizioni dei primi due commi dell'art. 56 del d.lgs. n. 274 del 2000. Dette norme prevedono un delitto, punito con la reclusione fino ad un anno, e per tale ragione sottratto alla competenza del giudice di pace. Dunque, il processo per la **violazione degli obblighi connessi alle sanzioni paradetentive** si svolge innanzi al tribunale.

Lo stesso tribunale, a norma dell'art. 56, comma 3, del citato decreto legislativo n. 274 del 2000, non può applicare **pene sostitutive** in luogo della reclusione che infligge per i reati indicati.

Si tratta di una **esclusione oggettiva**, che nel momento in cui è stata concepita ben si armonizzava con altre esclusioni oggettive, fissate all'art. 60 della legge n. 689 del 1981. Tra dette esclusioni, risaltava quella delle pene inflitte per il delitto di evasione, anche riguardo al luogo degli arresti o della detenzione domiciliare. Le preclusioni sembravano avere una *ratio* comune e ben riconoscibile: l'interessato, con il delitto commesso, ha già concretamente dimostrato di non saper rispettare gli obblighi connessi a misure non carcerarie di limitazione della libertà, e sarebbe dunque assurdo punirlo con altre misure dello stesso genere.



Sennonché, con una disposizione francamente sconcertante (ma chiaramente ispirata da finalità deflattive), la legge sul patteggiamento allargato ha completamente **eliminato** l'art. 60 della legge n. 689, e cioè **tutte le esclusioni oggettive** dall'applicazione delle pene sostitutive (art. 4 della legge 134 del 2003). È rimasta, forse dimenticata, la sola fattispecie di cui al comma 3 dell'art. 56 della legge sulla giurisdizione penale di pace.

La Corte di cassazione ha eccepito una sorta di irragionevolezza sopravvenuta della norma, che non avrebbe più senso, una volta eliminata la preclusione per pene concernenti fatti sostanzialmente corrispondenti alla violazione delle prescrizioni «paradetentive» del giudice di pace. Ma la Consulta è andata di diverso avviso, facendosi carico di preservare un minimo di deterrenza quanto all'osservanza degli obblighi nascenti dalle sanzioni in discorso. Una esigenza che, nella specie, si pone in termini affatto particolari.

Va detto infatti che l'osservanza degli obblighi connessi ad ogni altro genere di misura limitativa è garantita da un **doppio presidio «sanzionatorio»**.

Quanto alle **misure detentive non carcerarie** si può osservare quanto segue:

- Riguardo all'indagato posto agli **arresti domiciliari** – posta l'ovvia premessa che qui non si discute di una pena – la violazione comporta di regola un duplice effetto «sanzionatorio»: la condanna per evasione, a norma dell'art. 385, comma terzo, c.p., e l'applicazione della custodia cautelare in carcere per il reato di prima contestazione, a norma dell'art. 276, comma 1-ter, del codice di rito.

- Riguardo al condannato in stato di **detenzione domiciliare «ordinaria»** (art. 47-ter dell'ordinamento penitenziario), si registra analogamente un duplice effetto quale portato della violazione: la revoca del beneficio, con conseguente ripristino della pena carceraria, a norma del comma 6 dell'art. 47-ter, e la condanna per evasione, secondo il combinato disposto del successivo comma 8 e dell'art. 385 c.p.

- Le disposizioni dell'art. 47-ter nella nostra materia si applicano per il caso di detenzione domiciliare per i portatori di **immunodeficienza** (comma 8 dell'art. 47-quater dell'ord. pen.).

- È invece prevista una disciplina speciale quanto alla **detenzione domiciliare «speciale» delle madri di prole infante** (art. 47-quinquies), la quale per altro si fonda, come le altre, sul concetto della «doppia sanzione»: l'assenza ingiustificata dall'abitazione per oltre dodici ore è punita a titolo di evasione, e comporta la possibile sospensione del beneficio, nonché la revoca obbligatoria per il caso di condanna (art. 47-sexies). Il regime appena citato, che riguarda appunto la ipotesi della detenzione speciale, è stato di fatto esteso al caso della detenzione «ordinaria» di donna incinta o madre di prole infante, per effetto della dichiarazione di parziale illegittimità dell'art. 47-ter dell'ordinamento penitenziario.

- Stessa logica «binaria», infine, per la reazione dell'ordinamento alle violazioni concernenti il **regime di semilibertà**: il condannato che non rientra o rientra con un ritardo di oltre dodici ore nell'istituto carcerario risponde del delitto di evasione; inoltre, la relativa denuncia comporta la immediata sospensione del beneficio, mentre la condanna ne importa la revoca (art. 51, commi 3 e 4, ord. pen.).

Quanto alle **pene non detentive a carattere sostitutivo** si può osservare quanto segue:

- Il condannato alla **pena pecuniaria sostitutiva**, il quale non possa per indigenza provvedere al pagamento (o subire l'esecuzione), viene assoggettato al «lavoro sostitutivo» regolato dagli artt. 102 e segg. della legge 689 del 1981. Tuttavia, quando l'inottemperanza è dolosa (e fraudolenta), e dunque nelle situazioni che potrebbero essere assimilate a quelle dell'evasione o della violazione consapevole di prescrizioni concernenti misure detentive, sembra riprodursi, mutatis mutandis, un sistema di «doppia reazione». Il condannato risponde del delitto previsto e punito all'art. 388-ter del codice penale, e naturalmente subisce l'esecuzione forzata. In mancanza della quale, plausibilmente, si darebbe poi luogo alla conversione della pena nel «lavoro sostitutivo».

V'è comunque una «tutela di secondo livello», che prescinde dal carattere doloso dell'inadempimento. Infatti, se l'individuo assoggettato a lavoro sostitutivo od a libertà controllata per non aver pagato la pena pecuniaria viola le prescrizioni inerenti a tali misure, la parte residua della sanzione si converte in pena detentiva (di specie corrispondente a quella della pecuniaria originariamente inflitta), secondo criteri di conguaglio che non interessa qui ricostruire.

Insomma, l'inesecuzione delle pene pecuniarie sostitutive, analogamente a quella delle pene pecuniarie principali, non porta a mai direttamente a sanzioni detentive, ma può culminare in sanzioni di tal genere se l'atteggiamento inottemperante si trasferisce alle sanzioni di conversione.

- Alla violazione delle pene sostitutive non pecuniarie, cioè la **semidetenzione** e la **libertà controllata**, consegue in linea di massima la riapplicazione della pena detentiva principale che il giudice della cognizione aveva sostituito, appunto, con la più blanda limitazione della libertà personale. La violazione non si configura invece, di per sé, quale fatto di autonoma rilevanza penale.

Nel caso delle sanzioni paradetentive, invece, la sostituzione comporterebbe semplicemente l'applicazione di una **misura analoga a quella violata**, la cui esecuzione, oltretutto, proseguirebbe in modo invariato. Del resto, come rilevato dalla Corte, le pene dell'art. 56 non possono essere sostituite ma, nel caso ve ne siano le condizioni, può esservi la sospensione condizionale o l'applicazione in fase esecutiva di misure alternative alla reclusione.



Come accade piuttosto spesso, ad una pronuncia di inammissibilità sottendono scelte interpretative di grande rilevanza nell'applicazione pratica della legge. È accaduto anche con riguardo alle disposizioni di **ordinamento penitenziario** che, in sostanza, **precludono** l'accesso ai **benefici** penitenziari per coloro i quali si siano resi responsabili del **delitto di evasione**.

La Consulta, con la **sentenza n. 189 del 2010**, ha valutato una questione proposta, in riferimento agli artt. 2, 3, 27, terzo comma, 29, 30 e 31 della Costituzione, riguardo all'art. 58-*quater*, comma 1, della legge n. 354 del 1975. Le censure del rimettente erano quelle che tipicamente possono rivolgersi ad automatismi fondati su **presunzioni assolute**, particolarmente delicati in materia di esecuzione penitenziaria: irragionevolezza, violazione del principio di uguaglianza, frustrazione del finalismo rieducativo della pena, lesione degli interessi presidiati da

specifiche ipotesi di alternativa alla carcerazione (ad esempio riguardo ai figli minori del condannato).

In effetti – si è osservato - una interpretazione letterale della disposizione impugnata può generare i dubbi di legittimità costituzionale prospettati dal *giudice a quo*. Avrebbe dovuto però sperimentarsi una **lettura costituzionalmente orientata**, basata sull'ineliminabile funzione rieducativa della pena, sancita dall'art. 27, terzo comma, Cost. e confermata dalla giurisprudenza della stessa Corte costituzionale, che ha **escluso** l'ammissibilità, nel nostro ordinamento penitenziario, della **prevalenza assoluta delle esigenze di prevenzione sociale su quelle di recupero** dei condannati.

Nella materia dei benefici penitenziari, è criterio «costituzionalmente vincolante» quello che **esclude «rigidi automatismi** e richiede sia resa possibile invece una valutazione individualizzata caso per caso» (sentenza n. 436 del 1999). Se si preclude radicalmente il ricorso a criteri individualizzanti – ha aggiunto la Corte – «*l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo*» (sentenza n. 257 del 2006; in senso conforme sentenza n. 79 del 2007) e si instaura di conseguenza un automatismo «*sicuramente in contrasto con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena*» (sentenza n. 255 del 2006).

Naturalmente, è ben concepibile che il legislatore si discosti da questi precetti, e dia vita ad un automatismo che potrebbe e dovrebbe essere rimosso con una dichiarazione di illegittimità. Nel caso di specie, probabilmente, la Corte è stata fortemente orientata da alcune **pronunce della Cassazione**, secondo cui la norma censurata **non preclude automaticamente** l'ammissione ad una misura alternativa alla detenzione in carcere a causa dell'intervenuta condanna per il reato previsto dall'art. 385 cod. pen., ma «*impone al giudice ... un'analisi particolarmente approfondita sulla personalità del condannato, sulla sua effettiva, perdurante pericolosità sociale alla luce delle condotte rilevanti ai sensi dell'art. 385 cod. pen., oggetto di accertamento definitivo, sui progressi trattamentali compiuti e il grado di rieducazione compiuto prima dell'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005*» (la citazione è tratta dalla sentenza n. 22368 del 2009; conformi, le sentenze n. 41956 e n. 44669 del 2009).

Vero che dette pronunce sono intervenute dopo l'ordinanza di rimessione. Ma la Corte le ha considerate alla stregua di "spie" circa l'esistenza di uno spazio ermeneutico che il rimettente avrebbe potuto utilmente esplorare, allo scopo di pervenire ad una interpretazione adeguatrice della disposizione censurata.

Poiché l'**omessa sperimentazione di soluzioni adeguatrici** è causa di inammissibilità della questione, il dispositivo della decisione si è atteggiato in senso corrispondente.

La presunta introduzione di **automatismi preclusivi** nel diritto penitenziario, e più in generale il **forte inasprimento** delle regole di trattamento che si è connesso alla **riforma della recidiva** ed ai cd. «**pacchetti sicurezza**», hanno costituito una porzione rilevante del lavoro

della Consulta negli ultimi mesi, avuto appunto riguardo all'**ordinamento penitenziario**.

Anzitutto una importante conferma: vanno esclusi «*nella materia dei benefici penitenziari, **rigidi automatismi***», essendo necessario «*invece che vi sia sempre una valutazione individualizzata, così da collegare la concessione o non del beneficio ad una prognosi ragionevole sulla sua utilità a far procedere il condannato sulla via dell'emenda e del reinserimento sociale*». Così la **sentenza n. 291 del 2010**, relativa all'art. 58-*quater*, comma 7-*bis*, della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui esclude che la misura dell'**affidamento in prova** al servizio sociale possa essere disposta per **più di una volta** in favore del condannato nei cui confronti sia stata applicata la **recidiva reiterata**.

Il rilievo ormai tradizionale circa la tendenziale intollerabilità degli automatismi diviene anzitutto un **criterio ermeneutico**, di doverosa esplorazione da parte del giudice di ogni soluzione interpretativa che recuperi spazi di discrezionalità, oppure **riduca la base statistica delle preclusioni assolute** in guisa da rendere positivamente ragionevole una prognosi di corrispondenza tra caratteristiche del caso concreto e ragione di cautela che ispira la norma presuntiva.

È quello che è accaduto con la disposizione sui condannati per evasione (*supra*), ove la Corte si è giovata del diritto vivente che recupera spazi di discrezionalità per il giudice. È quello che è accaduto, con la sentenza ora in esame, quanto alla preclusione per i recidivi reiterati, la cui **base applicativa è stata ristretta al punto** che la presunzione di inadeguatezza del beneficio penitenziario assume piena e costante attendibilità. In armonia con la giurisprudenza, che pure abbiamo richiamato, sulla tollerabilità delle sole presunzioni assolute che trovino solido **fondamento nell'id quod plerumque accidit**.

Con l'usuale tecnica del «rimprovero» rivolto al rimettente di non aver sperimentato una soluzione adeguatrice, e con il corrispondente dispositivo di inammissibilità, la Corte ha «suggerito» anzitutto che la preclusione sia riferita solo a coloro che **commettono il nuovo reato dopo aver fruito di un beneficio penitenziario**. Soluzione che esclude la preclusione in numerosissimi casi (condizionati anche dalla sequenza casuale del passaggio in giudicato di più sentenze di condanna). Soluzione che risulta perfettamente compatibile con il tenore letterale della disposizione censurata: «*L'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall' articolo 99, quarto comma, del codice penale*». Non è affatto necessario, anzi, che la norma venga letta nel senso che basti aver fruito una volta nella vita del beneficio perché, quanto al reato commesso in condizione di recidiva reiterata, sia preclusa l'applicazione di un analogo beneficio. La norma si può leggere nel senso che il **recidivo reiterato possa, in quanto tale, ottenere comunque l'applicazione di un beneficio**, e che la preclusione, dunque, scatti solo in occasione di una **nuova condanna con la medesima aggravante**.

Per quanto possa incidere, proprio questa lettura era stata prospettata, durante i lavori parlamentari, da un esponente della maggioranza politica che ha voluto la novella da cui è scaturita la norma censurata.

È ovvio che il condannato con la recidiva reiterata, in quanto soggetto che si trova alla **quarta** sua esperienza delittuosa (e, fuori dai casi di cd. recidiva obbligatoria, è stato ritenuto specificamente portatore di una pericolosità qualificata proprio dalla recidiva), risulta molto più credibile come persona che **non assicurerebbe il regolare svolgimento** della misura alternativa. Non foss'altro, per il fatto che la **precedente sperimentazione** della misura, per definizione, non avrebbe condotto al progettato recupero dell'interessato.

In ogni caso – aggiunge la Corte – la funzionalità rieducativa della pena non è affidata unicamente alle misure di esecuzione alternativa, e dunque residua, finanche per i soggetti in questione, la disponibilità di strumenti utili ad un percorso di risocializzazione, come ad esempio l'ammissione al lavoro (anche esterno), la liberazione anticipata, ecc.

Un'ultima notazione. A fini di valutazione di rilevanza della questione sollevata, la Corte ha dovuto entrare nel merito di una controversia che, comunque, poteva ormai considerarsi risolta dalla giurisprudenza di legittimità. La **recidiva reiterata** deve considerarsi «**applicata**», con tutte le conseguenze che ne derivano, anche quando, entrata in bilanciamento con circostanze attenuanti, non produca un concreto effetto di aumento della pena perché dichiarata **equivalente**. In tal caso, infatti, il giudice ha comunque ritenuto la circostanza rilevante nell'economia complessiva del fatto criminoso (almeno nei casi di recidiva cd. facoltativa) e, comunque, la circostanza medesima ha sortito un effetto sul trattamento sanzionatorio, precludendo la diminuzione di pena che altrimenti si sarebbe connessa alle attenuanti in concorso (in tal senso già le **Sezioni unite** della Cassazione con la sentenza n. 17 del 1991 nonché, molto più recentemente, con la sentenza n. 35738 del 2010).

Appena una citazione, prima di passare al tema delicatissimo del cd. 41-*bis*, merita una decisione di manifesta inammissibilità, adottata, con la **ordinanza n. 219 del 2010**, rispetto ad una questione piuttosto «originale», che per altro ha posto un problema effettivo.

Si discute delle regole trattamentali per gli **internati in esecuzione di una misura di sicurezza detentiva**, per i quali non è ammesso l'affidamento in prova al servizio sociale. In realtà la legge prevede misure di risocializzazione (dall'esperimento nella parte finale della misura di internamento alle licenze annuali), che tuttavia non consentono una prolungata partecipazione a programmi di reinserimento, anche a carattere terapeutico. In particolare, i detenuti in esecuzione di pena che partecipano a **programmi di riabilitazione** devono interromperli, a fine pena, quando debba appunto applicarsi la misura di sicurezza a carattere detentivo.

Il rimettente aveva evidentemente adottato l'*escamotage* – che definisce di comune accettazione – della **concessione continuativa di una serie di licenze** quindicinali, così da consentire un lungo periodo di «sospensione»

della misura di internamento. Per quanto ancora si comprende dalla sua ordinanza, in una qualche sede (forse disciplinare) il procuratore generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione avrebbe contestato che l'art. 53, secondo comma, primo periodo, dell'Ordinamento penitenziario consenta una siffatta fruizione continuativa delle licenze.

Di qui l'originale richiesta che la Corte dichiarasse illegittima la norma citata, «come interpretata» dalla Procura generale della Cassazione. Fin troppo prevedibile la dichiarazione di **manifesta inammissibilità**, tradizionalmente riservata alle questioni che, sotto la veste del quesito di legittimità, nascondono la ricerca di un improprio avallo della Consulta per le soluzioni interpretative propugnate dal rimettente.

Ultima, ma non certo per importanza, viene la giurisprudenza recente della Corte sulla **sospensione delle regole trattamentali**, e cioè sul regime imposto **dall'art. 41-bis** della legge n. 354 del 1975.

La decisione più rilevante, al proposito, è costituita dalla **sentenza n. 190 del 2010**, relativa alla tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti che possono essere pregiudicati dal provvedimento ministeriale di applicazione del regime speciale.

Il problema nasce dalle modifiche recate all'art. 41-*bis* dall'art. 2, comma 25, lettere *f*), *g*) ed *h*) della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica).

Prima della riforma, il comma 2-*sexies* della disposizione novellata prevedeva la possibilità di presentare **reclamo**, contro il decreto ministeriale di sospensione delle regole trattamentali, sia riguardo alla «**sussistenza dei presupposti** per l'adozione del provvedimento», sia riguardo alla «**congruità** del contenuto dello stesso rispetto alle esigenze di cui al comma 2». Con il recente intervento legislativo, la seconda delle espressioni citate è stata espunta dal testo della norma censurata.

La novella va posta in relazione ad un'altra modifica attuata con la legge n. 94 del 2009, che concerne l'alinella del comma 2-*quater* dello stesso art. 41-*bis*. In precedenza tale disposizione, elencando una serie di restrizioni per la vita intramuraria degli interessati, stabiliva che le stesse «potessero» essere disposte con il provvedimento applicativo del regime speciale di detenzione. Dopo la riforma, è stabilito che il provvedimento ministeriale «preveda» le restrizioni medesime.

Nel caso di specie, infine, ha assunto rilevanza anche l'intervento sulla lettera *f*) del comma 2-*quater*, che ha ridotto da quattro a due ore la durata massima della permanenza all'aperto: una restrizione che costituisce, a sua volta, l'oggetto delle prescrizioni che devono essere impartite con il decreto di sospensione delle regole trattamentali.

Il senso complessivo della manovra è chiaro. È stato **ridotto** enormemente lo **spazio di discrezionalità per lo stesso Ministro**, che

deve applicare le restrizioni indicate dalla norma, e può diversificarle solo in minima parte (ad esempio, riguardo all'escursione tra le due e la quattro ore per la cd. «aria»). Si è pensato, evidentemente, che la caduta di discrezionalità abbia privato di senso quel sindacato di congruità sulle singole prescrizioni che la Corte costituzionale aveva imposto (*infra*), e che il legislatore aveva formalmente regolato con la penultima riforma dell'art. 41-*bis*, attuata mediante la legge 23 dicembre 2002, n. 279.

Secondo il rimettente, l'**abolizione del sindacato di congruità** avrebbe lasciato privi di tutela giurisdizionale i diritti dei detenuti, tra i quali proprio quello ad una congrua **permanenza all'aperto**. Il rimettente ritiene che due ore al giorno d'aria rappresentino una violazione del divieto di trattamenti disumani, ed ha censurato autonomamente la disposizione. In ogni caso, nella specie, il Ministero aveva disposto per una sola ora al giorno, e la «congruità» di questa scelta sarebbe appunto insindacabile.

La Corte ha risposto con indicazioni che assumono valenza generale, confermando che **non è concepibile l'assenza di una sede di tutela giudiziale dei diritti dei detenuti**, e che qualunque asserita lesione di tali diritti, quando manchi uno specifico procedimento, può essere fatta valere innanzi al Tribunale di sorveglianza secondo lo schema dell'**art. 14-ter** dell'ordinamento penitenziario.

La riforma del 2009, per le ragioni già accennate, ha eliminato dalla procedura «speciale» dell'art. 41-*bis* il ricorso «di congruità», ma non ha certo potuto incidere, in senso riduttivo, sulla rete di garanzia progressivamente disegnata dalla giurisprudenza.

La **Consulta** aveva già statuito: «*una volta affermato che nei confronti dell'amministrazione penitenziaria i detenuti restano titolari di posizioni giuridiche che per la loro stretta ineranza alla persona umana sono qualificabili come diritti soggettivi costituzionalmente garantiti, occorre conseguentemente riconoscere che la tutela giurisdizionale di dette posizioni, costituzionalmente necessaria ai sensi dell'art. 24 della Costituzione, non può che spettare al giudice dei diritti e cioè al giudice ordinario. Nell'attuale quadro normativo, pertanto, in assenza di disposizioni espresse, la competenza a sindacare la legittimità dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione penitenziaria ai sensi dell'art. 41-*bis* deve riconoscersi a quello stesso organo giurisdizionale cui è demandato il controllo sull'applicazione, da parte della medesima Amministrazione, del regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell'art. 14-*ter* dell'ordinamento penitenziario» (sentenza n. 410 del 1993, in conformità alla sentenza n. 349 dello stesso anno).*

In seguito s'era chiarito, affermando la piena sindacabilità del provvedimento ex art. 41-*bis* pur nell'assenza (in allora) di una procedura specifica di reclamo: «*eventuali misure illegittime, lesive dei diritti del detenuto, dovranno perciò essere a questi fini disattese, secondo la regola generale per cui il giudice dei diritti applica i regolamenti e gli atti dell'amministrazione solo in quanto legittimi*» (sentenza n. 351 del 1996).

Insomma, si era affermata l'esistenza e l'utilizzabilità del rimedio previsto dall'art. 14-ter ord. pen. quale luogo di sindacato per tutti i regimi di sorveglianza particolare, ed anzi, più in generale, quale strumento di garanzia giurisdizionale per i diritti dei detenuti (come del resto la Corte, in armonia con la giurisprudenza di legittimità, aveva proprio da ultimo ricordato e confermato con la **sentenza n. 266 del 2009**).

**Tale rimedio perdura**, non come strumento di sindacato della congruità, ma quale sede in cui possa essere fatta valere anche **la lesione di diritti** che discenda dal provvedimento applicativo del regime speciale. È il luogo nel quale, per tornare al caso di specie, il detenuto reclamante potrà far valere l'asserita illegittimità della riduzione ad un'ora della sua permanenza all'aria aperta.

