

LA GIUSTIZIA PENALE

Rivista mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione

FONDATA NELL'ANNO 1893 DA GENNARO ESCOBEDO

GIÀ DIRETTA DAL

Prof. Avv. GIUSEPPE SABATINI

COMITATO SCIENTIFICO

FERRANDO MANTOVANI

Ordinario di diritto penale

GIOVANNI CONSO

Ordinario di procedura penale Pres. em. Corte Costituzionale

CORRADO CARNEVALE

Presidente di Sezione della Corte di cassazione

PAOLO DELL'ANNO

Ordinario di diritto amministrativo

ORESTE DOMINIONI

Ordinario di procedura penale

ANGELO GIARDA

Ordinario di procedura penale

CARLO FEDERICO GROSSO

Ordinario di diritto penale

GIUSEPPE RICCIO

Ordinario di procedura penale

GIORGIO SANTACROCE

Presidente della Corte di Appello di Roma

VINCENZO SCORDAMAGLIA

Ordinario di diritto penale

GIORGIO SPANGHER

Ordinario di procedura penale

NATALE MARIO DI LUCA

Ordinario di medicina legale

PIETRO NOCITA

Direttore Responsabile

REDAZIONE: FRANCESCO BRUNO, Titolare cattedra criminologia Univ. di Roma "La Sapienza"; DIANA CAMINITI, Magistrato; ANTONELLA DE BENEDICTIS, Avvocato; ALESSANDRO DIDI, Ricercatore procedura penale Univ. di Roma "Tor Vergata"; FILIPPO DINACCI, Professore associato procedura penale Univ. di Bergamo; FRANCESCO FALCINELLI, Avvocato; VANIA MAFFEO, Ricercatore procedura penale Univ. di Napoli "Federico II"; MARCO MARIA MONACO, Dottore di Ricerca procedura penale; GIUSEPPE NOVIELLO, Magistrato; NITTO FRANCESCO PALMA, Magistrato; GIADA PAPA, Avvocato; FEDERICA PUGLIESE, Avvocato; Dott.ssa FRANCESCA ROSSO; PIER GERARDO SANTORO, Avvocato; PAOLO SIRLEO, Magistrato; DELIO SPAGNOLO, Magistrato; ROBERTO STAFFA, Magistrato; Dott.ssa TIZIANA TREVISSON LUPACCHINI, Università "Tor Vergata" di Roma.

On line: www.lagiustiziapenale.org

Sede della Rivista: 00195 ROMA - Viale Angelico, 38

E-mail: giustpen@gmail.com

Telefono (06) 321.53.95 - Fax (06) 372.25.74

Spedizione in abbonamento postale - Pubblicità inferiore 50%

ISSN 1971 - 4998

I signori abbonati sono pregati di leggere le avvertenze e le condizioni di abbonamento. I signori abbonati sono pregati di effettuare i versamenti direttamente a mezzo del Conto Corrente Postale n. 00725002 o del conto corrente bancario IBAN IT 13 B 02008 05167 000401287612.

L'Amministrazione non risponde dei versamenti effettuati a mezzo di agenti, agenzie librarie o librerie. I cambi di indirizzo non possono avere effetto immediato, ma hanno effetto per la spedizione relativa al fascicolo successivo.

AVVISO AI SIGG. ABBONATI

Condizioni di abbonamento per l'Anno 2011 pagamenti anticipati

	Fino al 31/3/2011	Dal 1/4/2011
ITALIA	€ 149,77	€ 160,10
ESTERO	€ 278,89	€ 299,55

Il prezzo di abbonamento può essere pagato mediante versamento di conto corrente postale N. 00725002 Roma o di conto corrente bancario IBAN IT 13 B 02008 05167 000401287612.

PROGRAMMA E CONDIZIONI DI ABBONAMENTO

LA GIUSTIZIA PENALE si pubblica in fascicoli divisi in tre parti: la prima parte (di almeno dodici sedicesimi annui) è dedicata ai *Presupposti del Diritto e della Procedura penale*; la seconda parte (di almeno ventisette sedicesimi annui) è dedicata al *Diritto penale* (Codice penale e leggi penali speciali); la terza parte (di almeno quindici sedicesimi annui) è dedicata alla *Procedura penale* (Codice di procedura penale e leggi penali speciali).

Ogni parte ha una numerazione autonoma: l'*Indice* è comune alle tre parti. Ai dodici fascicoli mensili segue un *Indice generale annuale*, con riferimento ai singoli articoli dei Codici e delle leggi speciali nonché un elenco cronologico delle sentenze riprodotte per esteso o per massima, con indice alfabetico delle parti a cui si riferiscono le sentenze, con indice analitico alfabetico delle parti a cui si riferiscono le sentenze, con indice analitico alfabetico e della bibliografia.

A) La *Prima parte* (I presupposti del diritto e della Procedura penale) contiene:

a) articoli originali, memorie e studi relativi alla criminologia, alla psichiatria, alla medicina legale, all'antropologia criminale, al diritto penitenziario, alle discipline ausiliarie del diritto e della procedura penale, al diritto internazionale, costituzionale, amministrativo e civile;

b) sentenze con note critiche;

c) recensioni e bollettino bibliografico della dottrina italiana e straniera, relativi alle scienze sopra ricordate e alle scienze giuridiche e sociali in genere;

d) resoconti e commenti;

e) varietà.

B) La *Seconda parte* (Diritto Penale) e la *Terza parte* (Procedura Penale) contengono:

a) articoli originali di dottrina;

b) le principali sentenze per esteso, della Corte Suprema di Cassazione, del Tribunale Supremo Militare e dei giudici di merito, con note critiche e di commento;

c) massimario completo della giurisprudenza penale della Corte Suprema di Cassazione e massimario della giurisprudenza civile relativa ai rapporti fra giudizio civile e giudizio penale, alla responsabilità civile, alla circolazione stradale, con note di richiami;

d) massimario di giurisprudenza della Corte di cassazione interna di diritto e procedura penale militare;

e) dibattiti sui più importanti problemi e sulle questioni controverse in materia penale;

f) recensioni delle opere giuridiche italiane e straniere;

g) bollettino bibliografico delle pubblicazioni giuridiche con speciale riguardo alla duplice parte della dottrina;

h) sunti degli articoli pubblicati nelle Riviste italiane e straniere.

SARÀ SOSPESO ALL'ABBONATO MOROSO L'INVIO DEI FASCICOLI.

Le spese di spedizione dei fascicoli agli abbonati che paghino l'abbonamento dopo la sospensione, sono a carico degli abbonati stessi.

Il prezzo di abbonamento può essere pagato mediante versamento di conto corrente postale N. 00725002 Roma o conto corrente bancario IBAN IT 13 B 02008 05167 000401287612.

L'abbonamento non disdetto per lettera o cartolina raccomandata entro il mese di novembre dell'anno di abbonamento s'intende rinnovato per l'anno successivo.

L'abbonamento non può essere disdetto da chi non è al corrente coi pagamenti.

L'abbonamento importa per qualsiasi effetto legale elezione di domicilio presso l'Ufficio del Periodico. Foro competente Roma.

Annate arretrate: da convenire. Prezzo del fascicolo arretrato € 13,94.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 30 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine, si spediscono solo alle condizioni per i fascicoli arretrati.

Coordinatrice Anna Mascoli Sabatini

SOMMARIO

SOMMARIO

L'avvocatura... (nei tempi antichi), traduzione di Michela Nocita, I, 161.

DOTTRINA

SCORDAMAGLIA V., *Il fatto e il dolo di usura - La usura bancaria*, II, 321.

DIBATTITI

CANZIO G., *Relazione per la inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte di Appello di L'Aquila*, I, 163.

IACOBACCI D., *Sulla necessità di riformare la disciplina delle intercettazioni prendendo le mosse dalle esitazioni applicative già note*, III, 361

LE PERA G., *Responsabilità civile dei magistrati nel recente disegno di legge: sogno o realtà?*, I, 185.

RUSSO N., *La prova nel giudizio abbreviato*, III, 347.

NOTE A SENTENZA

FALATO F., *Ricorso per cassazione per violazione di legge contro il vizio di motivazione dell'ordinanza emessa in sede di appello cautelare reale*, III, 334.

OGGIANO M., *Ex Cirielli: manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10/3. Luci ed ombre di un apparente dietrofront*, II, 348.

RECENSIONI

Jeanne HERSCH, *I diritti umani da un punto di vista filosofico* (a c. F. De Vecchi; Prefaz. R. De Monticelli), B. Mondadori, Milano, 2008, ristampa 5/2011, pp.102, a cura di Vincenzo Scordamaglia, I, 190.

GIURISPRUDENZA

INDICE PER MATERIA

BANCHE E ISTITUTI DI CREDITO O RISPARMIO - Esercizio abusivo di intermediazione

SOMMARIO

- finanziaria - Truffa - Concorso dei reati - Configurabilità, II, 360.
- CASSAZIONE (RICORSO PER)** — Interesse all'impugnazione - Omessa pronuncia da parte del giudice d'appello su motivo concernente la mancata applicazione della continuazione - Sussistenza, III, 344, 159.
- Ricorso del P.M. - Sentenza di assoluzione - Denuncia della mancanza assoluta della motivazione senza specificazione dell'erroneità della decisione - Inammissibilità del ricorso - Fattispecie relativa a ricorso contro sentenza comprendente soltanto l'intestazione, le conclusioni delle parti e il dispositivo, III, 343, 158
- Poteri della Corte di Cassazione - Mancanza di querela - Deducibilità per la prima volta davanti alla Corte di Cassazione - Esclusione, III, 344, 160.
- CIRCOSTANZE DEL REATO** — Concorso di circostanze - Concorso di circostanze aggravanti ad effetto speciale - Circostanza più grave - Individuazione - Fattispecie relativa a concorso tra le circostanze aggravanti del delitto di rapina di cui all'art. 628, terzo comma, e la circostanza aggravante della recidiva specifica reiterata, II, 370, 147.
- CHIAMATA DI CORREO** — Chiamata in reità *de relato* - Riscontri - Altra dichiarazione *de relato* - Esclusione - Natura e carattere del riscontro, III, 345, 161.
- COMPETENZA** — Competenza per materia - Corte d'Assise - Delitti di tratta di persone e di acquisto ed alienazione di schiavi aggravati dalle circostanze speciali di cui al secondo comma dell'art. 601 e al secondo comma dell'art. 602 Cod. pen. - Competenza della Corte d'Assise anche dopo la modifica dell'art. 5 Cod. proc. pen. ad opera del decreto legge n. 10 del 2010 convertito con la legge n. 52 del 2010 - Fattispecie relativa a processo iniziato prima dell'entrata in vigore del detto decreto legge, III, 345, 162.
- DETENZIONE DI MATERIALE PEDOPORNOGRAFICO** — Pericolo concreto di diffusione - Necessità ai fini della configurabilità - Esclusione - Consapevole detenzione - Sufficienza, II, 371, 148.
- EDILIZIA** — Edilizia - Costruzione abusiva - Ordine di demolizione - Impossibilità tecnica di esecuzione - Non imputabilità al condannato - Necessità - Sospensione condizionale della pena subordinata alla demolizione - Revoca del beneficio - Fattispecie relativa a costruzione abusiva a piano terra con sopraelevazione legittima, II, 372, 151.
- Costruzione abusiva - Natura di sanzione amministrativa - Ordine di demolizione - Estinzione per decorso del tempo - Esclusione, II, 372, 150.
- Costruzione edilizia - Varianti in corso d'opera - Variazione in diminuzione della volumetria - Possibilità di realizzazione tramite dichiarazione di inizio di attività - Esclusione - Alterazioni della sagoma dell'edificio - Permesso di costruzione - Necessità, II, 371, 149.
- Lottizzazione abusiva mista - Concorso o cooperazione di persone nel reato - Momento consumativo - Modalità di realizzazione, II, 362.
- Lottizzazione abusiva negoziale - Trasferimento di un terreno di proprietà di una società attuato mediante quote societarie conferenti al suolo su assetto proprietario frazionato in lotti - Configurabilità - Condizioni - Fattispecie relativa all'assegnazione esclusiva a ciascuno dei soci della società a responsabilità limitata proprietaria di un terreno di una piazzola su cui era posizionato una roulotte o un caravan, II, 362.
- FALSA TESTIMONIANZA** — Reiterazione della falsa dichiarazione in fasi diverse del medesimo procedimento - Unicità del reato - Momento consumativo, II, 373, 152.
- FURTO** — Furto con strappo (scippo) - Rapina - Elementi differenziali, II, 373, 153.
- GETTO PERICOLOSO DI COSE** — Emissioni di polveri provenienti da attività autorizzate - Contenimento nei limiti della legge e dell'autorizzazione - Configurabilità del reato - Esclusione, II, 374, 154.
- IMPUGNAZIONI** — Revisione - Richiesta - Omissione della declaratoria di prescrizione nel giudizio di appello - Sentenza passata in giudicato - Richiesta di revisione, III, 346, 163.
- MANIFESTAZIONI SPORTIVE** — Violenza occasionata da manifestazioni sportive - Misure di prevenzione - Imposizione dell'obbligo di presentazione ad un ufficio o comando di polizia contestualmente allo svolgimento di manifestazione sportiva - Violazione - Mancata specificazione nel procedimento del questore delle date degli incontri - Configurabilità del reato, II, 375, 155.
- MISURE CAUTELARI REALI** — Impugnazioni - Ricorso per cassazione - Ordinanza in sede di

SOMMARIO

appello - Motivi deducibili - Vizi di motivazione - Esclusione, III, 321.

Principi di proporzionalità ed adeguatezza - Applicabilità, III, 346, 164 .

Sequestro preventivo - Apertura e coltivazione abusiva di cava - Successivo rilascio di autorizzazione regionale in variante - *Periculum in mora* - Cessazione - Caducazione del sequestro - Fattispecie relativa ad autorizzazione regionale in variante concernente un impianto di frantumazione, III, 347, 165.

PROVE — Videoriprese di atti non comunicativi nel corso del procedimento - Prova atipica - Configurabilità - Autorizzazione del giudice - Necessità - Esclusione - Videoriprese di atti comunicativi - Autorizzazione del giudice - Necessità - Fattispecie relativa a riprese di mere condotte all'interno del comune studio professionale della persona offesa di atti sessuali violenti compiuti dal datore di lavoro, III, 340.

RAPINA — Pluralità di episodi in forma tentata in danno dello stesso soggetto in successione cronologica ad opera dello stesso autore - Autonomia dei fatti criminosi, II, 369.

REATO IN GENERE — Estinzione (cause di) - Prescrizione - Giudizio di appello e di cassazione - Applicabilità dei termini di prescrizione più brevi *ex lege* n. 251 del 2005 - Esclusione - Questione di legittimità costituzionale - Infondatezza, II, 348.

UDIENZA PRELIMINARE — Sentenza di non luogo a procedere - Fissazione per il deposito della motivazione di un termine superiore a trenta giorni - Termine per l'impugnazione - Quarantacinque giorni, III, 335.

VIOLENZA SESSUALE — Casi di minore gravità - Elementi soggettivi di cui all'art. 133, secondo comma Cod. pen. - Rilevanza - Esclusione, II, 368

GIURISPRUDENZA DI MERITO

REATI CONTRO L'ORDINE PUBBLICO E LA TRANQUILLITÀ PUBBLICA — Disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone - Mestiere rumoroso - Zona aeroportuale - Altre prescrizioni dell'Autorità - Violazione - Contravvenzione di cui al comma 2 dell'art. 659 c.p., II, 376.

Disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone - Mestiere rumoroso - Zona aeroportuale - Limiti di emissione ed immissione acustica - Superamento - Illecito amministrativo, II, 376

Disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone - Mestiere rumoroso - Zona aeroportuale - Uso eccessivo o smodato dei mezzi tipici del mestiere - Contravvenzione di cui al comma 1 dell'art. 659 c.p., II, 376.

L'avvocatura... (nei tempi antichi)

Tacito, *Dialogus de oratoribus* 34, 1-4

Ergo apud maiores nostros iuvenis ille, qui foro et eloquentiae parabatur, imbutus iam domestica disciplina, refertus honestis studiis deducebatur a patre vel a propinquis ad eum oratorem, qui principem in civitate locum obtinebat. [2] hunc sectari, hunc prosequi, huius omnibus dictionibus interesse sive in iudiciis sive in contionibus adsuescebat, ita ut altercationes quoque exciperet et iurgiis interesset utque [3] sic dixerim, pugnare in proelio disceret. magnus ex hoc usus, multum constantiae, plurimum iudicii iuvenibus statim continerebat, in media luce studentibus atque inter ipsa discrimina, ubi nemo inpune stulte aliquid aut contrarie dicit, quo minus et iudex respuat et adversarius exprobrat, ipsi [4] denique advocati aspernentur. igitur vera statim et incorrupta eloquentia imbuebantur; et quamquam unum sequerentur, tamen omnis eiusdem aetatis patronos in plurimis et causis et iudiciis cognoscebant; habebantque ipsius populi diversissimarum aurium copiam, ex qua facile deprehenderent, quid in quoque vel probaretur vel displiceret.

Presso i nostri antenati quel giovane che era destinato al foro e all'eloquenza, già formato per educazione familiare, preparato con nobili studi, era condotto dal padre o dai parenti da quell'oratore che era in città il principe del foro. Imparava ad accompagnarlo, a fargli da scorta, ad essere presente a tutti gli interventi nei tribunali e nelle assemblee così da prendere parte anche al contraddittorio e presenziare ai diverbi e, per così dire, imparare a combattere sul campo di battaglia. Da ciò i giovani ricavavano subito una grande esperienza, molta costanza e il massimo del discernimento, loro che facevano pratica "sotto i riflettori" e proprio in mezzo alle cause nelle quali nessuno dice impunemente qualcosa di stupido o contraddittorio senza che il giudice lo rimproveri, l'avversario lo incalzi e infine le stesse parti convocate lo disprezzino. Così erano imbevuti subito di vera e incorrotta eloquenza; e sebbene ne seguissero uno solo, conoscevano tutti gli avvocati della loro epoca in moltissime cause civili e giudizi penali; e avevano nello stesso pubblico una vasta gamma di ascoltatori molto diversi dalla quale facilmente potevano comprendere cosa fosse apprezzato e cosa non piacesse in ciascuno di loro.

Traduzione di MICHELA NOCITA

DIBATTITI

Relazione per la inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte di Appello di L'Aquila

SOMMARIO: Introduzione. – II.2. L'equa riparazione – II.4. La giustizia penale. – III. La giustizia minorile. – IV. La Magistratura di sorveglianza ed il carcere. – VII. Le inchieste penali conseguenti al sisma, il contrasto delle infiltrazioni mafiose e il ruolo del Prefetto dell'Aquila. – IX. Le "Best Practices". – IX.1. Le prassi virtuose e i protocolli di udienza. – IX.2. Il sito *web*. – IX.3. La banca dati della "Giurisprudenza Abruzzese". – XI. Alcune riflessioni sulle riforme (o sui progetti di riforma) del processo. – XI.1. Il processo civile. – XI.2. Il processo penale. – XI.3. La priorità dei temi riguardanti l'organizzazione e il buon funzionamento del sistema giudiziario. – Considerazioni conclusive.

Introduzione

Saluto cordialmente gli illustri ospiti che hanno inteso onorarci della loro presenza: i rappresentanti del Consiglio Superiore della Magistratura e del Ministro della Giustizia, le Autorità religiose, civili e militari, le rappresentanze delle Forze dell'Ordine, la Stampa, gli Avvocati, i tanti Amici.

Ringrazio, in particolare, la Guardia di Finanza per l'ospitalità che, ancora una volta, offre, mettendo a disposizione la splendida cornice

dell'*Auditorium* della Scuola Ispettori.

Un saluto affettuoso e riconoscente va a tutti i Magistrati, togati e onorari, e al Personale amministrativo del distretto, i quali, in silenzio e in condizioni difficili, danno ogni giorno un contributo essenziale all'attuazione della giurisdizione.

Intendo rivolgere, innanzitutto, un pensiero commosso e deferente alle famiglie delle vittime del sisma del 6 aprile 2009 e ricordare, in special modo, le figure degli Avvocati o dei loro stretti congiunti che in quella tragica notte persero la vita insieme a tanti altri cittadini.

E poiché i lutti e le ferite della drammatica situazione aquilana sono tuttora aperti invito i presenti a osservare un minuto di raccoglimento e di preghiera.

(*omissis*).

II.2. L'equa riparazione.

È in costante crescita negli anni 2004-2010, in misura di quasi il doppio delle iscrizioni, il *trend* delle cause di equa riparazione per violazione del termine di durata ragionevole del processo (c.d. **legge Pinto**), con percentuali di accoglimento delle pretese d'indennizzo che superano il 90%, a dimostrazione della persistente, grave inefficienza dei tempi del servizio giudiziario, con la conseguente frustrazione delle aspettative degli utenti, con grave danno per le casse dell'Erario (non inferiore – per il solo 2010 – a circa 6.000.000,00 di euro) e con la progressiva lesione della credibilità e dell'immagine della giustizia nell'animo dei cittadini.

Non occorre spendere parole per stigmatizzare la paradosalità di tale situazione, che determina la sottrazione di rilevanti disponibilità finanziarie all'Amministrazione della giustizia, in taluni casi anche a favore di debitori inadempienti o autori di reati, che delle lungaggini processuali hanno beneficiato per procrastinare il pagamento di quanto dovuto o perseguire l'obiettivo della prescrizione del reato, e con l'effetto oltremodo negativo di appesantire il lavoro della Corte di appello e dilatare ulteriormente i tempi della giustizia.

Nell'ultimo anno, nonostante l'imponente incremento delle sopravvenienze (695, rispetto a 381 del 2009 e 480 del 2008), il numero dei procedimenti definiti (681) è sostanzialmente pari a quello dei sopravvenuti, restando pressoché

immutato il numero dei procedimenti pendenti (332), la cui definizione è comunque assicurata entro il quadrimestre successivo alla loro iscrizione.

(*omissis*).

II.4. La giustizia penale.

Anche nel settore penale, con una serie di interventi programmati, il progetto riorganizzatorio/acceleratorio ha investito i numeri, i tempi e i criteri di priorità dei procedimenti, insieme con la più corretta allocazione delle risorse.

Nella relazione dello scorso anno si era dato conto dell'analisi dei flussi dei procedimenti dell'ultimo quinquennio, mettendo in evidenza il pesante e inarrestabile aumento della pendenza nella misura del 40% (da 6.014 al 1° gennaio 2004 a 9.533 al 31 dicembre 2009), a fronte di un notevole incremento delle sopravvenienze (1.896 nel 2004, 2.392 nel 2005, 2.518 nel 2006, 2.954 nel 2007, 2.546 nel 2008, 2.238 nel 2009) e nonostante la più che soddisfacente produttività media per magistrato, pari a circa 230 sentenze l'anno (comparativamente tra le più elevate nei distretti delle Corti di appello), in correlazione con l'aumento del numero delle udienze dibattimentali celebrate, da 94 nel 2006 a 112 nel 2008 e del numero dei processi fissati per ciascuna udienza, posizionatosi stabilmente intorno alle 20 unità.

Si spiegava anche che l'anno 2009 presentava un sensibile rallentamento della produttività, ascrivibile ovviamente alle conseguenze, anche di tipo legislativo, dei noti eventi sismici.

Il pur alto livello di definizione dei processi non consentiva di garantire la stabilità delle pendenze, il cui numero oltre che elevato registrava un aumento costante e progressivo di circa il 10% annuo, nonostante l'elevato numero di udienze e l'alta produttività individuale dei Consiglieri.

In particolare, i procedimenti definiti – rispetto ai quali l'incidenza delle declaratorie di prescrizione dei reati restava intorno al 25% – coprivano solo il 65% dei sopravvenuti. E tutto ciò a fronte delle persistenti vacanze e insufficienze degli organici dei magistrati e del personale di cancelleria rispetto al flusso annuo dei procedimenti.

A fronte dell'emergenza rappresentata dagli sconcertanti dati suesposti, si era ritenuto pertanto di programmare vari tipi d'intervento, attinenti specificamente:

- al monitoraggio delle sopravvenienze, con classificazione dei processi secondo un indice ponderato di difficoltà in funzione di una razionale formazione dei ruoli d'udienza e di una mirata utilizzazione dei tempi e delle persone (cosiddetto "spoglio" dei fascicoli);
- al monitoraggio dei tempi di deposito e pubblicazione delle sentenze;
- alla rimodulazione del calendario delle udienze, in numero non inferiore a 12 per ogni mese;
- all'utilizzo delle residua (quinta) settimana mensile per udienze straordinarie;
- all'individuazione di un'udienza, con cadenza bimestrale, dedicata alla celebrazione dei processi di competenza della Corte di assise di appello;
- all'individuazione di un'apposita udienza per la trattazione dei processi a carico di imputati minorenni;
- alla programmazione, per l'intero anno 2010, di un'udienza mensile straordinaria presieduta dal Presidente della Corte, con collegio composto da un Consigliere e da un magistrato applicato;
- all'aumento del numero dei processi (20-25) da fissare per ciascuna udienza, in modo da garantire una resa giornaliera di circa 18-20 sentenze;
- a una selezione dei processi da trattare, modulando opportunamente i criteri di trattazione prioritaria di cui all'art. 132-*bis* disp. att. c.p.p. e concentrando le risorse disponibili su di essi;
- al rilievo *de plano* dell'inammissibilità dell'atto di appello;
- alla pianificazione di una serie di applicazioni endodistrettuali "mirate" per sopperire alla scopertura attuale dell'organico;

- al potenziamento e alla riorganizzazione del personale amministrativo, con la redistribuzione interna di compiti e servizi, al fine di conseguire un incremento di produttività, anche mediante l'implementazione della strumentazione informatica per l'ottimizzazione degli adempimenti.

In tal modo, stimandosi nel 2010 una sopravvenienza simile a quella degli anni precedenti attorno a 2500/2600 processi e la produzione di circa 2200/2400 sentenze, cui aggiungere le prescrizioni *de plano* (500/600 sentenze), s'era progettata l'inversione del rapporto sopravvenienze / definizioni, in termini di riduzione della pendenza complessiva.

Ebbene, al termine dell'anno di riferimento, permane – purtroppo – grave la situazione, nonostante l'abnegazione dei magistrati e del personale amministrativo, lo sforzo straordinario ed encomiabile che li ha accomunati nel perseguimento degli obiettivi e, soprattutto, la strepitosa impennata sul piano della produttività (fra le più alte, in assoluto, fra tutte le Corti d'appello italiane).

Nemmeno nel 2010 si è stati in grado di invertire il *trend* di crescita dell'arretrato (come mostrano i grafici che seguono).

Pur scontando nel periodo in considerazione la stasi conseguente al sisma del 6 aprile 2009 (la ripresa a pieno ritmo dell'attività si è avuta a partire dal 16 settembre 2009), il numero delle **sopravvenienze** è aumentato a dismisura del 57,1% rispetto al 2008 e dell'81,4% rispetto al 2009 (da 2.546 e 2205 a ben **4.000** nuove iscrizioni), per modo che si è appena potuta garantire la stabilità della **pendenza**.

Il numero dei procedimenti pendenti, oltre che elevato in assoluto (**9.777 processi** al 31 dicembre 2010), registra un aumento costante e progressivo (del 14% rispetto al 2008 e del 4% rispetto al 2009).

E ciò, nonostante l'elevato numero di **udienze** (**126**, pari a 14 mensili), di processi celebrati in ciascuna udienza (**25/27**), l'assai rilevante aumento di definizioni, cresciuto di oltre il doppio (96,8% rispetto al 2008 e 157,4% rispetto al 2009: da 1.841 e 1408 a **3.624 processi definiti**) e, infine, l'alta **produttività individuale** dei Consiglieri (con un numero medio, *pro capite*, di circa **400 sentenze**).

L'incidenza delle declaratorie di **prescrizione** dei reati resta peraltro elevata, intorno al 25% (**808** solo le **sentenze de plano**), e la durata media dei processi eccessiva, pari a circa **quattro anni**, anche se i dati del periodo gennaio-ottobre 2010 forniscono elementi confortanti sulla riduzione della durata, in costanza di applicazione dei criteri di priorità stabiliti nel DOG. Si evidenzia, infatti, una percentuale di definizione di affari "prioritari", iscritti al ... da meno di due anni, superiore al 50%, e precisamente: n. 346 processi 2008 pari al 13,82%, n. 785 processi 2009 pari al 31,35%, n. 219 processi 2010 pari all'8,75%, per un totale di 1350 processi definiti su 2.504, con una percentuale complessiva del 53,92%.

Di un qualche rilievo l'incremento del numero delle **ordinanze de plano d'inammissibilità** dell'atto di appello (**262**), frutto di un più attento "spoglio" dei fascicoli.

In virtù dei nuovi moduli organizzatori di spoglio dei fascicoli dei procedimenti pendenti, da quelli di più antica data d'iscrizione a quelli più recenti, si è riusciti tuttavia a fare, finalmente, chiarezza: nel senso che è emersa l'effettiva consistenza dell'arretrato, di quel pesantissimo debito giudiziario che viene da lontano e che per lunghi, troppi anni, è stato trascurato.

È venuta così alla luce la drammatica realtà in cui versa ed è costretta a operare la Sezione penale con la sua Cancelleria, sprovvista, fra l'altro, di *software* applicativi moderni e di un numero sufficiente di figure professionali specializzate, quali invece servirebbero in una situazione di assoluta emergenza.

E però, né questa Presidenza, né i Consiglieri, né il Personale amministrativo si sentono piegati e rassegnati: ragionando tutti insieme sul da farsi, proveremo ad approntare nuovi e più efficaci piani di smaltimento dell'arretrato, con misure straordinarie che vedranno – ne sono certo – l'operoso contributo dei Presidenti, dei Consiglieri e del Personale di cancelleria dell'intera Corte.

L'eccezionalità della situazione, qual è emersa in tutta la sua imponente gravità, esige l'immediata fissazione di una nutrita serie di udienze straordinarie, con la partecipazione dei Consiglieri, sia civili sia penali che della Sezione lavoro della

Corte, con l'applicazione "mirata" di altri giudici del distretto e con l'apporto straordinario del personale di ogni cancelleria sia della Corte che degli altri uffici giudiziari aquilani. E sono certo che anche l'Avvocatura farà la sua parte, relativamente agli avvisi e alle notificazioni di cancelleria da eseguirsi necessariamente in forme semplificate.

Abbiamo – tutti – il dovere di fronteggiare la dura realtà e di legittimare le buone ragioni del nostro impegno nei confronti degli imputati, delle parti lese e, più in generale, dell'intera collettività.

Deve tuttavia convenirsi, sulla scorta di un esame distaccato e con sguardo lungimirante, che l'esistenza di un arretrato non fisiologico condiziona ancora a lungo l'efficienza e l'operatività dell'Ufficio, sicché esso potrà essere seriamente aggredito, tenuto conto del massiccio volume delle sopravvenienze, unicamente con un significativo aumento di organico dei magistrati e del personale di cancelleria, tale da consentire l'istituzione di una **seconda Sezione penale**.

La più volte sollecitata istituzione di una seconda Sezione penale ha trovato condivisione nella delibera del C.S.M. in data 22 dicembre 2009, recante – su richiesta del Ministro della Giustizia di parere in ordine all'ampliamento della pianta organica della Corte d'appello di L'Aquila nella misura di due unità (effettivamente disposta nel corso del 2010) – la proposta di aumento dell'organico pari a non meno di **cinque unità**, motivandosi l'iniziativa sul rilevamento, sulla base di dati e rilievi attendibili e coerenti, di una media d'affari *pro capite*, nell'ultimo quadriennio, sensibilmente superiore a quella nazionale, segnalandosi che l'organico "*appare caratterizzato da un più che sensibile squilibrio fra carichi di lavoro e dotazione organica, reso ancor più preoccupante dall'effetto dei recenti eventi sismici, così come argomentato nel dettaglio dal Consiglio Giudiziario nel parere espresso in data 12 maggio 2009, con il quale si rassegna la necessità di un incremento di organico pari a non meno di cinque unità, che il Consiglio, in questa sede, ritiene di condividere*".

Nel momento in cui, pure in precarie condizioni logistiche e attingendo a tutte le risorse e agli strumenti ordinali disponibili, l'attività della Corte di appello è ripresa a pieno ritmo, mi corre l'obbligo di ribadire l'estrema difficoltà, con l'organico attuale, di fronteggiare in modo adeguato il debito delle pendenze e dell'arretrato accumulatosi negli ultimi anni.

Occorre evitare l'ulteriore allungamento dei tempi di smaltimento dei processi e il verificarsi sempre più frequente della prescrizione dei reati, con la sostanziale vanificazione del lavoro svolto dai giudici di primo grado e con grave pregiudizio per l'immagine e la credibilità della giustizia penale nel distretto.

Forti delle buone ragioni della nostra richiesta, attendiamo fiduciosi le conseguenti, ormai indilazionabili, determinazioni del Guardasigilli.

III. La giustizia minorile.

Gli uffici del Tribunale e della Procura per i minorenni dell'Aquila non avendo subito danni dal sisma, hanno dovuto ospitare nella fase dell'emergenza, nei già ridotti spazi a disposizione, tutti gli uffici giudiziari della città.

È opportuno ricordare che, sebbene questi oggi abbiano trovato altra collocazione, persistono tuttavia seri profili di criticità, risultando aggravati i problemi cronici di adeguatezza degli spazi per i magistrati, togati e laici, e per il personale amministrativo.

Il Centro di prima accoglienza è rimasto chiuso fino al 15 marzo 2010, sicché fino a quella data i minori arrestati venivano portati al CPA di Ancona, con le gravi conseguenze che si possono immaginare.

Il Servizio sociale per i minorenni, che segue i minori del circuito penale, ha dovuto, a sua volta, cedere i locali al Tribunale di sorveglianza (che ha più volte fatto uso dell'unica aula d'udienza), ricavandosi una precaria sistemazione all'interno del Centro per la giustizia minorile.

Infine, la consegna all'Università degli edifici che sorgono intorno al Tribunale, ivi compreso l'IPM, fa sì che non vi sia un IPM in tutto il Centro Italia, ad eccezione di Casal di Marmo a Roma, con la conseguenza che i ragazzi vengono allontanati dalle famiglie e trasferiti presso IPM di altre Regioni per scontare la pena.

Nel periodo considerato, la diversa organizzazione della

Cancelleria, unitamente alla presenza dei cinque magistrati in organico, ha fatto sì che l'attività giudiziaria abbia potuto essere gestita con indubbia efficienza, la cui ricaduta si riscontra nell'ulteriore, forte diminuzione dell'arretrato.

Per quanto riguarda il settore penale, l'andamento dei procedimenti definiti sia dal G.u.p. che in dibattimento è stato altamente soddisfacente, attesa la rilevante riduzione delle pendenze.

I reati più comuni della **criminalità minorile** restano quelli contro il patrimonio, specie i furti (segnalati in diminuzione: da 164 a 142) e le rapine (segnalate in sensibile aumento, da 4 a 28), mentre rimane stabile il numero delle estorsioni (da 5 a 6), delle violenze sessuali (da 28 a 30) e dei reati in materia di stupefacenti (da 99 a 101), comunque diffusi su tutto il territorio del distretto; in forte aumento i reati contro la persona (le lesioni volontarie da 53 a 190).

Per la prima volta sono stati denunciati dei minori per reati di associazione per delinquere (2), reati informatici (11) e *stalking*.

Si segnala che quasi il 60% dei minori fortemente devianti (che spesso varcano la soglia dell'Istituto penale minorile) appartiene alle comunità di zingari stanziati presenti sul territorio o è comunque legato a tale gruppo etnico, mentre il 20% circa ha cittadinanza straniera.

Numerosi sono i procedimenti che si concludono, quando ne ricorrono le condizioni, con l'applicazione dell'art. 27 d.P.R. n. 448/88.

Sono stati espletati 8 incidenti probatori (13 nel precedente periodo), secondo le forme previste dalla legge 15 febbraio 1996, n. 66.

Non vi sono state declaratorie di prescrizione.

I procedimenti civili sono in gran parte di volontaria giurisdizione, salvo alcuni contenziosi collegiali nel limitato numero di 36.

Per quanto riguarda l'adozione, pur essendo frequenti nel distretto le situazioni di mancanza di adeguate cure genitoriali, sono state esigue le dichiarazioni di adottabilità (44); le adozioni internazionali sono di gran lunga prevalenti su quelle relative a minori italiani (142 e 29). In ogni caso, le relative pendenze sono notevolmente diminuite.

I brillanti risultati raggiunti in situazioni di lavoro davvero precarie consentono di esprimere un giudizio largamente positivo sull'andamento della giustizia minorile nel distretto.

IV. La Magistratura di sorveglianza e il carcere

Il periodo in esame è rimasto fortemente segnato dal sisma che ha visto personale e magistrati impegnati, nella prima fase, nel recupero dei fascicoli e dei mezzi informatici rimasti sotto le macerie del palazzo di giustizia; subito dopo, nel reperimento di un'aula di udienza perché fosse garantita, almeno alle persone ristrette in carcere, una risposta il più possibile pronta e tempestiva; infine, nell'individuazione di una sede provvisoria e sostitutiva.

Drammatica si presenta tuttora, nella seconda fase, la situazione in cui versa il Tribunale di Sorveglianza, precariamente riparato in un vetusto edificio assolutamente inadatto a una gestione ordinata della struttura giudiziaria, non solo sotto il profilo degli spazi vitali disponibili, ma anche per il profilo della sicurezza del personale amministrativo e dei magistrati.

Va sottolineato, in tale precaria configurazione, come il Tribunale, operante nel distretto della Corte di Appello di L'Aquila, abbia giurisdizione su un notevole numero di istituti penitenziari (otto), per una complessiva popolazione carceraria di 1864 unità, con molti detenuti condannati all'ergastolo o a pene di notevole entità per gravissimi delitti, anche di criminalità organizzata.

Va inoltre evidenziato che la Casa Circondariale di L'Aquila, che attualmente registra la presenza di 106 detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis O.P., è ormai destinata a contenere solo tale tipologia di popolazione, la cui qualificata pericolosità sociale - sotto il profilo della capacità del detenuto di mantenere collegamenti con la criminalità organizzata, di tipo mafioso o eversivo - è consacrata dai provvedimenti di rigetto dei reclami, emessi dal Tribunale di Sorveglianza di Roma (che ha ormai competenza esclusiva in materia in forza della legge n. 94 del 2009) avverso il decreto ministeriale di sottoposizione a tale regime derogatorio.

Lo spostamento al Tribunale di Roma della competenza giurisdizionale sulla legittimità dell'atto amministrativo non fa tuttavia venir meno l'impegno di lavoro e i conseguenti rischi per magistrati e impiegati operanti presso il Tribunale di Sorveglianza di L'Aquila.

Resta ferma, infatti, la competenza monocratica in materia di reclami ex art. 35 O.P. avverso i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria che si assumano lesivi dei diritti soggettivi e in materia di censura della corrispondenza; ai magistrati dell'Ufficio di Sorveglianza di L'Aquila è attribuita la delicata funzione di vigilanza prevista dall'art. 69 O.P., che comporta continui contatti con i detenuti sottoposti al regime derogatorio, attraverso colloqui e visite periodiche presso l'istituto penitenziario; è ancora competente il Tribunale in ordine a ogni altra istanza o reclamo diverso da quello afferente il sindacato di legittimità del provvedimento ministeriale di applicazione del regime differenziato, come le istanze di differimento della pena per motivi di salute ex art. 147 c.p. e i reclami formulati ex art. 18 ter O.P..

A fronte dei prevedibili e oggettivi rischi che la particolare popolazione detenuta comporta, strettamente connessi al pericolo di atti ritorsivi, è da evidenziare come personale amministrativo e magistrati alloggino quotidianamente in un edificio sprovvisto dei più basilari strumenti di tutela e di controllo, quali vigilanza del personale di polizia penitenziaria, strumenti di rilevazione elettronica di armi, controllo agli accessi ecc..

La situazione di marcata e complessiva deficienza sul piano della sicurezza e dell'adeguatezza strutturale e funzionale dei locali potrà trovare soluzione solo nel corso dell'estate 2011, in virtù del previsto trasferimento degli uffici presso il complesso giudiziario di Bazzano, nei locali attualmente occupati dalla Corte d'appello.

Da un'attenta **analisi dei flussi** dei procedimenti e del rapporto fra pendenze, sopravvenienze e definizione degli stessi, emerge con chiarezza il **salto di qualità** che il Tribunale e gli Uffici di sorveglianza hanno immediatamente registrato con la nomina e la presa di possesso nel settembre di quest'anno del nuovo Presidente.

La produttività risulta infatti sensibilmente migliorata, grazie non solo al ripristino delle quattro udienze mensili ma, soprattutto, a istruttorie più accurate e dirette dallo stesso presidente, che hanno consentito una forte diminuzione del numero dei procedimenti rinviati.

Con apposita disposizione di servizio diretta alla cancelleria sono stati dettati i criteri per evitare che all'udienza fossero portati fascicoli privi dei provvedimenti già adottati in sede monocratica dai magistrati del distretto o di altri distretti, con richiamo all'utilizzo del sistema informatizzato SIES, che consente di conoscere i dati essenziali per una adeguata valutazione prognostica (ordine di esecuzione, permessi premio già concessi in sede monocratica, provvedimenti provvisori adottati dai magistrati, eventuali pregressi rigetti di misure alternative, licenze per gli internati ecc.), evitandosi la duplicazione di richieste istruttorie dovute alla mancanza di collegamento tra le cancellerie del tribunale e dell'ufficio.

Il potenziamento del diretto controllo dei magistrati sull'istruttoria costituisce un'esigenza indefettibile per garantire efficienza e produttività, attesa la progressiva giurisdizionalizzazione dell'attività della magistratura di sorveglianza e la sempre maggiore complessità dei procedimenti i quali, dopo l'introduzione dell'art. 4-bis O.P. e delle riforme legislative in materia di recidiva reiterata, reati di violenza sessuale e altro, impongono un attento esame sulle condizioni di ammissibilità delle istanze di misure alternative.

In ordine all'incidenza sui carichi di lavoro della recente **legge n. 199 del 2010 sull'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi**, essa - come si prevedeva - è stata minima per i magistrati di questo tribunale (solo 17 procedimenti iscritti), data la tipologia di condannati detenuti nelle carceri di competenza (L'Aquila ha solo detenuti sottoposti al regime derogatorio di cui all'art. 41-bis; Sulmona è Casa di reclusione con prevalenza di condannati per reati ostativi all'applicazione del beneficio; la Casa Circondariale di Avezzano, riattivata alla fine del mese di ottobre, ha ancora un ridottissimo numero di detenuti), mentre una considerevole incidenza si registra per

l'Ufficio di sorveglianza di Pescara che, in relazione ai cinque istituti penitenziari su cui esercita giurisdizione, vede iscritti 89 procedimenti.

Le risultanze della relazione del gruppo di lavoro costituito su incarico del CSM conferma che l'Ufficio di sorveglianza di Pescara si colloca, quanto ai flussi di lavoro, ai vertici (terzo per media di provvedimenti e secondo per numero di condannati amministrati) tra quelli di pari organico sul territorio nazionale. A fronte del notevole incremento dei flussi in entrata, non si registrano al momento sostanziali rallentamenti nella definizione dei procedimenti, ma l'entità dell'aumento delle sopravvenienze, ormai consolidato nel corso dell'ultimo biennio ed in progressivo rafforzamento nell'anno in corso, induce serie preoccupazioni, a fronte degli organici dei magistrati e del personale di cancelleria, che già oggi appaiono insufficienti e che ben presto si mostreranno totalmente inadeguati.

Va rimarcato come il rilevante aumento dei carichi di lavoro dei due magistrati addetti a tale ufficio, già fortemente gravati da una notevole mole di procedimenti monocratici e collegiali, ha indotto il Presidente del Tribunale di sorveglianza ad applicarsi (con provvedimento davvero encomiabile) all'ufficio di Pescara, assumendo le funzioni di magistrato di sorveglianza, ai soli fini dell'attuazione della nuova legge.

Gli eccellenti risultati raggiunti in pochi mesi e in situazioni di lavoro precarie, insieme con la piena condivisione degli obiettivi fissati, consentono di esprimere un giudizio largamente positivo sul funzionamento della Magistratura di Sorveglianza del distretto.

Quanto alle **carceri**, la situazione di generale sovrappollamento, che vede coinvolti anche gli otto istituti penitenziari ubicati nel distretto della Corte di Appello di L'Aquila, comporta un sensibile deterioramento delle condizioni di vita dei detenuti e la compressione di diritti fondamentali, con conseguente, inevitabile obliterazione della funzione rieducativa della pena.

Rispetto al 2009 va rimarcato il progressivo e costante aumento della popolazione carceraria, più che raddoppiata rispetto al 2007, così evidenziandosi gli effetti effimeri dell'indulto, con conseguente e significativo aumento delle sopravvenienze degli Uffici di sorveglianza, specie di quello di Pescara, e quindi del Tribunale di Sorveglianza.

A fronte di un sovrappollamento che richiederebbe il potenziamento delle risorse destinate agli interventi di carattere rieducativo, si assiste, invece, a un detrimento dei fondi finanziari destinati a essenziali figure istituzionali dell'area trattamentale, quali gli esperti psicologi in servizio *ex art. 80 O.P.*: e ciò in un contesto legislativo che valorizza tale figura professionale, richiedendo che l'osservazione della personalità sia compiuta, in taluni casi (come per i condannati per reati di violenza sessuale: legge n. 38 del 2009), con l'intervento dello psicologo.

Merita particolare attenzione il carcere di Sulmona, per il quale le generali difficoltà di gestione originate dal sovrappollamento sono esasperate da situazioni critiche peculiari di detto istituto connesse alla tipologia della popolazione ristretta.

La Casa di reclusione di Sulmona ospita 243 detenuti (di cui 218 definitivi) e 156 internati nella casa di lavoro.

Tra i detenuti, la gran parte (169) espia pene di notevole entità o l'ergastolo (49) per gravi delitti previsti dall'art. 4-*bis* O.P. prima fascia (artt. 416-*bis* c.p., 630 c.p., 74 T.U. 309/90), con evidente contrazione delle possibilità di accesso ai benefici penitenziari date le restrittive condizioni imposte dalla norma citata, costituite dalla collaborazione o dalle condotte ad essa equipollenti della inesigibilità o impossibilità della stessa. Sicché il carcere è connotato dalla prevalenza di circuiti di massima e media sicurezza che, stante la tipologia dei reati, inevitabilmente privilegiano l'aspetto della sicurezza interna ed esterna, rispetto a quello trattamentale e rieducativo.

Va inoltre segnalata la delicatissima situazione in cui versa la casa di lavoro. All'obiettivo difficoltà per i soggetti internati di accettare una misura di sicurezza detentiva, fisiologicamente sottratta alla certezza della scadenza temporale, si aggiunge il fatto che su 156 internati solo 80 svolgono attività lavorativa con un numero esiguo di ore settimanali. Si distinguono due tipi di attività: le c.d. lavorazioni industriali, nelle quali l'impiego lavorativo va dalle 3 alle 6 ore giornaliere per 5 giorni settimanali, e le attività meramente funzionali alla conduzione della

struttura, dove l'impiego lavorativo è stabilito in 3 ore giornaliere per 5 giorni a settimana e per un corrispettivo di circa 10 giornate in pagamento.

La vita dei soggetti ristretti è connotata, quindi, dall'ozio, cui si aggiunge la mancanza di adeguate opportunità risocializzanti e ricreative all'interno dell'istituto. Nella sostanza, l'internamento presso la Casa di Sulmona si risolve in una limitazione della libertà personale, priva di quelle finalità rieducative che la Costituzione assegna alla pena detentiva.

Tali condizioni inevitabilmente originano situazioni di disadattamento psicologico e comportamentale, di cui i ricorrenti gesti di autolesionismo o di suicidio sono diretta e concreta testimonianza.

A tale proposito si evidenzia che solo nell'anno in esame si sono verificati cinque casi di suicidio tra gli internati, in circostanze che hanno avuto ampia eco mediatica. Le indagini hanno consentito di appurare che in tre casi si è trattato di suicidio senza responsabilità di terzi, mentre negli altri due il decesso è stato conseguente ad assunzione di sostanze stupefacenti, e per uno di essi l'autore dell'illecita cessione è stato identificato, sottoposto a misura cautelare e tratto a giudizio immediato.

In tale difficilissima situazione appare inopportuna la scelta del D.A.P. di destinare al carcere di Sulmona un cospicuo numero di soggetti affetti da gravi patologie psichiatriche (140 allo stato), di cui molti bisognosi di assistenza e vigilanza continuativa, la cui gestione è di fatto impossibile, data la presenza di un solo psichiatra, altresì aggravata dalla mancanza di circa 50 unità di personale di polizia penitenziaria.

Conclusivamente, a prescindere dall'esigenza di carattere generale di risolvere le gravi problematiche connesse al sovrappollamento delle carceri, per la Casa Circondariale di Sulmona è auspicabile che l'Amministrazione Penitenziaria, con urgenza, modifichi i criteri di destinazione dei detenuti, prevedendo una più equa distribuzione in ambito nazionale dei soggetti più pericolosi, in modo di consentire un migliore trattamento penitenziario e un più significativo accesso ai benefici, funzionali alla rieducazione del condannato ed essenziali per non frustrare il precetto sancito dall'art. 27 della Costituzione.

Inoltre, per la casa di lavoro, occorrerebbero stanziamenti che consentano lo svolgimento dell'attività lavorativa a tutti gli internati, come la misura di sicurezza prevede.