Questione dunque inammissibile, per l'**incompleta ricostruzione del quadro normativo** da parte del rimettente.

Quanto poi alla **durata della permanenza all'aperto**, la Corte ha parimenti deciso nel senso dell'inammissibilità, questa volta per ragioni procedurali (ambivalenza del *petitum*). Non ha mancato di chiarire, comunque, che non potrebbe imporre una propria discrezionale determinazione del numero delle ore compatibili con il precetto costituzionale, se non quando si prospettasse una radicale violazione di diritti insopprimibili, come quello alla salute.

Importantissimo anche il tema cui si riferisce la **ordinanza n. 220 del 2010**, sebbene la questione sia stata risolta per una inammissibilità su base processuale.

Anche qui ci riferiamo alla recente riforma dell'**art. 41-bis**, ed in particolare alla disciplina dei colloqui tra i soggetti interessati. Il testo vigente dell'art. 41-bis, comma 2-*quater*, lettera b), dell'Ordinamento penitenziario prevede che i detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione possano avere **colloqui con i propri difensori** solo per un massimo di tre volte alla settimana, di persona o a mezzo del telefono, per la stessa durata stabilita quanto ai colloqui con i familiari.

Una tale compressione, secondo il magistrato di sorveglianza rimettente, violerebbe il diritto di difesa e sarebbe comunque irrazionale. Se *ratio* delle restrizioni è l'isolamento del criminale pericoloso dal suo contesto di riferimento, la mera limitazione del colloquio con i suoi difensori vanifica comunque l'ambizione del legislatore, visto che l'eventuale illecito scambio di messaggi può essere attuato in tempi ristretti, ed anche considerato che i colloqui in questione (a differenza di quelli con i familiari) non possono essere registrati. Insomma, un sacrificio inutile.

Questa volta, come accennavo, la Corte non è entrata nel merito neppure indirettamente, dato il vistoso «errore» di grammatica del procedimento incidentale in cui sono incorsi la parte privata ed il giudice. La prima, infatti, ha presentato un ricorso (*ex art. 14-ter*) non già per ottenere un provvedimento più favorevole sul numero o la durata dei propri colloqui difensivi, ma direttamente affinché il giudice sollevasse la



questione di legittimità costituzionale, cosa poi puntualmente avvenuta. È pacifico che la coincidenza di oggetto tra giudizio principale e procedimento incidentale di incostituzionalità, per costante giurisprudenza della Corte, è causa di inammissibilità della questione (da ultimo, sentenza n. 38 del 2009). Non si può promuovere un giudizio «in via principale», cioè adire il giudice perché proponga un incidente di costituzionalità. Occorre che esista una «lite» (dunque non una *lis ficta*), per la cui soluzione debba essere applicata una norma di cui si sospetta la illegittimità. In questo si esprime la regola di rilevanza.

Diverso sarebbe stato l'esito della questione, probabilmente, se la parte avesse impugnato un provvedimento negativo circa la sua richiesta di colloqui in termini o tempi diversi da quelli prescritti.

## DIRITTO PROCESSUALE

È il caso di segnalare, per chi iniziasse la lettura di questi appunti dalla pagina presente, che molti temi del diritto processuale penale sono stati toccati dall'esposizione introduttiva. Semplicemente, le relative decisioni assumono un particolare interesse a livello più generale, implicando riflessioni e decisioni sul sistema delle fonti o sulle regole essenziali del giudizio di legittimità costituzionale.

Una specie di scoperta archeologica (un'ordinanza di rimessione deliberata nel 2000, poco dopo l'entrata in vigore della cd. legge Carotti, e pervenuta al palazzo della Consulta solo nel febbraio del 2010) ha consentito alla Corte costituzionale di fare il punto, in poche battute, sulla propria giurisprudenza riguardo a due istituti fondamentali dell'attuale sistema processuale (**ordinanza n. 347 del 2010**).

In tema di **udienza preliminare** si è ribadito come la stessa debba ormai considerarsi, nella specifica prospettiva delle **incompatibilità**, una forma di giudizio, con la conseguenza che anche ad essa si riferiscono tutte le disposizioni che configurano un pregiudizio rilevante od un effetto pregiudicante (altra questione essendo quella delle peculiari regole di valutazione della prova, diverse ovviamente da quelle che segnano il giudizio di merito).

Resta confermata, per altro verso, la **natura essenzialmente endoprocedimentale delle cause di incompatibilità**. Il provvedimento pregiudicante è sempre adottato nell'ambito dello stesso procedimento ove si pone la questione di compatibilità del giudice, cioè riguardo allo stesso fatto e nei confronti della medesima persona. In particolare, la valutazione antecedente di accuse mosse a persone diverse, per un unico avvenimento, non rende il giudice incompatibile nel procedimento a carico del presunto correo. L'unica **eccezione**, com'è noto, è stata individuata per il caso che, nel primo giudizio, abbia dovuto essere valutata incidentalmente la responsabilità dell'imputato cui si riferisce il giudizio successivo (è la

fattispecie valutata dalla Consulta con la **sentenza n. 371 del 1996**: senza la volontaria partecipazione del soggetto processato per secondo, il fatto contestato al primo sarebbe stato irrilevante).

Tutto ciò non esclude che, nei singoli casi, l'imparzialità del giudice possa essere (o apparire) compromessa in forza delle decisioni assunte in precedenza. Le ragioni del giusto processo sono qui presidiate dagli istituti della **astensione** e della **ricusazione**. A differenza dell'incompatibilità, che esprime un meccanismo astratto e preventivo fondato sull'*id quod plerumque accidit*, gli istituti in questione consentono, appunto, interventi selettivi, da attuare secondo una logica di verifica in concreto, successiva all'investitura del giudice interessato.

Conviene ancora dar conto anche di un ulteriore provvedimento della Corte in materia di incompatibilità, antecedente rispetto a quello appena evocato. Siamo qui nel campo della **incompatibilità endoprocedimentale**, è si è trattato di stabilirne la portata in una fattispecie particolare.

Si discuteva stavolta della possibilità di partecipare ad un giudizio promosso nelle forme ordinarie, innanzi al giudice collegiale, da parte del **giudice monocratico che abbia ritenuto il fatto diverso da come contestato**, ed abbia di conseguenza rilevato, a norma dell'**art. 33-septies, comma 2**, del codice di rito, il **difetto di attribuzione** a favore, appunto, del giudice collegiale.

La **sentenza n. 177 del 2010** è partita dal presupposto che tale incompatibilità attualmente non sussista, ed è giunta per altro alla conclusione, non indiscutibile, che la relativa disciplina sia compatibile con la Costituzione.

Nel giudizio principale alcune persone erano state arrestate per furto aggravato e, come prevede la legge, presentate al giudice monocratico per la convalida dell'arresto, l'adozione di una eventuale misura cautelare e la immediata celebrazione del giudizio direttissimo (art. 558 c.p.p.). Il giudice aveva stabilito di convalidare l'arresto e applicare una misura cautelare, ma nel contempo, leggendo gli atti delle indagini preliminari, aveva rilevato che, subito dopo la sottrazione della cosa, vi era stata una colluttazione con un carabiniere, deducendone la necessità di qualificare il fatto come rapina impropria: reato da giudicarsi, anche per direttissima, dal tribunale collegiale. Con una commistione forse impropria tra funzione cautelare e ruolo dibattimentale (per inciso, non si capisce per quale reato fosse stata disposta la custodia), il giudice aveva rilevato il proprio «**difetto di attribuzione**» ed immediatamente **restituito gli atti** al pubblico ministero.

Quest'ultimo, trovandosi ancora nei termini con un arresto convalidato, aveva promosso nuovamente l'azione penale con **rito direttissimo**, ma questa volta per rapina, investendo il **giudice collegiale**. Sennonché, il collegio è risultato composto anche dall'originario giudice monocratico (non astenutosi, ed anzi redattore dell'ordinanza di rimessione).

Il problema sembra chiaro: se vi sia un pre-giudizio sulla fisionomia del fatto, e sulla conseguente valutazione, che dovrebbe impedire al relativo giudice di partecipare al «nuovo» giudizio. In effetti – e semplificando – il testo dell'art. 34 c.p.p., nella complessione derivante dai ripetuti interventi della Corte costituzionale, implica che non debba partecipare al giudizio il responsabile di una fase precedente, e comunque il responsabile di un provvedimento cautelare, a meno che lo stesso non sia stato assunto, appunto, nella **stessa fase di giudizio**. La situazione *de qua* non è per altro compresa in alcuna delle «addizioni» operate dalla Corte né ovviamente in alcuna delle fattispecie di matrice legislativa.

Ora, è già stata stabilita da tempo l'**efficacia pregiudicante del provvedimento di rideterminazione del fatto** ex art. 521 c.p.p. (da ultimo, sentenza n. 400 del 2008). D'altra parte – si è appena ricordato – l'efficacia pregiudicante di un provvedimento *de libertate* è irrilevante solo quando lo stesso sia stato assunto nella **medesima fase** di giudizio.

La sentenza in esame ha stabilito, da un lato, che nei passaggi sopra descritti non vi sarebbe stato un mutamento di fase. Per altro verso, senza ritenere necessaria una disamina stringente delle interferenze tra i due piani, ha stabilito che, per la sua «precocità», la decisione ex art. 33-*septies* non sia assimilabile a quella disciplinata dall'art. 521 c.p.p.: non abbia cioè quella **intrinseca pertinenza al merito** che giustifica l'attivazione del meccanismo di incompatibilità.

Ora, per quanto attiene alla **configurazione «monofasica»** del procedimento, un segnale forte di allarme potrebbe venire dal fatto che, nella sequenza indicata, interviene addirittura un **cambiamento del giudice** (si noti che, a questo punto, potrebbe essere prospettata una nullità della sentenza nel caso che il primo giudice non componga il successivo collegio, per «mutamento della persona fisica del giudice»). Muta la fisionomia e la qualificazione del reato contestato. Devono intervenire, addirittura, **due distinti atti di esercizio dell'azione** penale.

L'apparenza della continuità era data nella specie dal fatto che il pubblico ministero ha ritenuto di agire nuovamente mediante il rito direttissimo, ma sembrerebbe trattarsi di un mero accidente. Risolto il problema della convalida, egli avrebbe ben potuto procedere con le forme ordinarie, promuovendo l'udienza preliminare, e non vi sarebbero stati dubbi, in quel caso, circa la necessaria incompatibilità del giudice del direttissimo regredito, nel caso di nuovo giudizio dibattimentale.

Quanto poi al **carattere «preliminare» ed anzi «formale, non di contenuto» della valutazione già espressa** dal giudice nella sua funzione monocratica – carattere che dovrebbe neutralizzare la giurisprudenza già intervenuta sulla riqualificazione in esito al dibattimento – potrebbero forse formularsi due obiezioni. La prima è che il problema rimane lo stesso: difendere le *chances* dell'imputato in ordine ad una eventuale nuova definizione del fatto, nel giudizio di merito, in termini di maggior favore (nella specie, da rapina a furto). La seconda è che molte incompatibilità colpiscono nell'udienza preliminare, o nella fase di apertura del

dibattimento, e sulla base di provvedimenti che non attengono al complesso della *regiudicanda* (esempio: rigetto della richiesta di patteggiamento, che non implica un giudizio di colpevolezza, specie quando si fonda solo sulla ritenuta erroneità nella ricostruzione o nella riqualificazione del fatto).

Può essere ricordata una decisione, la sentenza n. 453 del 1994, che aveva introdotto una fattispecie di incompatibilità per il caso del giudice il quale, dissentendo dalla ricostruzione del fatto in base agli atti dell'indagine preliminare, abbia rigettato la richiesta di oblazione. La Corte non ha trascurato il precedente, facendo notare che nel caso in questione il giudice compie «una valutazione complessiva delle indagini preliminari».

È possibile che la Corte abbia inteso distinguere, tra le valutazioni «preliminari», tra quelle che attengono ad istituti di carattere processuale e decisioni sui profili sostanziali del caso. In ogni caso, e come anticipato, la sua decisione è stata nel senso della infondatezza della questione sollevata. Dunque, **nessuna incompatibilità** del giudice monocratico che provveda ex art. 33-*septies* c.p.p., **finanche se abbia assunto un provvedimento cautelare.**



Poche parole per ricordare una decisione assai significativa sul piano della **difesa tecnica**, e cioè la sopravvenuta inidoneità dei **praticanti avvocati** ad essere designati quali **difensori di ufficio** nei procedimenti concernenti i reati già di **competenza del pretore.**

In particolare, l'art. 8, secondo comma, del regio decreto-legge 27 novembre, 1933, n. 1578 (Ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore), come convertito e più volte modificato, stabiliva che i praticanti procuratori, dopo un anno dalla iscrizione nel registro speciale loro riservato, fossero ammessi, per un periodo non superiore a sei anni, ad esercitare il patrocinio davanti ai tribunali del distretto nel quale è compreso l'Ordine circondariale che teneva il registro suddetto, limitatamente ai procedimenti che, in base alle norme vigenti anteriormente alla data di efficacia del decreto legislativo di attuazione della legge 16 luglio 1997, n. 254, rientravano nelle competenze del pretore.

La Consulta ha dichiarato la norma **costituzionalmente illegittima** con la **sentenza n. 106 del 2010**. Secondo la Corte la norma censurata comprometteva l'effettività della difesa d'ufficio, poiché all'indagato o all'imputato avrebbe potuto essere assegnato, senza il concorso della sua volontà, un difensore che non aveva percorso l'intero iter abilitativo alla professione, ed oltretutto, nel caso di nomina a favore dell'irreperibile, sarebbe stata finanche esclusa la possibilità di porre rimedio all'inconveniente mediante la sostituzione con un difensore di fiducia.

Inoltre, la differenza tra il praticante e l'avvocato iscritto all'albo si apprezzerebbe non solo sotto il profilo - prospettato dal rimettente - della **capacità professionale** (che, nel caso del praticante, è in corso di maturazione), ma anche sotto l'aspetto della **capacità processuale**, intesa come legittimazione ad esercitare, in tutto o in parte, i diritti e le facoltà proprie della funzione defensionale: infatti, il praticante iscritto nel registro, pur essendo abilitato a proporre dichiarazione di impugnazione, non può partecipare all'eventuale **giudizio di gravame** e si trova, altresì, nell'impossibilità di esercitare attività difensiva davanti al **tribunale in composizione collegiale**, competente in caso di richiesta di riesame nei giudizi cautelari.

Questi limiti, secondo la Corte, sarebbero tollerabili quando connessi ad una scelta fiduciaria dell'imputato, al quale del resto resterebbe la possibilità di rimuoverli con una nomina diversa. Di contro, per l'imputato sprovvisto di difensore di fiducia, e magari irreperibile, alla designazione di un praticante si connetterebbe una sperequazione non giustificata rispetto ad altri soggetti difesi da un avvocato (la Corte, per altro, ha considerato la questione *ex art. 3* assorbita in quella fondata sull'*art. 24 Cost.*).

Restiamo sul terreno del diritto alla difesa tecnica dando conto di un'altra recente decisione della Corte, che ha riguardato la preclusione di accesso al **patrocinio a spese dello Stato** per coloro che fossero stati **condannati**, in precedenza, per taluni reati, tra i quali naturalmente primeggia l'**associazione mafiosa o per il narcotraffico**.

È appena il caso di ricordare, in premessa, che quello alla difesa è qualificato come diritto inviolabile, e che lo stesso *art. 24* della Costituzione, al terzo comma, impone che vengano assicurati ai **non abbienti** i mezzi necessari per agire e difendersi. In questo contesto, cioè nell'area di popolazione che si trova in condizione di non abbienza, non sono evidentemente consentite discriminazioni, che violerebbero ad un tempo il diritto di difesa ed il principio di uguaglianza dei cittadini innanzi alla legge.

Naturalmente è non solo diritto, ma anche dovere dello Stato (nell'ottica della buona amministrazione e del risparmio di risorse pubbliche) accertare che chi richiede l'accesso al beneficio sia effettivamente privo di mezzi per pagare il difensore tecnico. E sembra chiaro - in generale, ma a maggior ragione nel nostro Paese - come non sia necessario, e sia anzi sconsigliabile, un riferimento esclusivo ad **autocertificazioni** od alle stesse **risultanze tributarie**.

In questo senso fu comunque risolutivo l'intervento della Consulta, con la **sentenza n. 144 del 1992**, della quale conviene citare il passaggio decisivo:

*«Pertanto - diversamente da quanto ritiene il giudice rimettente - rilevano anche redditi che non sono stati assoggettati ad imposta vuoi perché non rientranti nella base imponibile, vuoi perché esenti, vuoi perché di fatto*

*non hanno subito alcuna imposizione. Quindi rilevano anche **redditi da attività illecite** - che, secondo una recente giurisprudenza (Cass. pen. 22 marzo 1991 n. 3242), non sono sottoposti a tassazione - ovvero redditi per i quali è stata elusa l'imposizione fiscale; tutti tali redditi sono poi accertabili con gli ordinari mezzi di prova, tra cui le presunzioni semplici previste dall'art. 2739 c.c. (quali il tenore di vita ed altri fatti di emersione della percezione di redditi)».*

Il concetto è stato in seguito ribadito, specie per quanto riguarda i **redditi da illecito**, sia dalla giurisprudenza costituzionale che da quella ordinaria, ed è comunemente accolto in dottrina. Si fa notare, tra l'altro, come la legge – dopo lunghe discussioni sulla relativa assoggettabilità ad imposta (cui si fa cenno anche nel passaggio appena citato della sentenza n. 144) – abbia positivamente stabilito che i redditi in questione sono **soggetti all'imposizione fiscale** (comma 4 dell'art. 14 della legge 24 dicembre 1993, n. 537).

Non pare allora discutibile – a maggior ragione dopo la sentenza in commento – che il procedimento probatorio relativo all'**accertamento del reddito**, ai limitati fini della verifica circa il diritto di accesso al patrocinio, possa anche fondarsi su **presunzioni**.

La legge sul patrocinio per i non abbienti ne ha conosciute essenzialmente tre. La prima e più «tradizionale» concerne coloro ai quali sia contestato un **reato tributario**, che sono esclusi, *iuris et de iure*, dall'accesso al beneficio.

La *ratio* della disposizione si fonda evidentemente su una presunzione di inattendibilità delle certificazioni riguardanti il reddito, se non addirittura sulla asserita necessità di coerenza d'un sistema fiscale che non potrebbe aiutare gli imputati a difendersi contro le sue stesse pretese. A me pare che la preclusione, sancita al comma 9 dell'art. 1 della legge n. 217 del 1990, e oggi stabilita al comma 1 dell'art. 91 del t.u n. 115 del 2002, sia **fortemente dubbia** dal punto di vista della legittimità costituzionale. Così la pensa gran parte della dottrina, e così sembra pensarla la stessa Consulta, la quale, pur essendo sempre «riuscita» a non pronunciarsi nel merito per ragioni di inammissibilità delle questioni sollevate, ha ristretto la base applicativa della disposizione, escludendo che chi sia condannato per un reato tributario resti escluso dal patrocinio per futuri procedimenti a diverso oggetto (ordinanza n. 94 del 2004). Nondimeno, proprio il carattere ancora indimostrato dell'accusa di aver frodato il fisco rende particolarmente discutibile la mancata assistenza ad un soggetto che proprio da quella accusa è chiamato a difendersi.

Un secondo tipo di presunzione opera sempre a partire dal tenore dell'accusa nel procedimento per il quale è richiesta l'assistenza, e si fonda su una *ratio* di inattendibilità delle risultanze concernenti il reddito (anche se non manca certamente, in parte almeno dei legislatori, una logica di stigmatizzazione). Alludo qui alla disciplina introdotta nel 2001 per i **delitti di criminalità organizzata** (quelli più precisamente elencati nel comma 3-bis dell'art. 51 c.p.p.): quando l'imputazione rientra nella previsione, il giudice non solo può, ma deve richiedere conferme positive

dell'autocertificazione del richiedente, rivolgendosi tra l'altro a fonti particolarmente qualificate. Ci avviciniamo così al caso che qui interessa, ma con differenze significative: la «tipologia d'autore» è conformatata sull'accusa, e non sui precedenti, e comunque condiziona il procedimento probatorio, rendendolo più affidabile, senza escludere dal beneficio l'accusato che risulti effettivamente non abbiente.

Proprio una **logica per «tipo d'autore»**, invece, ha mosso la riforma oggi neutralizzata dalla Corte costituzionale, la quale ha dichiarato illegittima la **presunzione di eccedenza del reddito**, nella parte in cui non ammette la prova contraria: si tratta della **sentenza n. 139 del 2010**,

Norma censurata era l'art. 76, comma 4-*bis*, del d.P.R. n. 115 del 2002, che comprende le disposizioni in materia di spese di giustizia, e regola, tra l'altro, la materia del patrocinio a spese dell'erario.

Stabilendo le «condizioni di ammissione» al beneficio, per quanto concerne i limiti di reddito (attualmente fissati, nel primo comma, sulla soglia di 10.628,16 euro, in relazione all'ultima dichiarazione), la legge, attraverso il menzionato comma 4-*bis*, statuiva:

**4-bis.** Per i soggetti **già condannati con sentenza definitiva** per i reati di cui agli articoli 416-*bis* del codice penale, 291-*quater* del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, e 74, comma 1, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonché per i reati commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, ai soli fini del presente decreto, **il reddito si ritiene superiore ai limiti previsti.**

I reati elencati nella norma sono genericamente riferibili alla **criminalità organizzata**, ma non in tutti i casi. Dell'art. 416-*bis* c.p. e dell'art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990 è inutile dire: si tratta, rispettivamente, della **associazione di tipo mafioso** e della **associazione finalizzata al narcotraffico**. L'art. 291-*quater* del d.P.R. 43 del 1973 riguarda l'ipotesi della **associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi** lavorati esteri. La norma poi, pur senza menzionarla, aggiunge all'elenco preclusivo la fattispecie **aggravante del «metodo mafioso»**, delineata all'art. 7 del decreto-legge n. 152 del 1991, il cui primo comma stabilisce, appunto, un aggravamento di pena per qualunque reato commesso avvalendosi delle condizioni di intimidazione descritte nell'art. 416-*bis* od al fine di agevolare le organizzazioni mafiose. Meno ineluttabile, anzi del tutto eventuale, il collegamento con la criminalità organizzata dell'ulteriore fattispecie di **detenzione illecita di stupefacenti**, che anche nella forma aggravata (art. 80) può comprendere fatti «bagatellari» o quasi (*infra*).

La disposizione censurata è stata innestata nel corpo dell'art. 76 dalla legge n. 125 del 2009, di conversione del decreto-legge n. 92 del 2008, con

il quale, nell'attuale legislatura, è stato introdotto il primo «pacchetto sicurezza».

Ora, l'interrogativo posto da una norma del genere è molto semplice: che facciamo per il **condannato** in ordine ad uno dei reati in questione nel caso che sia **effettivamente privo di mezzi**? È davvero possibile escluderlo dall'accesso al beneficio in base ad uno stigma, secondo una logica emersa in qualche caso chiaramente lungo il corso dei lavori parlamentari? E d'altra parte, se la *ratio* della disposizione consta d'una presunzione di abbenza fondata sulla qualità dei reati commessi nel passato, detta **presunzione** risulta **attendibile** in ogni caso, al punto da non ammettere la prova contraria?.