(*omissis*).

VII. Le inchieste penali conseguenti al sisma, il contrasto delle infiltrazioni mafiose e il ruolo del Prefetto dell'Aquila.

VII.1. Meritano speciale attenzione gli sviluppi delle inchieste (218) promosse dalla **Procura della Repubblica dell'Aquila** a seguito dei **crolli** e dei gravi danneggiamenti che hanno provocato la morte o il ferimento di molte persone (con particolare riguardo alla Casa dello studente, al Convitto nazionale, alla Facoltà di Ingegneria e a taluni edifici condominiali del centro storico), per i reati di **disastro colposo, omicidio colposo e lesioni colpose** conseguenti a eventuali violazioni di regole tecniche di costruzione o di norme antisismiche.

La Procura aquilana ha affrontato e sta concludendo, con il deposito delle ultime consulenze, i diversi filoni di indagine sulle responsabilità individuali.

In relazione ai casi di maggiore gravità (Casa dello studente, Facoltà d'Ingegneria, Ospedale, edifici condominiali ecc.) si sta concludendo la procedura degli avvisi di conclusione delle indagini *ex art. 415-bis c.p.p.* o è stato richiesto il rinvio a giudizio degli imputati e sono in corso le udienze preliminari; lo stesso è a dirsi per l'accertamento delle eventuali responsabilità a carico dei componenti della Commissione Grandi Rischi.

All'esito dei procedimenti di rimessione ad altra autorità giudiziaria, instaurati su richiesta dei difensori e conclusi con ordinanze d'inammissibilità della Suprema Corte, l'idoneità probatoria degli elementi acquisiti a sostegno delle diverse ipotesi accusatorie (essenzialmente perizie tecniche circa le cause o concause dei crolli e dei danneggiamenti) è stata tempestivamente sottoposta al vaglio della giurisdizione aquilana.

Il G.u.p. ne sta valutando la fondatezza ai fini dell'eventuale rinvio a giudizio degli imputati, nel contraddittorio fra le parti, in taluni casi anche mediante incidente probatorio eseguito in quella fase e in altri con richiesta di giudizio abbreviato.

Per il procedimento relativo al crollo e ai decessi verificatisi

nel Convitto nazionale è stato, anzi, già disposto il rinvio a giudizio degli imputati dinanzi al Tribunale e il dibattimento è fissato per il 28 gennaio 2011.

Si tratta di procedimenti che, oltre ad avere rilevanza nazionale per il carattere epocale del sisma che ha colpito la città dell'Aquila, rivestono particolare interesse per la scienza penalistica, investendo la responsabilità di costruttori, amministratori e tecnici con riguardo ai profili fondamentali del rapporto di causalità e della colpa.

Appare, pertanto, doveroso richiamare l'assoluta necessità, per i dirigenti e i giudici del Tribunale dell'Aquila, di predisporre tempestivamente la razionale organizzazione di siffatti processi, onde prevenire il rischio di indebiti rinvii, lentezze procedurali, soluzioni di continuità per eventuali incompatibilità o contraddittorietà delle soluzioni, in vista dell'obiettivo di un pronto e imparziale accertamento dei fatti e nel rispetto di adeguate previsioni tabellari.

VII.2. Va altresì rimarcato il notevole incremento del numero dei procedimenti per **reati contro la pubblica amministrazione** aperti dalla medesima Procura nel 2010 (456) rispetto al 2009 (346): frutto evidente di investigazioni riguardanti il fenomeno della ricostruzione della città aquilana dopo il sisma.

Sono state, inoltre, avviate indagini, in collaborazione della Prefettura dell'Aquila e in collegamento con la DNA, in vari procedimenti aperti per possibili **infiltrazioni della criminalità organizzata** nei cantieri per la ricostruzione o per lo smaltimento di macerie. E, sempre a cura della DDA, sono in corso indagini preliminari in riferimento al fenomeno della ricostruzione, per i doverosi accertamenti in merito a eventuali irregolarità o criticità di rilievo penale nella gestione della cosa pubblica e al pericolo di infiltrazioni della criminalità organizzata nel tessuto cittadino e regionale, in vista degli ingenti finanziamenti pubblici in questa fase.

VII.3. Il modello d'azione per prevenire le ingerenze della criminalità organizzata negli appalti per la ricostruzione post-sismica (con speciale riguardo alle commesse per il risanamento dei centri storici a cura della Regione Abruzzo e delle Autonomie locali), per una somma d'investimenti verosimilmente non inferiore a 15 miliardi di euro e per un tempo misurabile in termini di non pochi anni, pur lasciando sostanzialmente invariati gli ordinari poteri e competenze antimafia, vede nella figura del **Prefetto dell'Aquila** il nuovo e originale baricentro dell'azione di contrasto, risultandone rafforzata la funzione di coordinamento e d'indirizzo rispetto alla rete dei diversi soggetti istituzionali coinvolti.

Il Prefetto s'avvale di appositi organismi di supporto e avvia le sue iniziative sulla scorta delle **"Linee Guida"** diramate dal Comitato di Coordinamento per l'Alta Sorveglianza sulle Grandi Opere.

Il sistema speciale apprestato dalle Linee Guida - destinate ad applicarsi a tutte le commesse per la ricostruzione - poggia su tre architravi: le **informazioni** ex art. 10 D.P.R. n. 252/1998, da richiedere sempre, indipendentemente dalla natura e dall'importo della commessa o del sub-affidamento; gli **accessi diretti** nei cantieri; la **tracciabilità dei flussi finanziari** derivanti dagli appalti, insieme con il non ancora istituito elenco delle imprese oneste (c.d. *white list*), in sostituzione dell'opposto e tradizionale principio della *black list*, cioè l'elenco delle imprese destinatarie di interdittive.

A riprova del fatto che il **"Modello L'Aquila"** costituisce un laboratorio di sperimentazione per strumenti destinati a diventare patrimonio del sistema di prevenzione e contrasto delle infiltrazioni e dei condizionamenti della criminalità organizzata, per la **ricostruzione pubblica** si è assistito nel 2010 a una profonda evoluzione del quadro normativo di riferimento, che ha implementato e, in parte, modificato l'originario modello delineato dall'art. 16 del D.L. n. 39 del 2009.

La legge n. 136/2010, recante il piano straordinario di lotta alle mafie, con le precisazioni contenute nel D.L. n. 187/2010 conv. dalla L. n. 217/2010, ha esteso il sistema della tracciabilità dei flussi finanziari a tutti gli appalti pubblici, in termini sostanzialmente coincidenti con la disciplina applicata per le commesse pubbliche per la ricostruzione in virtù delle Linee Guida del 2009, introducendo altresì disposizioni volte ad agevolare l'identificazione delle maestranze e delle imprese da cui queste

dipendono e l'individuazione degli effettivi proprietari dei mezzi che eseguono trasporti di materiali relativi ai cantieri.

Sempre in questo contesto è di rilievo il D.P.R. n. 150/2010 che ha proceduralizzato alcuni adempimenti concernenti gli accessi ai cantieri e l'emanazione delle interdittive a seguito degli elementi riscontrati nel corso di queste operazioni, con la previsione dell'audizione dei rappresentanti dell'impresa prima della loro emissione.

Ma il fattore di novità più importante è rappresentato dalla seconda edizione delle Linee Guida ex art. 16 del D.L. n. 39/2009, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 12 agosto 2010.

Il provvedimento aggiorna, senza abrogarla del tutto, la precedente versione, calibrata sulla "ricostruzione leggera", per adeguare il sistema di prevenzione alle nuove esigenze correlate alla più ampia e complessa fase della **"ricostruzione pesante"**.

Fermo restando l'obbligo per le stazioni appaltanti di richiedere le informazioni antimafia ex art. 10 del D.P.R. n. 252/1998 nei riguardi di tutte le imprese affidatarie di appalti, subappalti e altri subcontratti connessi alla ricostruzione, tre sono i tratti di novità introdotti: -l'accentramento nella Prefettura dell'Aquila della competenza a rilasciare le informazioni "antimafia" per la ricostruzione, con gli apporti conoscitivi delle Prefetture del luogo di sede legale delle imprese; - l'istituzione presso le tre Prefetture del "cratere" (L'Aquila, Pescara e Teramo) degli elenchi delle imprese operanti in settori connessi all'esecuzione degli appalti più a "rischio", nei cui confronti è stata preventivamente verificata l'assenza di ingerenze della criminalità organizzata (cd. *"white list"*); - l'introduzione di un procedimento di controllo e rilascio delle informazioni "antimafia" nei riguardi delle imprese straniere, prive di sede secondaria in Italia, per il tramite dei consentiti canali di collaborazione internazionale di polizia, così colmandosi una lacuna del D.P.R. n. 252/1998 segnalata proprio dalla Prefettura dell'Aquila.

Il **"Modello L'Aquila"** è stato aggiornato anche per quanto riguarda l'azione di controllo sulle imprese impegnate nella **ricostruzione privata**, finanziata con i contributi pubblici previsti dal D.L. n. 39/2009 e regolati nel *quantum* e nelle modalità di erogazione dalle successive Ordinanze di protezione civile adottate dal Presidente del Consiglio dei Ministri.

Per rendere più sistematica quest'attività, si è reso necessario mettere a punto un'innovativa cornice normativa del sistema dei controlli, che è stata trasfusa nella terza edizione delle Linee Guida, approvate dal Comitato Grandi Opere e pubblicate il 31 dicembre 2010, che mutuano solo in parte gli schemi pubblicitici, tendendo a valorizzare, anche ai fini sanzionatori, gli strumenti di natura contrattuale.

In questo senso, sono previsti: - un sistema di tracciabilità dei contributi pubblici erogati ai privati per il ripristino degli immobili inagibili (di livello B, C ed E), che non si limita ai rapporti tra il proprietario e l'impresa affidataria dei lavori, ma si estende all'intera "filiera" delle ditte impegnate nei lavori; - l'applicabilità di tale sistema di tracciamento anche ai rapporti già in essere e non ancora esauriti; - l'individuazione di clausole contrattuali che il privato proprietario deve inserire a garanzia degli obblighi di tracciabilità, pena la sospensione dell'erogazione del contributo da parte dei Comuni; - l'avvio di un calibrato sistema di controlli sulle imprese operanti per la ricostruzione privata, finalizzato a individuare le ditte infiltrate dalla criminalità organizzata; - l'emanazione da parte della Prefettura d'interdittive nei confronti delle imprese infiltrate; - l'obbligo per i privati di risolvere il contratto nei confronti delle imprese colpite da provvedimenti inibitori.

Va rimarcato che, per la prima volta nella storia dei processi di ricostruzione successivi a eventi calamitosi, si è introdotto un modello di controlli sui contratti di appalto di natura esclusivamente privatistica, ancorché finanziati con fondi pubblici.

Quanto ai **contesti economici "a rischio"**, il modello delineato dall'art. 16 del D.L. n. 39/2009 e attuato attraverso le Linee Guida e il D.M. 3 settembre 2009, prevede che l'attività di prevenzione si sviluppi lungo tre principali direttrici: - il monitoraggio dei contesti "a rischio" di ingerenze della criminalità organizzata; - il controllo sull'intera "filiera" delle imprese coinvolte nell'esecuzione di appalti pubblici, attraverso le informazioni ex art. 10 del D.P.R. n. 252/1998 (fase statica) e

l'accesso ai cantieri (fase dinamica); - l'analisi delle situazioni anomale riscontrate.

Sul versante del monitoraggio, la Prefettura dell'Aquila ha avviato uno *screening* sui soggetti economici operanti nel settore, strettamente collegati all'esecuzione di opere e lavori per la ricostruzione, e cioè le discariche per lo smaltimento delle macerie derivanti da crolli e demolizioni e le cave per l'estrazione dei materiali necessari per la produzione del calcestruzzo, primo anello del cosiddetto "ciclo del cemento".

L'esito degli accertamenti sui reali gestori dei siti in questione non ha evidenziato tentativi d'infiltrazione mafiosa nelle imprese che gestiscono i 24 siti individuati dalla Regione per lo smaltimento/trattamento delle macerie, mentre sono emersi elementi di preoccupazione per la tutela dell'ambiente: a seguito di sopralluoghi ben 6 dei 24 siti sono risultati inadatti allo smaltimento degli inerti e uno di questi è stato sottoposto a sequestro giudiziario per violazioni delle norme sull'ambiente.

Relativamente alle cave sono stati individuati e sottoposti a monitoraggio 42 siti dislocati nella Provincia, per i quali non sono emersi tentativi di infiltrazione mafiosa.

Alle iniziative appena descritte si aggiungono quelle sviluppate con riguardo alle compravendite di immobili e all'apertura e acquisizioni di attività commerciali, per verificare l'esistenza di tentativi di sodalizi criminali di radicarsi sul territorio dei Comuni del "cratere" e di profittare della debolezza dell'economia locale per aprire nuovi canali di riciclaggio di capitali di illecita provenienza.

Questi *screening*, destinati a essere ripetuti in maniera ciclica, hanno dato a oggi esiti sostanzialmente confortanti: persone fisiche e società sono, pressoché tutte, risultate estranee a dinamiche e ambiti riconducibili alla criminalità organizzata, salvo rari casi che formano ancora oggetto di approfondimenti di polizia giudiziaria.

Per quanto riguarda l'andamento della ricostruzione pubblica, va premesso che nel 2010 si è conclusa la ricostruzione "leggera" e contemporaneamente ha preso l'avvio la ricostruzione "pesante", dedicata al recupero dei centri storici e delle infrastrutture: lo spartiacque convenzionale tra le due fasi si ravvisa nella pubblicazione della seconda edizione delle Linee Guida del Comitato Grandi Opere avvenuta il 12 agosto 2010.

Su questa premessa, si può osservare che, in base ai dati desumibili dalle richieste di certificazione antimafia, sono state impegnate nella ricostruzione "leggera" complessivamente 1984 imprese, di cui il 43% provenienti dall'Abruzzo, soprattutto in regime di subappalto per l'alto contenuto tecnologico delle realizzazioni, e nella ricostruzione pesante, ad oggi, 222 imprese, di cui il 61,3% abruzzesi, quali aggiudicatari delle commesse pubbliche che, peraltro, non raggiungono la soglia di valore per le procedure comunitarie.

Per la ricostruzione leggera sono state presentate dalle stazioni appaltanti complessivamente 2893 richieste di rilascio della certificazione antimafia nei confronti di 1984 ditte, mentre per la ricostruzione pesante le istanze pervenute, dal 12 agosto al 31 dicembre 2010, sono state 239 nei riguardi di 222 ditte.

I dati sopra riportati appaiono indicativi del passo più lento con il quale procede quest'ultima fase del processo di risanamento affidato alla mano pubblica.

Nei controlli sulle imprese impegnate nella filiera degli appalti pubblici, un capitolo importante della prevenzione delle infiltrazioni mafiose è quello attuato attraverso il rilascio delle **informazioni antimafia ex art. 10 del D.P.R. n. 252/1998**.

Pur trattandosi di un controllo "statico", volto a radiografare l'assetto dell'impresa al momento dell'aggiudicazione dell'appalto o della sub-commessa, esso assolve un ruolo centrale di filtro, non limitandosi a un controllo sull'impresa e sulle persone fisiche, ma, per lo meno nei casi più meritevoli di attenzione, estendendosi al gruppo di imprese riconducibile a un unico centro di interesse e ai rapporti che esso intrattiene.

L'attenzione riservata a questo settore ha consentito di portare alla luce i reali assetti di controllo delle imprese impegnate nella ricostruzione pubblica e di verificare come in alcuni casi esse risalgano a società *off shore*, in relazione alle quali sono in corso gli opportuni approfondimenti consentiti dai canali di collaborazione internazionale di polizia.

Ad oggi, la Prefettura ha concluso il 76% dei procedimenti

di rilascio delle informazioni antimafia nei riguardi di imprese impegnate nella ricostruzione "leggera" (2.209 procedimenti nei confronti di 1.514 imprese) e il 6% di quelle impegnate nella seconda fase della ricostruzione (14 procedimenti nei confronti di 12 imprese).

In particolare, durante il 2010 è stata definita la posizione di 1.265 imprese (345 delle quali con sede legale nella Provincia dell'Aquila), con:

- il rilascio del certificato "antimafia" nei confronti di 1.160 ditte;

- il rilascio del certificato "antimafia" con informazioni aggiuntive per 45 imprese, nei confronti delle quali non sono emersi elementi di contatto con la criminalità organizzata, ma situazioni meritevoli di essere conosciute dalla stazione appaltante anche per i riflessi sul piano della trasparenza dell'azione amministrativa;

- l'emissione di **37 informazioni "atipiche"** nei confronti di imprese nei cui riguardi non è stato possibile accertare, al livello di probabilità richiesto per le informazioni antimafia, l'esistenza di tentativi di infiltrazione, ma sono comunque emerse sia situazioni di contatto, sia l'esistenza di pregiudizi per reati contro la pubblica amministrazione;

- l'emissione di **14 interdittive**, tre delle quali hanno riguardato imprese della Provincia dell'Aquila.

Una lettura complessiva dei dati relativi alle interdittive antimafia e alle informazioni "atipiche" emesse nello scorso biennio consente di sviluppare un'analisi dei tentativi di ingerenze criminali emersi nella ricostruzione pubblica, in rapporto al numero complessivo delle imprese impegnate in quello che può correttamente definirsi il più grande "macro-cantiere" d'Europa. Sotto questa ottica, il fenomeno – che senz'altro esiste – appare ancora connotato da dimensioni circoscritte: i 17 casi di ingerenze criminali accertati costituiscono oggi l'**1,1%** del totale delle imprese la cui posizione è stata già definita (1.526).

Occorre, peraltro, sottolineare che i provvedimenti interdittivi hanno portato alla luce tentativi di infiltrazione nella ricostruzione da parte di tutte le principali consorterie criminali, fra le quali imprese legate alla "sacra corona unita" leccese, imprese colluse con sodalizi di stampo camorristico o con il "clan dei Casalesi" e imprese di cui sono stati accertati legami con "cosa nostra"; la consorteia criminale più attiva appare essere al momento la "*ndrangheta*", che ha tentato di ingersersi nel circuito dei subappalti attraverso imprese legate a "*ndrine*" operanti nell'Italia Settentrionale.

Va dato atto che i pur sofisticati tentativi di acquisizione e penetrazione hanno trovato un ostacolo proprio nelle severe norme di controllo, anche antimafia, che regolano gli appalti pubblici e che richiedono chiarezza e immediata identificazione dei destinatari del denaro pubblico.

In un caso specifico il TAR Abruzzo ha annullato l'interdittiva.

A sua volta, la Procura della Repubblica dell'Aquila ha richiesto nei confronti dei titolari di talune ditte colpite da interdittive o informazioni atipiche le misure di prevenzione patrimoniale *ex artt. 2-bis e 2-ter* della legge n. 575/1965.

Il momento dinamico dei controlli antimafia viene esercitato sulla fase dell'esecuzione degli appalti pubblici attraverso gli **accessi ai cantieri** compiuti dal Gruppo Interforze costituito presso la Prefettura.

Con la conclusione dei diversi progetti gestiti dal Dipartimento della Protezione Civile, l'attenzione si è focalizzata sui cantieri attivati da diversi Enti, tra cui le Amministrazioni Locali, destinati a recitare un ruolo fondamentale come soggetti attuatori della ricostruzione "pesante".

Al momento, non sono stati rilevati tentativi di infiltrazioni mafiose. Nondimeno, grazie a tali attività ispettive sono stati individuati taluni casi di subappalto non autorizzato, per i quali sono state deferite altrettante imprese.

Un'importante sperimentazione introdotta dalla seconda edizione delle Linee Guida è rappresentata dall'istituzione delle "*white list*", cioè degli elenchi di prestatori e fornitori di beni e servizio, operanti in alcuni settori a rischio, nei confronti dei quali è stata preventivamente verificata l'assenza di tentativi di inquinamenti mafiosi. Tale sperimentazione è attualmente circoscritta alle imprese delle tre Province del "cratere" e vuole

costituire un'anticipazione di un sistema che dovrebbe entrare a regime in una chiave più generale allorquando sarà emanato il D.P.C.M. previsto dall'art. 16, comma 5 del D.L. n. 39/2009.

La terza edizione delle Linee Guida ha precisato che l'iscrizione nella "white list" esonera la stazione appaltante dall'obbligo di richiedere la certificazione antimafia: ciò dovrebbe incoraggiare l'imprenditoria locale a avvalersi di questa facoltà che finora ha conosciuto solo un modesto successo (nel corso del 2010 sono pervenute solo 33 istanze).

L'attività della Prefettura di prevenzione delle infiltrazioni mafiose riguarda inoltre gli appalti e i rapporti economici con la pubblica amministrazione non connessi alla ricostruzione, mediante le opportune interdittive e informazioni "atipiche".

In questo contesto, va sottolineata la proficua **collaborazione** instauratasi, nel rispetto dei reciproci ruoli, con l'Autorità Giudiziaria, in particolare con la Procura della Repubblica dell'Aquila, la Direzione Distrettuale e la Direzione Nazionale Antimafia, cui la Prefettura trasmette tutti i provvedimenti e le notizie di rilievo, ricevendo, a sua volta, informazioni ed elementi di notizia che vengono poi partecipati alle Prefetture direttamente interessate.

In definitiva, i moduli di contrasto contro il rischio di infiltrazioni mafiose nella ricostruzione "pesante", sia pubblica che privata, risultano razionali ed efficaci.

La guardia dello Stato (Prefettura e DDA della Procura della Repubblica dell'Aquila) è alta e sono certo che resterà alta.

(*Omissis*).

IX. Le "Best Practices".

Nel distretto abruzzese, anche a seguito dei noti eventi sismici e della conseguente necessità di ripristinare sul piano organizzativo e funzionale l'efficienza gravemente compromessa degli uffici giudiziari, non solo distrettuali, è stato dato un continuo e convinto impulso allo sviluppo di "**buone prassi metodologiche e operative**" in varie direzioni (servizio all'utenza, riorganizzazione delle cancellerie, processo telematico, protocolli d'udienza ecc.).

Gli obiettivi di fondo sono stati perseguiti individuando esperienze virtuose e percorsi condivisi di programmazione degli interventi, mediante un metodo di lavoro costantemente teso a valorizzare il contributo paritario e la complementarità dei ruoli di tutti i soggetti coinvolti nell'esercizio della giurisdizione (magistrati, avvocati, personale amministrativo).

IX.1. Le prassi virtuose e i protocolli di udienza.

Sull'onda delle esperienze maturate in altri contesti giudiziari è stata avviata, innanzi tutto, la stagione dei "**protocolli di udienza**", finalizzati a regolare le modalità di svolgimento delle attività procedurali e a diffondere le prassi applicative ritenute più idonee alla razionalizzazione e all'accelerazione dei tempi dei processi. E ciò con particolare riguardo al processo penale, al fine di favorire uno svolgimento più ordinato e proficuo delle udienze e di superare (almeno in parte) il grave disagio esistente, di migliorare la qualità della procedura, di tutelare la riservatezza dei soggetti coinvolti e di ridurre i tempi di attesa delle parti e dei testimoni.

La diffusa applicazione dei protocolli trova spiegazione nell'ormai acquisita consapevolezza che le risorse umane e materiali degli uffici sono drammaticamente insufficienti e che, per fronteggiare l'emergenza, è indispensabile un ripensamento dell'organizzazione del lavoro e delle relazioni fra magistrati, avvocati e personale amministrativo, nel tentativo di fornire il miglior servizio possibile, contemperando le esigenze dei diversi operatori e le risorse a disposizione.

Tanto l'innovazione tecnologica quanto l'informatica giuridica, ausilio imprescindibile, entrambe, per la formazione di "prassi virtuose" e "protocolli di procedura", cooperano, infatti, nella realizzazione dell'obiettivo di razionalizzare la macchina processuale e di ottimizzare il servizio giustizia nella società moderna.

Tra i più recenti, s'indicano i protocolli per la gestione delle udienze penali della Corte d'appello di L'Aquila e del Tribunale di Chieti, stipulati nello scorso mese di dicembre con la convinta adesione sia dei Consigli degli Ordini Forensi che delle Camere Penali abruzzesi.

Espressione di un approccio metodologico nuovo a questi temi è stata anche l'assemblea dei magistrati in rappresentanza

dei giudici civili del distretto, svoltasi il 23 novembre 2010 negli uffici della Presidenza della Corte, nella quale, all'esito di un ampio dibattito, si sono elaborate, all'unanimità, talune "**linee guida in materia di improcedibilità delle opposizioni a decreto ingiuntivo**", a seguito della nota sentenza delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione n. 19246 del 2010.

In quella sede, si è premesso che scopo della riunione era quello di individuare le migliori prassi operative ed organizzative degli uffici giudiziari del distretto in ordine ai problemi applicativi insorti a seguito di tale sentenza; si è ricordato che l'art. 6 Cedu e la giurisprudenza delle Corti europee di Strasburgo e di Lussemburgo convergono sul principio per cui una nuova lettura, da parte della giurisprudenza nazionale, di una norma processuale non possa condurre a un'interpretazione della stessa in termini che non fossero ragionevolmente prevedibili e conoscibili dalla parte, la quale si fosse in precedenza attenuta, per le forme e per i termini dell'atto, al consolidato "diritto vivente" all'epoca vigente. Si è avvertito che va perseguito in via prioritaria l'obiettivo di salvaguardare la validità delle attività processuali compiute nel regime di "diritto vivente" all'epoca incontrastatamente vigente, anche in ossequio al principio costituzionale della ragionevole durata dei processi. Si è quindi segnalata l'opportunità che i giudici dei Tribunali del distretto, a prescindere dai diversi percorsi ermeneutici cui vorranno richiamarsi, decidano sulla questione pregiudiziale d'improcedibilità delle opposizioni a decreto ingiuntivo pendenti, con sentenza e unitamente al merito, invitandoli peraltro ad adottare le conseguenti - "virtuose" - prassi applicative e organizzative, in coerenza con le premesse suesposte e nel rispetto sia della fondamentale garanzia del diritto della parte a un processo "equo" che del canone costituzionale della ragionevole durata dei processi.

Passando, a questo punto, in rapida rassegna i modelli innovativi sperimentati in Abruzzo, in relazione ai risultati ottenuti, si segnalano, in particolare, le esperienze virtuose realizzate nell'ultimo anno dalla Corte d'appello di L'Aquila e, per gli uffici di primo grado, dai Tribunali di Pescara e Teramo, mentre esperienze interessanti hanno preso l'avvio anche in altri Tribunali.

IX.2. Il sito web.

Nella prospettiva di una complessiva, migliore strutturazione e fruizione dei servizi dell'ufficio, è stato realizzato ed è pienamente operativo il sito *web* della Corte di appello (), accessibile gratuitamente, recependosi così esperienze già consolidate in altri uffici e idonee al perseguimento di plurimi obiettivi nel campo della comunicazione.

La finalità principale è quella di rendere facilmente accessibili al "pubblico" le informazioni relative all'operatività della Corte e degli uffici giudiziari del distretto, comunicando all'esterno le competenze istituzionali, l'ubicazione e l'operatività dei singoli uffici, nonché diffondendo in modo tempestivo e capillare informazioni qualificate agli utenti, al fine di favorire le modalità di contatto fra i cittadini e il servizio giustizia.

Può essere assicurato, inoltre, un contatto sempre attivo con il "pubblico specializzato" degli Avvocati, i quali possono conoscere i ruoli e lo svolgimento delle udienze e seguire, in tempo reale, l'esito delle stesse.

Parimenti largo è l'utilizzo del sito per la partecipazione agli incontri di formazione decentrata e per la diffusione delle relazioni di base.

D'altra parte, vengono attivati, di volta in volta, i servizi procedurali informatizzati in vari settori amministrativi, come per l'organizzazione e lo svolgimento dell'esame per la professione di Avvocato e per gli adempimenti richiesti in occasione delle competizioni elettorali.

Il sito, oltre a fornire un servizio aggiornato delle novità giurisprudenziali a livello nazionale, sarà altresì utilizzato per la creazione di una banca dati specializzata della giurisprudenza abruzzese, a disposizione dei magistrati e degli avvocati del distretto, in modo da migliorare la qualità del lavoro, la tendenziale uniformità delle soluzioni interpretative e la tempestività dell'informazione.

IX.3. La banca dati della "Giurisprudenza Abruzzese".

La Corte d'Appello, con l'ausilio dell'Ufficio dei Referenti per la Formazione decentrata e dell'Agenzia Giuffrè di Teramo,

ha predisposto - all'esito di un percorso di studio e di approfondimento di molteplici questioni di carattere tecnico e operativo - un progetto per la realizzazione della banca dati della "Giurisprudenza Abruzzese", sulla scia di una lodevole iniziativa locale: la banca dati della "Giurisprudenza Teramana" diretta alla diffusione delle più rilevanti prassi giurisprudenziali di quel Tribunale.

Il più ampio disegno di estensione del modello e l'ambizioso traguardo della istituzione di una più larga banca dati, che rechi la rassegna della giurisprudenza elaborata da tutti gli uffici giudiziari del distretto, sta per essere raggiunto in tempi brevi, dopo l'istituzione del sito *web* della Corte d'appello, non disperdendo e anzi estendendo le sinergie professionali che hanno finora, così bene e intelligentemente, operato nel territorio teramano.

L'iniziativa costituisce, per novità di contenuti e di obiettivi, un "progetto pilota" a livello nazionale, proponendosi di realizzare un sistema permanente di raccolta e pubblicazione *on fine* dei provvedimenti di rilievo dei magistrati del distretto, attraverso il quale gli operatori del diritto potranno conoscere lo stato della relativa giurisprudenza e seguirne "in tempo reale" gli orientamenti e l'evoluzione.

La buona riuscita dell'iniziativa postula che essa sia condivisa dagli operatori e che rappresenti per tutti un patrimonio da accrescere e tutelare, poiché le sfide della modernità e della buona organizzazione impongono progetti innovativi, tecnologicamente fruibili e perciò credibili.

È previsto il coinvolgimento, a diversi livelli (secondo un adeguato riparto di competenze), di tutti gli uffici giudiziari distretto, del Coordinamento dei Consigli degli Ordini Forensi d'Abruzzo, della Facoltà di Giurisprudenza e della Scuola di specializzazione per le professioni legali presso l'Università di Teramo, della rivista giuridica "PQM".

Il successo dell'iniziativa (che - come ogni progetto sperimentale - va considerato un *work in progress*) necessita soprattutto della collaborazione di tutti i magistrati, i quali devono contribuire all'implementazione della banca dati attraverso la periodica selezione e trasmissione alla stessa (per mezzo di un agile percorso informatico predisposto dalla Giuffrè) dei propri provvedimenti, che verranno pubblicati e diffusi e, oltre a implementare la banca dati, saranno, se di speciale rilievo, anche messi in evidenza in appositi spazi del sito *web* della Corte d'appello.

Sono state individuate - all'interno di ogni ufficio - le figure dei "magistrati referenti", ai quali è assegnato il ruolo di impulso, garanzia e filtro dei provvedimenti da destinare al circuito informatico.

Viene attribuito, nel contempo, un ruolo importante all'Avvocatura abruzzese e all'Università di Teramo, coinvolgendone in via diretta i rappresentanti sia nella fase di massimazione o annotazione dei provvedimenti destinati alla pubblicazione, sia nelle decisioni editoriali del Comitato di redazione, del quale fanno parte, auspicandosi che la collaborazione dei giovani professionisti possa essere agevolata dal riconoscimento di crediti formativi.

Si è ritenuto importante coinvolgere nell'iniziativa anche il comitato di redazione e i collaboratori della rivista giuridica "PQM", in modo da creare una proficua osmosi tra la pubblicazione *on line* e quella cartacea e al fine di conferire ulteriore pubblicità alle decisioni di maggiore rilievo e garantire uno scambio prezioso di esperienze e contributi.

È altresì prevista la partecipazione diretta dell'Ufficio dei Referenti per la Formazione Decentrata, considerato che la banca dati, offrendo un punto di osservazione privilegiato e costante degli orientamenti della giurisprudenza abruzzese nei diversi settori, può fornire utili stimoli e suggestioni per il confronto e l'approfondimento attraverso l'organizzazione di appositi incontri di studio su questioni e prassi di rilievo.

In un periodo in cui l'organizzazione della giustizia è resa sempre più difficile dalla scarsità di risorse, appare fondamentale rendere l'impegno quotidiano del singolo magistrato visibile, fruibile e apprezzabile dal pubblico e dagli altri professionisti del settore.

In questo senso il progetto è destinato a diventare un bene e un valore per i magistrati del distretto, i quali possono sentirse-

ne orgogliosamente titolari, perché rappresenta il veicolo di affermazione tangibile del loro impegno nell'amministrazione della giustizia: anche con esso i magistrati possono divenire artefici di un "rinnovamento" che si ponga come punto di riferimento nel panorama regionale e nazionale.

Occorre che tutti i magistrati, anche quelli con funzioni direttive e semidirettive, collaborino al progetto, essendo noto che le valutazioni di professionalità si fondano anche sui parametri della qualità dei provvedimenti emessi e della pubblicazione degli stessi, oltre che su ulteriori produzioni scientifiche.

Con la "Giurisprudenza Abruzzese" si offre la possibilità di un notevole vantaggio sotto il predetto profilo, perché la pubblicazione in banca dati e/o sul sito *web* della Corte sarà certamente utile nel senso sopra indicato, dovendo il Consiglio Giudiziario prima e il C.S.M. poi tenerne debitamente conto in sede di valutazioni di professionalità.

La qualità della giurisdizione, soprattutto in tempi caratterizzati da aspra conflittualità delle parti e complessità delle fonti, è un valore aggiunto per l'economia e per la società, che questo progetto intende implementare migliorando i contenuti e l'uniformità della giurisprudenza nel distretto, in funzione della progressiva formazione di prassi applicative condivise e del consolidamento di un più moderno costume giudiziario.

Con particolare riguardo ai dirigenti osservo che la sfida impone una risposta puntuale e rigorosa: è fondamentale che essi vigilino sulla fattività del contributo dei singoli colleghi, che non deve rappresentare un'incombenza in più, bensì un'occasione di crescita e confronto, l'affermazione di un'identità nell'esercizio della giurisdizione, la scelta di un modello di magistrato che si misura con i propri provvedimenti e con la produzione giuridica dell'intero distretto.

Per i provvedimenti di particolare rilevanza l'archivio della *Giurisprudenza Abruzzese* avrà uno specifico collegamento col sito *web* della Corte, essendosi programmato un apposito spazio *on line* di aggiornamento e approfondimento giuridico, oltre a specifici *link* con la rivista quadrimestrale *PQM* e con la Scuola di specializzazione per le professioni legali dell'Università di Teramo.

Il positivo esito di questa iniziativa, infine, consentirebbe di sviluppare ipotesi di collaborazione anche con altre realtà editoriali, come la rivista "Giurisprudenza di Merito", pure edita da Giuffrè e diretta dal dott. Ciro Riviezzo.

(*Omissis*).

XI. Alcune riflessioni sulle riforme (o sui progetti di riforma) del processo.

XI.1. Il processo civile.

Nella Relazione svolta lo scorso anno si sono già illustrate le opportunità offerte alla migliore funzionalità del sistema giudiziario dalla progettata digitalizzazione della giustizia e, in particolare, dal "processo civile telematico" (d.l. 29 dicembre 2009, n. 193, conv. in l. 22 febbraio 2010, n. 24), per la cui attuazione in forma integrale il Ministero della Giustizia ha scelto gli uffici giudiziari dell'Aquila, e si sono altresì evidenziati i profili innovativi della "riforma del processo civile" di cui alla legge 18 giugno 2009 n. 69, avvertendosi tuttavia che il nuovo e speciale rito sommario di cognizione può assumere rilievo come modello alternativo di trattazione semplificata rispetto al rito ordinario, sempreché i difetti e le rigidità della cornice legislativa siano temperati da idonei protocolli procedurali tra Magistratura e Avvocatura.

Questa Presidenza ha richiamato l'attenzione dei magistrati del distretto sulla coerente applicazione delle novellate disposizioni in materia di "calendario del processo" (art. 81-bis disp. att. c.p.c.) e di "motivazione della sentenza" (artt. 132, secondo comma n. 4, c.p.c. e 118, primo comma, disp. att.).

In particolare, le disposizioni sulla motivazione della sentenza sono immediatamente applicabili nei giudizi pendenti in primo grado alla data di entrata in vigore della legge n. 69 (art. 58, comma 2). E, poiché trattasi di novità non meramente terminologiche rispetto alle tecniche tradizionali, sembra necessario ridisegnare nelle prassi i profili del modello di motivazione della sentenza, secondo protocolli "semplificati" e "differenziati" anche in base alla tipologia delle controversie, nel senso che il contenuto della decisione risulti chiaro ed agilmente argomentato mediante il sintetico riferimento ai punti di fatto e di

diritto ritenuti risolutivi e ai conformi precedenti giurisprudenziali di legittimità.

Analogo clima di dialogo e di concertazione con il Foro viene richiesto, oggi, al fine di individuare le migliori prassi attuative del procedimento di **mediazione**, finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali e condizione di procedibilità della domanda giudiziale, di cui al **d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28**, in attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69.

Non sono pochi, infatti, gli aspetti problematici che l'implementazione dei metodi alternativi di composizione delle controversie (*ADR*: acronimo di *Alternative Dispute Resolution*) presenta nei rapporti con il processo contenzioso giurisdizionale: dal necessario cambiamento di approccio culturale al nuovo ruolo dell'Avvocato, all'attività di formazione e organizzazione del servizio e delle tecniche di mediazione, al monitoraggio dell'obiettivo parallelo di deflazione del carico di lavoro dei giudici professionali.

Considerati i perniciosi effetti della costante crescita del numero delle cause di equa riparazione per violazione del termine di durata ragionevole del processo (**legge Pinto**), deve confermarsi il giudizio positivo circa l'originale e innovativo modulo delineato nell'art. 1, comma 2 del **disegno di legge n. 1880-AS, recante "Misure a tutela del cittadino contro la durata indeterminata dei processi"**, nel testo approvato dal Senato il 20 gennaio 2010, quanto alla dettagliata articolazione del procedimento in due fasi, la prima sommaria (perciò agile e verosimilmente conclusiva) e la seconda propriamente giurisdizionale (solo eventuale) su opposizione dell'interessato: sarà, a mio avviso, consistente il risparmio indotto dalla nuova disciplina in termini di risorse, tempi e costi.

Per contro, non posso non rappresentare le gravi preoccupazioni che emergono dalla lettura dei commi 1 e 3 del medesimo art. 1 del citato disegno di legge, laddove l'espressa richiesta di "*sollecita definizione*" del giudizio presupposto, che la parte interessata deve avanzare in specifici termini, è configurata come condizione di ammissibilità della domanda di equa riparazione, tra l'altro anche nei giudizi civili e penali pendenti.

Sembra evidente che la verosimile, massiccia diffusione di siffatte istanze e il correre simultaneo dei termini acceleratori (sui quali il capo dell'ufficio è chiamato a vigilare) per tutti quei giudizi, imponendone la trattazione prioritaria, sono destinati a sconvolgere ogni sano e ragionevole programma organizzativo delle udienze e dei processi, di cui è facile immaginare il caotico svolgimento. Un esito negativo, questo, largamente prevedibile, che però il legislatore può ancora scongiurare modulando diversamente e razionalmente le vicende, transitorie e a regime, delle procedure di equa riparazione.

Mi preme tuttavia sottolineare il più contraddittorio e paradossale degli esiti che dall'approvazione del disegno di legge conseguirebbe: l'azzeramento di ogni serio progetto organizzativo/acceleratorio messo in campo negli uffici più consapevoli e responsabili, la mortificazione delle *best practices* e dei protocolli procedurali condivisi, premiandosi per contro le prassi confuse e caotiche legate al mero dato cronologico o alle istanze acceleratorie di trattazione preferenziale.

Tutto ciò senza che sia previsto il contestuale, pur necessario potenziamento delle risorse umane e materiali per fronteggiare l'innalzamento del numero dei processi da trattare comunque prioritariamente. E senza dimenticare che il lievitare delle domande di indennizzo per equa riparazione comporterà un aggravio considerevole degli oneri finanziari a carico dello Stato.

XI.2. Il processo penale.

Per quanto riguarda il processo penale, pur nel riconoscere l'esigenza di dettare nuove regole per il corretto equilibrio tra "giusto processo" e "ragionevole durata" dello stesso (in nome del c.d. "*garantismo efficientista*") e nel giudicare non più sostenibile l'attuale disciplina della prescrizione del reato nella parte in cui estende i suoi effetti sul processo penale, propiziandone il grado d'ineffettività e disincentivandone, mediante una sorta di premialità di fatto, i percorsi alternativi, si esprimeva nella precedente Relazione un giudizio critico, pacato ma fermo, sulla portata dell'art. 5 del citato **disegno di legge n. 1880-AS** sul c.d. "**processo breve**", nel testo approvato dal Senato il 20 gennaio

2010, nella parte in cui detta la disciplina della sentenza di non doversi procedere "per estinzione del processo" a causa della violazione dei termini di durata ragionevole.

Esso – s'affermava – rischia di compromettere la tenuta del sistema, scoraggia l'accesso ai riti alternativi, irrompe sul già precario modello processuale mediante eccezionali e inedite disposizioni transitorie, non sterilizza i perversi effetti della concorrente prescrizione "sostanziale", non relativizza adeguatamente i criteri di complessità della singola vicenda processuale, per la gravità del fatto o per le esigenze di accertamento dei fatti o per i comportamenti delle parti e del giudice.

Il disegno – s'avvertiva –, ove venisse approvato senza gli opportuni correttivi suggeriti da un sano e ragionevole pragmatismo, sottoporrebbe l'ordinamento della giustizia penale e, con esso, l'animo dei giudici e degli avvocati a un non irrilevante *stress* di tenuta del sistema.

Rilievi critici sono stati anche mossi all'impianto riformatore della disciplina delle **intercettazioni** telefoniche e ambientali (**disegno di legge n. 1415 del 2008**): prescindendo dalla pur cogente e legittima esigenza di meglio assicurare la tutela della segretezza dei risultati e della *privacy*, ciò che non convince è il difetto di empirica proporzione, di pragmatismo e di ragionevolezza esperienziale delle misure proposte. L'intercettazione da mezzo di ricerca della prova tende a spostarsi nell'area della "quasi cautela" (individuandosi come presupposti di quella telefonica l'esistenza di "evidenti indizi di colpevolezza" e di quella ambientale lo svolgimento in atto in quel luogo dell'attività criminosa), così indebolendosi l'investigazione, la ricerca del colpevole e l'accertamento della verità.

Piuttosto che accettare la sfida della modernità e dell'implementazione della tecnologia e della scienza, governandone le eccessive pretese di dominio sul processo, il legislatore sembra voler segnare il passo, affidando prevalentemente gli strumenti di ricerca della prova alla mera dichiarazione o al documento preconstituito.

Un passo indietro, dunque, che non ha uguale nei Paesi europei e che discrimina il processo penale italiano sul terreno dell'acquisizione della prova scientifica.

L'indebolimento del momento investigativo sarebbe, infine, ancor più accentuato dallo slittamento della **titolarità delle investigazioni** dal pubblico ministero alla polizia giudiziaria, mentre il primo dovrebbe limitarsi, come all'epoca del codice Rocco, a "ricevere" le notizie di reato, restando deprivato del potere di autonoma acquisizione (**disegno di legge governativo del 6 febbraio 2009**).

Sicché dal più volte denunciato "appiattimento" del G.i.p. sulle scelte del P.M. al temuto "appiattimento" del P.M. sulle scelte investigative della P.G. non sembra uscirne rafforzata la cultura della giurisdizione.

Circa la **competenza "allargata" dell'organo collegiale**, prevista dal disegno di legge n. 1415/08 in ordine al Tribunale distrettuale per le intercettazioni e dal disegno di legge governativo del 6 febbraio 2009, che riserva talune procedure all'organo collegiale (è stabilita la competenza del Tribunale distrettuale, prima, e della Corte d'appello poi, quanto all'applicazione delle misure cautelari personali e al loro riesame; si prevede il giudizio abbreviato collegiale e l'affidamento dei processi in materia di criminalità organizzata alla Corte d'assise), pur nell'apprezzare la legittima aspirazione a una più ampia collegialità delle decisioni in taluni snodi processuali di sicura rilevanza e a un più tranquillante controllo giurisdizionale in tali momenti, persistono tuttavia doverose riserve di sistema quanto al prospettato slittamento verso forme di giustizia popolare per i delitti di maggiore allarme sociale e alla misurazione delle risorse umane e materiali e delle professionalità necessarie all'assolvimento dei nuovi, gravosi compiti che s'intende affidare al giudice collegiale e agli uffici distrettuali.

Per quanto riguarda il processo penale, sarebbe auspicabile l'enunciazione di principio del "*dovere di lealtà processuale*" dei soggetti del processo, anche mediante un'attenta regolamentazione della disciplina

collaterale delle preclusioni endoprocessuali in tema di competenza, invalidità degli atti e notificazioni, insieme con la revisione della griglia delle premialità conseguenti alle definizioni alternative al dibattimento e con la semplificazione degli esiti d'inammissibilità delle sequenze impugnatorie.

Come pure appare ormai improcrastinabile, sul terreno dei tempi e dell'efficienza del processo, l'eliminazione in radice del giudizio contumaciale (per il quale l'Italia ha subito numerose condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo) e la legittimazione del processo *in absentia*, postulata come consapevole e informata.

D'altra parte, al di là di interventi legislativi sull'azione (obbligatorietà, obbligatorietà temperata, discrezionalità, opportunità) e sul processo penale, cioè sulla "risposta" ai flussi della domanda di giustizia, non sarebbe più saggio e proficuo intervenire ancor prima sulla stessa "domanda", ridisegnando le fattispecie di effettivo rilievo criminoso, allargando il novero dei delitti procedibili a querela e innovando sul terreno della mediazione e della conciliazione?

Per altro verso, perché non attivare opportuni argini normativi di tipo preclusivo contro l'enorme quantità di *notitiae criminis*, laddove esse risultino indotte dall'improprio ricorso alla tutela penale, non di rado invocata con denunce o impugnazioni prive della necessaria serietà?

XI.3. La priorità dei temi riguardanti l'organizzazione e il buon funzionamento del sistema giudiziario.

Va ribadito, per contro, che un buon metodo di valutazione di ogni nuova disciplina legislativa diretta a governare il processo, sia civile che penale, consiste nell'analisi e nella verifica empirica dell'impatto della regolamentazione normativa sui tempi e sui modi di funzionamento della giurisdizione, stimandone pertanto i costi e gli effetti sulla concreta organizzazione delle attività e dei servizi giudiziari: il modello di riferimento è il pragmatismo delle scelte e l'analisi economica degli obiettivi e dei risultati.

Se la priorità, oggi, è costituita dalla drammatica situazione di collasso in cui versa il sistema giudiziario soprattutto per quanto riguarda la pesantezza del "debito dell'arretrato" e l'obiettivo irragionevolezza dei "tempi" di durata delle procedure, non sembra che possa svolgere un'efficace azione terapeutica in questa direzione la prospettata "grande riforma" costituzionale della giustizia: in materia di separazione delle carriere (ancora più rigida di quella già esistente), di duplicazione del CSM (l'uno per i giudici e l'altro per i pubblici ministeri), di obbligatorietà temperata o di discrezionalità dell'azione penale, di rapporti fra Procura della Repubblica e Polizia Giudiziaria.

Sarebbe, questa, a mio avviso, occasione di rinnovati scontri ideologici, di prolungato *stress* nella dinamica dei rapporti fra i Poteri dello Stato e di sicuro disorientamento delle professioni coinvolte.

Le categorie rappresentative di quelli che sono i reali e informati protagonisti della vita giudiziaria (Magistrati, Avvocati e Personale di cancelleria) hanno ormai acquisito la consapevolezza dell'assoluta centralità che, per contro, rivestono i temi dell'organizzazione e del funzionamento della macchina giudiziaria e della necessità di radicali e urgenti rimedi correttivi.

Accanto al sovraccarico della domanda giudiziaria, alla notoria eccessiva litigiosità dei cittadini, allo sproporzionato numero di avvocati in rapporto alla popolazione, alla farraginosità e lentezza dei meccanismi definitivi dei giudizi, al proliferare di sequenze incidentali e di inutili formalismi, che opprimono, oltre ogni limite, il funzionamento del sistema, si è consapevoli che il *trend* negativo della crescente giacenza di processi e dell'eccessiva durata degli stessi non è solo frutto di non perspicue regole procedurali o di poco meditate scelte legislative o di prassi devianti o di scarsa professionalità di taluni operatori, ma è anche di tipo strutturale: legato cioè all'irrazionale impiego di risorse personali e di mezzi e alla conseguente, sperequata gestione dei carichi di lavoro da parte dei magistrati e delle cancellerie.

Di talché, tenuto conto dell'accentuata scarsità delle risorse umane e materiali disponibili nella strategia di progressivo contenimento della spesa pubblica, appare ineludibile deliberare – dopo 150 anni (come sta di recente avvenendo in Francia) – l'urgente **revisione della geografia giudiziaria**, e cioè una diversa organizzazione degli uffici sul territorio mediante

rivisitazione delle circoscrizioni giudiziarie. E ciò, sulla base di una misurazione della "dimensione ottimale" scevra di logiche pregiudiziali e corporative di mera rappresentanza, ispirata, invece, a criteri oggettivi propri della scienza della "organizzazione applicata".