La Corte ha stabilito in molteplici occasioni che le presunzioni assolute operate al fine di limitare un diritto essenziale della persona violano il principio di uguaglianza, quando sono arbitrarie o irrazionali, cioè non rispondono all'*id quod plerumque accidit*.

In realtà **non è affidabile**, quanto alla norma oggi in esame, neppure la presunzione che l'appartenenza ad associazioni criminali comporti il conseguimento di un reddito apprezzabile e continuativo. È risaputo che la manovalanza riceve in larghe zone del territorio somme corrispondenti ad uno stipendio di sopravvivenza. Non a caso la giurisprudenza ordinaria – da sempre ispirata da un criterio di effettività e di concretezza della verifica – aveva escluso che potessero trarsi sicure deduzioni, in punto di eccedenza del reddito, dalla pertinenza dell'imputazione a reati di mafia, o, *mutatis mutandis*, dalla pregressa condanna per reati tributari. Dipende dunque dal tipo di associazione e dal ruolo dell'associato. Una distinzione che la norma censurata aveva il preciso scopo di precludere. Lo stesso legislatore ha colto il problema, escludendo dal trattamento discriminatorio i meri partecipi delle associazioni per il narcotraffico. Ma non è detto affatto che queste associazioni producano redditi inferiori a quelle di tipo mafioso od a quelle di contrabbandieri, anzi ...

Fuori dalla dimensione prettamente associativa, la presunzione colpiva **qualunque reato aggravato ex art. 7** del decreto-legge n. 152 del 1991. Dunque qualunque reato, perfino una contravvenzione, sol che fosse compiuta avvalendosi delle condizioni di intimidazione connesse al fenomeno mafioso o al fine di agevolare l'associazione criminale. Qualunque reato, perfino un favoreggiamento od una falsa testimonianza dettata dalla paura di ritorsioni, e plausibilmente non retribuita in alcun modo. Che reati di questo genere debbano necessariamente produrre un «reddito» superiore agli 11.000 euro era implicazione davvero azzardata.

Ma v'era ancora di più. La norma censurata colpiva la **detenzione illegale di stupefacenti** (compresa quella delle cd. «droghe leggere) anche al di fuori da qualunque contesto di criminalità organizzata. È vero che doveva ricorrere l'aggravante di cui all'art. 80 del d.P.R. n. 309 del 1990. Ma tale previsione contiene addirittura fattispecie ove per definizione è **escluso il conseguimento di un reddito** (cessione operata in cambio di



prestazioni sessuali), o fattispecie che non sono neppure indirettamente sintomatiche di una particolare rilevanza o redditività dell'illecito (cessione in prossimità di un ospedale, di una caserma o di una scuola).

Per essere chiari, la presunzione operava anche a carico di un giovane che avesse ceduto gratuitamente uno «spinello» ad un compagno di studi sulla strada per tornare a casa dopo le lezioni ...

**L'irragionevolezza del meccanismo presuntivo**, che sembra già abbondantemente emersa, appare in tutta la sua portata considerando che l'effetto della condanna si **protraeva per tutta la vita** dell'interessato. I fatti sopra descritti, dunque, dovrebbero secondo *l'id quod plerumque accidit* non solo documentare un reddito di un certo livello (non elevato, e però difficilmente conseguibile con un solo reato ...), ma documentare anche che quel reddito era **disponibile nell'anno antecedente all'istanza per il patrocinio**, anche quando siano magari trascorsi lustri e lustri dal reato preclusivo.

Ciò che non poteva accettarsi era la irrilevanza finanche della **prova contraria** alla presunzione. Per inciso (ed un inciso in tal senso si legge anche nella sentenza in esame) la logica del nuovo legislatore esprime assoluta sfiducia nella **funzione rieducativa della pena**, o comunque nella possibilità di emenda del reo, che non è affatto un'eventualità solo teorica, neppure quando si tratta di reati gravi. Perfino un reo formalmente riabilitato restava escluso da ogni possibilità di accesso al patrocinio.

La presunzione di attualità del reddito illecito, d'altra parte, non trovava conforto neppure nella qualità della imputazione attuale, perché la preclusione operava per l'assistenza difensiva necessaria in processi aventi ad oggetto qualunque tipo di reato, anche del tutto eterogeneo rispetto alle attività della criminalità organizzata, e finanche nei giudizi civili ed amministrativi.

Resta poco da aggiungere. La Corte non ha affatto disconosciuto la possibilità per il legislatore di introdurre **presunzioni** che si fondino sulla ritenuta lucrosità di determinate tipologie di reato. Tuttavia tali presunzioni devono ammettere la **prova contraria**.

Questo non rende affatto inutile la disposizione «residua», perché quella sorta di presunzione favorevole che accompagna normalmente l'autocertificazione del richiedente è, nel caso di pregiudicati per i reati previsti dalla norma, addirittura ribaltata, e sarà necessario acquisire elementi positivi di conferma della indisponibilità di un reddito adeguato. Elementi che dovranno essere tanto più stringenti, com'è ovvio, quanto più ragionevole risulti, nel caso concreto, la presunzione dell'esistenza di redditi illeciti (in base alla qualità di ruolo associativo, al tempo trascorso dalla condanna, al tipo di reato, ecc.)

La Corte ha avuto cura di aggiungere un espresso riferimento al dovere del giudice di verificare le allegazioni difensive, «avvalendosi di ogni necessario strumento di indagine»

Ecco una opportuna citazione testuale:

*Certamente non potrà essere ritenuta sufficiente una semplice auto-certificazione dell'interessato, peraltro richiesta a tutti coloro che formulano istanza di accesso al beneficio, poiché essa non potrà essere considerata «prova contraria», idonea a superare la presunzione stabilita dalla legge. Sarà necessario, viceversa, che vengano indicati e documentati concreti elementi di fatto, dai quali possa desumersi in modo chiaro e univoco l'effettiva situazione economico-patrimoniale dell'imputato.*

*Rispetto a tali elementi di prova, il giudice avrà l'obbligo di condurre una valutazione rigorosa e allo scopo potrà certamente avvalersi degli strumenti di verifica che la legge mette a sua disposizione, anche di quelli, particolarmente penetranti, indicati all'art. 96, comma 3, del d.P.R. n. 115 del 2002. La ratio della relativa previsione – che concerne le richieste di accesso al patrocinio a spese dello Stato da parte degli imputati per uno dei reati previsti dall'art. 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale – è certamente valida anche per le fattispecie oggetto del presente giudizio.*



Restiamo su un terreno assai significativo, specie in tempi di sfiducia del legislatore riguardo all'esercizio di ampia discrezionalità da parte dell'autorità giudiziaria, e dunque discutiamo ancora del ricorso alle presunzioni per la disciplina di determinati istituti processuali.

Si è visto poco sopra come la Corte abbia condizionato la legittimità delle **presunzioni assolute**, in materie che incidano su diritti fondamentali della persona, solo a condizione che le stesse si fondino su elevate frequenze statistiche, cioè corrispondano all'*id quod plerumque accidit*. Poiché non v'è forse diritto più fondamentale della libertà personale, il legislatore dovrebbe guardare con estrema cautela alle presunzioni in questa materia. Ma così non è stato, nell'inseguimento, probabilmente vano, dell'obiettivo di un contenimento generalizzato di alcune gravi forme di devianza.

In epoca moderna, e per limitarsi in questa sede ai casi di **restrizione cautelare della libertà**, il ricorso alle presunzioni si è articolato soprattutto in due direzioni. La prima concerne la **pericolosità dell'indagato**, che a vario titolo (e con maggiore o minor forza della presunzione) può essere collegata, sul piano astratto, al titolo del reato in contestazione, oppure ai precedenti dell'interessato. In una prospettiva diversa ma connessa, la presunzione può essere costruita riguardo all'**inadeguatezza di determinate misure** contenitive dell'indagato pericoloso.

Il codice vigente era partito senza presunzioni su entrambi i piani indicati, dovendosi dimostrare volta per volta sia la pericolosità dell'accusato che la inadeguatezza di misure non detentive o comunque non carcerarie. Poi il duro scontro con il principio di realtà (e con i noti accadimenti del 1991). Inutile qui ricostruire in dettaglio l'evoluzione della materia. Conviene piuttosto focalizzare l'assetto normativo consolidatosi all'inizio del 2009, con il decreto-legge n. 11 del 2009 e con la relativa legge di conversione (n. 38 del 2009).

Esisteva una serie di gravi reati (quelli dei commi 3-*bis* e 3-*quater* dell'art. 51 c.p.p.) per i quali il legislatore aveva operato anzitutto una **presunzione relativa di pericolosità** dell'accusato. Questi infatti doveva essere assoggettato a trattamento cautelare a meno che non fossero acquisiti elementi tali da dimostrare l'assenza di esigenze cautelari. Un tipico ribaltamento dell'onere della prova (a questo servono le presunzioni relative): l'indagato sarà considerato pericoloso salvo prova contraria.

La stessa norma (il comma 3 dell'art. 275 c.p.p.) stabiliva poi una **presunzione assoluta di inadeguatezza delle misure alternative** alla custodia in carcere: una volta ravvisata la pericolosità (*rectius*: una volta constatata l'assenza di prove favorevoli all'indagato in punto di pericolosità), si doveva applicare la massima misura restrittiva, quand'anche vi fossero elementi per ritenere l'efficacia di cautele meno afflittive per il bene della libertà.

La **riforma del 2009**, cui sopra si è fatto cenno, aveva esteso il regime appena indicato all'omicidio e ad alcuni gravi reati sessuali (artt. 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p.), salvo che gli stessi fossero attenuati dalle circostanze specifiche previste dalle stesse fattispecie incriminatrici.

Come si ricorderà, e come già era accaduto all'epoca di introduzione dello stesso regime per altri reati, si è posto il problema del trattamento di persone che, per i reati medesimi, si trovassero sottoposti a misure non carcerarie al **momento di entrata in vigore** della novella. All'inizio degli anni '90 vi era stato un serio conflitto di giurisprudenza, parendo ad alcuni che le misure in corso potessero protrarsi invariate, e ad altri che le stesse misure, invece, dovessero essere convertite nella custodia in carcere. A favore della soluzione più rigorosa si era poi pronunciate le **Sezioni unite** (Cass., Sez. Un., Sentenza n. 8 del 27/03/1992 Cc. (dep. 18/04/1992), Di Marco, in C.E.D. Cass, n. 190246).

Qualche sbandamento, nonostante i precedenti, si è registrato anche nella giurisprudenza seguita alla riforma del 2009, presso la stessa Corte suprema, che in un paio di occasioni si è pronunciata per la continuazione del trattamento cautelare più favorevole (Cass., Sez. 6, Sentenza n. 31778 del 08/07/2009 Cc. (dep. 31/07/2009), Turelli, Rv. 244264; Cass., Sez. 6, Sentenza n. 45012 del 06/10/2009 Cc. (dep. 24/11/2009), Di Blasi, Rv. 245474). Da ultimo **sembrava** essersi imposto l'orientamento contrario e **più rigoroso** (tra le più recenti, Cass. Sez. 1, Sentenza n. 44180 del 30/09/2009 Cc. (dep. 18/11/2009, Bartolomeo, Rv. 245673). L'applicazione della nuova disciplina ai reati commessi prima della sua entrata in vigore era stata pacificamente ritenuta anche dalla Corte costituzionale, con il provvedimento del quale subito si darà conto.

Tuttavia, nella camera di consiglio del **31 marzo 2011** (Pres. Lupo, Rel. Blaiotta, ric. P.m. in proc. Ambrogio), **le Sezioni unite penali** hanno stabilito che la **misura cautelare in corso di esecuzione**, applicata prima della novella codicistica che ha ampliato il catalogo dei reati per i quali vale la presunzione legale di adeguatezza esclusiva della custodia carceraria, **non può subire modifiche** solo per effetto del nuovo e più sfavorevole trattamento normativo.

Una parte della dottrina aveva anticipato l'esito del **revirement**, sulla base di considerazioni che, in attesa del deposito della motivazione, potrebbero essere utili per comprendere l'arresto delle Sezioni unite (v. G. ROMEO, *Alle S.U. la questione del regime intertemporale della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)).

Si è osservato in particolare che non avrebbe presumibilmente esercitato influenza la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 novembre 2003, **Pantano c. Italia**: «*Infatti quella pronuncia, peraltro risalente, si era limitata ad affermare, in un passaggio della motivazione, che "in mancanza di elementi che inducano a credere che l'accusato non avrebbe posto nessun reale pericolo, una presunzione come quella prevista dall'articolo 275.3 c.p.p. rischia di impedire al giudice di adattare la misura cautelare alle esigenze di ogni caso di specie e potrebbe quindi apparire eccessivamente rigida", ma che tuttavia "bisogna tenere conto del fatto che il procedimento a carico del ricorrente riguardava delitti legati alla criminalità di stampo mafioso. Ora, la lotta contro questo flagello può, in certi casi, portare all'adozione di misure che giustificano una deroga alla norma fissata dall'articolo 5, che mira a tutelare, prima di tutto, la sicurezza e l'ordine pubblico, nonché a prevenire la commissione di altri reati penali gravi. In questo contesto, una presunzione legale di pericolosità può essere giustificata, in particolare quando non è assoluta, ma si presta ad essere contraddetta dalla prova contraria"*».

*L'ordinanza che ha rimesso la questione alle Sezioni unite – si è osservato – giustamente poneva in evidenza «che l'ampliamento del novero dei reati ai quali è stata estesa la più severa disciplina della legge n. 38 del 2009 appare del tutto irrazionale e incoerente, e che la congruità dell'inasprimento è stata ritenuta dalla giurisprudenza costituzionale e sopranzionale solo con riferimento ai delitti di criminalità organizzata; ma è anche indubbio che non si rinvergono, nella decisione della Corte europea, elementi idonei ad escludere che l'estensione della normativa di maggior rigore anche ad altri fenomeni criminali, di pari o maggiore gravità, debba essere ritenuta automaticamente lesiva dell'art. 5, § 3, della Convenzione europea».*

Invece si preconizzava un deciso influsso proprio per la sentenza della Consulta che stiamo commentando, cioè la **sentenza n. 265 del 2010**: «*Non sfuggirà il rilievo che, nella citata sentenza, la Consulta, ritagliando la decisione di illegittimità costituzionale in parte qua dell'art. 275, comma 3, c.p.p., sulle fattispecie di cui agli articoli 600-ter, primo comma, 609-ter e 609-quater del codice penale, oggetto dei procedimenti a quibus, non ha fatto cenno, neanche di passata, ad altri reati oggetto dell'ampliamento del regime di maggiore severità, limitandosi a stabilire l'illegittimità della mancata previsione dell'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, di soddisfacimento delle esigenze cautelari con altre misure.*

*Com'è evidente, il caso all'esame delle Sezioni unite è diverso, perché si tratta di stabilire se, in una ipotesi di omicidio pluriaggravato, una misura cautelare in corso di applicazione, diversa dalla custodia in carcere, debba essere sostituita da quest'ultima per il solo fatto che la legge sopravvenuta lo imponga, senza che sia consentito al giudice di continuare a ritenere la congruità della misura applicata in relazione alle esigenze cautelari del caso concreto, sulla base della considerazione che il diritto processuale incidente sulla libertà personale è da assimilare al diritto sostanziale, con la conseguenza della irretroattività della norma meno favorevole per l'imputato (in tal senso, si veda già Cass., sez. VI, 19 febbraio 1998, n. 595, in C.E.D. Cass., n. 211083).*

*D'altro canto, gli argomenti addotti venti anni fa dalle Sezioni unite e ruotanti sostanzialmente su un'interpretazione discutibile dell'art. 299 c.p.p., nonché sulla configurabilità della lex superveniens come fatto nuovo, sembrano fragili – come puntualmente evidenziato dalla pronuncia in rassegna – alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, mentre il principio del favor libertatis pare spingere la soluzione del quesito nel senso di una non reversibilità della misura cautelare meno grave in corso, pur a fronte di un mutamento legislativo in peius che non la consenta più in relazione al titolo di reato contestato».*

Orbene, con la **sentenza n. 265 del 2010**, la Consulta ha considerato, e parzialmente accolto, le censure mosse alla disciplina della cautela per i **reati sessuali**, con particolare riguardo alla seconda delle presunzioni

indicate, e cioè alla **presunzione assoluta di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere**.

La sentenza è anzitutto uno strumento di precisazione e di aggiornamento circa i **limiti costituzionali** del ricorso alla **carcerazione preventiva**, in un ordinamento segnato dalla presunzione di non colpevolezza. In nessun modo la cautela può perseguire le finalità tipiche della pena, e d'altra parte le necessità cautelari debbono essere assicurate secondo il principio del «**minore sacrificio necessario**». Dunque il criterio originario del codice (obbligo per il giudice di applicare la meno severa tra le misure utili allo scopo) costituiva diretta applicazione dei principi costituzionali, così come della giurisprudenza della **Corte di Strasburgo** (sentenze 2 luglio 2009, Vafiadis contro Grecia, e 8 novembre 2007, Lelièvre contro Belgio).

Ancor oggi la Corte, proprio con la sentenza in commento, si spinge ad osservare: «*Tratto saliente complessivo del regime ora ricordato – conforme al quadro costituzionale di riferimento – è quello di **non prevedere automatismi né presunzioni**. Esso esige, invece, che le condizioni e i presupposti per l'applicazione di una misura cautelare restrittiva della libertà personale siano apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta, alla stregua dei ricordati principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio, così da realizzare una piena "individualizzazione" della coercizione cautelare*».

Insomma, come si ricorda nella sentenza, le riforme del 1991 avevano introdotto un *vulnus* molto serio per i principi fondamentali della materia, di compatibilità costituzionale assai dubbia. Tanto questo è vero che, nel 1995, il novero dei reati soggetti al regime eccezionale era stato ristretto, di fatto incentrandosi sui fatti di **criminalità mafiosa** (salvo poi allargarsi nuovamente in epoca ancora successiva). La Corte ricorda come la normativa emergenziale fosse sopravvissuta (con fatica ..) al suo vaglio di legittimità proprio nella versione successiva al 1995 (**ord. n. 450 del 1995**).

In quella occasione erano stati posti due argini precisi: a) sul piano della **pericolosità individuale** non sono concepibili meccanismi presuntivi a carattere assoluto; b) sul piano di **adeguatezza delle misure** (il *quomodo*) le presunzioni assolute sono tollerabili, ma solo in quanto ragionevoli. In quanto riferite, cioè, a situazioni che nella generalità dei casi si palesano adeguate al trattamento introdotto con la norma presuntiva. Sul terreno in esame, a situazioni di pericolosità contenibile solo mediante la custodia in carcere. Ed infatti era risultata decisiva «la **delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso**», tenuto conto del «*coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato*» (una logica dello stesso genere aveva salvato la normativa emergenziale anche a Strasburgo: sentenza 6 novembre 2003, Pantano contro Italia).

Evidente lo **spostamento di logica** espresso dalle riforme sopravvenute, fino appunto al 2009. L'art. 275, comma 3, comprende ormai fattispecie poste a tutela di differenti beni giuridici, assai diversamente strutturate e con trattamenti sanzionatori anche notevolmente differenti (si pensi all'omicidio volontario, al sequestro di persona a scopo di estorsione, all'associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, ai delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione).

È ovvio che, con una dilatazione progressiva dell' oggetto della presunzione, **la relativa base empirica si sfalda**, cioè perde la capacità di assicurare una accettabile frequenza delle corrispondenze tra caratteristiche del caso concreto e previsione astratta. La Corte non poteva che citare la sentenza pronunciata poche settimane prima a proposito del **gratuito patrocinio** per le accuse di mafia: *«le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit»*. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa (sentenza n. 139 del 2010).

Nella prospettiva in esame, i reati sessuali non sono paragonabili ai crimini di mafia. Sono generalmente **fatti individuali**, e comunque – ferma restando la gravità che loro deriva dall'importanza del bene tutelato – si articolano (già a livello di fattispecie astratta) secondo una **scala molto ampia delle modalità** aggressive (dal lieve contatto fisico indesiderato al più violento degli stupri): *«ciò rende anche più debole la "base statistica" della presunzione assoluta considerata»*.

Neppure i livelli molto elevati delle pene edittali avrebbero potuto giustificare la scelta legislativa, non foss'altro per la piena discrezionalità giudiziale ancora esistente, in punta di scelta della misura cautelare, per reati con trattamento sanzionatorio ancora più elevato.

Ma la Corte non si è sottratta ad una dimensione «più sostanziale» del problema, considerando la giustificazione storicamente data al decreto-legge del 2009, e più in generale invocata dalla legislazione emergenziale (si pensi anche alla disciplina dell'immigrazione): l'**allarme sociale** impone trattamenti rigorosi per determinati fenomeni.

Ora, il legislatore è libero di modulare le strategie sanzionatorie anche in base alla mutevole percezione sociale di determinati beni; è la politica, non a caso, a governare anche il sistema di repressione penale dei comportamenti ritenuti devianti. Questo **attiene però alla pena** che la società, attraverso le proprie istituzioni rappresentative, ritiene congrua per determinati comportamenti. La riduzione dell'allarme sociale non può essere perseguita con la disciplina della custodia cautelare, perché **la qualità del trattamento riguarda i colpevoli**, e non coloro che sono accusati di un dato reato: ancora una volta, **la custodia non può anticipare funzioni tipiche della pena**.

Dunque la normativa censurata contrastava con l'art. 3 della Costituzione, ma anche con l'art. 13, primo comma, quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale, e con l'art. 27, secondo comma, Cost., in quanto attribuiva alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena.

Senonché, esercitando un *self restraint* già sperimentato a proposito del patrocinio a spese dell'erario per i reati di mafia, la Corte ha ritenuto intollerabile la presunzione solo per il suo **carattere assoluto**, di fatto riconoscendo al legislatore la possibilità di fondare sul titolo del reato modificazioni del regime di prova in punto di adeguatezza del trattamento cautelare. Si è ritenuto in altre parole ragionevole che per i reati sessuali non attenuati **si presuma la necessità della custodia** in carcere, stabilendo però che la presenza di elementi sintomatici di una pericolosità ridotta (*rectius*: contenibile mediante misure meno gravi) possa condurre il giudice ad un trattamento differenziale. Insomma, la presunzione assoluta si è trasformata in **presunzione relativa**.

Una soluzione ispirata al criterio del «minimo sacrificio necessario» della discrezionalità legislativa. Una soluzione che un legislatore attento dovrebbe attentamente valutare ed apprezzare. Non foss'altro per evitare nuovi casi di **eterogenesi dei fini**: l'irragionevole durezza del trattamento può spingere una parte dei giudici, ed è storicamente avvenuto, a negare i presupposti del trattamento medesimo (per essere chiari, a presentare come positivamente non pericolosi soggetti per i quali, in verità, un trattamento cautelare non detentivo avrebbe di molto giovato).

Per maggior precisione riporto il complesso dispositivo della sentenza in questione:

*dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.*



Sono passati ormai quasi due anni dalla pronuncia della **sentenza n. 184 del 2009**, ma l'argomento cui si riferisce è talmente importante da

consigliarne l'ulteriore trattazione, come del resto dimostra l'attualità della serrata polemica dottrinale che ne è scaturita.

La Corte ha risolto una questione «storica» in materia di **giudizio abbreviato**, che più volte, in precedenza, era stata «elusa», e per farlo ha affrontato con risolutezza il tema dei temi, cioè la **nozione di contraddittorio** accolta nel rinnovato art. 111 della Costituzione.