La questione della razionalizzazione delle sedi giudiziarie trova concordi, circa la sua rilevanza, tanto la Commissione tecnica istituita presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze (cfr. Rapporto 2008) e l'IGF della Ragioneria Generale dello Stato, quanto il CSM e il Presidente della Corte di Cassazione (cfr. Relazioni in sede di apertura degli ultimi anni giudiziari), sul comune assunto che la produttività dei magistrati risulta crescente al crescere della dimensione dei tribunali. L'ANM, a sua volta, ha sollevato formalmente il problema, ponendolo al centro delle proposte di rinnovamento organizzativo formulate nel recente Congresso nazionale.

La Commissione tecnica individua anche un limite (40 o più magistrati) sopra il quale si riesce a sfruttare l'efficienza di scala. Ma dai dati del CSM risulta che dei 165 uffici giudiziari soltanto 27 (pari al 16,35%) hanno più di 40 magistrati.

Di fronte a questa situazione sono state avanzate due proposte, l'una di lungo periodo, l'altra con un orizzonte applicativo temporalmente più limitato.

La prima prevede l'accorpamento degli uffici giudiziari, realizzata attraverso:

- l'eliminazione delle sezioni distaccate (220), quanto meno di quelle che, ad esempio sulla base di criteri demografici, non presentano utilità bensì disfunzioni;

- l'eliminazione dei Tribunali che hanno sede in territori che già sono dotati di un ufficio giudiziario nel capoluogo di provincia (circa 60).

La seconda suggerisce, in via transitoria, l'immediata trasformazione dei 60 tribunali periferici in altrettante sezioni staccate del Tribunale del capoluogo di provincia, in maniera da conservare intatta la rete territoriale, al contempo centralizzando in capo al presidente del tribunale provinciale la gestione del personale e delle risorse per garantire maggiore efficienza e flessibilità.

Ognuna delle soluzioni richiede peraltro l'intervento del legislatore e significative modifiche normative.

Si è pure detto della drammatica insufficienza, nel numero e nelle moderne specializzazioni, del **personale amministrativo**, rispetto al quale da anni non si provvede alla copertura dei posti rimasti vacanti, che interessano in special modo le figure professionali apicali.

E' un problema di numeri, certo, ma anche di qualità delle persone, di scelte non fatte e di altre che si dovrebbero fare.

La politica governativa di riduzione dei posti di lavoro nel settore pubblico è ispirata all'idea che, in un quadro di efficienza, l'evoluzione tecnologica dovrebbe compensare la riduzione del numero delle persone impiegate, com'è avvenuto in altri settori produttivi; ma, per assicurare parametri di adeguata funzionalità, negli altri settori la riduzione degli organici è stata accompagnata da strategie di mobilità, di prepensionamento e di parziale recupero dei decrementi con assunzioni giovanili.

Nel settore giudiziario non è stata fatta né l'una né l'altra cosa, con il risultato che l'età media del personale è particolarmente elevata. Sicché, in termini prospettici, la situazione è preoccupante perché nei prossimi anni si rischia di avere uffici non solo sguarniti ma, soprattutto, il cui patrimonio di competenze, esperienze, prassi operative è destinato a deperire progressivamente per effetto della sua mancata trasmissione a nuove leve, non essendo le pratiche innovative effettivamente partecipate da chi ha un orizzonte lavorativo di pochi anni.

Di talché, a fronte della cronica carenza del personale amministrativo del comparto giustizia, sia per numero che per qualificazione professionale degli addetti, sembra doversi indicare, come unica e urgente via d'uscita, prima del collasso definitivo di quella che è la struttura portante dell'apparato, la riallocazione in questo nevralgico settore dell'Amministrazione dello Stato di quella parte del personale degli Enti locali (Regioni, Province, Comuni), che risulti

obiettivamente esuberante o addirittura “spreco” nell’organizzazione dei servizi dell’ente medesimo o che si trovi collocato in mobilità. Insomma, sarebbe auspicabile una più equa, razionale ed efficiente **ridistribuzione del personale nelle varie Amministrazioni dello Stato e degli Enti locali**.

In tal senso si segnalano taluni progetti di convenzione già stipulati (fra Tribunale e Provincia di Teramo nel giugno 2010) o in via di formazione (fra Corte d’appello di L’Aquila, Regione e Province abruzzesi), per il distacco presso le cancellerie degli uffici giudiziari del distretto di personale di quelle Amministrazioni in mobilità o di lavoratori percettori di ammortizzatori sociali.

Infine, va ancora una volta sottolineata l’essenzialità degli snodi della completa **informatizzazione** degli uffici giudiziari e del **processo civile telematico**, cui devono accompagnarsi coraggiose innovazioni, anche tecnologiche, sul terreno delle **prassi procedurali virtuose**, in particolare per le comunicazioni e le notificazioni di atti giudiziari agli studi degli Avvocati e per la costituzione di banche dati in costante aggiornamento.

Indipendentemente dalle eventuali scelte di competenza del legislatore, ritengo, tuttavia, che esistono autonomi spazi e tempi per interventi, mirati e di settore, che siano elaborati e gestiti congiuntamente, in una sinergica opera di **“rinnovamento”** e di **“autorganizzazione”**, da parte della Magistratura, dell’Avvocatura e del Personale amministrativo.

Sembra lecito attendersi dal loro leale spirito di collaborazione la sperimentazione di nuovi moduli comportamentali, sul terreno dello smaltimento dei numerosissimi processi pendenti (modalità degli avvisi e notifiche ai difensori, protocolli di udienza, *best practices*, criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti, specificità e non manifesta infondatezza delle impugnazioni ecc.), ancor prima che l’inesorabile monito dell’Unione Europea induca il Parlamento italiano ad adottare soluzioni straordinarie *“ad hoc”*.

Considerazioni conclusive

Provando a tirare le fila del discorso, si può affermare, in estrema sintesi, che nell’anno appena trascorso ogni sforzo innovativo di tipo organizzativo, dalla redazione del Documento Organizzativo Generale alle attività del Consiglio Giudiziario, alla costante interlocuzione con gli Ordini Forensi e con le Istituzioni locali, ai frequenti incontri con i capi e i magistrati degli uffici giudiziari del distretto, è stato diretto innanzi tutto:

- al riavvio e alla normalizzazione della giurisdizione ordinaria, civile e penale, in condizioni, logistiche e strutturali, quantomeno dignitose ed efficienti;
- a un ammodernamento e a una migliore resa qualitativa e quantitativa dell’attività giurisdizionale;
- alla ricostruzione degli edifici giudiziari crollati a seguito del sisma;
- alla promozione e alla diffusione delle migliori prassi operative.

Coniugare le garanzie individuali e la “certezza del diritto”, intesa dinamicamente come tendenziale prevedibilità e uniformità delle decisioni, con i valori, pure di rilievo costituzionale, dell’effettività, efficienza ed economia della giurisdizione, costituisce ormai un dovere funzionale dei magistrati.

Solo dando una risposta adeguata alle domande di giustizia dei cittadini in tempi ragionevoli acquista senso e credibilità l’esercizio della giurisdizione; ma l’efficienza dell’apparato pretende, a sua volta, che ogni singolo ufficio sia organizzato secondo regole razionali e con obiettivi prefissati sulla base di un’attenta analisi dei flussi e delle risorse.

Sono in gioco l’immagine della giurisdizione e la legittimazione dei magistrati dinanzi all’opinione pubblica, alle altre Istituzioni dello Stato e dell’Europa.

La legittimazione dei **Giudici** nella società moderna non è data, una volta per tutte, dalla circostanza che si è vinto un concorso pubblico e s’indossa la toga in udienza, bensì va conquistata con serietà, professionalità e responsabilità, giorno per giorno, “sul campo”.

Oltre ogni logica meramente burocratica o aziendalistica,

le prassi processuali e anche le condotte extraprocessuali dei magistrati devono essere ispirate a un alto senso dell’etica professionale e ripensate nell’ottica della giusta considerazione in cui va tenuta la domanda di giustizia dei cittadini.

Si esige dai giudici consapevolezza delle legittime aspettative degli utenti, misurazione adeguata dei tempi, elevata qualità del servizio, capacità di ascolto delle “ragioni degli altri”, trasparente giustificazione delle decisioni, concreta effettività delle soluzioni pratiche adottate, sobrietà dei comportamenti e rispetto delle altre Istituzioni.

Questa moderna figura di giudice, coerente col modello disegnato dal *Consultative Council of European Judges (CCJE)* nei principi fondamentali della *Magna Carta of Judges*, adottata a Strasburgo il 17 novembre 2010, avrà certamente e potrà pretendere, a sua volta, il doveroso rispetto e l’attenzione che meritano la persona, l’organo e l’Istituzione che essi rappresentano, da parte delle altre Istituzioni dello Stato, degli Avvocati, del Personale, ma soprattutto dei cittadini e degli utenti, dai quali potrà anzi attendersi apprezzamento e simpatia per l’opera svolta: così rivelandosi non come una “patologia” del sistema - come pure talora si sostiene - ma come una preziosa “risorsa” per il Paese.

Quanto all’evidente, impetuosa crescita del ruolo e della funzione degli **Avvocati** nella società moderna, è con grande soddisfazione che intendo sottolineare l’esemplare clima di dialogo e di collaborazione che si è instaurato in questo distretto tra Magistratura e Avvocatura, con gli Ordini Forensi locali, con il Coordinamento degli Ordini Forensi di Abruzzo e con le Camere penali, per quanto riguarda la predisposizione e l’attuazione dei Protocolli di udienza, la partecipazione e il contributo dell’Avvocatura al Consiglio Giudiziario in composizione allargata, le iniziative di formazione professionale.

Ancor più va rimarcato il metodo del confronto immediato e trasparente, insieme con la comune riflessione in vista delle soluzioni più pronte ed efficaci, sulle davvero inedite problematiche che emergono di volta in volta dalla drammatica realtà aquilana.

Ho menzionato l’impegno dei Magistrati e degli Avvocati, ma, in particolare, sento il pressante obbligo di manifestare la mia speciale gratitudine al **Personale** amministrativo per il gravoso impegno che assolve quotidianamente, dimostrando spirito di sacrificio, senso dell’Istituzione e consapevolezza dell’efficienza e qualità del servizio che l’Amministrazione della giustizia deve offrire alla collettività: vieppiù in contesti territoriali, come quello aquilano, così drammaticamente colpito.

La città dell’Aquila, capoluogo del distretto giudiziario, è chiamata a guidare la transizione dei “luoghi”, ove si amministra la giustizia per conto di tutte le realtà di Abruzzo, dall’attuale insediamento “precario”, benché reso progressivamente più dignitoso e funzionale, alla **“cittadella giudiziaria”**, destinata a diventare luogo riconosciuto della conoscenza e della razionale soluzione dei conflitti, simbolo di civiltà e di prestigio per l’intera Regione.

Non stiamo celebrando oggi un inutile rito, bensì segniamo un momento di dialogo e di riflessione, in cui, accanto al rigoroso rendiconto delle azioni passate e all’analisi del presente, si prefigura l’impegno e il progetto per una nuova e più feconda stagione della Giustizia, il cui futuro non è un problema del magistrato, dell’avvocato, del cancelliere o del singolo utente, bensì dell’intera comunità nazionale.

Un impegno e un progetto con i quali si ribadisce con forza il messaggio di speranza che si è trasmesso nel Convegno sulla Giustizia, organizzato alla Fortezza di Civitella del Tronto il 24-26 giugno 2010 dal Tribunale di Teramo e dalla Corte d’appello, insieme ad altri Enti e Istituzioni e col patrocinio del Capo dello Stato e del Senato della Repubblica, nell’ambito delle celebrazioni del 150° anniversario dell’Unità d’Italia.

Nell’ossequio e nel ricordo di tale straordinario evento per la Nazione intendiamo aprire l’odierna, solenne e insieme sobria cerimonia d’inaugurazione dell’anno giudiziario.

GIOVANNI CANZIO

Responsabilità civile dei magistrati nel recente disegno di legge: sogno o realtà?

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. La situazione di fatto e quella normativa; 3. Il rapporto potere- libertà e libertà responsabilità; 4. Il rapporto potere- libertà e libertà responsabilità; 5. Le fonti di legittimazione del potere dei magistrati; 6. Incompatibilità della clausola di salvaguardia con le regole di condotta. Più precisamente; 7. Conclusione.

Premessa

La responsabilità civile dei magistrati è tornata di attualità.

Proprio in questi giorni il Governo ha varato, tra le polemiche più aspre, il disegno di legge sulla riforma della giustizia. Una riforma radicale dell'apparato giudiziario che reintroduce, tra l'altro, la responsabilità civile dei magistrati "direttamente responsabili" - si legge nella presentazione del disegno di legge - degli atti compiuti in violazione di diritti al pari degli altri funzionari e dipendenti dello Stato".

I Magistrati, dal canto loro, hanno inscenato varie manifestazioni di protesta e da ultimo l'Associazione Nazionale Magistrati ha emesso un comunicato nel quale definisce l'iniziativa del governo "un intervento contingente, svincolato da quelle che sono le reali emergenze della giustizia e dettato esclusivamente dalla volontà di intimidire i magistrati nello svolgimento della loro attività", (Comunicato dell'A.N.M. in data.....).

Dunque, mentre il Governo giustifica la propria iniziativa legislativa con la equiparazione della posizione del magistrato a quella di qualsiasi altro funzionario o dipendente dello Stato, l'A.N.M. nega, con una accorta parafrasi, che al magistrato possa essere addebitata una responsabilità civile.

Tanto ricordato, va, ora, precisato che, con questo scritto non ci proponiamo di suggerire una qualche soluzione che possa comporre l'acceso contrasto che divide Governo e Magistrati: il nostro intervento nasce, invece, dalla constatazione che così come è impostato il problema non può trovare soluzione alcuna visto l'assoluto atecnicismo che lo caratterizza.

Invero è fuori di ogni ragionevolezza, sul piano giuridico, la pretesa di dare un fondamento alla proposta responsabilità con l'assimilare, tout-court, i magistrati ai funzionari o comunque ai dipendenti dello Stato, così come è priva di fondamento la pretesa dei magistrati di respingere quella responsabilità per il fatto che questa finirebbe col "decrementare" il patrimonio di serenità ed indipendenza dei magistrati.

Volersi accostare ad un problema tanto delicato e complesso significa anzitutto definire correttamente il concetto di "responsabilità" sul piano ontologico.

È invero un nonsenso logico, prima ancora che giuridico, voler discutere dell'applicazione di un qualsiasi istituto senza conoscerne primariamente contenuto e limiti.

Nell'accingerci ad affrontare il non facile compito ricordiamo che, al tema della responsabilità civile dei magistrati, sono state dedicate pregevoli opere di illustri autori nonché alcuni convegni alle cui dotte relazioni non potremo che attingere a piene mani.

La situazione di fatto e quella normativa

Come è noto, la giustizia vive da anni, nel nostro paese, una situazione di grave crisi che negli ultimi tempi si è costantemente aggravata.

"I cittadini, scrive Marco Lucio Campiani (Responsabilità dei magistrati, Novene 2009, pag. 5), subiscono inermi le conseguenze delle disfunzioni di questo importante settore dello Stato e rimangono increduli ogni volta che, per qualsiasi ragione, vengono a contatto con esso. E così, da un lato gli operatori, che devono confrontarsi ogni giorno con un sistema ormai ai limiti della tollerabilità, dall'altro i tempi infiniti per ottenere una decisione, ed infine il caos dilagante negli uffici giudiziari dimostrano, senza ombra di dubbio, che lo Stato sembra aver rinunciato a fornire un servizio primario ed essenziale: quello della giustizia."

"I processi - continua Campiani - vengono mediati dalle trasmissioni televisive ove appaiono giudici, avvocati, testimoni ed imputati in una totale sovrapposizione di ruoli, che creano solo confusione nei cittadini che non sono più in grado di distinguere la linea che separa la realtà giudiziaria dallo spettacolo della fiction o dei reality".

"E, aggiunge Campiani, la figura centrale di questa caotica situazione è sicuramente rappresentata dal magistrato che è anche vissuto come il primo responsabile della inefficienza della giustizia ed il soggetto cui addossare i mali del sistema."

"Il magistrato di contro - conclude l'autore - sembra poter agire nella completa irresponsabilità dei propri comportamenti. Ed infatti ci si chiede perché su di lui non ricadano le responsabilità delle proprie funzioni".

Un quadro della situazione desolante, ma reale, quello così incisivamente descritto dal Presidente del Centro Studi Giuridici e Politici in apertura del Convegno dedicato al tema "Responsabilità dei magistrati" tenutosi il 30 novembre 2007, quadro che, tuttavia, riteniamo incompleto senza il richiamo alla più attuale delle ragioni che ha provocato l'iniziativa legislativa del Governo: la necessità di porre argine all'uso destabilizzante del quadro politico che i magistrati vanno facendo, sempre più frequentemente, del loro potere: il tutto senza doverne rispondere a nessuno.

Questa la situazione di fatto.

Quanto alla situazione normativa basterà ricordare che la responsabilità civile del magistrato è disciplinata dalla legge 13 aprile 1988 n. 117, che istituisce un complesso meccanismo per il risarcimento del danno ingiusto derivante da un comportamento, da un atto, o da un provvedimento giudiziario.

Dunque, a ben vedere, una normativa che disciplina la materia esiste sicché, ad un primo sguardo appare, quantomeno superfluo il fatto che il Governo debba, ora, tornarci sopra. Solo che, come incisivamente osserva un attento studioso della materia, il Roppo, "il modo in cui quelle norme sono generalmente intese dai giudici spiega perché i risultati pratici di quindici anni di applicazione della legge, dal punto di vista della tutela risarcitoria dei cittadini danneggiati per colpa di organi giudiziari dello Stato, sono pari a zero". (V.Roppo, Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione, pag. 31).

Questa, dunque, la situazione normativa e questo il sorprendente "stato" della sua applicazione in sede di giudizio.

Il rapporto potere- libertà e libertà responsabilità.

La conclusione cui perviene il Roppo consente, ora, di chiarire la ragione che, in esordio, ci ha indotto a far ricorso al verbo "reintroduce": invero, una legge sulla responsabilità dei magistrati, come ricordato dianzi, già esiste, ed è la 117 dell'88; solo che, come incisivamente affermato dal Roppo, "i risultati pratici della sua applicazione sono (sino ad ora) pari a zero". Da qui la necessità, avvertita ora dal Governo, di proporre una diversa, ma di più incisiva formulazione, proprio al fine di eliminare quel "dato modo di intendere la legge" che ha portato ad un risultato "pari a zero".

Tanto ricordato, e passando ora alla trattazione del tema, va qui precisato che nostro intendimento non è, come detto dianzi, quello di suggerire questa o quella soluzione ma, uscendo dall'inaccettabile atecnicismo che ha, sino ad ora, caratterizzato la trattazione del problema, definire correttamente il concetto di "responsabilità" sul piano ontologico perché questo è presupposto irrinunciabile per la soluzione del problema della responsabilità civile del magistrato da qualsiasi parte lo si voglia riguardare.

Ed a farci da guida nel non semplice compito, sarà il pensiero di illustri studiosi della materia, primo fra tutti, il prof. Sergio Moravia.

Si potrà forse obiettare che si tratta di un filosofo e non di un giurista, ma è proprio il filosofo a ricordarci, anzitutto, "che contro l'apparente sbilanciamento della tradizionale riflessione sulla responsabilità a favore di un approccio lato sensu giuridico, da qualche tempo il concetto di responsabilità è tornato al centro di indagini teoriche ed etico politiche". Ed è per ciò, sottolinea il Moravia, "che la ricerca della sua esatta definizione impone di collocarlo nel più vasto contesto che

il principio di responsabilità svolge nella moderna società civile. Secondo Hume, infatti, il concetto di responsabilità nasce e si sviluppa in una più ampia problematica di natura antropologico-morale come dimostra la sua genealogia storica”.

“È l’epoca moderna ad aver creato le condizioni preliminari che hanno permesso la nascita dell’idea moderna di responsabilità, prima fra tutte quella che può definirsi “Rivoluzione liberataria”.

Chiarisce sul punto il Moravia: “Se l’uomo partecipasse di una realtà inclusa entro un rigido sistema meccanicistico, allora il concetto di responsabilità non avrebbe, a rigore, né spazio, né senso. Tutto infatti, avverrebbe secondo una serie di vincoli che impedirebbero al soggetto di agire in modo responsabilmente costituito.”

“Ma la crisi storico-teorica, risalente al tempo di Hume e di Voltaire, di tale *systeme* ha demolito la concezione in questione. Da allora il mondo umano non appare più un *plenum* o un *continuum* governato da un determinismo universale. Appare invece una realtà per più versi discontinua, contingente, ove gli uomini operano, in linea di principio o di fatto, in un regime di libera azione. Questa è la svolta cruciale che fa scattare il problema della responsabilità nel senso che, all’alba dell’età che sentiamo nostra, l’uomo viene pensato come ente, appunto, relativamente libero. Ed è in relazione con tale svolta che, come dicevamo, scatta il problema – o il *demone*, come qualcheduno preferisce chiamarlo – della responsabilità. In effetti il concetto adulto di responsabilità si coniuga, anzitutto e indissolubilmente, con il concetto adulto di libertà. Allora, responsabilità e libertà, libertà e responsabilità”.

“Attenzione, però – ammonisce il prof. Moravia – che cosa indica quella “e” situata tra i due concetti or ora evocati? È forse una “e” che suggerisce in qualche misura una quasi-sinonimia tra la libertà e la responsabilità? No di certo! Ciò non è infatti vero e, neanche possibile per una precisa ragione: la responsabilità ha sì avuto bisogno della Rivoluzione liberataria, d’anzi evocata, ma ha avuto anche bisogno di un’ulteriore rivoluzione teorica che potremmo definire “Rivoluzione de-assolutizzante”.

“Ci si domanderà in che cosa è consistita.” “Bene, - spiega il prof. Moravia - la questione può essere riassunta in termini molto elementari: se l’uomo fosse libero nel senso di *completamente* libero, come potrebbe, allora, nascere lo spazio e l’istanza della responsabilità? In una celebre pagina dei *Fratelli Karamazov*, Dostoevskij ha scritto che se Dio è morto, tutto è permesso. Ed è idealmente proprio per verificare tale assunto che in *Delitto e castigo* Raskolnikov uccide – si faccia attenzione – liberamente ed irresponsabilmente. Uccide, cioè, per verificare la sua assoluta libertà senza rispondere ad un adeguato principio di responsabilità. Nel nostro secolo - prosegue il prof. Moravia - il problema ed il gesto di Raskolnikov saranno, in qualche misura, ripresi dal protagonista di un altro capolavoro della narrativa moderna, *L’etranger* di Albert Camus. In esso Mersault - l’antieroe di questo splendido testo – uccide, di nuovo, in piena, troppo piena libertà, senza assunzione di responsabilità. Credo – prosegue il prof. Moravia – che il significato dei due riferimenti letterari sia molto chiaro. Quella che si potrebbe denominare la “libertà assoluta” – dove l’aggettivo va concepito nel suo radicale significato etimologico (*ab-soluta*, vale a dire libera e sciolta da qualunque vincolo o legame) – rende irrealizzabile l’esercizio di quella particolare libertà che si suole denominare libertà responsabile”. *Un ente assolutamente libero non può essere un ente realmente responsabile*. Ecco il paradosso.”

“In effetti – avviandosi alla conclusione afferma il prof. Moravia – la libertà assoluta elimina a priori ogni necessità/dovere di operare una scelta, ciò che nel linguaggio ordinario si chiama, non a caso, “scelta responsabile”. Chi fosse assolutamente libero, quale scelta dovrebbe mai compiere? La scelta è un atto palesemente restrittivo, selettivo, operante in rapporto ad un più o meno ampio *range* di possibilità. Quale scelta – ripetiamolo – dovrebbe mai compiere un essere che fosse assolutamente libero?”

“È alla luce di quanto sopra – e se noi riteniamo che l’uomo debba essere un ente responsabile – che occorre quindi realizzare anche quella che prima ho chiamato la “*rivoluzione de-assolutizzante*.”

“Come la parola stessa in qualche modo suggerisce, essa consiste nel separare l’uomo dall’assoluto. Consiste nel portar-

lo a scoprire di abitare non in un universo illimitato ma in un *locus* determinato dove egli è titolare di una ben determinata serie di diritti/possibilità. E sarà proprio tale scoperta che gli farà meglio comprendere la propria costitutiva finitudine, vera cifra fondante della sua identità” (Moravia, atti del Convegno Giustizia e Responsabilità, Giuffrè Editore, pag. 33 e seg.).

Queste le illuminate parole del Moravia, cui fa eco il pensiero di Hans Jonas (Il principio di responsabilità, un’etica per la civiltà tecnologica, Einaudi Editore, Torino, 1990), anch’egli convinto che “la responsabilità discende dalla libertà. Tanto più si è liberi tanto più si è responsabili” perché “è il peso della libertà di un soggetto che lo rende responsabile e tale responsabilità sarà tanto più grande quanto maggiore sarà il grado di libertà col egli viene posto in grado di operare”.

Concludendo quindi: responsabilità è uguale libertà e libertà è uguale responsabilità: una interazione tra due concetti assolutamente indissolubile.

Tutto ciò per quanto riguarda l’aspetto oggettivo del problema responsabilità.

Ma altrettanto importante è l’aspetto soggettivo a proposito del quale Hans Jonas afferma che “il potere genera il dovere perché la responsabilità per qualcosa e verso qualcosa diviene un’istanza obbligatoria sicché la responsabilità trascende il suo significato di comando etico per divenire simbolo di dignità” (Jonas, cit.).

Ma non è tutto.

Vale, a questo punto, la pena di ricordare le parole che un altro studioso della materia ha scritto nel lontano 2001 e che non possono non stupire per la loro sorprendente attualità.

“Eppure – scrive Delfo Del Bono - è proprio respingendo la propria responsabilità, che il magistrato rischia di rendere più ardua la strada della giustizia. La responsabilità costringe ad essere più diligenti, ad applicarsi con la massima attenzione, a non trascurare nulla di quanto può essere utile alla formazione dell’accusa o del giudizio. È, alla resa dei conti, c’è una responsabilità non scritta nei codici che non si fa scacciare con tanta facilità: è quella assegnata a ciascuno di noi dalla propria coscienza. Non affranca nessuno nemmeno i magistrati”. (Delfo Del Bono, in Giustizia e Responsabilità, Giuffrè Editore, pag. 29).

Le fonti di legittimazione del potere dei magistrati

Dunque il filosofo spiega che la “responsabilità” non è di tipo giuridico-sanzionatorio nel senso che esiste per il fatto di essere imposta da qualcheduno, ma è un valore che ha natura antropologico-morale perché nasce dalla stessa funzione e va a radicarsi nella coscienza di chiunque svolga una funzione libera, laddove libertà non equivale ad arbitrio ma, per dirla appropriatamente mutuando il termine dai sistemi anglosassoni, responsabilità significa “accountability” cioè “resa del conto del proprio operato”. Ma, ed è ciò che preme sottolineare al fine di dare compiutezza al concetto, “resa del conto” che non si formalizza solo alla fine del mandato, bensì, come chiarisce un altro studioso della materia, Vanni Malagola Anziani, “accompagna il giudice, il pubblico accusatore dal primo giorno della elezione o nomina sino alla fine del mandato” (Vanni Malagola Anziani, in Giustizia e Responsabilità, Giuffrè Editore, pag. 10).

Purtroppo, tale sistema di “responsabilità giudiziale”, archetipo universalmente valido, è condizionato, nella sua applicazione, dalla fonte di legittimazione del potere dei giudici e dei pubblici accusatori, avendo particolare rilevanza la profonda diversità fra i sistemi dell’Europa continentale e quelli più operativamente segnati della tradizione anglo-americana. Sottolinea sul punto una attenta studiosa del diritto comparato, Francesca Ruggeri, che: “nei primi (sistemi) il giudice è legittimato ad esercitare quell’enorme potere, che può arrivare a privarci della libertà personale,....semplicemente attraverso un concorso; nei secondi (sistemi), il giudice è legittimato ad esercitare il suo potere perché scelto democraticamente, dal basso, mediante elezione, o, dall’alto, dall’esecutivo per le sue qualità di equilibrio, perché, in estrema sintesi, appare affidabile per un giudizio imparziale” (Ruggeri, in Giustizia e Responsabilità, Giuffrè Editore, pag. 11).

In altre parole, mentre nel nostro paese vige un sistema giurisdizionale *burocratico-funzionariale*, in altri paesi viene applicato il sistema giurisdizionale anglo-sassone così detto *politico democratico*.

Questa brevissima sintesi consente di evidenziare, secondo il Malagola Anziani, “la profonda anomalia che si è venuta a creare nel sistema giurisdizionale italiano per effetto di una legislazione sull’ordinamento giudiziario che si è progressivamente modificata in modo non coerente rispetto alle finalità ed all’impianto originario, fino a configurare oggi un assetto normativo che si presta ad operazioni destabilizzanti del quadro politico, in modo del tutto irresponsabile”.

“Una tale situazione – prosegue l’autore – evidenzia la necessità del superamento del sistema giurisdizionale *burocratico-funzionariale* originatosi in contesti economico-sociali, culturali e politici illiberali o, nella migliore delle ipotesi, di applicazione affievolita dei principi del liberalismo e che oggi appare del tutto inadeguato per una moderna democrazia incaricata di governare un sistema economico sociale a capitalismo sviluppato” (Malagola Anziani, cit. pag. 18).

Ma questa necessità di superamento del sistema *burocratico-funzionariale*, al fine di giungere ad una diversa concezione e quindi applicazione del concetto di responsabilità civile dei magistrati, “ha incontrato e continua ad incontrare più di una difficoltà di ordine teorico già solo per essere ritenuta ammissibile, ostando a ciò, l’idea che si trattasse di un momento riconducibile all’applicazione della legge e dunque alla sovranità dello Stato, come tale “impassibile” di tradursi in una attività illecita produttiva di danno” (Saulle Panizza, in *La Responsabilità dei Magistrati*, Novene Editore, pag. 91).

Concezione questa della irresponsabilità che, oltre tutto, apertamente configge persino con l’atteggiamento della Consulta che, con la sentenza n. 2 del 1968, fece una precisa apertura, sia pure con una affermazione indiretta, verso il riconoscimento ad un diritto al risarcimento del danno civile nascente dalla responsabilità dei magistrati.

Purtroppo, il modo qui contrastato di concepire il concetto di responsabilità non è rimasto confinato sul piano teorico: è invece divenuto la matrice di quell’atteggiamento ermeneutico che ha portato la giurisprudenza ad attribuire alla legge 13 aprile 1988 n. 117, istitutiva della “clausola di salvaguardia”, una portata che non trova alcuna giustificazione, anzi contrasta, con i principi generali del sistema divenendo così il cavallo di Troia che ha consentito un’applicazione della legge – dal punto di vista della tutela risarcitoria dei cittadini danneggiati per colpa di organi giudiziari dello Stato – sostanzialmente pari a zero (Roppo, cit.).

Incompatibilità della clausola di salvaguardia con le regole di condotta. Più precisamente.

Secondo l’opinione unanime della giurisprudenza l’art. 2 della citata legge n.117, indicato come “clausola di salvaguardia”, trova applicazione vuoi con riferimento alle norme sostanziali vuoi con riferimento alle norme processuali (vedi: Cass. 9 sett. 1995, n. 9511; Cass. 6 nov. 1999, n. 12357; Cass. 5 dic. 2002, n. 17259; Cass. 31 mag. 2006 n. 13000).

Orbene, è proprio questa ritenuta parità che rappresenta, come dicevamo, il cavallo di Troia che ha consentito alla giurisprudenza di scardinare il sistema creato con la “clausola di salvaguardia” e di rendere pari a zero l’applicazione del citato art. 2.

Infatti, come vedremo ben tosto, la cosiddetta “clausola di salvaguardia” è indiscutibilmente incompatibile con le regole di condotta e le rende perciò non assimilabili alle norme sostanziali.

Scrivo sul punto il Luiso: “Se, dunque, la incontestabile e cartesianamente evidente *ratio* della cosiddetta “clausola di salvaguardia” è quella di garantire la libertà di giudizio rendendo il giudice irresponsabile per gli *errores in iudicando de iure e de facto*, mi pare altrettanto cartesianamente evidente che tale clausola non possa trovare applicazione allorché la norma non costituisca parametro di giudizio, sebbene regola di condotta; in altri termini, che non vi possa essere esonero da responsabilità per l’interpretazione delle norme che disciplinano il comportamento dell’interpretante, e per l’accertamento dei fatti che di tali norme costituiscono la fattispecie: in sostanza per *errores in procedendo*.”

“Allorché si occupa delle norme che disciplinano il proprio comportamento, - prosegue il Luiso – il giudice non decide, ma opera la ricognizione dei propri comportamenti leciti e doverosi come qualunque altro destinatario di una qualunque norma, o

se si vuole, come qualunque altro soggetto il cui comportamento sia da quella norma disciplinato” (Luiso, in *Responsabilità dei Magistrati*, Jovene Editore 2009, pag. 181).

Ne’, queste sono tesi dell’ultima ora perché già, nel lontano 1976, il Calamandrei, ebbe a scrivere, sul punto, le illuminate parole che qui riportiamo: “Se ci fermiamo ora a considerare il rapporto che passa tra il giudice ed uno di questi concetti imperativi, contenuti nelle norme processuali, dinanzi ai quali egli si trova durante il procedimento, vediamo che la posizione del giudice di fronte alla legge non è qui diversa dalla posizione in cui può trovarsi di fronte alla legge qualsiasi funzionario dello Stato investito di un pubblico ufficio che pur non abbia natura giudiziaria, per dirla più genericamente, *qualunque privato cittadino che si trovi ad essere destinatario di una concreta volontà di legge* sostanziale; qui si tratta per il giudice, come in altri casi si tratterebbe per il funzionario amministrativo o per il privato cittadino, di *eseguire* la legge, di *agire* secondo la legge; e se il giudice *in procedendo* si sottrae all’adempimento dell’obbligo che gli deriva da qualche prescrizione processuale e incorre in quella trasgressione del diritto che si chiama tipicamente *error in procedendo*, egli commette con questo una *inesecuzione di legge, perfettamente simile a quella che di fronte ad altre norme giuridiche può essere commessa anche da chi non sia giudice*, (Calamandrei, *La Cassazione civile*, in *Opere giuridiche*, Napoli, 1976, pag. 38).

Conclusione

Giunti alla fine del discorso ricordiamo quanto detto in esordio: questo scritto non trae occasione dal disegno di legge governativo per suggerire questa o quella soluzione al problema della responsabilità civile dei magistrati: intende, invece, sottolineare l’ingiustificato attecnicismo che caratterizza la querelle.

È lo stesso attecnicismo autorevolmente lamentato, anni orsono, dall’allora Primo Presidente della Corte di Cassazione, Vincenzo Carbone, in occasione del più volte ricordato Convegno “La Responsabilità dei Magistrati”.

L’alto Magistrato, dopo aver espresso il suo consenso alle conclusioni del prof. Luiso, che aveva dimostrato la inapplicabilità della “clausola di salvaguardia” alle regole di condotta, affermò: “occorre che queste idee vengano diffuse in modo da poter essere condivise e metabolizzate, quindi recepite ed applicate” (Vincenzo Carbone, *La Responsabilità dei Magistrati*, Jovene Editore, 2008, pag. 189).

A distanza di un lustro dobbiamo purtroppo constatare che quelle parole non sono state ascoltate e le idee né “diffuse” né tantomeno “metabolizzate”, come autorevolmente auspicato.

GIOVANNI LE PERA

RECENSIONI

Jeanne HERSCH, *I diritti umani da un punto di vista filosofico* (a c. F. De Vecchi; Prefaz. R. De Monticelli), B.Mondadori, Milano, 2008, ristampa 5/2011, pp.102; Rec. *Vincenzo Scordamaglia*.

“Sono stata, e resto una presenza viva nel mio tempo piuttosto che l’autrice di un’opera”, ha scritto Jeanne Hersch (in *Autocritique*, Lausanne, 1981, 51 ss): con la consapevolezza di essere riuscita - a partire dalla sua *capacità di libertà* - a collocarsi all’incrocio *Entre l’existentialisme et le réalisme*; di aver inteso in tal modo impegnare il proprio pensiero libero e critico: pour *Le droit [de l’homme] d’être un homme*; e di essersi così imbatuta in momenti tali da poter cogliere *L’étonnement philosophique*, che si crea nel pensiero ogni volta: al cospetto dell’enigma della condizione umana.

Merito di inusitata intensità della Hersch – nel saggio che si recensisce – è di aver saputo armonizzare i diversi pensieri attra-

verso i quali, magari con “veli di parole”, in tempi e luoghi diversi, l’uomo si è rivelato a se stesso: nella sua *inviolabile dignità*.

Non tanto lontana dall’epilogo dell’esistenza, in *Temps et musique* (memore di *Les enieux du débat autour d’Heidegger*, nel 1933, nella stessa Friburg im Breisgau), poteva ricordare, in prospettiva, come gli equivoci – coperti tante volte di silenzi eloquenti – avessero assunto per lei un valore di contropunta nell’impegno verso una effettiva realizzazione dell’uomo, nei diritti spettanti al medesimo *ratione naturæ*.

La lezione di Karl Jaspers sulla *Filosofia della storia*, invece, aveva costituito per la filosofa ginevrina il momento di avvio di una ininterrotta profonda riflessione. Che divenne poi la costante di una *Idéologie et réalité*, incentrata sulla ‘doppia verità’ della filosofia: “di una, alla ricerca della *verità* (oggettiva); e dell’altra che, riflettendo la natura stessa della *libertà*, scaturirebbe dalla *decisione metafisica* dell’uomo”. Un circolo virtuoso, si vede; che costituì l’anello motore de *L’illusion philosophique*. In cui è riuscito alla Hersch ben descritto il rapporto immanente tra *libertà* e ricerca di *verità*; e dove – contro ogni forma di totalitarismo – “la democrazia è stata posta come unica forma di governo: capace, pur nel duro travaglio interiore che ne deriva, di rispondere alla vocazione umana di una ricerca della libertà: per se, e per gli altri”. Questa, infatti, la forma di governo che consente – a tutti e a ciascuno – di partecipare re effettivamente alla costruzione di una comunità; la quale sappia mantenere vivo il senso vero e più profondo di tutto quel che deve significare *giustizia sociale* e, dunque, della conservazione vitale dei diritti fondamentali di ogni essere umano.

Una operazione intellettuale, questa, che è d’altronde momento espressivo di un integrale sentire della *persona*. La quale ha costituito per la Hersch l’*ubi consistam* di una costruzione etico-filosofica ancorata all’*idea* che *quel che si pensa* è in dipendenza, immediata e diretta, di *quel che si è*. E, tradotta in termini giuridici, questa idea feconda: che l’essenza del Diritto non può non far fulcro sulla *libertà-dignità della persona umana*; che le situazioni e le vicende giuridiche – tutte – hanno un *fondamento etico*, da cui in nessun caso è dato prescindere. E tornano alla mente, così, dei punti-cardine della Costituzione italiana: come l’art. 2, da cui sono “riconosciuti e garantiti i *diritti inviolabili dell’uomo*, ed è richiesto l’adempimento dei *doveri inderogabili di solidarietà* politica, economica, e sociale”; l’art. 3, dal quale è stabilita la “*pari dignità sociale dei cittadini* davanti alla legge”; e l’art. 27, per il quale “la responsabilità penale è *personale*”, e “le pene non possono consistere in *trattamenti contrari al senso di umanità*, e devono tendere alla *rieducazione del condannato*”.

Già alla giovane Hersch (*L’être et la forme*, Neuchâtel, 1946) piacque notare come l’eredità di Socrate non meno che quella di Kant avrebbero suggerito una corrispondenza, se non una simmetria tra *pensiero* e *azione*; e ne trasse che *iam ab antiquo* la filosofia, espressione del pensiero libero e critico – col formare persone libere e responsabili – ha permesso a ciascun essere libero di partecipare alla costruzione di una comunità riuscita, o comunque impegnata a mantenere vivo il senso più profondo di ciò che significano la *giustizia sociale* e i *diritti fondamentali dell’essere umano*.

Sul piano della adesione teorica – ha scritto la Hersch nell’opera che si recensisce (p.59) – si direbbe “non esserci in pratica più nessuno che osi rifiutare i diritti umani. Sembrerebbe sufficiente, così, darli per scontati: definirli giuridicamente, da una parte; e assicurarne l’attuazione dall’altra, attraverso il diritto internazionale”. *Ma non è così*, ha soggiunto. Perchè continuano ad esser violati – i diritti umani – in mille modi, sotto gli occhi di tutti, e un pò dovunque nel pianeta. Il che richiede il dover prendere atto che l’illusione – di un generale rispetto dei diritti umani – può “persino rendersi complice del peggio”. E allora, *primum necessarium* è individuare la loro *ragion d’essere*, il loro *fondamento filosofico*: atteso che essi non appartengono al mondo dei fatti; e dunque nessuna logica li impone alla ragione. E occorre per tanto domandarsi: *chi è questo essere umano, di cui è necessario rispettare i diritti?*

«...un’anima *E un corpo*» ha risposto Jeanne Hersch.

“E, in quanto corpo vivente e mortale, appartiene alla natura – ha precisato; ma la natura è il *regno della forza*: e [...] *la natura non conosce né il diritto, né i diritti*”.

“In quanto è «un’anima *E un corpo*», egli vive anche la propria umanità: *alla intersezione* dell’una e dell’altro; [...] ed ha bisogno di ‘vivere per ...’. Cioè si propone dei fini [“*omne ens intelligens agit propter finem*” aveva ricordato Tommaso d’Aquino]; e così: *vuole, desidera, opta, sceglie*”. È, e cerca di essere *una volontà responsabile*. Di conseguenza, accanto alle dimensioni della *intenzione*, della *finalità*, e della *storia*, introduce nel mondo delle realtà empiriche: *i diritti, e il diritto*. Ma non per questo cessa di appartenere alla natura; *continua - anzi - a dipendere dal regno della forza*. E il diritto, e i diritti – ove separati dalla forza – non potrebbero avere realizzazione. “Soltanto che la forza, poi – e occorre ribadirlo –, quando non restasse realmente subordinata al *diritto*, non potrebbe conservare davvero nulla di *umano*!”.

Per il solo fatto che è un essere umano – allora –, l’uomo avverte che *qualcosa gli è dovuto*. E si tratta infatti del riconoscimento di una particolare *dignità* – che egli rivendica: perchè egli è il solo a cui è consentito di aspirare consapevolmente a un futuro. Ogni uomo, pertanto, vuole essere ‘un uomo’; ed essere riconosciuto come tale. “E se non lo è; o non fosse riconosciuto tale, è sicuro che *preferirebbe morire!*”.

La *dignità* dell’uomo implica dunque – necessariamente, e sempre – la *libertà di lui*: una *libertà responsabile*. La quale è fondamento, fonte, e senso dei diritti umani; e che – in ogni momento – deve conquistarsi, e attualizzarsi. Perchè infatti si tratta di un’attuazione assai difficile, sempre esposta allo scacco; quasi irrealizzabile, che esige un impegno notevole: ...uno sforzo costante, senza fine!

L’itinerario che è stato malagevole percorrere per veder assegnato valore effettivo, in Italia – sino alla pronuncia 364 del 1988, della Corte costituzionale – al principio della “responsabilità penale, personale” si potrebbe dire essere stato presente – nella sua interezza – alla mente della Hersch, quando ha scritto “essere, la libertà, al centro di *Les droits de l’homme d’un point de vue philosophique*” ... il saggio in recensione.

“Il compito di dare attuazione ai diritti umani – ha affermato dunque Jeanne Hersch (p. 71) – ci mette di fronte a tutto ciò che c’è di paradossale e contraddittorio nell’essere umano stesso, e nella sua condizione. Questa, ha precisato la filosofa, è la ragione per cui si fa necessaria una ‘digressione filosofica’, destinata a mostrare tutto quello che vi è di assoluto, e anche di irresolubile nelle esigenze dei diritti”.

Ogni essere umano, in quanto tale, è dotato della *capacità* – e dunque del *diritto*, e anche del *dovere* – di fare di se stesso un *essere e libero, e responsabile* delle sue decisioni ed azioni; *riconoscendo* nel contempo la stessa *capacità*, lo stesso *diritto*, e lo stesso *dovere* a qualunque altro essere umano”. Un *incipit* – in *L’illusion philosophique* (Paris, 1936, p.40) – in cui è posta la *capacità di libertà*, intesa come un *sentire*: per l’attuarsi di una *vita buona*, in corrispondenza dei *diritti umani*. E il necessario *fondamento assoluto* dei medesimi, che è un autentico *atto di fede*; senza il quale l’uomo non può non essere vinto dal *diritto del più forte*, che è il signore della natura.

Libertà dunque, per la Hersch, è *poiesis e praxis*. Un fare creativo, un agire spontaneo, indipendente da ogni determinismo causale; che si inserisce sì nel processo *causa - effetto*, ma nel mezzo dei fatti: di cui dover essere il soggetto, e non l’oggetto.

Capacità di libertà e agire concreto – infatti, è chiaro – si implicano reciprocamente.

La finitudine dell’essere umano, che la Hersch aveva ben esaminato nella sua tesi di dottorato (*L’être et la forme*, Neuchâtel, 1946), è tornata – più inquietante, perchè vissuta – nella dimensione metafisica di contrasto che si trova in *Temps et musique*.

Ma non è casuale, qui, il richiamo alla musica: a cui riesce di *separare* sì, ma anche di *unire* le dimensioni del tempo. E anche l’affermazione dei diritti dell’uomo e il loro riconoscimento richiedono il tempo; e più ancora nel diritto e nel processo penale: un *tempo da vivere*, tuttavia, *non da morire!*

Jeanne Hersch – circa mezzo secolo per l’affermazione dei *diritti dell’uomo* – ha inteso rivendicare i medesimi alla *libertà*: nell’atto stesso in cui ha assegnato a questa umana divinità il dovere di incarnarsi in un agire per la *effettività* di tali diritti: a servizio della civiltà del Diritto; a cui il Giurista – *ratione amoris* – dedica l’esistenza.

VINCENZO SCORDAMAGLIA

D O T T R I N A

Il fatto e il dolo di usura - La usura bancaria

1. - “Il prestito di denaro a interesse è certo meritevole di biasimo, si legge in Aristotele (1): perchè in esso il ‘soldo’, per natura sua sterile; quando è distolto dal proprio fine – che è di permettere lo scambio di beni – muta essenza, e diviene quindi un bene produttivo”. Una idea ‘etico-politica’: ribadita da Tommaso d’Aquino; per il quale “alla utilizzazione del denaro - dato in prestito, seppure prolungato - non deve spettare alcun compenso” (2); e con penetrante efficacia, non espressiva soltanto, corroborata da sant’Agostino; per il quale, “con l’usura – che esprime la più spasmodica avidità di ricchezza – il peccato: dal cuore dell’uomo passa: per rimanere impresso sugli stessi beni che egli possiede” (3).

Ora, “all’Aristotele politico», ha scritto Michel Villey, si deve la concezione del *dikaion*: del nesso tra diritto e giustizia; che così tanto ha saputo influire sul diritto romano” (4). E del pari si deve dire delle recenti teorie economiche, chiamate a *intus et inoique perspicere* i “rapporti tra il reddito e i beni relazionali” (5). È stato così, specie l’ultimo Amartya K. Sen, dichiaratamente influenzato da J.Rawls (6) e da R.Nozick (7), a osservare come “un essere per sua natura commutativo - quale è l’uomo - non può prescindere dalla democrazia come valore universale” (8). Anche se poi, questo, non deve far pensare che nel mercato [che è proiezione economica della democrazia] sia onnipresente la virtù: [...] perchè, in un ‘feticismo delle merci’, potrebbe restare addirittura trascurata la diversità, e specificità degli individui” (9). Là dove invece – pur “senza che debbano restare costantemente all’opera ‘i guardiani delle tradizioni’ – non si deve certo trascurare che sono proprio le buone memorie e le testimonianze del passato a rappresentare un cospicuo patrimonio per la costruzione della identità di un popolo; un *metavalore*, si è detto, che garantisce l’eredità del passato: da saldare, col vaglio critico del tempo, alle realtà del presente” (10).

Una “pagina della storia”, questa; non diversa da quella relativa alla mercificazione del tempo (‘il tempo è denaro’) prospettata da Max Weber (11), sull’itinerario tracciato da K. Marx:

(1) Cfr. *Politica*, I.10. 1257-58, b 6.

(2) *Summa theol.*, II,II, q.78, art.1.

(3) *Sermones*, 50.7. Per Agostino “l’*homo*, *naturaliter civis*, è divenuto *impius*; ed ha immesso nella vita sociale una terribile conflittualità, facendo della *civitas hominis* una *civitas diaboli*” (cfr. *De civ.Dei*, 20.7).

(4) *Le droit et les droits de l’homme*, Paris, 1983, t.i. L.Bottero, Siena, 2009, 62 ss. “Il diritto [...] è strutturalmente connesso alla giustizia particolare; indica cioè una *relazione*, un *rapporto ordinato*. [...] Non può dirsi un sistema di regole, un comando o una libertà. Costituisce invece una quantità proporzionata, e determinata di beni, di funzioni, di prerogative, e anche di obblighi”.

(5) L. Becchetti, *Oltre l’«homo œconomicus»*. Felicità, responsabilità, economia delle relazioni, Roma, 2009, 27 ss, e pas.