Il problema specifico riguarda la **utilizzabilità degli atti di indagine difensiva**. È particolarmente sentito nei casi in cui il difensore produce gli esiti delle proprie investigazioni, che magari sconvolgono la base cognitiva per il giudizio, ed immediatamente dopo chiede l'accesso incondizionato al rito speciale. La richiesta, se non affetta da inammissibilità procedurale, deve essere accolta dal giudice. Ed al **pubblico ministero** – così almeno si ritiene generalmente – non spetta neppure quel **diritto alla controprova** che la legge gli riconosce in una situazione sostanzialmente assimilabile, e cioè quando il giudizio abbreviato viene chiesto a condizione che il giudice ammetta la produzione difensiva.

La Corte, come accennavo, era già stata più volte investita del tema, dando luogo ad una serie di pronunce di **inammissibilità** non prive di indicazioni ermeneutiche, e per altro ormai superate dal provvedimento più recente. Conviene segnalare, comunque, che era stata già scartata una delle opzioni dottrinali (talvolta riprese dalla giurisprudenza di merito), e cioè quella della inutilizzabilità degli atti di indagine difensiva nel rito abbreviato (sentenza n. 57 del 2005).

A ben guardare, si pongono **due ordini di problemi**, connessi ma distinti. Il primo si concreta quando vi è una **stretta sequenza** tra produzione difensiva e giudizio, così da investire il tema del diritto a contraddire, con specifico riguardo all'ambito delle **prove a sorpresa**. Un secondo profilo è più generale, e prescinde dalla stessa possibilità di una reazione della pubblica accusa e delle parti eventuali del giudizio: un **atto formato unilateralmente** viene utilizzato senza il consenso della parte rimasta esclusa dalla sua assunzione, né quello diretto (come può avvenire in caso di accordo sulla prova) né quello indiretto che potrebbe esprimersi attraverso la partecipazione al negozio introduttivo del rito, ormai notoriamente riservato al solo imputato.

Nel caso sottoposto alla Corte il rimettente aveva colto soprattutto il secondo degli aspetti segnalati, tanto che il *petitum* si era risolto nella richiesta che la Corte dichiarasse inutilizzabili gli atti di indagine difensiva nel giudizio abbreviato. Ma la decisione è stata nel senso della **infondatezza della questione**, sollevata con riguardo all'art. 442, comma 1-*bis*, del codice di procedura penale, «richiamato dall'art. 556, comma 1», del medesimo codice, in riferimento agli artt. 3 e 111, secondo e quarto comma, della Costituzione, «*nella parte in cui prevede l'utilizzabilità, nel giudizio abbreviato, ai fini della decisione sul merito dell'imputazione - in assenza di situazioni riconducibili ai paradigmi di deroga al contraddittorio dettati dall'art. 111, quinto comma, Cost. - degli atti di investigazione difensiva a contenuto dichiarativo, unilateralmente assunti*».



La Corte si è mossa notando come il rimettente abbia contestato in generale il regime di utilizzabilità degli atti di indagini difensiva, prescindendo da quella **sequenza procedurale** (produzione-ammissione del rito-divieto di controprova) che provoca, in realtà, il **vulnus più vistoso** per il principio di parità tra le parti e per il «diritto al contraddittorio» del pubblico ministero. Ciò implica per inciso – ed a mio parere – che non può considerarsi chiusa (anche per l'avvertenza espressa della Corte a questo proposito) una questione strettamente connessa alla sequenza indicata, sebbene risulti assai difficile la sua impostazione (quanto tempo prima del giudizio abbreviato devono essere prodotti gli atti difensivi affinché non si possa parlare di prova «a sorpresa» per il pubblico ministero?).

Ciò premesso, la sentenza interviene con estrema decisione sulla tesi della **doppia accezione del contraddittorio** nel sistema costituzionale. Non è possibile riprendere qui il complesso dibattito dogmatico, ed i precedenti (sempre meno «favorevoli») della stessa Consulta, sulla relazione intercorrente tra il quarto ed il quinto comma dell'art. 111 Cost. Nella prospettazione del rimettente il quarto comma recepisce l'idea del **contraddittorio come metodo**, cioè come strumento cognitivo particolarmente affidabile, con una **valenza oggettiva**, in quanto tale non liberamente e indiscriminatamente disponibile da parte dell'imputato. Una concezione strettamente correlata, com'è ovvio, al principio di parità tra le parti sancito al secondo comma dello stesso art. 111 Cost.. Questa stessa disposizione, al quinto comma, configurerebbe deroghe a **valenza soggettiva** in favore dell'imputato, fondate sulla sua volontà, e come tali non suscettibili di produrre effetti a carico delle parti contrapposte.

Il rimettente ha preso spunto dalle critiche che **illustri processualpenalisti** (soprattutto Glauco Giostra e Giulio Ubertis) hanno formulato con riguardo alla riforma dell'art. 111 Cost., ed in particolare al tenore del quinto comma, che sarebbe frutto di un «infortunio linguistico» del legislatore costituente. La premessa del discorso è che il principio del «contraddittorio nella formazione della prova», enunciato dal c. 4 dell'art. 111 Cost. con specifico riferimento al processo penale – c.d. contraddittorio “forte”, il quale postula (al lume dell'opinione dominante) che le parti siano poste in grado di partecipare attivamente al momento genetico della prova, e non soltanto di formulare a posteriori valutazioni sull'elemento acquisito da una di esse in assenza dell'altra (contrapponendosi, per tal verso, al più generico principio dello svolgimento del processo in contraddittorio – *audiatur et altera pars* – che a mente del c. 2 deve improntare ogni tipo di processo) – rappresenterebbe una «garanzia metodologica oggettiva»: garanzia basata sulla convinzione che la formazione della prova *coram partibus* (e alla presenza del giudice) sia il metodo che offre le maggiori *chances* di corretto accertamento dei fatti.

**In quest'ottica, il contraddittorio nella formazione della prova, in quanto valore funzionale al processo in sé, non sarebbe disponibile “unilateralmente” da alcuna delle parti.**

La previsione del c. 5 dell'art. 111 Cost. – allorché evoca una deroga basata sul «consenso» – sarebbe giustificabile, sul piano logico, solo nella prospettiva di dare ingresso a una fattispecie “vicaria”. Il consenso starebbe, cioè, a dimostrare la «superfluità» del contraddittorio: potendosi ragionevolmente presumere che la parte non rinuncerebbe alla elaborazione dialettica della prova, ove ritenesse che quest'ultima possa condurre a risultati difformi, e a lei più favorevoli, rispetto a quelli forniti dall'atto di indagine. *Conditio sine qua non* affinché il consenso possa operare in questa direzione sarebbe, tuttavia, che esso promani dalla parte contrapposta a quella che ha

unilateralmente raccolto l'elemento di indagine, e che risulterebbe, quindi, potenzialmente interessata ad escludere tale elemento dal materiale probatorio. Di conseguenza, l'imputato potrebbe prestare il suo consenso solo all'acquisizione degli elementi di indagine raccolti dal p.m. (mentre il consenso del p.m. a tale utilizzo sarebbe implicito nel fatto che si tratta di indagini da lui effettuate: onde si tratterebbe, in definitiva, di una rinuncia concordata). Il medesimo ragionamento non potrebbe valere, di contro, per le investigazioni difensive, risultando del tutto illogico – oltre che contrastante con la stessa valenza tecnico-giuridica del vocabolo «consenso» – che una parte possa abdicare al metodo del contraddittorio in rapporto ad elementi da lei stessa unilateralmente raccolti. All'impiego delle investigazioni difensive dovrebbe semmai consentire chi ha un interesse potenzialmente contrario: ossia il pubblico ministero. Siffatta conclusione verrebbe, d'altro canto, avvalorata dall'esigenza di una lettura coordinata dei c. 2 e 5 dell'art. 111 Cost.: diversamente opinando, infatti, si assisterebbe ad uno squilibrio tra le posizioni delle parti, inaccettabile al lume del principio di parità sancito dal citato c. 2.

Ma la Corte è andata di contrario avviso, ed è opportuno darne conto citando testualmente alcuni passi della motivazione:

*La constatazione che il principio del contraddittorio nella formazione della prova, enunciato dal primo periodo del quarto comma dell'art. 111 Cost., si traduca in un «metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio» (sentenza n. 32 del 2002) - così da evocare, secondo quanto affermato da questa Corte all'indomani della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, la «dimensione oggettiva» del contraddittorio stesso (sentenza n. 440 del 2000) - non è, di per sé, dirimente circa le prospettive di salvaguardia sottese alla garanzia in parola, configurata dal dettato costituzionale come tipica ed esclusiva del processo penale. [...] Come più di recente questa Corte ha rimarcato, difatti, «**a prescindere da qualsiasi considerazione sulla validità della concezione oggettiva del contraddittorio**», l'«**enunciazione del quarto comma dell'art. 111 Cost., secondo cui nel processo penale "la formazione della prova è regolata dal principio del contraddittorio"**, non comporta che il cosiddetto profilo oggettivo del medesimo non sia correlato con quello soggettivo e non costituisca comunque un aspetto del diritto di difesa», come attesta eloquentemente la circostanza che il successivo quinto comma, «**nell'ammettere la deroga al principio, fa riferimento anzitutto al consenso dell'imputato**» (sentenza n. 117 del 2007).*

*Catalogare i diritti sanciti dall'art. 111 Cost. in due classi contrapposte - ora, cioè, tra le «garanzie oggettive», ora tra quelle «soggettive» - risulta in effetti fuorviante, nella misura in cui pretenda di reinterpretare, in una prospettiva di protezione dell'efficienza del sistema e delle posizioni della parte pubblica, garanzie dell'imputato, introdotte nello statuto costituzionale della giurisdizione e prima ancora nelle Convenzioni internazionali essenzialmente come diritti umani.*

*Il senso della scelta costituzionale, sul versante che qui interessa, è in realtà immediatamente percepibile. Nel momento stesso in cui prevede una deroga basata sul «consenso dell'imputato» (e non già sul «consenso delle parti» o della «parte controinteressata»), ponendola per giunta al vertice della terna di ipotesi derogatorie ivi contemplate, il quinto comma dell'art. 111 Cost. rivela chiaramente che **il principio del contraddittorio nel momento genetico della prova rappresenta precipuamente** - nella volontà del legislatore costituente - **uno strumento di salvaguardia «del rispetto delle prerogative dell'imputato»** (in questi termini, si veda la sentenza n. 29 del 2009).*

*[...] Questa ultima previsione non implica, tuttavia, che il legislatore ordinario sia tenuto a rendere sistematicamente disponibile il contraddittorio nella*

*formazione della prova, prevedendone la caduta ogni qualvolta l'imputato manifesti una volontà in tale senso. L'enunciato normativo - «la legge regola i casi [...]» - si atteggia difatti, per tale verso, in **termini permissivi**: esso legittima, cioè, il legislatore ordinario a prevedere ipotesi nelle quali il consenso dell'imputato, unitamente ad altri presupposti, determina una più o meno ampia acquisizione di elementi di prova formati unilateralmente; e ciò, in particolare, ove si intenda assecondare esigenze di economia processuale, lasciando spazio - allorché il soggetto, nel cui precipuo interesse la garanzia è posta, ritenga di potervi rinunciare - ad istituti idonei a contenere i tempi occorrenti per la definizione del processo e le risorse in esso impiegate. Laddove è peraltro implicito che la fattispecie debba essere comunque configurata in maniera tale da assicurare **uno svolgimento equilibrato del processo**, evitando che la rinuncia al contraddittorio da parte dell'imputato pregiudichi a priori la correttezza della decisione.*

La Corte prosegue evidenziando i vari casi di accordo tra le parti sulla base cognitiva del giudizio. Il principio di parità non impone la piena reciprocità del consenso su ogni questione, perché questo **contrasterebbe con la lettera del comma quinto**. Esso piuttosto impegna «*il legislatore ordinario ad evitare che i presupposti e le modalità operative del riconoscimento all'imputato della facoltà di rinunciare alla formazione della prova in contraddittorio determinino uno squilibrio costituzionalmente intollerabile tra le posizioni dei contendenti o addirittura una alterazione del sistema*».

Ciò che non accadrebbe nel giudizio abbreviato: viene qui richiamata dalla Corte la sua stessa giurisprudenza sul **ruolo preminente del pubblico ministero** nella formazione del materiale cognitivo a monte del giudizio speciale; viene richiamato, inoltre, il principio di **completezza delle indagini**, per significare che il pubblico ministero, se diligente, dovrebbe aver raccolto prima della richiesta di rinvio a giudizio o della citazione a giudizio anche gli elementi utili per contrastare l'iniziativa difensiva.

È particolarmente significativo un ulteriore passaggio della motivazione, che evoca spunti mai del tutto approfonditi sulla **diminuita valenza epistemologica** degli atti valutati nel giudizio abbreviato: «*in questa prospettiva lo stesso imputato, rinunciando al contraddittorio nell'assunzione anche dei dati a sé favorevoli, rinuncia a consolidarne la valenza probatoria ad un livello più alto e certo, quale è indubbiamente quello appunto del contraddittorio*». La Corte non intende per altro distinguere l'affidabilità delle indagini difensive da quella delle indagini ufficiali: estende piuttosto ad entrambe un giudizio di efficienza dimostrativa diminuita, per l'assenza di un contraddittorio contestuale alla formazione dell'atto probatorio.



Restiamo sul terreno del **giudizio abbreviato**, per affrontare la disciplina – di recente rivoluzionata dalla Corte – riguardante l'accesso al rito nel caso di **contestazioni suppletive** effettuate, nella sede

dibattimentale, sulla base di elementi già disponibili al tempo della formulazione dei capi di accusa. Ciò che di seguito chiameremo, per comodità, «**contestazioni tardive**».

Il problema è noto e risalente. L'intervento di modifiche dell'imputazione nella fase dibattimentale può vulnerare la posizione dell'imputato in una duplice prospettiva: alterando il quadro in base al quale l'interessato aveva a suo tempo stabilito di non formulare domande di patteggiamento o di rito abbreviato per i reati posti ad oggetto della contestazione originaria; introducendo capi d'accusa per i quali, data la progressione del giudizio oltre le soglie preclusive fissate dalla legge, non potrebbe comunque essere richiesto l'accesso ad un rito speciale. Il sacrificio dell'interesse difensivo può sembrare ineluttabile, o almeno giustificabile, quando concerne contestazioni che non avrebbero potuto essere effettuate in precedenza, perché sorrette, appunto, da elementi di prova emersi solo nella fase dibattimentale del giudizio. Ma la conclusione può essere opposta, nella stessa logica, riguardo a contestazioni che avrebbero ben potuto essere modellate nel contesto della citazione o del provvedimento di rinvio a giudizio, quando ancora l'imputato avrebbe potuto tenerne conto nel valutare l'opportunità di una richiesta di accesso ai riti.

La questione non riguardava, ormai da molti anni, gli istituti dell'**applicazione della pena su richiesta** e dell'**oblazione**. Gli artt. 516 e 517 del codice di rito erano stati infatti dichiarati illegittimi nella parte in cui non consentivano la richiesta di patteggiamento ove la contestazione suppletiva intervenisse sulla base di elementi già acquisiti al momento di esercizio dell'azione penale, oppure se a suo tempo v'era stata richiesta dell'imputato rispetto alle contestazioni originarie (**sentenza n. 265 del 1994**). Analogamente le norme sono state dichiarate illegittime nella parte in cui non consentivano che l'imputato potesse sollecitare l'oblazione per reati oggetto della contestazione suppletiva, sempre che ricorressero le condizioni delineate agli artt. 162 e 162-bis c.p. (**sentenza n. 530 del 1996**). Alla base delle decisioni il rilievo che le valutazioni difensive circa la convenienza del rito speciale dipendono dalla impostazione che il pubblico ministero conferisce all'accusa, cosicché, quando l'imputazione deve essere modificata per un errore od una negligenza dello stesso pubblico ministero, la preclusione dell'accesso al rito sarebbe ingiustificatamente lesiva del diritto di difesa.

Le sentenze in questione dimostravano, con evidenza, la serietà del problema concernente la preclusione del **rito abbreviato** nel caso di contestazioni «tardive». Tuttavia la giurisprudenza costituzionale, anche nelle sue espressioni più recenti, non era giunta alla determinazione di «estendere» al giudizio in questione il meccanismo di remissione in termini introdotto per il patteggiamento. In una fase iniziale, anzi, la Consulta era parsa orientata nel senso che spettasse al legislatore, in ragione del connotato discrezionale dei meccanismi di raccordo tra giudizio ordinario e rito speciale, l'individuazione di una garanzia per l'imputato nei confronti delle variazioni apportate all'accusa senza elementi di novità sul piano probatorio. Il concetto era stato ribadito finanche nell'ambito della decisione che, invece, aveva imposto la remissione in termini per la richiesta di patteggiamento: la Corte aveva dichiarato inammissibile un'analogo questione concernente il giudizio abbreviato, prospettando ancora una volta la pertinenza alla discrezionalità legislativa delle scelte utili ad assicurare la pur necessaria tutela delle aspettative dell'imputato.

Era stata più volte reiterata, negli ultimi anni, l'istanza di una sentenza manipolativa che estendesse la possibilità di recupero del rito abbreviato in caso di modifiche «tardive» dell'imputazione. Si era però registrata, al proposito, una lunga serie di pronunce di inammissibilità, non fondate sull'asserito carattere discrezionale dell'addizione richiesta dai giudici a

*quibus*, quanto piuttosto su «vizi motivazionali » delle ordinanze di rimessione.

Era poi intervenuta l'**ordinanza n. 67 del 2008**, che conviene citare espressamente anche perché evoca un aspetto della questione particolarmente importante, in quanto proiettato sullo sfondo più generale della ammissibilità di una domanda «parziale» di giudizio abbreviato.

Esiste in effetti, nei casi di contestazione tardiva «aggiuntiva», una **duplice lesione degli interessi difensivi**: quello concernente il nuovo reato, per il quale il rito non ha potuto mai essere chiesto e mai potrà esserlo; quello concernente il reato di originaria contestazione: qui la facoltà di accesso è stata oggetto di rinuncia, ma in un contesto successivamente modificato per effetto delle contestazione suppletiva, con la possibilità che l'opzione iniziale risulti fortemente inopportuna (ad esempio per la gravità assai maggiore del nuovo reato). Non sempre è apparso chiaro che occorre stabilire – sempre sul presupposto di una “colpa originaria” del pubblico ministero – se la lesione del diritto di difesa assumesse rilievo solo per il **reato aggiuntivo**, o se dovesse ipotizzarsi una generalizzata rimessione in termini per **tutte le imputazioni**. Ipotesi quest'ultima problematica, sia perché concernente una scelta di rinuncia comunque effettuata dall'interessato, sia perché suscettibile di incidenza sulle dinamiche fisiologiche del processo (il p.m. potrebbe omettere la contestazione suppletiva proprio per evitare l'effetto in questione).

Non a caso, in linea generale, le domande di abbreviato per contestazione tardiva riguardano “solo” il reato posto ad oggetto della contestazione medesima. Ma si introduce, per tal via, un nuovo problema: quello della **definizione del processo con due riti diversi**.

Bene, con la citata ordinanza n. 67 del 2008 la Consulta aveva toccato un ulteriore profilo dell'intricata questione, quello della ammissibilità di richieste parziali di accesso al rito abbreviato. Il problema è risolto dalla giurisprudenza in senso negativo (contro il parere forse prevalente della dottrina). È chiaro però, per tornare al nostro tema, come l'imputato il quale solleciti il rito abbreviato solo per il “nuovo reato” formuli una «richiesta parziale». La Corte ne aveva preso atto per dichiarare inammissibile la questione sollevata dal giudice *a quo*, il quale non aveva valutato questo aspetto del problema, e dunque non aveva compiutamente dimostrato la rilevanza del dubbio prospettato. Al di là della questione di procedura riguardante il giudizio incidentale, è chiaro che la Corte, valorizzando un tale profilo, aveva finito con l'accreditare la tesi della **inammissibilità di richieste parziali di giudizio abbreviato**. Ma, come vedremo tra breve, c'è stato di recente quello che potremmo addirittura definire un **parziale revirement**.

Fin qui, per inciso, abbiamo discusso della contestazione suppletiva che aggiunga all'imputazione un nuovo capo di accusa. *Quid* per il caso che il pubblico ministero, sempre a fronte di elementi già desumibili all'atto della citazione o del rinvio a giudizio, modifichi l'imputazione preesistente attraverso la **contestazione di nuove circostanze**?

Con un provvedimento anche stavolta “nascosto” sotto le vesti dell'inammissibilità manifesta per ragioni procedurali (inammissibilità per altro evidentissima, dato che l'eccezione è stata

formulata in vista della mera eventualità d'una richiesta di giudizio abbreviato), la Corte sembra aver anticipato un giudizio molto netto sulla questione.

Per porre ciascuno in condizione di verificare un tale assunto, trascivo il brano pertinente della citata **ordinanza n. 67 del 2008**: «*pertanto - a prescindere da ogni rilievo riguardo al merito delle censure, e segnatamente quanto alla validità dell'assunto per cui, in rapporto ad una circostanza aggravante quale la recidiva (basata sui meri precedenti penali dell'imputato), la mancata tempestiva richiesta del rito alternativo non comporterebbe la libera assunzione del «rischio» della sua contestazione in dibattimento - la questione va dichiarata manifestamente inammissibile (con riferimento ad analogo quesito, si veda l'ordinanza n. 129 del 2003)*».

Come più volte anticipato, nel quadro descritto ha fatto irruzione, anzitutto, la **sentenza n. 333 del 2009**, la quale ha dichiarato l'**illegittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p.**, nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il **giudizio abbreviato** relativamente al **reato concorrente contestato in dibattimento**, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento di esercizio dell'azione penale. Inoltre, in applicazione dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (cd. autorimessione), è stata dichiarata l'**illegittimità costituzionale dell'art. 516 c.p.p.**, nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il **giudizio abbreviato** relativamente al **fatto diverso contestato in dibattimento**, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento di esercizio dell'azione penale.

C'era anzitutto il problema di rilevanza tanto «sottilmente» posto dalla ordinanza 67 del 2008. Altrettanto «sottilmente», il giudice rimettente ha «costretto» la Corte ad entrare nel merito, prosciogliendo anticipatamente l'imputato per il reato di originaria contestazione, e dunque facendo in modo che la richiesta «tardiva» di accesso al rito valesse potenzialmente ad esaurire l'intero giudizio. Ma ugualmente la Corte ha voluto dare un segnale per i casi, ben più numerosi, in cui la contestazione si aggiunge a reati ulteriori da definire con il medesimo giudizio. Qui la presa di posizione è chiara ed innovativa:

a. **La rimessione in termini riguarda unicamente la contestazione aggiuntiva.**

b. Non è «implausibile» la tesi che – solo in questo caso e dato il carattere patologico della situazione regolata – la **richiesta debba considerarsi ammissibile anche se comporta una definizione parziale** del procedimento.

Proviamo ora a riassumere il ragionamento della Corte in punto di legittimità della disciplina censurata. Punto di partenza è la (discutibile) scelta delle Sezioni unite – e di una giurisprudenza ampiamente maggioritaria – per la quale le **contestazioni suppletive** sono **ammissibili anche se tardive**, cioè svolte sulla base di elementi di prova non sopravvenuti all'atto di imputazione. L'opzione contraria avrebbe

naturalmente escluso il problema che ci occupa. Ebbene, la Corte ha preso atto dell'orientamento in questione (non senza un tono di blanda disapprovazione) e ne ha fatto il presupposto del proprio giudizio, pur senza definirlo «diritto vivente».