(6) Cfr. *A Theory of Justice*, e.r., Oxford, 1999, t.i., *Una teoria della giustizia*, Milano, 20028, *passim*.

(7) Cfr. *Anarchy, State, and Utopia*, New York, 1974, t.i., Firenze, 1981, pas; ID, *Philosophical Explanations*, Cambridge [Massachusetts], 1981, t.i., *Spiegazioni filosofiche*, Milano, 1987, pas.

(8) A.K. Sen-B. Williams, *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, 1982, t.i.: A. Benussi, *Utilitarismo e oltre*, Milano, 2002, 37 ss, pas.

(9) A.K. Sen, *Inequality Reexamined*, Oxford, 1992, t.i. A. Balestri-no, *La diseguaglianza*, Bologna, 1994, pas.

(10) Ancora, A.K. Sen, *La democrazia degli altri*, t.i. Piccato, Milano, 2004, 73 ss.

(11) Cfr. *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, Tübingen, 1904, 23 s; 62, ove l’A. pone in risalto l’equivalenza tempo – denaro; e mostra come l’accumulo di denaro è (generalmente) possibile me diante un (anche eticamente) calibrato impiego del tempo.

per il quale “il tempo di lavoro è l’esistenza vivente del lavoro; che [...] fa poi dei valori *d’uso* valori di *scambio*, quindi *merci* che - come tali - non sono che misure di tempo di lavoro *coagulato*” (12). E in questo modo il tempo è stato assunto come base per la determinazione di un valore di scambio, che ha acquisito la connotazione economica rivelatasi utile nell’ottica dell’usura. Anche se, così: in una heideggeriana “*temporalità temporalizzata*, a partire dal futuro – in grado [...] comunque di rendere ragione anche della *temporalità volgare* (quella misurata dai calendari e dagli orologi) (13) –, a mancare di certo è l’*Augen-blich*: il colpo d’occhio capace di anticipare nel presente il futuro probabile; che è poi – nella *circolarità ermeneutica* – il reciproco rinvio tra l’*essere* e il *tempo*” (14). E, così, la prospettiva - serrata nella sfera individuale – deve aver impedito ad Heidegger di cogliere realmente nel tempo la più particolare dimensione della esperienza umana. Un respiro etico-sociale che non è mancato invece a Paul Ricoeur. Al quale infatti – per avere egli rivendicato al tempo il più proprio significato psico-fenomenologico, aldilà di quello fisio-cosmologico – è riuscito di individuare nel succedersi delle vicende della esistenza i risvolti e della *sofferenza* e della *speranza*, “degni di un vero profilo umano” (15). E, in ogni modo, non è sfuggito a chi ha pensato alla oggettività del tempo – al medesimo quindi come *fenomeno*, nella sua *durata*: come *condizione* e *misurazione* della realtà, perciò anche nella *dimensione economica* dello stesso (16) –, che il costo economico del tempo, nei *contratti di durata*, è progressivamente più elevato: fino a esasperarsi nelle convenzioni di usura, nelle quali *capitale* e *interessi* vengono addirittura a coincidere.

2. - L’usura – come traduzione in atto del massimo intento di locupletazione, “perciò di ‘ragionevolezza’, non già di ‘razionalità’ in senso metafisico e romantico” – ha costituito il *locus minoris resistentiae* dell’idea di ‘algebra morale’, nell’utilitarismo di J.Bentham (17). Nell’usura – come egli ha poi dovuto riconoscere – “viene a scadere il grado di raffinatezza del sentire a cui l’individuo tramite l’educazione può pervenire” (18); e cresce invece, com’è evidente, l’utilità personale e sociale: assai più importante della responsabilità morale. Contro i sentimentalisti e, ancor più, contro i sostenitori dell’obbligazione morale, è da ricordare – ha insistito Bentham – che l’unico movente dell’azione umana è la ricerca del piacere e la fuga dal dolore; lo scopo della legislazione e della morale è, e deve essere, di procurare la massima felicità per il maggior numero possibile di uomini” (19).

I “diritti naturali dell’individuo” (con la cui ‘concezione forte’ la prospettiva appena ricordata ha dovuto confrontarsi), secondo Bentham, “semplicemente non esistono; [...] e il diritto rappresenta lo strumento principale per costruire un assetto sociale che ri sponda al principio di utilità. Del resto, la *libertà* è una semplice *condizione di fatto* dell’individuo libero, ma non è certo un ‘suo’ diritto. [...] E così si vede come l’usura rien tra nella morale come nel diritto: perchè è funzionale alla utilità personale, e sociale” (20).

Si incaricò Alessandro Manzoni (21) di avvertire le indi-

(12) Cfr. *Per la critica dell’economia politica*, t.i., Cantimori Mezzomonti, Roma, 1962, 12 ss.

(13) Cfr. M. Heidegger, *Sein und Zeit*, Halle, 1927; 7^a ed, Tübingen, 1953, 173 ss § 66: t.i. F. Volpi, Milano, 2005, 177 ss.

(14) M. Heidegger, *op. cit.*, 178.

(15) Cfr. *Temps et récit*, Paris, 1983-’85: 3 voll; III, *Le temps raconté*, t.i.: a c. G. Grampa, Milano, 1988, 35 ss.

(16) H. Bergson, *L’évolution créatrice*, Paris, 1941: t.i. Milano, 2002, 9 ss. Significativa in proposito è l’esemplificazione del tempo “non come una ‘collana di perle’, ma come un ‘gomitolo di filo’ che si accre sce raccogliendosi progressivamente”.

(17) Cfr. *Defence of Usury*, London, 1787, t.i., N. Buccilli e M. Guidi, Macerata, 1996, pas, 12 ss.

(18) *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, 1789, t.i. S. Di Pietro, Torino, 1998, pas.

(19) Cfr. *Deontology or the Science of Morality*, London, 1834, t.i. Cremaschi, Firenze, 2000, 33 ss.

(20) M.A. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin*

(21) Cfr. *Del sistema che fonda la morale sull’utilità*, in

cate espressioni dell'utilitarismo di Bentham; che vennero invece riprese in Inghilterra specie sul finire del secolo XX (22). Ma l'usura – con tutte le cadenze morali e giuridiche, individuali e sociali che le si sono associate, e specie in momenti di notevole accelerazione economica (23) – ha continuato a rappresentare, anzitutto, il risultato della non controllata e non contrastata attività delle banche e dei diversi altri intermediari finanziari: dato che le une e gli altri hanno potuto operare sul mercato del credito e dei capitali, senza che la loro attività fosse specificamente regolata; e in modo continuativo e adeguato, soprattutto affidabile, controllata (24). E la criminalità organizzata, da parte sua, ha utilizzato tutti gli spazi vuoti del diritto: per sostituirsi al medesimo, e per imporre il proprio giogo (25): nell'impiego del denaro proveniente dalle tante imprese delittuose e, soprattutto, dal narcotraffico. E l'usura, così, è divenuta una *violenza* – tra le più terribili, e intollerabili – a cavaliere tra i due millenni.

3. - Nella realtà economico-sociale dell'epoca che si vive – nella quale le strategie di contrasto all'usura si presentano certo di netta inadeguatezza; e così il protrarsi del tempo di restituzione delle somme progressivamente ricevute in prestito dal debitore rappresenta il più consistente alleato del soggetto attivo dell'illecito – il mercato del credito e dei capitali ha conferito rilevanza endemica all'usura. Che è poi lo sbocco di due quanto mai gravi disagi, paralleli e avversi – dell'*usurato* e dell'*usuraio*. Stretto dalle urgenze della necessità di denaro, il primo; dominato da insaziabile avidità di denaro, il secondo.

L'oltranzistico risparmiatore, avido; o l'*arricchito*, pervenuto ormai a una solida posizione finanziaria; il taglieggiatore, ossessionato dalla volontà di mettere subito a frutto i balzelli estorti; o il *mafioso*, riciclatore di danaro sporco e, per limitare il rischio, neanche desideroso più di rilevare a basso costo (per interessi corripetivi) attività produttive – accomunati sempre, tutti, dallo smodato desiderio di locupletarsi ancora di più – come potrebbero essere realmente dissuasi dall'impiegare il loro avere nella usura? E, atteso d'altro lato che le vittime di questo delitto (che è, anzitutto, *contro la umana solidarietà*) – piccoli o medi imprenditori (i più numerosi), o commercianti, o artigiani, o coltivatori diretti, o famiglie a reddito non elevato, e gravate magari dal mutuo per la casa, o da eventi impreveduti (terapie non incluse nel SSN; sinistri non coperti da assicurazione) – sono persone non disposte in genere a chiedere l'intervento giudiziario per intuibili motivi di opportunità e sicurezza –, come far fronte a insidie così sottili, e diffuse?

'Cifra nera' e 'cifra grigia' hanno presentato – *"dans un humanitaire peiné souffrent: pour la trahison de la confiance, moins qu'elle n'en fallait"* (26) – consistenza notevole; e si sono rivelate quasi sempre di non sicura né agevole decifrazione: per ostacoli, personali o di ambiente; e per la "paradossale complicità tra sopraffattore e sopraffatto", su cui si è argomentato; e soprattutto dal più avanzato Neo-comportamentismo (27).

L'istituzione di un "fondo di solidarietà per le vittime dell'usura" (l.13.2.1992 n.172; e l.23.2.1999 n. 44) è servita se non altro a scuotere, specie fra gli imprenditori, la sensibilità contro un fenomeno capace di corrodere, se non di disintegrare strutture fondamentali in regioni quanto mai operose, e specie in alcuni settori della vita economica del Paese.

Di recente analisi criminologiche e giuridiche non sono mancate; e si sono apprezzati vari commenti agli interventi legi-

Osservazioni sulla morale cattolica, a c.Amerio, II, Milano-Napoli,19652,323 ss.

(22) H.L.A. Hart, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, 1982, pas.

(23) H. Lewis, *Tutti gli errori di Keynes*, t.i, Torino,2010,47 ss; 62 ss.

(24) H. Siems, *Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen*, Stuttgart, 1992, 23 e pas.

(25) Cfr. Ministero Giustizia, *Dir. Gen. Aff. Pen, Uff.V.* agosto 2000, 28 ss.

(26) Cfr. J.-P. Sartre, *L'existentialisme est un humanitarisme*, Paris,1946,26 s. (26) Cfr. J.-P. Sartre, *L'existentialisme est un humanitarisme*, Paris,1946,26 s.

(27) K.A. Lattak-P.N. Chase, *Behavior Theory and Philosophy*, New York, 2003, 203 ss.

slativi del 1992 (l.7.8, n.356) e del 1996 (l.7.3, n. 108). Quest'ultimo che ha dimostrato: l'esercizio dello *jus pœnitendi* da parte del legislatore rispetto alla propria asfittica riforma precedente; e peraltro l'umiltà di riconoscere ben più calibrata la riforma francese del 1993, alla quale è stato adeguato quanto più possibile – persino quanto alla prescrizione del reato (art. 644-ter) – lo statuto penale dell'usura. Il quale tuttavia - *sine iniuria, atque metu* - avrebbe meritato una precisa disciplina anche in relazione alla c.d. usura bancaria: atteso che sarebbero state agevoli a prevedersi le numerose incertezze che è stato necessario dover poi registrare nell'applicazione della nuova norma dell'art.644 c.p. alla ben nota *materia criminis*; e non sarebbe occorsa del resto notevole immaginazione quanto a vie di fuga dalla responsabilità penale per funzionari di istituti di credito che, nell'esercizio delle loro incombenze, hanno imparato a osservare la legge penale: più o meno al modo della legge economica: *"col massimo buon risultato possibile, e col mezzo meno sgradevole che è utilizzabile"*.

4. - In retta fede nella hegeliana *astuzia della ragione*, il legislatore del '96 avrà forse ritenuto di poter vedere finalmente assicurata qui la *certezza del diritto* col disporre: *"la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari"* (art. 644 c.3 cp). E infatti è vero: così, il *tasso legale* per la determinazione dell'*interesse usurario* ha asunto il ruolo inequivocabile di una 'legalità categorica' (28): in vista di una *sicura lotta* contro l'usura. Una presunzione *iuris et de iure* (contro la quale quindi non è data la prova contraria) assiste *realmente* il momento determinativo del sussistere del delitto (29). Anche se poi la stessa *scaltrezza della ragione* ha dovuto pretendere dal legislatore di non lasciare *vie di fuga* (30), o *vuoti di tutela* (31). Cosicché si è reso necessario stabilire d'altronde che "sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori all'indicato limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto (32) e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque spropor-

(28) Per l'art. 2 c. 4 l. 108 del 1996 cit., "Il limite previsto dal terzo comma dell'art. 644 c.p. oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio relativo al tipo di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà".

(29) L. Concas, *Codice penale ipertestuale commentato* (a c. M. Ronco, S. Ardizzone, B. Romano), sub art. 644, Torino 3, 2009, 3173 ss; M. Bellacosa, *Usura*, in *Ddpen*, XV, Torino, 2006, 150, s. Si è osservato tuttavia che l'art. 644 c.3, prima parte, c.p. costituirebbe una *norma penale in bianco*, dato che l'individuazione della condotta penalmente rilevante dipenderebbe da una fonte normativa subordinata (così, fra gli altri, A. Manna, *Usura (La legge sui tassi)*, in *Ddpen*, Agg. 2, Torino, 2004, 829; L. Cristofano, *Usura. La tutela civile e penale dei danneggiati*, Padova, 2001, 95 ss.; G. Lcatelli, in *Codice penale a c. T. Padovani*, Milano, 2007, 4065). Sarebbe stato tuttavia necessario rilevare che il *contenuto di illecito* è determinato nel caso da due norme di pari rango: l'art.644 c.p. e l'art.2 l.7 marzo 1996 n.108 che appartengono a leggi ordinarie, e sono quindi norme primarie (così, G. Marinucci e E. Dolcini, *Manuale di dir.pen.*; p. gen.Milano,2009,48). Ma qui, come è agevole constatare, non è il rango della norma quanto piuttosto la *tas-satività* del precetto: perchè circa la determinazione della soglia legale dell'interesse resterebbero altrimenti margini di incertezza. La determinazione del *tasso effettivo globale medio* sarebbe infatti intera mente demandata all'autorità amministrativa e si rivelerebbe ampiamente discrezionale. In particolare vi sarebbero diversi momenti critici nel rapporto tra la legge e la fonte subordinata: la selezione delle categorie interessate e la loro concreta articolazione secondo i parametri indicati dalla legge – importo, durata, rischi, e garanzie – avrebbe luogo secondo criteri non tecnici, ma politici. L'argomento tuttavia merita di essere trattato in modo diffuso, più avanti (v.p.).

(30) Cfr. F. Mucciarelli, *L.7 marzo 1996 n.108 – Disposizioni in materia di usura*, in *Leg. pen.*,1997,507, che ha segnalato nelle espressioni "per sé o per altri", "a sé o ad altri" la volontà del legislatore di impedire "ogni mezzo attraverso il quale si possa esprimere la volontà di aggirare il divieto".

(31) Con riferimento alla espressione "o di altra utilità" (tale da non limitare il delitto alla sola *usura pecuniaria*), S. Prosdocimi, *La nuova disciplina penale del fenomeno usurario*, in *Studium iuris*,1996,771.

(32) Per una adeguata rassegna di elementi e indici fattuali di sproporzione tra le prestazioni del mutuante e del mutuatario, e anche dei termini di riferimento negoziali, Caperna-Lotti, *Il fenomeno dell'usura tra esperienze giudiziarie e prospettive di un nuovo assetto normativo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1995,75 ss; P. Pisa, *Mutata la strategia di contrasto all'usura*, in *Dir. pen. e proc.*,1996,414 ss.

zionati (33) rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità ovvero all'opera di mediazione, quando *chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria*". E poi, col comma 4, è stato infine indispensabile disporre che "per la determinazione del *tasso di interesse usurario* si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo, e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse collegate alla erogazione del credito" (34).

Ora, chi avesse avuto l'intenzione di mettersi alla ricerca di momenti tra loro stessi inconciliabili nella appena richiamata disciplina dell'usura, si sarebbe lasciato tuttavia sfuggire qui un intelligente disegno di politica criminale – la probabile riuscita combi nazione di un criterio *rigido*; e di un altro piuttosto *duttile* – che costituisse il tessuto in grado forse di contrastare in buona misura un fenomeno assai grave, e ulteriormente destabilizzante dell'attuale "società [già per troppi altri versi] sotto assedio", e per que sto in grado di moltiplicare *ab intrinseco* il proprio forse ancora più grave malessere (35).

Le "condizioni di difficoltà economica o finanziaria" poi – tutt'altro che costituire una trasposizione verbale del precedente normativo "stato di bisogno"; e a parte il dato letterale, in grado esso stesso di puntualizzare i termini di riferimento (36) – rappresentano mo menti della realtà effettuale affidati alla percezione di cui l'interprete non può non disporre: per individuare la *ratio, propria rerum, in mente juris*. È d'altronde spetta al giudice continuare l'«*opus legis auctoris, [...] cuius intentio enim sequenda*». Inoltre, le manipolazioni o dissimulazioni - di cui l'usuraio si deve dire malizioso artefice, e tali così da inquinare le convenzioni alle cui clausole la vittima non avrebbe potuto che aderire – non dovrebbero poi sfuggire alla penetrante attenzione di chi certamente è in grado di cogliere le disfunzioni di un sinallagma contrattuale a prestazioni corrispettive.

5. - Già la fine del Settecento - nel prestito di danaro, a più o meno lungo termine - liberò l'*interesse* dalla combattuta ipoteca morale che ne aveva ostacolato l'impiego (37); e l'Ottocento si spese a collocargli accanto un *profitto*. E teorie economiche (38) e politiche (39) si rincorsero a tenere quanto più a lungo, e costantemente aperto il dibattito circa i termini di convenienza

(33) Quanto a tale *sproporzione*, ancora Mucciarelli, *L.7 marzo 1996 n.108*, loc. cit, 526 ss. E in relazione all'«usura reale» relativa alla prestazione di un servizio o di un'attività professionale, il "tasso medio" andrebbe interpretato – secondo Prosdociami, *op.cit.*,774 – come "giusto prezzo di mercato".

(34) È opportuno segnalare qui che l'art.2-bis2 del d.l.29 novembre 2008 n.185 conv.in l.28 gennaio 2009 n.2 ha disposto: "Gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, dalla data dell'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art.1815 c.c, dell'art. 644 c.p. e degli artt.2 e 3 della l.7 marzo 1996 n.108. Il Ministero dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, emana disposizioni transitorie in relazione all'applicazione dell'art.2 della l.7 marzo 1996 n.108, per stabilire che il limite previsto dal terzo comma dell'art.644 c.p, oltre il quale gli interessi sono usurari, resta regolato dalla disciplina vigente alla data dell'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, fino a che la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni".

(35) Cfr. Z. Bauman, *La società sotto assedio*, Roma-Bari, 2008⁷, 18 ss.

(36) Mentre la "difficoltà economica" attiene alla attuale scarsa disponibilità di risorse economico-patrimoniali, la "difficoltà finanziaria" si riferisce alla "attuale mancanza di denaro, collegata magari alla non disponibilità del reddito o dei crediti necessari per la propria attività economica".

(37) A. Smith, *Theory of Moral Sentiments*, London, 1790⁶, t.i, Roma, 1991, 109 ss; G. Simmel, *Philosophie des Geldes*, Leipzig, 1907², t.i, Torino, 1984, 310 ss.

(38) A. Graziani, *Studi sulla teoria dell'interesse*, Torino, 1898; ID, *Capitale e interesse*, Napoli,1923; I. Fisher, *The Theorie of Interest*, New York, 1930, pas.

(39) Appena da ricordare lo slogan: "L'*interesse* costituisce l'estorsione compiuta dai capitalisti ai danni dei lavoratori. Se il lavoratore riceve 1 e non 2 è per il fatto che il salario si paga in anticipo e non quando varrà 2". Su tali aspetti, E Böehm Bawerk, *Geschichte und Kriitik der Kapitalzinstheorie*, Jena, 19214.

dell'uno (l'interesse) o dell'altro (il profitto): finché non intervenne la tesi dell'*equilibrio economico*: per cui si è poi potuto dire che "nelle *società a capitalismo avanzato è dal profitto a dover sempre dipendere l'entità dell'interesse*".

In Italia i *principi liberistici* avevano imposto la esclusione della usura dal codice Zanardelli, mentre nel codice Rocco l'art.644 dispose una severa punizione del *delitto* (reclusione dello stato di bisogno di una persona, si fa dalla medesima dare o promettere [...] – in corrispettivo di una prestazione di denaro o di un'altra cosa mobile – interessi o altri vantaggi usu rari". E così i *momenti indefiniti* dell'*approffittare dello stato di bisogno*, e dell'*interesse usurario* sarebbero dovuti riuscire sufficienti a dire del *moralismo* affidato a una netta *indeterminatezza*: per escludere la *legalità*, e consegnare all'esclusivo *arbitrium iudicis* la *materia criminis* e l'*actio finium regundorum* del fatto penalmente rilevante.

Ha impiegato ben più di mezzo secolo il legislatore democratico – nonostante gli stimoli della dottrina a volersi ispirare ai principi della Costituzione, in particolare alla norma dell'art. 41 (40) – per avvedersi del mutato clima giuridico ed economico-sociale, e così dei diversi e ampi vuoti di tutela entro i quali il prestito usurario per lungo tempo ha potuto trovare campo libero. Ha dovuto constatare così, il legislatore italiano (che nel '92 aveva pensato di "tamponare la falla" con la norma dell'art.644-bis, sulla "usura impropria"), che l'economia moderna è anzitutto per massimizzare il benessere dell'individuo; e ciò, a qualsiasi costo: anche – se del caso – con comportamenti, quando non delittuosi, apertamente disinvolti; e – all'opposto – persino "oltre l'*homo aeconomicus*" (41): perché nella realtà attuale si è fatto strada un rapporto tra reddito e beni relazionali. Così come si deve constatare operante nell'economia persino un momento di *gratuità*; il quale è venuto a creare fiducia, e a rivoluzionare persino il principio del '*do ut des*', ritenuto – inutile segnalarlo – finora fondamentale in ogni scambio economico: cosicché questo non vale più solamente per le imprese *no profit*, e pare riuscire – finalmente – a dimostrare un profondo e intenso richiamo a uno spirito di effettiva solidarietà (42).

6. - Dal legislatore che due volte, a ridosso una dall'altra, negli ultimi vent'anni è tornato a plasmare le norme penali sull'usura, ed ha lasciato questo illecito fra i reati contro il patrimonio, non può trarsi certo di più che la volontà di conservare a questo delitto l'*oggettività giuridica generica* che gli venne riconosciuta al suo ingresso nel codice penale ancora vigente, formato tuttavia in un'altra temperie culturale e politico-giuridica.

Ora, neanche all'orizzonte è "la fine dell'utopia" (43)! Ma certo non si può dire che l'attuale realtà giuridica della usura - come disegnata ora nell'art. 644 c.p. - non presenti i connotati di un illecito che si pone in stridente contrasto con la *dignità della persona umana*, nella estrinsecazione di una propria attività economica privata (art. 41 c.2 Cost). L'asservimento di chi *subisce* l'usura appartiene invero non più che a una constatazione. E lo stesso "*approffittare dello stato di bisogno di una persona*" – che costituiva la peculiare modalità della condotta di usura nella precedente edizione della medesima norma penale – era lì a descrivere il particolare *stato di assoggettamento* di chi, "in corrispettivo di una prestazione di denaro o di un'altra cosa mobile, era *costretto* a dare o a pro mettere *interessi o altri vantaggi usurari*" (44). Una *vis absoluta* dunque – in *corpore delic-*

(40) L. Violante, *Il delitto di usura*, Milano, 1970, 32 e *passim*; ID, *Usura* (delitto di), in *Nss. D.I.*, Torino, 1977, 381; C. F. Grosso, *Usura*, in *Edd.* XXX, Milano, 1992, 1142.

(41) È questo il titolo del volume di L. Becchetti, edito a Roma, 2009, per il quale "uscendo dagli sche mi dell'economia classica, che considerano l'*homo aeconomicus* come protagonista della vicenda umana", restano oggi da esaminare le sfide che "l'economia della felicità" pone oggi agli economisti affinché integrino la loro disciplina con l'apporto di altre scienze umane non meno necessarie a comprendere ciò che l'uomo è, a che cosa tende, quali sono i suoi aneliti più profondi.

(42) È il titolo (*Das Ende der Utopie*, Hamburg, 1967) del saggio con cui H. Marcuse sostenne che "il sistema non è stato in grado di porre in atto una rivoluzione; la quale, pur oggettivamente possibile, non [sarebbe stata tuttavia] oggettivamente praticabile".