Così stando le cose, il **bilanciamento** tra l'esigenza di garantire la necessaria sensibilità dell'imputazione rispetto ai mutamenti del quadro cognitivo, ed il diritto dell'imputato di accedere ai riti speciali, non può trovare applicazione, attraverso la regola di inammissibilità della richiesta, nei casi in cui la contestazione tardiva dipende dalla negligenza (o peggio) del pubblico ministero.

Questa strada era già stata imboccata dalla Corte fin dal 1994, con la citata sentenza n. 265. La «manipolazione» degli artt. 516 e 517 c.p.p. non era stata estesa al rito abbreviato. Ma su quella decisione – rammenta la Corte – aveva pesato una ritenuta incompatibilità tra «procedura» tipica del rito e sede dibattimentale, oltre che la necessità di un articolazione discrezionale (e dunque necessariamente legislativa) del raccordo tra specialità del rito e carattere «ordinario» della sede di svolgimento.

Le cose sono cambiate dopo la cd. **legge Carotti**, soprattutto in forza del superamento del requisito di definibilità allo stato degli atti, e della collegata previsione di procedure per l'integrazione probatoria nel rito abbreviato. Ed ecco lo snodo decisivo: «a fronte dell'attuale assetto dell'istituto, il giudizio abbreviato non può più considerarsi incompatibile con l'innesto nella fase del dibattimento».

Anche questa non è certo una novità assoluta. Con la fondamentale sentenza n. 163 del 2009, deliberata allo scopo di garantire il diritto di accesso al rito (ed al corrispondente sconto di pena in caso di condanna) mediante forme di sindacato sulla decisione negativa del giudice delle indagini preliminari, la Corte aveva già creato le condizioni per lo **svolgimento del rito abbreviato nella sede dibattimentale**. Condizioni del resto ordinariamente ricorrenti, dopo la riforma del giudice unico, nel caso di procedimenti a citazione diretta o per direttissima. Ed ecco il passaggio conseguente: *«tali rilievi risultano estensibili, mutatis mutandis, anche alla fattispecie che qui interessa. L'accesso al rito alternativo per il reato oggetto della contestazione suppletiva “tardiva”, difatti, anche quando avvenga in corso di dibattimento, risulta comunque idoneo a produrre un effetto di economia processuale, giacché consente – quantomeno – al giudice del dibattimento di decidere sulla nuova imputazione allo stato degli atti, evitando il possibile supplemento di istruzione previsto dall'art. 519 cod. proc. pen. (quale risultante a seguito della sentenza n. 241 del 1992 di questa Corte)».*

Dunque «**rimessione in termini**» anche per il giudizio abbreviato, sia nel caso di **modifica dell'imputazione** (questione «autorimessa», come avvenuto nel 1994 per il patteggiamento) che nel caso di contestazione d'un **reato aggiuntivo**. Soluzione del resto necessaria – aggiunge la Corte – anche per eliminare la differenza di regime, in punto di recupero della facoltà di accesso ai riti alternativi di fronte ad una contestazione suppletiva “tardiva”, a seconda che si discuta di “patteggiamento” o di giudizio abbreviato: differenza che, nell'attuale panorama normativo, si

rivelava essa stessa fonte d'una discrasia rilevante sul piano del rispetto dell'art. 3 Cost.

Ma non è finita, perché, pur esprimendosi in termini di non fondatezza della questione sollevata, la Corte ha affermato nuovi importanti principi nella materia con la **sentenza n. 140 del 2010**.

Tanto per entrare subito nel merito, la Corte ha stabilito che **nel giudizio abbreviato** non sono ammissibili **contestazioni «tardive»**, neppure quando vi sia stata attività di integrazione della prova.

La soluzione opposta era stata accreditata da un paio di sentenze della Cassazione (sezione II, 9 giugno 2005-22 giugno 2005, n. 23466, e sezione V, 27 novembre 2008-18 febbraio 2009, n. 7047), secondo le quali, una volta disposta l'integrazione, il giudice dovrebbe ammettere nuove contestazioni non solo riguardo ai fatti di nuova percezione, ma anche riguardo a reati già risultanti dal quadro antecedente. Unica differenza: nel caso di tali contestazioni tardive non vi sarebbe neppure la facoltà di recesso, che invece l'art. 441-*bis* assicura all'imputato quando gli vengano elevate nuove imputazioni all'esito della integrazione probatoria.

Di qui la «idea» del giudice rimettente: perché non estendere la possibilità delle contestazioni tardive a prescindere da un provvedimento di integrazione della prova?

Ebbene, la Corte ha negato l'esistenza di quelle regole che il giudice *a quo* utilizzava come *tertia comparationis*. Il giudizio abbreviato è ancora un giudizio allo stato degli atti, e la sua dimensione «contrattuale» esige **stabilità dell'imputazione**. Per ragioni di economia processuale il legislatore del 1999 ha consentito che nuove emergenze possano indurre variazioni dell'accusa, che sono fisiologiche a fronte di attività istruttorie, ma sempre in un quadro di **sostanziale negozialità**, la quale si esprime, nel caso di specie, con la rinuncia dell'imputato ad interrompere il giudizio condotto mediante il rito abbreviato.

Dunque, secondo la Corte, l'indirizzo (ampiamente minoritario) che sopra si è richiamato **sbaglia due volte**: la prima quando pretende che il «negozio» possa essere mutato unilateralmente non per ragioni di adeguamento al *novum* ma per un ripensamento del pubblico ministero; la seconda quando pretende, addirittura, che, una volta ammessa la contestazione non sarebbe lasciata, all'imputato, neppure la possibilità di recesso che l'ordinamento invece gli accorda per le contestazioni non «tardive». La Corte si è spinta a dire che questa seconda regola, se davvero esistesse, sarebbe schiettamente incostituzionale.



A proposito del **decreto penale di condanna**, una importante conferma di orientamenti giurisprudenziali non ancora univoci riguardo alla richiesta



di patteggiamento o abbreviato in fase successiva all'opposizione. Si tratta della **ordinanza n. 55 del 2010**.

In pratica il rimettente lamentava che, dovendo la richiesta di accesso ai riti essere espressa con l'atto di opposizione, ed essendo l'opposizione necessaria entro un certo termine dalla notifica del decreto penale all'imputato, potesse determinarsi una preclusione in forza non già della scelta libera e consapevole dell'interessato, ma per la mancanza di un supporto tecnico in suo favore. Una situazione analoga, sempre secondo in giudice *a quo*, caratterizzava la sequenza successiva alla notifica del decreto di giudizio immediato, e la Corte era intervenuta con la nota **sentenza n. 120 del 2002**. Di fronte al rischio che il difensore (destinatario di mero avviso dell'udienza di rito immediato) prendesse cognizione del provvedimento solo dopo la scadenza del termine per le richieste concernenti i riti, la Consulta aveva dichiarato illegittimo l'art. 458, comma 1, cod. proc. pen. nella parte in cui prevedeva che il **termine entro cui l'imputato può chiedere il giudizio abbreviato** decorresse dalla notificazione del decreto di giudizio immediato, anziché dall'ultima notificazione, all'imputato o al difensore, rispettivamente del decreto ovvero dell'avviso della data fissata per il **giudizio immediato**. Una generalizzazione, tra l'altro, del principio valevole per tutte le impugnazioni (art. 585, comma 3, cod. proc. pen.). Ebbene – sosteneva il rimettente – una **analoga manipolazione** si sarebbe resa necessaria per la fase innescata dalla notifica del **decreto penale di condanna**.

La questione è stata dichiarata manifestamente inammissibile per varie ragioni. Ma qui ci interessa solo evidenziare la soluzione tecnica che la Corte ha inteso accreditare, sia pure dietro l'usuale schermo della mancata esplorazione delle possibilità di interpretazione adeguatrice.

La Corte è partita dalla constatazione che, a far tempo dal 2001, il decreto penale di condanna deve essere **notificato anche al difensore** (art. 460, comma 3, cod. proc. pen.). Si è affermato in giurisprudenza l'assunto che l'opposizione, atto riconducibile alla categoria dei mezzi di impugnazione, sia proponibile anche dal difensore. Su queste premesse una parte della giurisprudenza propone la soluzione che la Corte ha inteso accreditare, e cioè che già attualmente il **termine per l'opposizione** decorra **dall'ultima delle notifiche** tra quella effettuata all'imputato e quella riguardante il suo difensore.

Da notare che la questione non era scaturita da un problema di tardività dell'opposizione, ma dal fatto che una opposizione tempestiva era stata proposta senza contestuale richiesta di patteggiamento. Proponendo la «soluzione adeguatrice» della doppia decorrenza per questo specifico problema, la Corte evidentemente ha ritenuto che l'opposizione possa essere reiterata dal difensore, entro il termine di propria competenza, con una valida richiesta aggiuntiva di accesso al rito speciale.

Sempre a proposito del **decreto penale**, un provvedimento ancor più recente fronteggia il ricorrente tentativo di **snaturare l'essenza del rito**, la cui caratteristica costitutiva (e la cui valenza premiale) dipendono dalla

**posticipazione del contraddittorio** rispetto alla condanna, a fronte della mera richiesta in tal senso dell'interessato.

Nel caso di specie il rimettente, ricordando come a far tempo dal 1997 fosse previsto un **invito a presentarsi** quale condizione di legittimità della richiesta di rinvio a giudizio o della citazione a giudizio, avrebbe voluto introdurre un meccanismo analogo anche per la **fase conseguente all'opposizione** contro il decreto penale di condanna. Per comprendere la logica del *petitum* va chiarito che la **ordinanza di rimessione risale al marzo del 1999**, ed è stata inviata alla Corte costituzionale solo quest'anno. È questa la ragione per cui i *tertia comprationis* sono costruiti su norme obsolete, riguardo ad un meccanismo che oggi gravita, semmai, sull'avviso di conclusione delle indagini preliminari (*infra*).

La questione era stata comunque già valutata dalla Corte, più o meno direttamente, in altre occasioni, sempre nel senso della **manifesta infondatezza** (ordinanze n. 325, n. 326 e n. 458 del 1999; ordinanza n. 432 del 1998). E anche stavolta, naturalmente, il giudizio si è concluso nella stessa maniera: **ordinanza n. 317 del 2010**.

Si trascura in effetti, ragionando come il rimettente, che la **opposizione** non comporta una regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari, tanto che non potrebbe più darsi luogo ad una archiviazione, costituendo la richiesta del decreto di condanna una **forma di esercizio dell'azione penale**. Com'è noto, un vaglio giudiziale sul fondamento dell'accusa non è costituzionalmente imposto, tanto che fisiologicamente, per i reati di bassa e media gravità, il pubblico ministero accede direttamente alla fase dibattimentale. Nel caso del giudizio di opposizione, il vaglio preliminare esiste, ed è anzi tanto serrato da giustificare una «condanna».

È vero che l'opzione per il ricorso al decreto implica la **non applicazione della procedura regolata dall'art. 415-bis c.p.p.** (nella quale oggi si sostanzia l'interlocuzione preliminare all'esercizio dell'azione nelle forme ordinarie, con emissione soltanto eventuale dell'invito a comparire). È vero dunque che l'opposizione non rimette l'imputato nell'identica condizione in cui si trovava prima della richiesta di decreto penale.

Ma non è detto affatto che tale debba essere l'effetto dell'opposizione. Come la Corte ha ribadito con il provvedimento in esame (in rapporto alla denunciata violazione dell'art. 24 Cost.), «*nel procedimento per decreto l'esperimento dei mezzi di difesa, con la stessa ampiezza dei procedimenti ordinari, si colloca parimenti nella fase susseguente all'opposizione: rimanendo escluso, al tempo stesso, che «alla **previsione di un contraddittorio antecedente l'esercizio dell'azione penale**» possa «assegnarsi il carattere di necessario svolgimento della **garanzia costituzionale** della difesa, garanzia che si esercita nel processo e che – tanto più nel quadro del processo di tipo accusatorio – postula primariamente, come interlocutore dell'interessato, il giudice e non la parte pubblica» (ordinanza n. 326 del 1999)».*

La Corte ricorda infine – dopo aver notato che la sopravvenuta introduzione dell'**art. 415-bis** c.p.p. ha reso comunque ingestibile la pretesa «equiparazione» ex art. 3 Cost. – che anche la più ... moderna questione della inapplicabilità al procedimento per decreto della procedura di **avviso di conclusione delle indagini** preliminari è già stata vagliata nel senso della **manifesta infondatezza**: «*l'innesto della disciplina [...] nel procedimento monitorio ne snaturerebbe la struttura e le finalità, inserendovi una procedura incidentale che potrebbe determinare una notevole dilatazione temporale, e si sostanzierebbe in una garanzia che, oltre ad essere costituzionalmente non imposta, si rivelerebbe del tutto incongrua rispetto ai caratteri del rito speciale*» (ordinanze n. 131 e n. 32 del 2003; in argomento, altresì, ordinanze n. 8 del 2003 e n. 203 del 2002)».



La Corte costituzionale è stata chiamata due volte, in tempi recenti, ad occuparsi di una questione obiettivamente delicata in materia di **giudizio direttissimo**. Si tratta com'è noto di un rito speciale che prescinde dal vaglio preliminare sulla sostenibilità dell'accusa, posto che l'imputato viene presentato direttamente al giudice del dibattimento. Affinché le ragioni della speditezza non assumano un peso eccessivo, rispetto alle esigenze di completezza dell'indagine preliminare e di piena assicurazione delle opportunità difensive, il rito direttissimo è storicamente costruito su una presunzione di «semplicità» dell'opera di accertamento. Una presunzione attualmente fondata, nel modello tipico regolato dal codice, sulla pregressa confessione dell'imputato, o sull'intervenuta sorpresa di questi nella **flagranza del reato** che gli viene ascritto.

A tale ultimo proposito è stabilito, naturalmente, che la correttezza del provvedimento assunto d'urgenza sia stata accertata dal giudice, di talché assume rilievo il solo **arresto convalidato**. Tanto questo è vero che, quando il giudice dibattimentale adito per il rito direttissimo non ritiene di convalidare l'arresto, gli atti vanno restituiti al pubblico ministero perché proceda con le forme ordinarie (a meno che non vi sia, in senso contrario, l'accordo tra le parti). Analogamente, quando la convalida sia stata richiesta al giudice delle indagini preliminari, la successiva presentazione dell'imputato al giudice del dibattimento è consentita, nel termine di legge, solo per il caso di arresto convalidato.

Proprio questa possibile disgiunzione tra verifica di regolarità dell'arresto e verifica «sostanziale» circa i presupposti del giudizio direttissimo è stata oggetto delle questioni di legittimità costituzionale risolte dalla Corte. Si lamentava, in sostanza, che il **giudice dibattimentale** è costretto a celebrare il rito anche quando, nonostante l'intervenuta convalida ad opera del giudice delle indagini preliminari, **non ritenga legittimo l'arresto** effettuato in danno dell'imputato. Si chiedeva, di conseguenza, una pronuncia manipolatoria dell'art. 449, comma 4, c.p.p., tale da consentire nei casi indicati un provvedimento di restituzione degli atti al pubblico ministero, analogo a quello che il giudice assume

quando gli sia stata direttamente affidata anche la verifica sul provvedimento di arresto. Nell'attuale conformazione, infatti, la disciplina censurata violerebbe l'art. 24 Cost. (in ragione della carente sindacabilità sui presupposti di un rito che comprime le garanzie della difesa) e, per ragioni analoghe, l'art. 111 Cost.

La Consulta ha dichiarato la questione **infondata** con la **sentenza n. 229 del 2010**, e manifestamente infondata con la più recente **ordinanza n. 353 del 2010**.

Questi gli snodi essenziali del ragionamento. Per consolidata giurisprudenza costituzionale, spetta alla discrezionalità legislativa la conformazione degli istituti processuali, salvo il limite della manifesta irragionevolezza. La pienezza del sindacato giudiziale sulla legittimità dell'arresto è assicurata nell'ambito del procedimento di convalida, che contempla la possibilità del ricorso per cassazione contro il relativo provvedimento (comma 4 dell'art. 391 c.p.p.). Da tempo, infine, la stessa giurisprudenza costituzionale ha stabilito che le forme peculiari del giudizio direttissimo non comportano una violazione del diritto di difesa, la cui concreta esplicazione deve atteggiarsi diversamente a seconda delle ragionevoli differenze che possono segnare i modelli procedimentali.

C'è da dire che la pienezza del sindacato giudiziale sui presupposti del rito è un argomento sensibile (basti pensare alle discussioni sui casi di richiesta «tardiva» nelle fattispecie di cd. direttissima atipica), e che la giurisprudenza ha spesso prospettato un rapporto di dipendenza necessaria tra le giustificazioni «sostanziali» del rito e la indiscutibile compressione delle opportunità difensive. Tuttavia le questioni sollevate scontavano un presupposto implicito del tutto asistematico, e cioè che al giudice di merito spetti un sindacato ampio ed invariabile sui provvedimenti introduttivi del giudizio (non è così, ad esempio, per l'evidenza della prova sottesa al decreto di giudizio immediato). Le stesse questioni, d'altra parte, miravano all'introduzione di un meccanismo atipico di controllo giudiziale sul fondamento di un altro provvedimento giudiziale, che avrebbe per inciso generato interferenze non controllabili con il procedimento di convalida.



Un tema «caldo» della procedura, sul terreno del **diritto al contraddittorio**, è stato evidenziato dall'ordinanza di rimessione che la Corte ha definito, nel senso dell'inammissibilità (su base processuale), con la **sentenza n. 103 del 2010**: si tratta del principio *iura novit curia*, colto nella particolare dimensione della **riqualificazione officiosa del fatto in esito all'udienza preliminare**.

Il rimettente, in particolare, aveva censurato gli articoli 424, 429 e 521, comma 1, del codice di procedura penale nella parte in cui «*consentono al GUP di disporre il rinvio a giudizio dell'imputato in relazione ad un fatto qualificato, di ufficio, giuridicamente in maniera diversa, senza consentire il previo ed effettivo sviluppo del contraddittorio sul punto, chiedendo al P.M. di modificare la qualificazione giuridica del fatto e, in caso di inerzia dell'organo d'accusa, disponendo la trasmissione degli atti al medesimo P. M.*».

La disciplina violerebbe gli articoli 3, 24, 111, terzo comma, e 117, primo comma, della Costituzione.

Nel caso di specie, il giudice dell'udienza preliminare aveva rinviato a giudizio gli imputati per un reato di **corruzione**, anziché per il reato di **concussione** contestato dal pubblico ministero. Il rimettente giudice dibattimentale, investito di questioni di nullità dai difensori, ha preso le mosse dall'assunto della legittimità del provvedimento di rinvio a giudizio, contestandone tuttavia, come si è visto, la conformità alla Costituzione. La struttura conferita al suo *petitum* deriva chiaramente dai *dicta* della sentenza delle **Sezioni unite** che, nel 2007, aveva «disciplinato» il procedimento per l'ipotesi, contigua ma chiaramente diversa, della **indeterminatezza della imputazione** sottoposta al giudice dell'udienza preliminare. La Corte (sentenza n. 5307 del 2008, Battistella) aveva stabilito che nei casi in questione il giudice procede secondo lo stesso criterio previsto, in rapporto all'accertata difformità tra fatto e imputazione, dal primo comma dell'art. 423 c.p.p., nella lettura datane dalla Corte costituzionale (a partire dalla sentenza n. 88 del 1994): **sollecitazione** al pubblico ministero perché modifichi la propria contestazione, e, solo in caso di mancata adesione, **restituzione degli atti** all'Ufficio di procura.

Ebbene, quelle stesse esigenze di difesa garantite dal principio di corrispondenza tra fatto contestato e fatto ritenuto si proporrebbero, secondo l'odierno rimettente, quanto alla **corrispondenza delle qualificazioni giuridiche**: di qui la proposta di sentenza additiva che sopra si è trascritta.

Diciamo subito che la Corte non è entrata nel merito, rimproverando al Tribunale d'aver proposto una sentenza additiva a rime non obbligate e, comunque, di non aver illustrato la fattispecie concreta, in guisa da consentire che davvero, nel caso di specie, si trattasse di riqualificazione e non di immutazione del fatto.

La vicenda si segnala soprattutto perché costituisce la prima, e probabilmente non l'ultima, delle questioni generate dalla notissima **sentenza Drassich**, con la quale la **Corte di Strasburgo**, in data 11 dicembre 2007, ha censurato l'Italia per aver condannato il ricorrente in ordine ad un **fatto diversamente qualificato**, senza aver consentito all'interessato una **previa difesa sul punto**.

Non è possibile diffondersi qui su quell'importante provvedimento. Basti ricordare che Drassich, un giudice italiano, era stato condannato in primo e secondo grado per corruzione, ed aveva impugnato la sentenza in Cassazione. Nelle more, era maturato il termine prescrizionale. Tuttavia la Cassazione aveva riqualificato il fatto quale corruzione in atti giudiziari –

reato soggetto a prescrizione in un più lungo termine – ed aveva quindi rigettato il ricorso.

Vanno di certo considerate le significative peculiarità di quel caso. La Corte e.d.u. aveva probabilmente reagito ad una operazione di scambio delle etichette, a torto od a ragione attribuita alla nostra Cassazione. In particolare, la Corte aveva sospettato una immutazione del fatto, e non della sua qualificazione, e si era «irritata» per la circostanza che l'imputato era stato il solo ricorrente, ciò che non era valso ad evitargli un «riqualificazione *in peius*» dell'addebito. Inoltre non aveva giovato, com'è ovvio, che la riqualificazione avesse coinciso con la definitiva chiusura del procedimento, e che non fosse stata in alcun modo prospettata, nel corso del giudizio, prima che i giudici di legittimità deliberassero.

È noto che la vicenda ha avuto seguiti anche nell'ordinamento interno, che assumono speciale significato soprattutto nella controversa materia dei **mezzi per l'esecuzione in Italia** delle sentenze di condanna pronunciate a **Strasburgo** relativamente a procedimenti penali conclusi con l'irrogazione di una pena in violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione.

In particolare, per risolvere almeno il problema posto nella specie, la **Corte di cassazione** ha dichiarato ammissibile un **ricorso straordinario per errore di fatto** (art. 625-*bis* c.p.p.), anche se, naturalmente, non era stato un errore di fatto ad indurre la condanna del ricorrente (Cass., Sez. 6, Sentenza n. 45807 del 12/11/2008 (dep. 11/12/2008) Rv. 241753. Al tempo stesso, era stato affermato il principio che «in tema di correlazione tra sentenza ed accusa contestata, la regola di sistema espressa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia), secondo cui la garanzia del contraddittorio deve essere assicurata all'imputato anche in ordine alla diversa definizione giuridica del fatto operata dal giudice ex officio, è conforme al principio statuito dall'art. 111, secondo comma Cost., che investe non soltanto la formazione della prova, ma anche ogni questione che attiene la valutazione giuridica del fatto commesso. Ne consegue che **si impone al giudice una interpretazione dell'art. 521 comma primo cod. proc. pen. adeguata al "decisum" del giudice europeo e ai principi costituzionali sopra richiamati**» (rv. 241754).

Nel nuovo giudizio instauratosi, la Corte ha precisato anzitutto come possa essere soddisfatto il **diritto alla preventiva interlocuzione dell'imputato circa la riqualificazione del fatto**: *Nel giudizio di legittimità, il diritto del ricorrente a essere informato in modo dettagliato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico deve ritenersi soddisfatto, quando l'eventualità di una diversa qualificazione giuridica del fatto operata dal giudice "ex officio" sia stata rappresentata al difensore dell'imputato con un atto del Collegio, in modo che la parte abbia potuto beneficiare di un congruo termine per apprestare la propria difesa. (Fattispecie in cui l'eventualità di una diversa qualificazione giuridica è stata rappresentata nelle conclusioni e nella sintesi delle statuizioni riportate nel dispositivo di una precedente sentenza della Corte di legittimità, con la quale era stata revocata una propria precedente pronuncia limitatamente alla riqualificazione dei fatti corruttivi come reati di corruzione in atti giudiziari, disponendo che si procedesse ad una nuova trattazione del ricorso proposto contro la decisione assunta dal giudice di secondo grado)* (Sez. 6, Sentenza n. 36323 del 25/05/2009 Ud. (dep. 18/09/2009) Rv. 244974).

Per la cronaca, con la sentenza citata da ultimo, la Cassazione ha confermato la nuova qualificazione del fatto (corruzione in atti giudiziari), di nuovo respingendo il ricorso e dunque nuovamente rendendo **irrevocabile la condanna per corruzione in atti giudiziari**.

In ulteriori occasioni la Cassazione è tornata sull'argomento, anzitutto precisando il **carattere generale ed immediato del diritto alla interlocuzione**: *«La garanzia del contraddittorio in ordine alle questioni inerenti alla diversa qualificazione giuridica del fatto deve essere concretamente assicurata all'imputato sin dalla fase di merito in cui si verifica la modifica dell'imputazione. (Fattispecie in cui, a seguito della riqualificazione del fatto, da abuso d'ufficio in peculato, operata dal giudice di secondo grado ai sensi dell'art. 521, comma primo, cod. proc. pen., l'imputato aveva potuto contestare per la prima volta la nuova qualificazione, anche ai fini*

del diverso termine prescrizione, solo in sede di ricorso per cassazione)» (Cass., Sez. 6, Sentenza n. 20500 del 19/02/2010 Ud. (dep. 28/05/2010), Fadda, Rv. 247371).

Si è anche precisato, tuttavia, come sia sufficiente che, almeno in un certo momento, l'eventualità della diversa qualificazione **sia stata posta sul tappeto**, così da consentire in proposito una interlocuzione difensiva: «*la garanzia del contraddittorio in ordine alla diversa definizione giuridica del fatto operata dal giudice è assicurata pur quando l'imputato **abbia comunque avuto modo di interloquire** sul tema in una delle fasi del procedimento, ed in particolare anche nell'ipotesi in cui la diversa qualificazione giuridica abbia formato oggetto di discussione nel corso del **procedimento incidentale "de libertate"**. (Fattispecie relativa alla derubricazione del reato, ad opera del giudice di appello, dalla fattispecie di partecipazione ad associazione di tipo mafioso in quella di favoreggiamento aggravato; tale ultima qualificazione giuridica, in precedenza, era stata prospettata dal pubblico ministero nel ricorso per cassazione proposto avverso la decisione del tribunale del riesame che aveva annullato la misura cautelare applicata per il reato associativo; inoltre, in una memoria presentata dalla difesa nel corso del giudizio di merito, erano state richiamate decisioni del tribunale del riesame che avevano qualificato analoghe condotte come favoreggiamento)» (Cass., Sez. 1, Sentenza n. 9091 del 18/02/2010 Ud. (dep. 08/03/2010), Di Gati, Rv. 246494). Ed ecco un concetto per buona parte analogo: «*Il giudice di legittimità ha il potere di procedere "ex officio" alla riqualificazione giuridica del fatto, senza necessità di consentire all'imputato di interloquire sul punto allorquando, nel ricorso presentato dallo stesso, tale eventualità sia stata espressamente presa in considerazione, ancorchè **per sostenere la diversità del fatto** da quello contestato e la conseguente violazione dell'obbligo di trasmissione degli atti al pubblico ministero*». (Cass., Sez. 2, Sentenza n. 14674 del 26/02/2010 Ud. (dep. 16/04/2010), Salord, Rv. 246922)».*

Insomma, non solo a Strasburgo si è affermata la necessità di assicurare una **previa interlocuzione della difesa sulla qualificazione giuridica** ritenuta dal giudice. Il principio è già stato «recepito» dalla Corte di cassazione, che per altro ne ha fatto una applicazione secondo un metodo «empirico», e certamente non generalizzabile.

Nel caso deciso dalla Consulta, il rimettente aveva prospettato, tra le altre, la seguente questione: violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, secondo cui il diritto ad un processo equo comporta non solo che l'imputato debba essere informato nel più breve tempo possibile dei fatti materiali posti a suo carico, ma anche, in modo dettagliato, della qualificazione giuridica attribuita a questi fatti. Come si è anticipato, la questione è stata dichiarata inammissibile per ragioni processuali.

È probabile che la Corte costituzionale ne venga ancora investita, almeno da quei giudici (specie quelli di merito) che non riterranno affidabile una individuazione «empirica» di comportamenti processuali che in via di fatto consentano di provocare l'interlocuzione difensiva (che non intervenga già spontaneamente) circa una possibile e più grave qualificazione giuridica del fatto.



Una porzione cospicua della recente produzione giurisprudenziale della Consulta in materia di processo penale si riferisce al tema delle prove.

In primo luogo dobbiamo dare conto di una decisione attinente, per così dire, ai fondamenti del sistema, e cioè ai limiti entro i quali il principio dispositivo in materia di prova, congeniale alla **forma accusatoria del processo**, può liberamente dispiegarsi in un regime di **esercizio obbligatorio dell'azione** penale. Dall'individuazione di tali limiti dipende tra l'altro, ed evidentemente, il regime della **iniziativa officiosa** per l'integrazione della prova.

È una vecchia questione, che aveva trovato un proprio assetto, grazie anche alla giurisprudenza costituzionale, e che tuttavia si è posta in modo nuovo dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione.

Una sperimentazione particolarmente radicale del tema si determina nel caso di **decadenza delle parti** dalla produzione della prova, a norma dell'art. 468 c.p.p., perché l'iniziativa officiosa per la medesima prova rende ineffettiva – almeno in prima approssimazione – la sanzione processuale. D'altronde l'assetto concreto del quadro cognitivo non trova le parti nella stessa posizione, perché l'onere della prova grava sull'accusa, ed eventuali integrazioni giudiziali possono ribaltare l'esito del procedimento. Il fenomeno assume una dimensione particolarmente radicale quando non risulti dispiegata alcuna attività istruttoria.

Secondo alcuni, tale situazione assume rilevanza anche qualitativa. Questa era la tesi del giudice rimettente che ha dato origine al giudizio culminato con la **sentenza n. 73 del 2010**, ove si prospettava un contrasto tra l'art. 507 c.p.p. e l'art. 111 Cost., in relazione ai principi di terzietà ed imparzialità del giudice. Detti principi rimarrebbero, infatti, inevitabilmente compromessi allorché il giudice non si limiti ad integrare, all'esito dell'istruzione dibattimentale, elementi di prova insufficienti o lacunosi sottoposti alla sua attenzione dalle parti, ma **acquisisca d'ufficio l'intero materiale probatorio** necessario ai fini della decisione. Non solo. Quando addirittura le parti non avessero avanzato alcuna richiesta di prova, il giudice non si limiterebbe a superare la decadenza maturata in danno del pubblico ministero, ma si sostituirebbe a quest'ultimo, di fatto, nell'**elaborare le strategie** di prova utili alla dimostrazione dell'accusa.

La Corte ha dichiarato **infondata** la questione, e si tratta di una decisione niente affatto banale, se non altro perché è la prima successiva alla riforma dell'art. 111 Cost.

Va detto, poi, che la sentenza ha molto valorizzato, traendone indicazioni contrarie a quelle prospettate dal rimettente, la connessione che può esistere tra domanda della parte e provvedimento giudiziale di integrazione della prova. Viene ricordato che il potere accordato dall'art. 507 c.p.p. può essere esercitato **anche** d'ufficio, e che l'art. 151 disp. att. riconosce espressamente, regolando le modalità di assunzione della prova, l'eventualità che quest'ultima venga introdotta **in accoglimento della sollecitazione** della parte.

Questi rilievi sembrano finalizzati, nell'economia della sentenza, a fronteggiare le preoccupazioni del rimettente a proposito di una eccessiva intraprendenza del giudice nella costruzione della base cognitiva. Preoccupazioni del resto teoriche, perché nel caso di specie,



semplicemente, era stata depositata in ritardo la lista testi del pubblico ministero, e si trattava di decidere se disporre d'ufficio l'assunzione delle relative prove. Non si comprende bene, per altro, se la Corte arriverebbe a conclusioni diverse ove le venisse prospettata, in concreto, una iniziativa officiosa completamente sganciata da qualunque prospettazione delle parti, e destinata a costruire interamente il quadro probatorio del giudizio. E non è certo una distrazione motivazionale. In un passaggio, infatti, la Corte ha precisato d'aver deciso «*indipendentemente da ogni considerazione circa il problema della compatibilità col parametro costituzionale evocato degli interventi probatori officiosi del giudice (tema sul quale questa Corte ebbe a prendere posizione, anteriormente alla modifica dell'art. 111 Cost., con la sentenza n. 111 del 1993)*».

Quanto alla pretesa **perdita di imparzialità**, si è agevolmente notato come il giudice, quando applica l'art. 507 c.p.p., applica un criterio legale di assunzione, esattamente come avviene, *mutatis mutandis*, quando accoglie le richieste di prova dell'una o dell'altra parte. Così come il giudice non «parteggia» quando accoglie le richieste del pubblico ministero, così egli rimane imparziale quando integra il quadro cognitivo con una prova potenzialmente utile all'accusa, sia perché si tratta – appunto – di una potenzialità che può ribaltarsi e comunque essere contrastata nell'esperienza concreta, sia perché viene applicato il criterio legale di formazione della base cognitiva.

Per quanto invece attiene all'asserita **neutralizzazione** della sanzione processuale della **decadenza**, la Corte, riprendendo notazioni già proprie della giurisprudenza di legittimità, ha posto in luce che il provvedimento giudiziale non vale affatto a mettere la parte decaduta nella stessa posizione in cui si trovava a monte della decadenza. Le **Sezioni unite** della Corte di cassazione hanno adeguatamente evidenziato (sentenze 6 novembre 1992-21 novembre 1992, n. 11227, **Martins**, e 17 ottobre 2006-18 dicembre 2006, n. 41281, **Greco**), che diritto delle parti alla prova e potere(-dovere) di ammissione della prova ai sensi dell'art. 507 cod. proc. pen. hanno parametri diversi: negativo il primo (non manifesta superfluità o irrilevanza); positivo la seconda (assoluta necessità). L'esercizio del potere di cui all'art. 507 cod. proc. pen., quindi, non «neutralizza» la sanzione di inammissibilità, in quanto la parte decaduta ai sensi dell'art. 468, comma 1, cod. proc. pen. rischia di vedersi comunque denegata, o ristretta, l'ammissione delle prove a suo favore: e ciò, anche nel caso in cui non vi sia stata alcuna precedente acquisizione probatoria.

Quanto alla parte avversa, è giurisprudenza risalente e consolidata (anche mediante le sentenze poco sopra citate) che la produzione di «prove a sorpresa» va bilanciata dal **diritto alla controprova** ai sensi dell'art. 495, comma 2, cod. proc. pen.; diritto del quale devono essere garantiti, peraltro, in concreto, anche le condizioni e i tempi di esercizio, secondo quanto già previsto dall'art. 6, comma 3, lettere b) e d), della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dall'art. 111, terzo comma, Cost.



Come accade di frequente per la giurisprudenza della Corte costituzionale, una pronuncia di manifesta inammissibilità fornisce spunti di notevole importanza per la ricostruzione di un determinato istituto.

Nel caso della **ordinanza n. 358 del 2010**, utili indicazioni si ricavano quanto alle regole probatorie valide per il **procedimento incidentale** finalizzato ad accertare se sussistano le condizioni per l'acquisizione delle dichiarazioni dibattimentali di un **teste** che si ritenga sottoposto a **violenza, minaccia, offerta di denaro o altra utilità**.

La disciplina della fattispecie è posta all'art. 500 c.p.p., che regola in generale la materia delle **contestazioni nell'esame testimoniale**, e stabilisce, al comma 2, che le dichiarazioni di cui venga data lettura a fini di contestazione possono essere utilizzate al solo fine di valutare la credibilità del teste. Tuttavia il comma 4 dello stesso art. 500, in parziale applicazione dell'art. 111, quinto comma, della Costituzione, stabilisce che le dichiarazioni i cui verbali si trovino nel fascicolo del pubblico ministero possono essere utilizzate, quali prove dei fatti cui si riferiscono, quando sussistono **elementi concreti** di allarme sulla genuinità delle dichiarazioni dibattimentali. Quando cioè, come si accennava, possa ritenersi che il teste abbia subito lusinghe o pressioni di carattere illecito.

Il **procedimento** utile ad accertare la ricorrenza delle condizioni indicate è regolato dal comma 5 dell'art. 500 c.p.p.: il giudice decide senza ritardo, svolgendo gli accertamenti che ritiene necessari, su richiesta della parte, cui è consentito anche di «fornire» i concreti elementi dimostrativi circa la condotta finalizzata all'inquinamento della prova.

Nel caso posto ad oggetto del giudizio principale, il rimettente sospetta indebite pressioni su una teste, che in fase dibattimentale ha ritrattato dichiarazioni accusatorie a carico del convivente. Il sospetto è alimentato dalla specifica indicazione, fornita in istruttoria, circa lo svolgimento di vicende analoghe in precedenti giudizi: la teste sporgeva denunce per maltrattamenti, e poi veniva costretta a negarne il fondamento nei procedimenti conseguentemente instaurati a carico del convivente.

Tanto premesso, il giudice *a quo* ha censurato **il comma 2 dell'art. 500 c.p.p.**, nella parte in cui gli preclude – a suo dire – di utilizzare le dichiarazioni istruttorie per comprovare le pressioni indebite sulla teste e per acquisirne, dunque, le dichiarazioni originarie.

Ebbene, la Corte ha negato esplicitamente l'applicabilità della norma censurata nel procedimento incidentale, ed ha lasciato chiaramente intendere che esistono soluzioni interpretative utili ad argomentare, piuttosto, in favore della **utilizzabilità di dichiarazioni assunte fuori del contraddittorio** per identificare condotte intimidatorie o corruttive nei

confronti del testimone. In effetti, la disciplina dettata dal comma 2 dell'art. 500 c.p.p. attiene al processo principale, che ha come oggetto l'accertamento della responsabilità dell'imputato per i fatti a lui contestati. Le regole probatorie del procedimento incidentale sono espresse piuttosto ai commi 4 e 5 dello stesso art. 500. Ed è abbastanza evidente – anche se la Corte si limita a rilevare come il rimettente non abbia approfondito la questione giuridica sottesa al suo quesito – che si tratta di regole diverse.

È sufficiente, per l'acquisizione delle dichiarazioni istruttorie, che ricorrano «**elementi concreti**» (espressione evidentemente non riconducibile al concetto di prova assunta in contraddittorio). Tali elementi possono emergere «**anche**» **nel dibattimento**, a significare che, nel contempo, rilevano elementi desumibili da fonti non pertinenti alla sede dibattimentale. Il giudice **svolge direttamente** gli **accertamenti necessari**, ed è possibile anche che gli «elementi concreti» gli vengano forniti dalla parte: dunque che vengano utilizzati **elementi raccolti aliunde** e, soprattutto, secondo un procedimento non segnato dal contraddittorio in fase genetica.

Queste, almeno, le indicazioni che emergono dal dibattito giurisprudenziale e dottrinale, sulla base per altro di fattori letterali e sistematici piuttosto univoci. La Corte l'ha ricordato, rimproverando dunque al rimettente di aver male individuato la norma da applicare (cd. **aberratio ictus**) e di non aver compiuto una «**adeguata ponderazione** del quadro normativo». Una sorte di sicura inammissibilità per la questione sollevata. Ed un effetto di accredito – per quanto prudente debba essere la lettura delle decisioni in chiave processuale della Consulta – della tesi che le regole probatorie del procedimento incidentale in questione **non** sono quelle dettate per l'accertamento del fatto nel giudizio principale.



La Corte è ritornata più volte, in tempi recenti, su di una *vexata quaestio* a proposito della **prova dichiarativa**, cioè quella della rinnovazione nel caso di **mutamento** della persona fisica del **giudice**.

L'art. 525 comma 2 c.p.p., esprimendo una regola di continuità del giudice che trova fondamento nel principio di immediatezza, stabilisce che la sentenza debba essere deliberata, a pena di nullità assoluta, dagli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento.

La *ratio* consiste, come accennato, nella tutela del criterio di oralità del dibattimento: si vuole che a decidere siano le stesse persone che hanno assistito all'istruttoria, e per questo, in caso di mutamento della persona fisica del giudice, si sacrificano (ma solo relativamente) prove che pure sono state assunte pubblicamente e nel pieno contraddittorio tra le parti.

Naturalmente, la «nuova» istruttoria può comprendere, come la prima, le «**letture consentite**», che tra l'altro comprendono gli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento. In tale fascicolo, formato a norma dell'art. 431 c.p.p., si trovano anche i verbali della precedente istruttoria

dibattimentale, dei quali dunque, in prima approssimazione, è possibile dare lettura (il che vuol dire, com'è noto, che possono essere utilizzati direttamente come prove per la decisione: comma 1 dell'art. 511 c.p.p.).

Tuttavia, per le prove dichiarative, il principio va coordinato con la regola posta dal comma 2 dell'art. 511, il quale, a presidio appunto dell'oralità, dispone che la «lettura dei verbali di dichiarazioni è disposta **solo dopo l'esame** della persona che le ha rese, a meno che l'esame non abbia luogo». Ciò vuol dire che se l'esame è richiesto, e può avere luogo, la lettura resta «bloccata».

Ecco in particolare quanto stabilito dalle **Sezioni unite** penali con la sentenza n. 2 del 1999 (massima ufficiale, ric. **Iannasso**)

*Nel caso di rinnovazione del dibattimento a causa del mutamento della persona del giudice monocratico o della composizione del giudice collegiale, la testimonianza raccolta dal primo giudice non è utilizzabile per la decisione mediante semplice lettura, senza ripetere l'esame del dichiarante, quando questo possa avere luogo e sia stato richiesto da una delle parti. (Nell'enunciare il principio di cui in massima, la S.C. ha, peraltro, affermato che allorquando, nel corso del dibattimento rinnovato a causa del mutamento del giudice, nessuna delle parti riproponga la richiesta di ammissione della prova assunta in precedenza, il giudice può di ufficio disporre la lettura delle dichiarazioni precedentemente raccolte nel contraddittorio delle parti e inserite legittimamente negli atti dibattimentali). (V. Corte Cost. 3 febbraio 1994 n. 17 e Corte Cost., 3 aprile 1996 n. 99).*

A determinare il regime concorrente, com'è ovvio, le norme sul diritto alla prova e quelle sul «recupero» degli atti divenuti irripetibili (art. 512 c.p.p.).

Il fatto che la mera richiesta di una parte possa imporre la **ripetizione necessaria** dell'escussione è apparso a molti in contrasto con minime esigenze di economia del processo e di conservazione della prova. Ma la Corte ha ripetutamente stabilito che il sacrificio è giustificato dall'esigenza di garantire oralità al dibattimento.

È forse opportuno segnalare due equivoci nei quali talvolta si incorre nella pratica. Il primo è che non si deve **per forza rinnovare** ogni escussione, anche quella che sia risultata inutile nel «primo» dibattimento, perché la rinnovazione riguarda anche la fase di ammissione delle prove, e quelle superflue potranno essere scartate. Non è vero, soprattutto, che la **prima prova** dichiarativa vada comunque «**dispersa**». La lettura non è vietata (come avviene, ex art. 514, per quasi tutte le dichiarazioni raccolte in fase di indagini e di udienza preliminare), ma va semplicemente posticipata, il che consentirà al giudice di tenere comunque conto della prima versione del dichiarante.

La Corte era già intervenuta sul tema, da ultimo, con la **ordinanza n. 318 del 2008** e, qualche tempo prima, con la **ordinanza n. 67 del 2007**.

I relativi argomenti sono stati ripresi e «sistemati» in una nuova e recente pronuncia sul tema, cioè la **ordinanza n. 205 del 2010**.

Lungi dall'essere irrazionale, la disciplina censurata vale ad assicurare il diritto della parte a che la causa sia decisa dal giudice che ha assistito alla formazione della prova (oralità - immediatezza).

Si tratta di una garanzia riconducibile alla disciplina costituzionale del «**giusto processo**» ma anche all'art. 6 (paragrafo 3, lettera d), della **Convenzione europea** dei diritti dell'uomo. Norma che non si limita ad assicurare il contraddittorio nell'assunzione della prova dichiarativa d'accusa, ma prevede che il confronto avvenga **innanzi al giudice** chiamato alla decisione, affinché quest'ultimo si formi un'opinione circa la credibilità dei testimoni fondata su un'osservazione diretta del loro

comportamento. Da questa esigenza la **Corte di Strasburgo** ha dedotto che ogni mutamento di composizione dell'organo giudicante deve comportare, di norma, una nuova audizione del testimone le cui dichiarazioni possano apparire determinanti per l'esito del processo (sentenza 27 settembre 2007, Reiner e altri contro Romania; sentenza 30 novembre 2006, Grecu contro Romania; sentenza 10 febbraio 2005, Graviano contro Italia; sentenza 4 dicembre 2003, Milan contro Italia; sentenza 9 luglio 2002, P. K. contro Finlandia).

Non si può dunque stigmatizzare il prolungamento del processo – secondo la Corte – in base alla necessità di evitare nuove condanne dell'Italia a Strasburgo in relazione al principio di **ragionevole durata**. E comunque, come abbiamo visto, i diritti dell'uomo reclamano un processo di durata «ragionevole», e non di **durata «breve»**: il giudizio deve essere abbastanza lungo da assicurare garanzia dei diritti fondamentali di tutte le parti.

In altra prospettiva il rimettente, evocando l'art. 3 Cost., aveva lamentato che l'obbligo di ripetizione (obbligo, come si è visto, condizionato dalla richiesta di parte) discriminerebbe la situazione da altre similari, ed in particolare da quella regolata ex art. 238 c.p.p., che consente l'acquisizione dei **verbali di prova di altri procedimenti**.

Si tratta di un nuovo equivoco, già più volte rilevato dalla Corte: la norma citata non consente affatto di utilizzare direttamente i verbali in presenza di una richiesta di assunzione diretta della prova dichiarativa. Il comma 5 dell'**art. 238** fa, infatti, espressamente salvo il diritto delle parti di ottenere l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono state acquisite, mentre l'art. 511-*bis*, nel prevedere che il giudice dia lettura dei verbali degli atti indicati dall'art. 238, richiama il comma 2 dell'art. 511, il quale a sua volta prescrive che sia data lettura dei verbali di dichiarazioni solo dopo l'esame del dichiarante, salvo che questo non abbia luogo.

Altro equivoco. Le prove dichiarative assunte sarebbero direttamente utilizzabili nei casi regolati dall'**art. 26** e dall'art. **33-nonies** del codice di rito, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «l'inosservanza delle norme sulla competenza non produce l'inefficacia delle prove già acquisite», e che «l'inosservanza delle disposizioni sulla composizione collegiale o monocratica del tribunale non determina [...] l'inutilizzabilità delle prove già acquisite».

In realtà il divieto di lettura prima dell'esame, salvo che il medesimo non abbia luogo, **vale anche per le ipotesi in questione**. E lo stesso vale per le ulteriori fattispecie dell'**astensione** e della **ricusazione** del giudice, invocate dal rimettente quali *tertia comparationis*.

Un ultimo inciso. La rinnovata ed autorevole conferma che in caso di mutamento del giudice non si determina inutilizzabilità della prova raccolta, ma mera necessità di lettura secondo le regole dibattimentali, consente qualche riflessione negativa sull'orientamento giurisprudenziale

che vorrebbe il cd. **principio di continuità** del giudice applicabile anche nel **rito abbreviato** (da ultimo, e secondo un indirizzo tanto prevalente quanto discutibile, Cass., Sez. 6, Sentenza n. 13111 del 22/01/2009 (dep. 25/03/2009), Accogli, in *C.E.D. Cass.*, n. 243831).



Sempre a proposito di prove, non si può trascurare il fondamentale capitolo delle intercettazioni telefoniche e, in genere, dei **rapporti tra indagine penale e riservatezza**.

La decisione che ora analizzeremo – la **sentenza n. 320 del 2009** – non è più recentissima, ma si inserisce in un **quadro giurisprudenziale contrastante**, ed in continua evoluzione, sulle attività del cd. «**agente segreto attrezzato per il suono**».

È noto il fenomeno cui si riferisce l'esotica espressione poco sopra utilizzata. Si tratta del soggetto che **registri clandestinamente un colloquio** cui partecipa, avvalendosi di apparecchi posti a disposizione dalla polizia giudiziaria, e dunque agendo, per restare ad un linguaggio di risalente matrice dottrinale, quale *longa manus* degli inquirenti.

Il dibattito sulla disciplina di queste fattispecie non si era mai del tutto esaurito, ed ha ragione la Corte quando dice che non sono state ancora indagate a sufficienza le implicazioni di due importantissimi snodi nella produzione giurisprudenziale sul diritto alla riservatezza: la sentenza delle **Sezioni unite** 28 maggio 2003, n. 36747, in procedimento **Torcasio**, e la sentenza delle stesse Sezioni unite 28 marzo 2006, n. 26795, in procedimento **Prisco**.

Conviene «ripassare» brevemente i *dicta* di quelle storiche decisioni, per cogliere appieno gli spunti offerti con la sentenza qui in esame. Quanto alla **Torcasio**, due affermazioni fondamentali. La prima è che **ciascuno può registrare i colloqui di cui è partecipe senza autorizzazione**, producendo «documenti» spendibili nel processo a norma dell'art. 234 c.p.p. La seconda è che la polizia giudiziaria non può produrre **prove in violazione dei divieti stabiliti dalla legge**, documentandole con registrazioni attinenti a propri «colloqui di indagine», per poi introdurle nel processo attraverso il «varco» dell'art. 234 c.p.p.. Se un colloquio consiste di fatto nell'interrogatorio di un soggetto, in violazione delle garanzie stabilite dall'art. 63 c.p.p., la circostanza che sia stato «lecitamente» registrato non implica la possibilità di produrre il relativo supporto, in violazione dell'art. 191 c.p.p. Ciò, tra l'altro, con elusione dei divieti di documentare *aliunde* le stesse attività di indagine, come accade per il divieto di testimonianza degli agenti di polizia sul contenuto delle dichiarazioni assunte nel corso delle indagini.

La sentenza di questione non aveva approfondito – sostanzialmente perché non ne aveva bisogno – un aspetto pure relevantissimo, e cioè la natura effettiva dei mezzi di documentazione di una attività di indagine, che **mai** possono essere un «**documento**» a norma dell'art. 240 c.p.p.. Se la polizia giudiziaria svolge indagini, deve documentarle mediante atti processuali, che sono soggetti alle sanzioni processuali per il loro contenuto e/o per la forma che assumono.

Questo aspetto è emerso chiaramente con la sentenza **Prisco**, che trattava il tema delle videoregistrazioni di situazioni riconducibili alla sfera di riservatezza della persona, sebbene non collocabili in un ambito domiciliare privato.

La Cassazione ha ribadito la possibilità per ciascuno di registrare clandestinamente i propri colloqui, senza autorizzazione, producendo «documenti» spendibili nel processo ex art. 234 c.p.p. Ciò tuttavia a condizione che non si tratti di **documentazione di atti «processuali»**, cioè della registrazione effettuata per finalità di indagine dalla polizia giudiziaria. In questo caso tutto dipenderà dal carattere legittimo o non legittimo dell'indagine: quella consistente nella **videoripresa di atti non comunicativi** in ambito domiciliare privato è vietata ex art. 14 Cost. in assenza di una legge che la autorizzi, in nulla rilevando un eventuale (illecito) provvedimento autorizzatorio; quella effettuata in luogo pubblico è lecita, e non richiede provvedimento autorizzativo; quella effettuata in ambito non domiciliare, ma caratterizzato da aspettative di riservatezza della persona, richiede una «autorizzazione giudiziale» (non espressamente regolata dal codice), sul modello segnato dall'art 14 della Costituzione ed al fine di assicurare «un livello minimo delle garanzie».

È possibile una riflessione (estremamente sbrigativa) in via preliminare. Tanto per l'agente segreto attrezzato per il suono, quanto per le videoriprese, il disagio della giurisprudenza si è espresso sovente nella richiesta, rivolta alla Consulta, di «**estendere la disciplina delle intercettazioni**», in guisa da regolare la violazione delle riservatezza alla luce delle garanzie stabilite appunto per le intercettazioni. In realtà, soprattutto alla luce della sentenza Torcasio, l'eventuale esistenza di un provvedimento autorizzativo per la registrazione non varrebbe a legittimare forme illecite di indagine e di documentazione delle attività di polizia giudiziaria. Per brevità: sembra chiaro che la p.g. non potrebbe interrogare un indiziato per telefono, dopo aver ottenuto l'autorizzazione ad intercettare le relative comunicazioni, in violazione dell'art. 63 c.p.p., e poi introdurre l'atto nel processo quale intercettazione «legittima» ex artt. 266 segg. c.p.p.

Occorre allora distinguere con lucidità ciò che riguarda la natura dell'attività che deve essere documentata e ciò che riguarda la relativa modalità di documentazione, che può trovare ostacoli a prescindere dall'eventuale ammissibilità d'un atto di indagine.

Veniamo finalmente al provvedimento della Consulta.

Il rimettente, come in tanti altri casi, chiedeva in sostanza alla Corte di stabilire l'applicabilità delle **norme in materia di intercettazione** all'attività di **registrazione di un colloquio da parte di uno dei partecipi**, sul presupposto che il diritto vivente considera invece i supporti delle registrazioni alla stregua di documenti ex art. 234 c.p.p. Nel caso di specie, la vittima di pressioni estorsive aveva consentito a che fosse predisposta

dalla polizia l'intercettazione dei colloqui che si sarebbero svolti nel suo esercizio commerciale in occasione di una prossima visita degli estorsori.

La Corte ha rimproverato al rimettente una perdurante concezione dei supporti prodotti dalla polizia, o col concorso della polizia, alla stregua di «documenti» ex art. 234 c.p.p. Concezione per altro contraddittoria, perché – al fine di argomentare la necessità di estendere l'oggetto della disciplina delle intercettazioni – lo stesso rimettente ha sostenuto *«esplicitamente che, alla luce della «chiara distinzione» tracciata nel 2006 dal giudice di legittimità, la registrazione fonografica eseguita da uno degli interlocutori d'intesa con la polizia giudiziaria e con strumenti da essa forniti non costituisce più un «documento», ma la documentazione di un'attività di indagine»*.

Allora - dice la Corte - se non sono documenti, perché questi materiali dovrebbero essere trattati come documenti, pur in assenza di un intervento manipolatorio della Corte medesima?

A questo punto sarà chiaro perché la Corte ha dichiarato **inammissibile** la questione: *«la questione di legittimità costituzionale, sollevata dal giudice a quo con riferimento ad una interpretazione della norma censurata da lui non condivisa, mira nella sostanza ad ottenere dalla Corte un avallo ad una diversa interpretazione, così evidenziando un uso improprio dell'incidente di costituzionalità»*. Insomma, saremmo di fronte al cd. **quesito interpretativo**.

Ma c'è dell'altro. Il rimettente aveva anche scritto: *«Ove pure l'attività in questione fosse reputata **estranea all'area di tutela dell'art. 15 Cost.**, essa lederebbe comunque il diritto alla riservatezza, riconducibile alla sfera di protezione dell'art. 2 Cost.: sicché, anche in tale prospettiva, l'operazione esigerebbe almeno un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria che la autorizzi, determinandone i limiti, gli scopi e le modalità esecutive»*.

La Corte ha replicato chiedendo al giudice a quo *«per quale ragione, se ritiene che l'attività investigativa in questione contrasti con diritti fondamentali, non reperi praticabile una soluzione analoga, mutatis mutandis, a quella adottata dalle sezioni unite nella sentenza del 2006, da lui stesso invocata a fondamento delle proprie censure»*.

Io credo che la Corte abbia voluto semplicemente evidenziare la natura contraddittoria, o almeno incompleta, del ragionamento sviluppato dal rimettente. Al più, da questo inciso credo possa derivare un effetto, sia pure indiretto, di **accredito della tesi che la riservatezza è ormai protetta da un livello minimo di garanzie anche quando non concerna le comunicazioni od il domicilio**.

Non credo invece la Corte abbia inteso convalidare l'erroneo punto di partenza del rimettente. Qual è, nelle situazioni come quella in esame, la situazione «privilegiata» di riservatezza che – pur non riguardando la segretezza delle comunicazioni - assume rilevanza ex art. 2 Cost.?



È difficile immaginare, in effetti, che ogni registrazione clandestina di un colloquio debba essere autorizzata con un provvedimento del giudice, anche quando non costituisce intercettazione e perfino al di fuori di ogni dimensione processuale. A me sembrerebbe tesi ardita, nonostante la sua riferibilità ad una prestigiosa (ma molto isolata) voce dottrinale. Ma sembra difficile anche suggerire che le sole registrazioni della polizia giudiziaria (o ad essa riconducibili) debbano essere sempre autorizzate dal giudice, in quanto tali, e cioè a prescindere dalla tipologia e dalla legittimità dell'atto di indagine.

Personalmente ritengo che, nei casi in esame, **non esista alcun diritto alla riservatezza che ecceda l'area di tutela dell'art. 15 Cost.** A meno di non ritenere, con la dottrina poco sopra richiamata (CAPRIOLI), che esista una riservatezza connessa alla riproducibilità del colloquio, o una riservatezza opponibile in particolare alla polizia giudiziaria.

Ben più autorevolmente, per altro, la Cassazione ha recentemente ritenuto di valorizzare la «suggestione» cui sopra ho fatto riferimento. Come subito si dirà con maggior dettaglio, un orientamento assolutamente maggioritario aveva sempre ritenuto che **non fosse necessaria autorizzazione** per la registrazione di colloqui con il consenso di uno dei partecipi, neppure quando l'iniziativa e la sua realizzazione tecnica provengano dalla **polizia giudiziaria**. Per la prima volta, e nell'asserito sviluppo delle indicazioni espresse dalla sentenza 320 della Consulta, un collegio di legittimità ha stabilito che sarebbe richiesto **a pena di inutilizzabilità**, anche nei casi in questione, almeno un **provvedimento autorizzativo del pubblico ministero**.

Si accennava alla forte varietà di accenti che caratterizza, da tempo, la giurisprudenza sul tema dell'agente segreto attrezzato per il suono.

L'essenza del problema si intuisce con facilità, almeno in prima approssimazione.

Da un lato, fuori dai casi in cui la legge consente od impone il segreto in forza della peculiare relazione tra gli interlocutori (ad esempio il difensore ed il suo assistito), non esiste, nei confronti dei partecipi di un colloquio, una pretesa qualificata alla riservatezza dei relativi contenuti. Su ben altro piano – e cioè su quello che segna i diritti inviolabili della persona (art. 15 Cost.) – si colloca invece l'aspettativa di riservatezza che i protagonisti della conversazione vantano nei confronti di tutti coloro che non siano stati autorizzati ad ascoltarla, esplicitamente od in forza di comportamenti concludenti (cioè, ad esempio, parlando a voce alta in un luogo frequentato da altre persone).

Va rilevato, tuttavia, che la documentazione fonica è una **forma particolarmente espressiva di divulgazione**, tale da trascendere gli stessi contenuti dello scambio comunicativo (per estendersi al lessico, ai toni della voce, ecc.). In effetti, la possibilità di ascoltare una conversazione registrata (anche in differita) equivale, sotto molti profili, ad una partecipazione silente (ed occulta) alla conversazione medesima. Tanto questo è vero che una parte autorevole della dottrina, pur minoritaria, considera comunque illegittima la registrazione «clandestina» di un colloquio ad opera di uno tra coloro che vi prendono parte (si veda ad esempio F. Caprioli, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, *passim*).

Ecco dunque che, secondo una linea ormai tradizionale, il fenomeno dell'agente «segreto» attrezzato per il suono viene studiato in relazione alla disciplina delle intercettazioni telefoniche od

ambientali. E ciò secondo una logica piuttosto elementare: se non riconducibile alla nozione di intercettazione, e salvo che ricorrano divieti diversi (discendenti dalla legge penale sostanziale, oltre che da quella processuale), l'azione dell'agente deve ritenersi legittima, a prescindere da qualunque autorizzazione giudiziale.

Ora, nell'assenza di una definizione normativa, è corrente il riferimento ad elaborazioni giurisprudenziali del **concetto di intercettazione**. Ancor oggi la più chiara ed autorevole si deve alle **Sezioni unite** della Cassazione, ed in particolare alla già citata sentenza **Torcasio**: «*Le intercettazioni regolate dagli artt. 266 e seguenti c.p.p. consistono nella captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscono con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da soggetto estraneo alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato*».

Ebbene, nel caso della registrazione effettuata da persona che partecipa palesemente ad un colloquio manca un profilo essenziale della intercettazione in senso tecnico (e dunque dell'attività legittima solo in quanto autorizzata dal giudice, e nei casi previsti dalla legge): la estraneità dell'agente allo scambio comunicativo. È affermazione corrente, dunque, che la registrazione occulta sia comportamento legittimo, finalizzato alla predisposizione di un documento, spendibile nel processo *ex art. 234 c.p.p.*: così come è libero di riferire del colloquio, anche in sede processuale, l'agente è libero di approntare forme di rappresentazione del colloquio medesimo, contestualmente o successivamente, e di farne uso anche nell'ambito di una controversia innanzi al giudice.

Questa impostazione del problema, pur considerata esatta dai più, si rivela insufficiente quando l'attività di documentazione è sollecitata, favorita o addirittura effettuata dalla polizia giudiziaria. L'intervento degli inquirenti esprime l'immanenza di una indagine penale, che deve naturalmente essere condotta secondo la pertinente disciplina. Si palesa una distonia, d'altra parte, con l'essenza stessa della nozione di documento, che si fonda sulla vocazione extraprocedimentale della sua funzione rappresentativa.

Si comprende meglio, a questo punto, la difficoltà che nasce dalle molteplici varianti che possono segnare le interferenze tra indagine di polizia e «documentazione» d'un colloquio partecipato dall'agente attrezzato per il suono, in massimo grado (ma non solo) quando l'agente medesimo sia egli stesso un appartenente alle forze dell'ordine.

Esiste ancor oggi un **orientamento dominante** che assegna rilievo essenziale alla incompatibilità tra la nozione di intercettazione e la partecipazione allo scambio comunicativo di colui che lo registra o lo trasmette a distanza. Non trattandosi di intercettazione, l'attività in esame è legittima e **non richiede autorizzazione** giudiziale a norma degli artt. 266 e seguenti del codice di rito. Il fatto che l'iniziativa sia sollecitata dalla polizia giudiziaria, o attuata con il suo supporto tecnico, è considerato marginale rispetto al dato essenziale della libertà di rappresentazione spettante a chiunque prenda parte palesemente ad un colloquio. Tale libertà si estende alla documentazione del colloquio medesimo, che può consistere appunto nella produzione di un documento, spendibile nel processo a norma dell'art. 234 c.p.p. (Cass., Sez. IV, 4 settembre 1996, n. 8237, Cannella, in *C.E.D. Cass.*, n. 205799; Cass., Sez. IV, 27 luglio 1998, n. 8759, Cabrini, *ivi*, n. 211465; Cass., Sez. I, 19 maggio 1999, n. 6302, Iacovone, in *Giur. it.* 2001, 807; Cass., Sez. V, 10 giugno 2002, n. 30078, Arena, inedita; Cass., Sez. IV, 31 ottobre 2007, n. 40332, Picillo, in *C.E.D. Cass.*, n. 237789; Cass., Sez. VI, 22 aprile 2009, n. 16986, Abis, *ivi*, n. 243256; Cass., Sez. VI, 23 dicembre 2009, n. 49511, Ticchiati, *ivi*, n. 245774).

Nella stessa logica, è stata più volte considerata **irrilevante** anche la circostanza che, attraverso l'invio di segnali radio o telefonici, la polizia giudiziaria sia messa in grado di effettuare un **ascolto contestuale** ed occulto dello scambio comunicativo (Cass., Sez. II, 17 dicembre 2002, n. 42486, Modelfino, in *Arch. nuova proc. pen.* 2005, 80; Cass., Sez. I, 6 aprile 2009, n. 14829, Foglia, in *C.E.D. Cass.*, n. 243741). Per altro verso, sarebbe irrilevante l'appartenenza alla polizia giudiziaria del partecipe del colloquio: l'unico limite di utilizzabilità della documentazione prodotta con il concorso dell'investigatore deriverebbe dalle norme sulla prova dichiarativa nel dibattimento, di talché la registrazione, in quanto frutto di una attività legittima, potrebbe essere direttamente utilizzata nel giudizio abbreviato (Cass., Sez. II, 24 gennaio 2006, n. 2829, Pistorio, in *Dir. pen. processo* 2006, 457, con nota di F. Peroni, *Documentazione irrituale e utilizzabilità del dato nel giudizio abbreviato*).

Come si vede, la lezione delle Sezioni unite sembra assimilata fino ad un certo punto. È da ritenersi, quanto meno, che si trasmettano alla «documentazione atipica» i vizi sostanziali di un atto di indagine, come ad esempio quelli del «colloquio» che nei fatti si risolve in un interrogatorio dell'indagato, dissimulato e condotto senza garanzie: la «legittimità» (o, meglio, la non illegittimità) del mezzo rappresentativo non potrebbe far premio dell'anomalia dell'atto compiuto.

Tornando ai rapporti tra diritto di riservatezza delle comunicazioni e attività dell'agente segreto attrezzato per il suono, va dato conto dell'**orientamento minoritario** che, contro quello fin qui illustrato, richiede un **previo provvedimento autorizzativo** del giudice.

Nelle sue manifestazioni in giurisprudenza, l'opinione si limita ai casi in cui l'iniziativa della registrazione, o comunque la sua realizzazione tecnica, siano direttamente riferibili alla polizia giudiziaria. Si tratta di un profilo assorbente, anche se talvolta associato ad elementi ulteriori, come in uno storico caso, che si pone all'origine della corrente minoritaria, ove grande rilievo si era dato anche al fatto che gli investigatori avessero provocato il colloquio, e non semplicemente la sua documentazione (Cass., Sez. II, 5 luglio 1988, Belfiore, in *Giur. it.* 1990, II, 6, con nota di G. Dean, *In tema di indebita registrazione delle conversazioni tra persone detenute: dall'art. 225-quinquies c.p.p. 1930 all'art. 266 c.p.p. 1988*). In ogni caso, l'orientamento minoritario si è fondato, almeno fino alla più recente pronuncia in materia (*infra*), sulla sostanziale assimilazione tra la registrazione occulta «su intervento» della polizia giudiziaria e la intercettazione telefonica od ambientale di uno scambio comunicativo, tanto che la necessaria autorizzazione dovrebbe essere rilasciata a norma degli artt. 266 e seguenti del vigente codice di rito. Un diverso regime – si osserva – consentirebbe il «surrettizio aggiramento» delle disposizioni che tutelano la segretezza delle comunicazioni (Cass., Sez. II, 16 marzo 1990, n. 3666, Calabrò, in *C.E.D. Cass.*, n. 183707; Cass., Sez. V, 12 giugno 2000, Caputo, in *Cass. pen.* 2001, 565; Cass., Sez. VI, 31 gennaio 2001, n. 3846, Finini, in *C.E.D. Cass.*, n. 218412; Cass., Sez. VI, 26 novembre 2008, n. 44128, Napolitano, in *Dir. pen. processo* 2009, con nota di F. Decaroli, *Revirement sulle registrazioni con mezzi forniti dalla polizia*; nello stesso senso va probabilmente citata una decisione ove la qualificazione quale «documento» della registrazione operata dalla vittima di una concussione è stata confermata sul rilievo della carenza di prove che l'agente operasse su mandato della polizia giudiziaria: Cass., Sez. VI, 29 marzo 2005, n. 12189, Rosi, in *C.E.D. Cass.*, n. 231049).

Come si vede, la contrapposizione nasce dal rilievo assorbente che viene dato, di fronte ad un fenomeno obiettivamente complesso, ad un profilo piuttosto che ad un altro. Nel caso della corrente maggioritaria, si tratta della collaborazione del partecipe del colloquio. Nel caso opposto, della impronta genetica che all'operazione deriva dall'iniziativa della polizia giudiziaria per la documentazione del colloquio.

V'è per altro un **terzo fronte riconoscibile**, nella giurisprudenza sulla materia, ove l'accento cade essenzialmente sulla teletrasmissione del suono, cioè sulla possibilità di ascolto contestuale e «clandestino» di persone non presenti alla conversazione (in genere, agenti di polizia). Qui l'unica differenza tra l'operazione considerata ed una intercettazione ambientale – si dice – è data dalla tecnica di collocazione della ricetrasmittente (portata sulla persona dell'agente segreto invece che collocata in anticipo sul luogo del colloquio). Dunque, nei casi in questione, l'indagine dovrebbe essere autorizzata dal giudice, a norma degli artt. 266 e seguenti c.p.p. Non sarebbe invece necessaria alcuna autorizzazione nel caso di semplice registrazione del colloquio, anche quando la stessa sia attuata su sollecitazione o con il sostegno tecnico della polizia giudiziaria (Cass., Sez. I, 17 marzo 1999, n. 3458, Di Cuonzo, *ivi*, n. 213251; Cass., Sez. I, 27 agosto 2002, n. 30082, Aquino, in *Giust. pen.* 2003, III, 644; Cass., Sez. I, 21 febbraio 2003, n. 8738, Lentini, inedita; Cass., Sez. I, 12 dicembre 2007, n. 46274, Ditto, in *C.E.D. Cass.* n. 238488).

Non è finita, perché un recentissimo **quarto orientamento** innova completamente l'approccio alla materia.

Si è visto che l'opinione maggioritaria è stata variamente contrastata dalla giurisprudenza più sensibile al tema della riservatezza e delle relative garanzie. Una sensibilità analoga talvolta ha indotto – com'era in precedenza accaduto, ad esempio, per l'acquisizione dei tabulati telefonici o per le videoriprese – il tentativo di ottenere dalla Consulta una «estensione» della procedura di intercettazione alle forme di indagine in esame, e ciò sul presupposto che, attualmente, non sia invece richiesta alcuna forma di autorizzazione (per una dichiarazione di manifesta infondatezza della questione si veda invece Cass., Sez. VI, 23 dicembre 2009, n. 49511, Ticchiati, *cit.*).

Il tentativo è stato recentemente «respinto» dalla Corte costituzionale con la **sent. 4 dicembre 2009, n. 320**, di cui ampiamente si è detto, e della quale si riporta per comodità il solo passaggio qui decisivo: *«il giudice a quo avrebbe dovuto precisare per quale ragione, se ritiene che l'attività investigativa in questione contrasti con diritti fondamentali, non reputi praticabile una soluzione analoga, mutatis mutandis, a quella adottata dalle sezioni unite nella sentenza del 2006, da lui stesso invocata a fondamento delle proprie censure»*.

Ho già detto che sembrerebbe piuttosto evidente come la Corte abbia inteso far valere una regola tipica del processo costituzionale, e non certo «suggerire» che l'agente attrezzato per il suono debba munirsi di una previa autorizzazione giudiziale, la cui necessità discenda direttamente dall'art. 2 Cost. Proprio un tale «suggerimento», però, è stato colto ed accolto dalla più recente pronuncia della Cassazione sul tema, ben oltre quanto si evince dalla massima ufficiale del provvedimento (Cass., Sez. VI, 21 giugno 2010, n. 23742, Angelini, in *C.E.D. Cass.*, n. 247384). Si legge infatti nella motivazione della sentenza che le operazioni attuate *«d'intesa con la polizia giudiziaria e con apparecchiature da questa fornite [...], venendo ad incidere sul diritto alla segretezza delle conversazioni e delle comunicazioni, tutelato dall'art. 15 Cost., a differenza della registrazione effettuata d'iniziativa di uno degli interlocutori richiede un controllo dell'autorità giudiziaria. Ma tale controllo non implica la necessità di osservare le disposizioni relative all'intercettazione di conversazioni o comunicazioni di cui agli artt. 266 c.p.p. e seguenti, in quanto le registrazioni fonografiche, per il diverso livello di intrusione nella sfera di riservatezza che ne deriva, non possono essere assimilate, nemmeno nell'ipotesi considerata, alle intercettazioni telefoniche o ambientali e non possono, quindi, ritenersi sottoposte alle limitazioni ed alle formalità proprie di queste ultime [...] Le registrazioni fonografiche eseguite da uno degli interlocutori con strumenti di captazione forniti dagli organi investigativi, al contrario, essendo effettuate col pieno consenso di uno dei partecipi alla conversazione, implicano un minor grado di intrusione nella sfera privata; sicché, ai fini della tutela dell'art. 15 Cost., è sufficiente un livello di garanzia minore, rappresentato da un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, che può essere costituito anche da un decreto del pubblico ministero»*.

Vorrei ribadire come resti del tutto oscuro, per la verità, in che modo il coinvolgimento della polizia giudiziaria trasformi una attività altrimenti libera nella intrusione in una sfera protetta di riserbo della persona. Se anche si ritenesse, con la dottrina minoritaria già citata, che esista una riservatezza connessa alla riproducibilità del colloquio, resterebbe da stabilire perché tale forma di riservatezza troverebbe tutela solo quando la comunicazione sia in qualche modo sorvegliata dalla polizia giudiziaria. In effetti, la decisione in esame sembrerebbe implicare che vi siano **forme di riserbo opponibili alla sola autorità inquirente**, sebbene non attengano al segreto che assiste le attività difensive.

È chiara nel contempo la potenzialità espansiva del principio, perché la riservatezza chiede (e trova) ormai tutela anche per comportamenti non comunicativi. Presto troverà eco, anche in giurisprudenza, l'assunto che ogni acquisizione concernente dati sensibili dovrebbe essere assicurata mediante «livelli minimi di garanzia». Ben oltre l'attuale quadro di diritto positivo, nazionale e sovranazionale.



Restiamo sul terreno delle **indagini su comunicazioni interpersonali** per fare il punto sulle significative novità, introdotte da tre recenti provvedimenti della Corte, a proposito delle **garanzie accordate ai Parlamentari**, a protezione della libera esplicazione del loro mandato.

Punto di partenza non può che essere la notissima **sentenza n. 320 del 2007**, con la quale, ricostruendo il sistema introdotto dalla legge 140 del 2003, la Corte aveva in sostanza identificato tre distinte categorie di

intercettazioni telefoniche in danno di parlamentari, ciascuna con un proprio regime di ammissibilità ed utilizzabilità:

**a.** Le **intercettazioni «dirette»**, cioè quelle concernente utenze riferibili ad un parlamentare e finalizzate all'ascolto delle sua conversazioni, per le quali la Costituzione e la legge 140 impongono una **autorizzazione preventiva**, della quale, salvo errore, non esistono esempi di applicazione concreta.

**b.** Le **intercettazioni «indirette»**, cioè attuate riguardo ad utenze non formalmente riferibili al parlamentare, e però finalizzate proprio a cogliere le comunicazioni di questi, in base alla notizia di una utilizzazione de facto, più o meno regolare, delle utenze medesime. Anche in questo caso, deve sussistere una **autorizzazione preventiva** della Camera di appartenenza.

**c.** Le **«intercettazioni casuali»**, cioè quelle che l'inquirente non aziona intenzionalmente nei confronti del parlamentare, e per le quali, proprio per questa ragione, non è concepibile una autorizzazione preventiva. In questi casi, com'è noto, l'art. 6 della legge 140 prevedeva la necessità di una **richiesta di autorizzazione all'uso** processuale delle risultanze. La disposizione aggiungeva che, in caso di diniego, le registrazioni fossero distrutte, così di fatto rendendole inutilizzabili anche nei confronti degli interlocutori non parlamentari. Con la citata sentenza n. 320, la Corte aveva dichiarato illegittima questa disciplina, non avendo alcuna legittimazione costituzionale il «privilegio» accordato a soggetti sprovvisti del mandato parlamentare. Quindi le intercettazioni casuali **non devono essere distrutte**, ferma restando la loro **inutilizzabilità** nei confronti dei parlamentari nel caso del diniego in tal senso espresso dalla Camera di competenza.

La Corte aveva lasciato intenzionalmente ed esplicitamente impregiudicata la questione della **legittimità** della «prerogativa» riconosciuta ai parlamentari quanto alle **«intercettazioni casuali»**, e cioè della previa necessità dell'autorizzazione all'uso di risultanze acquisite senza violare l'obbligo di autorizzazione preventiva, l'unico imposto dalla Costituzione.

Questo il nodo venuto al pettine con le **sentenze n. 113 e n. 114 del 2010** su iniziativa del Tribunale di Roma – Collegio per i reati ministeriali (prima sentenza) e del Tribunale di Napoli (seconda sentenza).

Il merito della questione, per altro, non è stato risolto, perché entrambe le sentenze hanno dichiarato una **inammissibilità su base processuale** (difetto di motivazione in punto di rilevanza), e tuttavia dalle sentenze medesime possono essere estratti, con relativa facilità, principi di diritto di capitale importanza nella nostra materia.

In primo luogo. Una intercettazione che nasce **casuale** non necessariamente conserva tale caratteristica per **tutta la sua durata**. Dal momento in cui si constata, o si dovrebbe constatare, che l'indagine in atto consente un controllo sulle conversazioni di un Parlamentare, è dovere

dell'Autorità procedente interrompere l'intercettazione e munirsi, se del caso, di autorizzazione preventiva.

Nel caso giudicato a Roma il giudice rimettente aveva in sostanza limitato la propria necessaria valutazione circa il carattere effettivamente «casuale» del controllo discutendo delle circostanze che avevano portato ad avviare l'intercettazione di una determinata utenza, senza chiarire se già risultassero elementi per ipotizzare una sua riferibilità al parlamentare, e soprattutto senza darsi carico di verificare, di fronte ad un controllo poi proseguito nel tempo e con ripetute conversazioni del parlamentare in questione (poi addirittura iscritto nel registro degli indagati) se l'indagine fosse rimasta «casuale».

Il caso napoletano definito con la sentenza n. 114, già citata, presenta un profilo ovvio, e cioè che il giudice non può limitarsi a constatare l'**intestazione formale** di una utenza a persona priva di mandato parlamentare. Ma v'è anche una rilevante puntualizzazione quanto ad un principio già espresso dalla sentenza 320, e cioè che non può escludersi a priori il carattere causale di una intercettazione per il sol fatto che la stessa sia stata disposta in un procedimento che già veda **indagato il Parlamentare poi intercettato**. Il principio resta valido, ma la Corte afferma che è necessaria una particolare severità di controllo in chiave di contrasto a comportamenti elusivi degli inquirenti.

Anche per una ulteriore eccezione sollevata dall'Autorità giudiziaria napoletana – valutata successivamente a quelle in esame – la Corte ha preteso informazioni di dettaglio per verificare la effettiva «casualità» delle acquisizioni in danno del Parlamentare, elencando una serie di **fattori sintomatici** a tale proposito: la preesistente iscrizione del Parlamentare nel registro degli indagati, il grado di prossimità dell'intestatario formale dell'utenza, il numero e la frequenza delle comunicazioni coinvolgenti il Parlamentare, ecc. (**ordinanza n. 263 del 2010**).

Una decisione della Corte ha riguardato anche la materia – risultata per certi versi ancor più spinosa – dell'acquisizione e della utilizzazione dei **tabulati telefonici** riguardo a **Parlamentari** della Repubblica.

La **fattispecie concreta** ha avuto notevole risonanza, anche per l'importanza delle indagini sul cui sfondo si colloca. L'ipotesi d'accusa è che un sottosegretario alla Giustizia, membro del Senato, ebbe ad avvertire Tizio, tramite Caio, che l'Autorità giudiziaria di Milano stava effettuando intercettazioni telefoniche in suo danno. Dunque, ipotesi di favoreggiamento personale. Il sottosegretario avrebbe agito in concorso con Mevio. È stato proprio il «favoreggiato» a raccontare agli inquirenti di avere appreso delle indagini che lo riguardavano da Caio e da Mevio, i quali avevano specificato che fonte d'informazione sarebbe stata il sottosegretario. In effetti, nel periodo compatibile con gli avvenimenti *de quibus*, i tabulati di una utenza in uso a Mevio evidenziavano ripetuti contatti con il sottosegretario.

Ebbene, il Giudice per le indagini preliminari di Roma aveva chiesto al Senato l'autorizzazione ad utilizzare nei confronti del sottosegretario le

risultanze del già acquisito tabulato di Mevio. Il pubblico ministero, dal canto proprio, aveva chiesto al Senato l'autorizzazione ad acquisire i tabulati direttamente concernenti le utenze in uso al sottosegretario.

Le due richieste sono state esaminate congiuntamente dal **Senato**, che, con deliberazione del 21 dicembre 2007, ha **negato entrambe le autorizzazioni**, in conformità alla proposta, adottata all'unanimità, dalla Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari.

Gli uffici giudiziari hanno sollevato distinti conflitti di attribuzione, dichiarati dalla Corte ammissibili, ma poi nel merito respinti con la **sentenza n. 188 del 2010**.

La Corte ha rilevato come la legge n. 140 del 2003 prescriva che tanto il compimento – nei confronti diretti del parlamentare – dell'atto da autorizzare preventivamente (artt. 4 e 5), quanto l'autorizzazione all'utilizzazione nei confronti del parlamentare stesso di un atto già compiuto nei confronti di altro soggetto (art. 6), debbano essere assistiti da un criterio di «**necessità**» (in tale senso dovendosi intendere anche l'espressione «quando occorre», recata dal comma 1 dell'art. 4).

Va detto che la delibera del Senato è pressoché interamente centrata su di un **sindacato di merito** della necessità dell'utilizzazione e dell'acquisizione. La Corte ha ammesso che, invece, la relativa valutazione spetta all'Autorità giudiziaria. Quest'ultima, tuttavia, deve effettuare un bilanciamento tra l'esigenza investigativa e la direttiva costituzionale di protezione delle comunicazioni dei parlamentari, documentando, attraverso adeguata motivazione, di avere effettuato quel bilanciamento e di averlo effettuato in modo corretto. Ciò considerando anche la specifica ed elevata capacità intrusiva dei tabulati, che segnalano non solo i contatti, ma anche gli spostamenti dell'interessato.

Ecco il passaggio forse più chiaro: *«la Camera deve poter rilevare, dall'esame della richiesta (e degli eventuali allegati), che sussistono sia il requisito, per così dire, “negativo” dell'assenza di ogni intento persecutorio o strumentale della richiesta, sia quello, per così dire, “positivo” della affermata “necessità” dell'atto, motivata in termini di non implausibilità»*.

Ebbene, la richiesta del **Gip di Roma** sarebbe stata giustamente respinta dal Senato, perché tutta motivata in termini di «pertinenza» dell'elemento di prova, e non, come sarebbe stato necessario, in chiave di necessità della sua utilizzazione.

Vero che il Senato avrebbe “ecceduto” (ma la Corte è ancora più cauta) aggiungendo una propria valutazione di necessità della prova nell'economia del giudizio. Bisogna anche ammettere che il giudice ricorrente, con la propria richiesta, si era impegnato in una riflessione sul carattere «aprioristico» di ogni valutazione di pertinenza della prova, forse preoccupato di non esprimere pregiudizi, ma certo non si trattava di una prospettiva particolarmente utile in un contesto ove il significato cognitivo della acquisizione era già del tutto conosciuto, e si discuteva in meri termini di utilizzabilità.

La Corte, come si accennava, ha respinto anche il ricorso della **Procura di Roma**. La delibera senatoriale impugnata rilevava come «la necessità di acquisire i predetti tabulati venga enunciata senza dar conto adeguatamente delle ragioni della stessa, limitandosi ad affermare l'utilità al fine di individuare non meglio specificati elementi di riscontro e, in particolare, al fine di identificare l'eventuale fonte originaria della notizia». E si aggiungeva che: *«negli atti trasmessi non vi è nulla che consenta di comprendere sulla base di quali elementi il Pubblico ministero abbia formulato la supposizione che il senatore XY sia stato informato telefonicamente dell'esistenza di un'attività di intercettazione a carico del Tizio o abbia informato telefonicamente il Mevio»*.

La Corte, dal canto proprio, osserva che *«la richiesta della Procura aveva formulato l'assunto in termini, appunto, di "necessità assoluta" con riguardo ad una estensione assai ampia degli atti da compiere, limitati sì, ma solo con riguardo al periodo "interessato", mentre erano diretti genericamente e onnicomprensivamente "ai tabulati delle comunicazioni telefoniche intercorse su tutte le utenze fisse e mobili in uso al senatore XY», «senza alcuna previa indicazione specificativa – ad esempio – tra quelle private e quelle professionali o di appartenenza istituzionale, tra quelle in uso esclusivo o in uso promiscuo; il tutto, con una evidente idoneità intrusiva e senza alcuna particolare spiegazione»*.

Insomma, l'Autorità giudiziaria non avrebbe offerto una motivazione dimostrativa del bilanciamento che pure è ad essa riservato. Ciò anche considerando l'assenza di indicazioni sulla rinuncia a **forme alternative di investigazione**.



A proposito del **processo penale avanti al giudice di pace**, vanno segnalati anche alcuni provvedimenti che hanno in sostanza disatteso l'aspettativa di interventi manipolativi sul regime di contenuta rilevanza della connessione a fini di determinazione della competenza. Inoltre la Consulta, con un recentissimo provvedimento riguardante il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, ha chiarito quanto «estrema» debba ritenersi la portata del **principio di irrilevanza della connessione**. Ma andiamo con ordine.

Un primo gruppo di ordinanze di rimessione lamentava, alla luce di vari parametri costituzionali, che non si determini l'intervento del giudice professionale quando la stessa persona sia imputata di più reati, a competenza differenziata, legati dal **vincolo della continuazione**.

La Corte, con la **sentenza n. 64 del 2009**, ha stabilito che la questione è infondata, pur non mancando di avanzare critiche in punto di opportunità della scelta legislativa (scelta che però sarebbe sindacabile della Corte, come è stato affermato in numerosissimi casi proprio discutendo di regole di competenza, solo in caso di manifesta irrazionalità, essendo la materia rimessa ad una «ampia» discrezionalità del legislatore).



La Corte si è resa conto, in particolare, che la disciplina provoca in certi casi assurde duplicazioni di procedimenti.

Nella specie la scelta legislativa è stata giustificata in quanto finalizzata a «valorizzare le peculiarità della giurisdizione penale del giudice di pace, la quale si connota - oltre che per la presenza di un autonomo apparato sanzionatorio - anche e soprattutto per le accentuate particolarità del rito, che, nei loro tratti di semplificazione e snellezza, esaltano la funzione conciliativa del giudice onorario». Il legislatore ha ritenuto che l'interesse al *simultaneus processus* dovesse prevalere solo nel caso di **concorso formale di reati**, perché si fonda addirittura sull'unità naturalistica della condotta. Proprio per tale ultima ragione si è considerata infondata la comparazione, istituita dai rimettenti, tra il trattamento del concorso formale e quello di altre forme di connessione.

Neppure si è accettata la censura fondata sul rilievo che, a differenza di quanto attiene avanti al giudice professionale, diviene difficile ottenere il riconoscimento della continuazione, posto che lo stesso può comunque intervenire in fase esecutiva.

Gli stessi argomenti, su questione sostanzialmente identica, sono stati ribaditi dalla Corte con la più recente **ordinanza n. 56 del 2010**.

Una ulteriore ordinanza di rimessione, sempre con riguardo ai criteri per la determinazione della competenza, una questione relativa alla irrilevanza della connessione fondata sull'essere i **reati commessi dagli agenti gli uni in danno degli altri**.

La Corte, con la **ordinanza n. 68 del 2009**, ha dichiarato la questione manifestamente infondata. In sostanza, il rimettente ha confuso un caso concernente la riunione di procedimenti con le fattispecie cd. di **connessione eterogenea**, cioè utile a determinare spostamenti di competenza, ed ha costruito la sua eccezione sulla pretesa disparità di trattamento tra i reati rimessi alla cognizione del giudice di pace e quelli assegnati alla competenza del giudice ordinario.

In realtà, come tutti sanno (o dovrebbero sapere), «*né davanti al giudice di pace, né davanti ai giudici superiori è prevista la possibilità di procedere alla riunione di processi relativi a reati commessi da più persone in danno reciproco, in deroga alle ordinarie regole sulla competenza per materia o per territorio*».

Un provvedimento più recente, e cioè la **ordinanza n. 252 del 2010**, sembra postulare che la competenza esclusiva del giudice di pace giunga finanche a limitare i **poteri di cognizione del fatto dequalificato** in capo al giudice di competenza superiore, secondo un principio che oltretutto, come subito vedremo, incide finanche sulla *perpetuatio iurisdictionis* nei casi di concorso formale tra reato di competenza del giudice di pace e reato munito di *vis attractiva* presso il giudice «superiore».

Nella specie il rimettente aveva ragionato come segue: si contesta all'imputato, per un fatto successivo all'8 agosto 2009, il delitto di cui all'art. 14, comma 5-ter del T.u. in materia di immigrazione; in realtà il delitto non sussiste, perché nella specie l'inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore era dovuta ad un «giustificato motivo»; residua però una responsabilità ex art 10-bis dello stesso T.u., data l'illegittimità del soggiorno e l'irrilevanza del giustificato motivo nell'economia della nuova fattispecie contravvenzionale; eccepisco, tuttavia, circa l'illegittimità dell'omessa previsione della causa di non punibilità (*supra*).

Ebbene, la Corte ha risposto, dopo aver ricordato la il reato di cui all'art. 10-bis appartiene alla competenza del giudice onorario: «*ciò comporta l'operatività della disposizione di cui all'art. 48 del d.lgs. n. 274 del 2000, la quale – in deroga alla disciplina generale relativa alla cosiddetta incompetenza per eccesso (artt. 23, comma 2, e 521, comma 1, del codice di procedura penale) – stabilisce che, «in ogni stato e grado del processo, se il giudice ritiene che il reato appartiene alla competenza del giudice di pace, lo dichiara con sentenza e ordina la trasmissione degli atti al pubblico ministero [...] pertanto, alla luce di tale disposizione, il rimettente non potrebbe comunque conoscere della fattispecie criminosa prevista dalla norma impugnata (e, in particolare, condannare per essa l'imputato), in quanto incompetente per materia».*

In altre parole, se il giudice professionale, in ragione di una **diversa qualificazione giuridica del fatto** contestato, si accorge che la competenza apparterrebbe al giudice di pace, non può conoscere egli stesso del reato, come solitamente avviene, ma **deve dichiararsi incompetente**, e trasmettere gli atti al pubblico ministero.

Non risulta che il principio fosse già stato affermato dalla giurisprudenza di legittimità.

Il principio è stato invece ribadito, e in certo senso reso ancor più estremo, con la recente **ordinanza n. 318 del 2010**.

Come si ricorderà, il provvedimento rappresenta uno dei molti mediante i quali la Corte ha definito le questioni sollevate a proposito della nuova fattispecie di soggiorno irregolare (art. 10-bis del d.lgs. n. 286 del 1998).

Nella specie, e contrariamente alla norma, il rimettente era un Tribunale e non un giudice di pace, e ciò grazie ad un marchingegno piuttosto chiaramente finalizzato a sollevare la questione «di merito» sulla nuova incriminazione. Il Tribunale infatti procedeva per il delitto di cui all'art. 14, comma 5-ter (inosservanza dell'ordine di allontanamento), ma aveva ammesso la contestazione in udienza, a **titolo di concorso formale**, dell'ulteriore reato di cui all'art. 10-bis. Tutto a posto, si era detto: l'ipotesi del concorso formale, per quanto sia l'unica, legittima la **competenza superiore** in merito alla fattispecie di ordinaria attribuzione al giudice di pace.

Poi il Tribunale aveva deciso che l'imputato si fosse reso inottemperante all'ordine di allontanamento in ragione di un **giustificato motivo**, ed aveva

di conseguenza prosciolti l'imputato dal relativo delitto. Ed ecco la parte finale della «operazione»: residua una imputazione per il reato contravvenzionale, sulla quale non incide la clausola del giustificato motivo in quanto assente dalla relativa previsione incriminatrice; vi sarebbe assoluzione qualora la Consulta dichiarasse illegittima l'omessa previsione; dunque è rilevante, oltre che non manifestamente infondata, una questione di legittimità costituzionale.

La Corte non è stata al gioco: **a)** Non può essere attendibilmente prospettato un rapporto di concorrenza (formale) tra il delitto di cui all'art. 14-ter e la contravvenzione di cui all'art. 10-bis, essendo le due fattispecie alternative, ed in particolare atteggiandosi la contravvenzione quale reato sussidiario; **b)** Quand'anche si attivasse una valida **competenza per attrazione** del reato attribuito al giudice onorario, lo scioglimento del vincolo con il reato munito di *vis attractiva* – contrariamente a quanto normalmente avviene dopo l'elevazione dell'accusa in base al principio della cd. *perpetuatio iurisdictionis* – comporterebbe l'obbligo per il giudice superiore di dichiarare la propria incompetenza e di trasmettere gli atti al pubblico ministero, secondo quanto disposto dal già citato art. 48 del d.lgs. n. 274 del 2000.

Regola processuale importante e, salvo errore, non ancora enunciata.

Regola che, nel giudizio *a quo*, comportava la manifesta irrilevanza della questione sollevata dal Tribunale.

Roma – Bologna, 1° aprile 2011

**GUGLIELMO LEO**