(44) Cfr. L. Violante, *opp. e locc. citt.*

ti, aldilà dell'omesso riferimento allo *stato di bisogno* - tale da opprimere, e sopraffare ogni essere umano: già travolto dalla più urgente necessità economica, preclusa del resto a ogni altra possibilità di superamento. Un essere umano, non si può non ribadire, astretto dalla indicata urgenza, di fronte a un proprio simile: opulento, e refrattario a qualunque umano richiamo; sensibile soltanto - invece - alla concreta prospettiva di una locupletazione certa: anzi, tanto più elevata quanto più differita nel comunque (per via degli eventuali strumenti di persuasione) sicuro adempimento.

Con una accurata analisi dei profili storico-culturali della usura - muovendo dalla originaria matrice solidaristica dell'*aequitas pro mutuo inter participes civitatis subsidio*; e ravvisati, (al termine anche di un *excursus* tra gli orientamenti della dottrina politico-economica) nell'epoca attuale, i momenti determinanti dell'illecito in un "abuso a fine di lucro delle altrui condizioni di debolezza economica, in un contratto di prestito di denaro la cui causa è da individuare in quella del mutuo" - si è proceduto, in una recente indagine (45), alla ricerca del 'nocciolo duro' (e sicuro) della offensività dell'indicato delitto. Il quale si è ritenuto di rinvenire nella più grave disfunzione del sinallagma (genetico e funzionale), la cui dimensione lesiva è talmente elevata e intollerabile da dover meritare la massima riprovazione di cui dispone l'ordine giuridico-sociale: la sanzione penale.

La 'meritevolezza di pena' nella usura non deve dunque prescindere dalla connotazione onerosa del prestito. Ed è nella sproporzione del *quantum* da restituire rispetto al *tantundem eiusdem generis parti* che si può vedere fissato il disvalore giuridico del fatto: con lo stesso quantificarsi dell'oggetto della controprestazione cui l'obbligato è tenuto. Un reato dunque in cui è dato cogliere una netta violazione della giustizia commutativa. Con una *asimmetria* ancora più grave; che è percettibile in modo più netto nei casi di *usura bancaria*, o *mafiosa* (detta "impropria" dal legislatore del '92; e ora 'aggravante speciale': ex art. 644 c.5 n. 5), che al connaturale intento *profittatorio* associano comportamenti di cieca inflessibilità o spietatezza; e che sono lì a dimostrare quanto bieco è il volto dell'usura quando assume ancora più nette le sembianze della sopraffazione.

7. - "L'attività economica non può svolgersi in modo da recar danno alla dignità umana" ha disposto l'art. 41 c.2 Cost. Come ad aver voluto, col suggerimento della *incostituzionalità autentica*, porre un punto fermo sulla incompatibilità tra i due estremi della proposizione normativa fondamentale: il delitto di usura, e la natura *sacra* dell'essere umano. "Il carattere di *sacertà* dell'uomo si dimostra netto, ha infatti osservato Gabriel Marcel, quando realmente ci si accosti all'umano: nella sua nudità, e debolezza: al bambino, all'anziano, al povero" (46). Cosicché resterebbe da domandarsi: chi mai potrebbe essere più povero dell'«usurato», attesa la sua conclamata vulnerabilità? E ancora, come ha notato Luhmann (con riguardo alla "dignità della persona, in relazione al suo riconoscimento sociale" (47), chi mai sarebbe più debole di un debitore insolubile? O infine - come ha riconosciuto Max Weber, proprio in riferimento al *debito iugulatorio* - "quale per sona mai potrebbe ritenersi più oppressa della vittima dello schiavismo usurario" (48)?

L'usura dunque, non è - *a parte domini* - che la esasperazione del *potere capitalistico*, mostrata per ragione oltranzistica dal *capitale*; e - *a parte subiecti* - che una *addictio* (nel diritto romano, la *capitis deminutio*: l'assoggettamento del debitore al creditore (49)), che "la società opulenta", con la riduzione in povertà, intende infliggere: per lo smacco più umiliante, della disfatta economica. È avvilita così - certamente - è la dignità umana!

Con più approfondita riflessione circa il pensiero kantiano

(45) Cfr. A. Boido, *Usura e diritto penale. La 'meritevolezza' della pena nell'attuale momento storico*, Padova, 2010, 12 ss.

(46) Cfr. *La dignité humaine et ses assises existentielles*, Paris, 1988, 174 ss.

(47) *Grundrechte als Institution. Ein Betrag zur politischen Soziologie*, Berlin, 1999, t.i., Bari, 2002, 28 ss.

(48) Cfr. *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, Tübingen, 1920-21, p. 66 ss.

(49) Con riferimento alla *persona del debitore*: cfr. Gai, *Inst.*, 3, 189; e in relazione alle *cose*, Cic, *Verr.*, 1, 12

(50) la recente filosofia del diritto ha tenuto a rilevare che "la dignità dell'uomo è sì 'un valore interno assoluto', ma anche un prodotto dello stesso agire del medesimo: dato che è lui, col suo proprio autonomo comportamento, a costruire una sua propria identità personale" (51). E perchè non sfugga tutta la rilevanza della "dignità umana" rispetto al delitto di usura (quale intollerabile abuso dell'autonomia economica della persona), è appena da ricordare che lo stesso T. Hobbes, sia pure con la consueta sottile ironia, osservò che "il pregio di un uomo, come di tutte le altre cose, è il suo prezzo; dunque, quanto occorrerebbe dare per esercitare un pieno potere su di lui. Cosicché non è l'uomo una cosa assoluta, ben sì dipendente dal bisogno di lui da parte di un altro, e dal giudizio di quest'ultimo" (52). Ma la *provocazione* del filosofo inglese resta comunque superata dalle più *Dichiarazioni Universali dei diritti dell'Uomo* (da ultimo, la *Carta dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, approvata dal Parlamento europeo nel 2000), alla base delle quali è sempre posta la *dignità della persona*, siccome valore fondamentale di ogni libera convivenza.

L'aver comunque, la legge italiana del '96 (artt. 14 e 15), istituito il "Fondo di solidarietà per le vittime dell'usura" e il "Fondo per la prevenzione del fenomeno dell'usura"; e, la legge 14 febbraio 1999 n.44, ribadito e migliorato le norme precedenti sono dimostrazioni incontrovertibili della *voluntas legis* di prevenire, reprimere, comunque fronteggiare l'illecito previsto dall'art. 644 c.p: con strumenti adeguati a una *effettiva tutela* di ogni persona: la cui *dignità* - mai - deve restare asservita alla 'tracotanza' dell'usuraio.

Ora, solo una *democrazia individualista* (chiusa nel 'particolare' dell'individuo) - che non è certo l'italiana - avrebbe potuto lasciare la vittima dell'usura "nella *solitudine* e *finitudine* che, come è stato osservato, sarebbe "una negazione netta del collegamento di ogni essere umano col proprio prossimo, nello Stato che proprio per questo si dice democratico" (53). O anche una *democrazia totalitaria* ("costituita da una *massa*, sola e infelice; [...] nella quale la *persona* è di solito degradata a *oggetto*") sarebbe potuta restare indifferente alla "vera mortificazione della *libertà-dignità* della vittima dell'usura". E non così - invece - in uno *Stato sociale di diritto*, quale vuole essere oggi l'Italia; in cui tuttavia, come già rilevato da Gustav Radbruch, "diviene necessario - comunque, in ogni momento - neutralizzare le forze irrazionali: e del *capitale* e della *massa*" (54).

8. - L'esigenza, pressante, di disporre di ingenti capitali: per ragione della progressiva enorme accelerazione nell'economia, e specie nella produzione industriale negli ultimi decenni del secondo millennio, in particolare nell'Europa occidentale (in concomitanza, ha voluto dire qualcuno, con la caduta del *muro di Berlino*, quindi con la crescita dei consumi in Europa) diede vita al fenomeno della *finanziarizzazione della ricchezza*. E le costanti sfide, nella dinamica economica del momento, vennero concentrate infatti nell'attingere - da chi, dove, quando, come possibile - il massimo delle risorse disponibili da investire nella produzione industriale. La cui accelerazione sta ancora adesso pagando il fio di un mancato "impianto di razionalità ottimizzante": come richiesto per condotte di relazione economica tra scopi e mezzi scarsi, ad usi del resto alternativi (55).

La ricerca della "massima espansione del profitto nel tempo" ha finito dunque per piegare l'economia di mercato alla formazione di grandi capitali finanziari e commerciali (56). E il cal-

(50) J. Swartländer, *Der Mensch ist Person. Kants Lehre vom Menschen*, Jena, 1968, *pas.*

(51) Cfr. H. Hofmann, *Verfassungsrechtliche Perspektiven*, Tübingen, 1995, 110 ss, che richiama E.-J. Lampe, *Gleichheitssatz und Menschenwürde*, in *Festschrift für A. Maiofer*, Frankfurt a.M., 1988, 265 ss.; e anche G. Pico della Mirandola, *De dignitate hominis* (1486) che collegò la dignità dell'uomo oltre che alla centralità ontologica del medesimo, soprattutto all'uso effettivo della sua libertà di pensiero e azione. Ma si veda anche E. Bloch, *Nature und menschliche Würde*, Frankfurt a.M., 1981, t.i., Torino, 2005, *pas.*

(52) Cfr. *Leviathan*, t.i. Firenze, 1976, 84 s.

(53) Cfr. G. Marce, *Il mistero dell'essere*, t.i., Pisa, 1973, 24 e *pas.*

(54) Cfr. *Der Mensch im Recht*, Frankfurt a.M., 1957, 82 e 87.

(55) L. Robbins, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, London, 1984³, 16; 39 ss.

(56) Pare essere stato così recepito in pieno il messaggio capitalisti-

colo del profitto ha costituito così il solo metro di valutazione economica, troppe volte anche politica, delle azioni umane; e quindi l'usura – specie in Francia, in Belgio, e in Italia – ha dilatato il proprio raggio d'azione in ogni settore dell'attività economica (57), trovando d'altronde una potente alleata nella economia criminale mafiosa (assillata da un difficile riciclaggio), con cui è riuscita a dare luogo a danni incalcolabili. E per questo in Francia (a seguito di attenti studi e discussioni sulla usura, e specie per l'apporto di esperienze significative) si è pervenuti alla legge del '93; che ha costituito il riferimento per altre normative, come la italiana attuale. La cui complessità – e specie per particolari aspetti – si esprime nelle questioni economiche e giuridiche, le quali ormai da tempo si associano soprattutto al controllo penale del mercato del credito (58).

Col richiamare magari Adam Smith – circa la “particolare complessità della disciplina dei comportamenti interpersonali di natura contrattuale, come lo scambio e il mercato (i quali si collocano al di fuori di una specifica struttura organizzativa e giuridica)” (59) – è stata costantemente ribadita la difficoltà di ricondurre gli interessi nei prestiti di denaro, specie nel medio o lungo termine, a un *tasso legale*: per poterli definire *usurari*. E però l'analisi – che pure è stata condotta talora al più elevato livello scientifico (60) – non ha dimostrato di poter raggiungere una soluzione realmente rispondente allo scopo (61).

Il bisogno di certezza giuridica – in rapporto alla così indeterminata qualificazione di “usurari” data agli “interessi, vantaggi, compensi: in corrispettivo di una prestazione di denaro o di ogni altra utilità; o per una mediazione” – non avrebbe potuto essere ulteriormente differito; e si è pensato così di poterlo soddisfare con lo stabilire, prima di tutto, che “la legge determina il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari” (art.644 c.3 c.p.); e con lo statuire d'altronde che “sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori al [l'indicato] limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria”. Neanche con differenti e consistenti ritocchi, si potrebbe dire dunque essere ritornata (62), in definitiva, la configurazione dell'usura – sia pure nella sola struttura, non nella sanzione (che non fu mai penale) – alla disciplina che le venne conferita nel diritto romano classico: “*usurarum modo, et aestimatione*” (63).

co di Fernand Brandel (*La dynamique du capitalisme*, Paris, 1977, t.i, Bologna, 1988², *passim*)

(57) L. Fornari, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997, 18 ss; 47 ss.

(58) G. Cavaliere-L. Navazio, *Le usure. Mercato illecito del denaro e tutela delle vittime*, Bari, 2008, 43 ss, ove è fatto riferimento anche al francese *Code de la consommation*, del 1993.

(59) Cfr. *An Inquiry into the Nature and Cause of the Wealth of Nations*, Oxford, 1976, t.i. Roma, 1995, 73 ss.

(60) Cfr. G. Fiandaca, *La disciplina penale dell'usura; crocevia di attività illecite. Ruolo delle banche per contrastare il fenomeno*, in *Economia e credito*, 1995, 49 ss.

(61) Per una ampia e specifica indicazione, A. Boido, *Usura e diritto penale*, Padova, 2010, 235 s, nt. 31.

(62) Si potrebbe dire qui *nietzscheano* (cioè contro la ‘circularità del tempo’) il ritorno: atteso che si trattasse di una “volontà – non intenzionale – di ritorno” all'antico, bensì “dell'eterno ritorno dell'uguale”.

(63) D. 22. 1-2, 11; Paulus, *Quaestiones*, 25 (“*secundum penam conventionalem; premium legale; periculum sortis*”). Le *usuræ – solitæ, legitimæ* – furono regolate nei termini del mutuo tra privati. Al denaro venne quindi riconosciuto valore di scambio: come tale meritevole di una remunerazione proporzionata alla somma ricevuta, e al tempo della utilizzazione. Poi, col notevole progressivo accrescersi degli scambi commerciali i prestiti di denaro divennero sempre più numerosi, e onerosi; articolati del resto secondo clausole corrispondenti alle diverse esigenze dei traffici, estesi anche a regioni lontane. Entrò a far parte così, se non ad assumere ben più consistente rilevanza l'*alea di non restituzione del denaro*. E l'unico modo di far fronte, sia pure in parte, al rischio di perdere la somma data a mutuo fu quello di accentuarne il saggio di interesse: sia pure prevedendone una riduzione per il caso di integrale restituzione della somma ricevuta. In epoca imperiale le *usuræ* divennero anche *publicæ*: costituite di denaro pubblico, ceduto a un tasso se possibile meno elevato rispetto a quello corrente nel mercato,

9. - “La Repubblica – dispone l'art.47 Cost. – incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina, e controlla l'esercizio del credito”. E l'art.10 t.u.l.b.1.9.'93, n.385 riserva alle *banche* la raccolta del risparmio tra il pubblico; regola l'esercizio del credito; e consente agli istituti bancari qualunque attività finanziaria e tutte quante le altre alla medesima collegate o connesse. Si può dire pertanto *reciproco* il riferimento, nel rapporto tra la norma fondamentale e le disposizioni della ‘legge bancaria’ (64); mentre, come rilevò in seno all'Assemblea costituente Luigi Einaudi, certamente si deve considerare collegata, la norma costituzionale (che “non a caso richiede di favorire l'accesso del tessuto sociale alla proprietà dei *beni strumentali*”), con la precedente, dell'art. 42 c.2, la quale “prescrive di rendere accessibile a tutti la *proprietà privata*” (65).

Diviene dunque superfluo indugiare qui sulla concezione *liberista* che alita nello spirito della richiamata ‘Costituzione economica’: nella quale – operante la stessa capacità della persona, specie nella *società post-industriale*, di inserirsi nei processi produttivi in modo creativo, e non routinario soltanto (66) – le risorse umane e sociali, proprio in quanto *strumentali*, dovrebbero far corona alla vigorosa ispirazione *solidaristica* che, così, in nessun modo potrebbe tollerare l'*eventuale liceità penale della usura bancaria*.

Le banche invero, sin dall'antica Grecia, sono state sempre preposte al *deposito*, e quindi al *prestito* del denaro anche a Stati, o a cittadini e, in genere, a chiunque avesse potuto garantirne (mediante ipoteca) la restituzione. E il tasso di interesse – nella Grecia dell'età ellenistica, come più tardi in Roma dell'epoca imperiale – si aggirò sempre intorno al 10%; tranne che nel *prestito marittimo*, per il cui calcolo dell'interesse entrava in gioco la consistenza del *rischio* in rapporto alle insidie nella navigazione (67). Ma qualunque convenzione in riferimento al tasso, o comunque agli *interessi* nel prestito di denaro, e tanto in Grecia quanto in Roma antica, mai assunse rilevanza pena le. Venne lasciata all'autonomia delle parti ogni pattuizione relativa al *costo del denaro*.

La ‘usura bancaria’ – della cui struttura giuridica tanto si è discusso in sede di lavori preparatori alla attuale norma dell'art.644 c.p. – rimane oggetto di discussione ancora oggi che la legge ha riservato a sé il fissare, in generale, “il limite oltre il quale l'interesse è sempre usurario” (*ex art. cit. c.3; e art. 2, c.4 l. 7 marzo 1996 n. 108*); ne ha indicato gli *addendi di determinazione*, e la *classificazione delle operazioni*, di cui del resto ha di sposto la *pubblicazione* in tutte le rispettive *sedi e dipendenze* di esercizio (nell'art.2, c.1; 2 e 3 l. 108/'96 cit.); ed ha infine stabilito che si incorre in usura, e gli “interessi sono [infatti] usurari – seppure inferiori all'indicato limite – ogni volta che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, gli stessi risultano sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di ogni altra utilità, e chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria”.

Atteso d'altra parte il *carattere professionale* (68) della atti-

allo scopo di agevolare gli scambi commerciali anche con le più lontane province dell'Oriente Mediterraneo.

(64) M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1993, 205, per il quale la norma primaria avrebbe fatto riferimento alla generica enunciazione dei fini e dei compiti: proprio come è nella legge bancaria.

(65) Cfr. *Lezioni di politica sociale* (1^a ed. Losanna, 1931), ora in *Opere di Luigi Einaudi*, II, Torino, 1958, 266

(66) A. Vandebvelde (a.c.), *Gifts and Interests*, Leuven, 2000, nella cui introduzione il Curatore della raccolta di studi segnala il ruolo che, nella ‘società della conoscenza’ assume il *knowledge worker* e, soprattutto, il ‘capitale sociale’, cioè “l'insieme delle *reti di fiducia* presenti nella società civile”.

(67) M. Schorr, *Staat und Handel in Griechenland*, Tübingen, 1928, 89 ss; R. Beigel, *Rechnungswesen und Buchführung des Römer*, Karlsruhe, 1904, 206 ss.

(68) Cristiani, *Guida alle nuove norme sull'usura*, cit., 47; F. Mantovani, *Dir. pen.*, p. spec, II, *Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2009, 235, sub III, 1, il quale segnala la necessità di “un *collegamento funzionale* tra dette attività e i danni usurari, non essendo la semplice attività professionale (del medico, dell'avvocato) sfornita di tale collegamento”.

vità (bancaria) nell'esercizio della quale può aver luogo il fatto delittuoso, si è del resto ritenuto di doverne disporre uno *speciale* aggravamento; reso ancora più grave nelle ipotesi di richiesta di *garanzie reali, o personali*; o nei casi di commissione del reato in danno di chi eserciti *attività imprenditoriale, o professionale, o artigianale* (c.d. usura imprenditoriale; o nei confronti di chi, comunque, si sia venuto a trovare *in stato di bisogno*: ex art.644 c. 5, sub 1 - 4).

10. - Chiamata a occuparsi di due casi di concorso in usura – per aver praticato, alcuni funzionari di una banca, in danno di una grande impresa societaria (in relazione a conti correnti per numerosi anni dalla medesima intrattenuti col detto istituto di credito), saggi di interesse nettamente più elevati rispetto al tasso usurario – la Cassazione ha ritenuto legittima la decisione di un giudice dell'udienza preliminare che – a seguito di un accertamento tecnico – aveva affermato non costituire reato, per la “mancanza del dolo”, il fatto di usura: “avendo egli riconosciuto che gli imputati avevano agito senza la coscienza e la volontà di porre in essere una condotta usuraria” (69); ed aveva ritenuto sufficienti al riconoscimento dell'insussistenza dell'elemento psicologico indici fattuali: come il modesto superamento del tasso usurario, la discontinuità di tale evento, e la solo recente (in riferimento al *tempus facti commissi*) determinazione della Banca d'Italia di includere fra gli addendi del tasso usurario la *commissione di massimo scoperto*.

Riconosciuta legittima questa pronuncia, la Cassazione ha peraltro disatteso il ricorso dei legittimati circa l'applicazione al caso della formula “perché il fatto non sussiste”. Partendo infatti dall'asserto che la legge ha delineato il nuovo volto della usura: “*tutto a tratti oggettivi*” – per aver fatto fulcro su una sproporzione tra le prestazioni [...]: per l'*oggettivo* superamento del tasso-soglia degli interessi (riferito al *saggio medio dell'ultima rilevazione*, aumentato della metà); e ciò indipendentemente dalla condizione della persona offesa: *salvo* quindi “l'essersi verificato un *abuso delle condizioni di difficoltà economica o finanziaria della vittima*” – al termine di una *trattazione* circa l'inclusione del “massimo scoperto” nel tasso di usura (pp. 10-15), ha ribadito la determinazione del giudice di merito: senza nessuna puntualizzazione circa il *dolo di usura* che – con riguardo al caso in esame: attesi i rilievi critici dei ricorrenti circa l'oggetto dell'elemento psicologico, e il modo del preteso accertamento dello stesso; l'errore sul fatto del reato (ex art. 47 c.p); il possibile essersi configurato nel caso il *dolo eventuale* – avrebbe sicuramente meritato più di qualche ulteriore considerazione, che invece è mancata.

E nell'altra pronuncia, relativa per diversi profili al medesimo fatto, la Cassazione ha ripreso *omnino, et expressis verbis* (p.12 ss) la precedente decisione appena ricordata; della quale ha integrato sì la motivazione sul piano processuale (70) (dato il punto relativi all'applicazione della legge 46 del 2006, che ha modificato il regime di impugnabilità della sentenza di *non luogo a procedere*); ma qui, con uno *hiatus* logico-tecnico palese e incolmabile, la S.C. è addirittura pervenuta alla conclusione che “l'unico controllo sulla sentenza di non luogo a procedere concerne la riconoscibilità del criterio prognostico adottato nella valutazione d'insieme degli elementi acquisiti dal pubblico ministero” (71). Una affermazione la cui temerarietà è evi-

(69) Cfr. Sez. II, 19 febbraio-26 marzo 2010, n.12028 (262/10), Locati ed altri, inedita, p. 3; Id,14 maggio-22 luglio 2010, n.28743 (2006/10), Orsini ed altri, inedita.

(70) “Sia in giurisprudenza che in dottrina – ha osservato in avvio la Cassazione – si è dell'avviso che alla udienza preliminare debba vedersi riconosciuta *natura processuale, e non di merito*: atteso che suo scopo è di evitare dibattimenti inutili, e non di accertare la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato. Di tal che il giudice dell'udienza preliminare deve pronunciare sentenza di non luogo a procedere nei confronti del imputato *solamente in presenza di una situazione di innocenza tale da apparire non superabile in dibattimento*, per effetto della acquisizione di nuovi elementi di prova, o di una possibile diversa valutazione del compendio probatorio già acquisito; [...] realtà questa confermata dalla norma dell'art.425 c.p.p, per cui il criterio di valutazione del giudice dell'udienza preliminare non è l'innocenza dell'imputato, bensì la impossibilità di sostenere l'accusa in giudizio” (pp.6-8).

(71) Cfr. *Sentenza*, p. 9 s. Dove si vede essere stato persino tralasciato che nel caso, nella udienza preliminare, era stata eseguita una perizia. Che sarebbe stato certo più rispondente alla dinamica, tecnica e

dente, attesa la necessaria supposta capacità del giudice dell'udienza preliminare: di “antivedere, con approssimazione peraltro non lontana dalla certezza, l'esito del processo”. Tralasciando così – a garanzia della libertà personale e di altri interessi egualmente, e costituzionalmente rilevanti degli interessati – che il (doppio grado, sia pure eventuale, di) giudizio collegiale di merito, preceduto magari da una perizia parimenti collegiale, avrebbe conferito all'accertamento mediante “il giusto processo” ben diversa *completezza, e certezza* che quelle associate alle valutazioni di una *jurisdictio minus plena*: ‘allo stato degli atti’, e di un giudice monocratico.

“*Un malin génie: et pour un jeu de rôle*” avrebbe detto (col consueto spirito corrosivo) J. Wahl (72), sull'abbrivo dei “concetti gnoseologici di *sproporzione* e di *limite* quali termini (*necessariamente, dato che intrinsecamente*) connessi alla *logica, di uno spirito finito*” (73).

E del resto è qui, con la consapevolezza – derivante dalla prospettiva del processo – che “il criterio di valutazione, per il giudice dell'udienza preliminare, non è l'innocenza del l'imputato, bensì l'impossibilità di vedere sostenibile l'accusa in giudizio” (art.425 cpp).

11. - È stato escluso in questo caso il dolo, perché si è detto: “*certamente* hanno operato, i soggetti, *senza la coscienza e la volontà* di porre in essere una condotta usuraria”. E ha inteso negare così: *in nuce*, la Cassazione, l'elemento soggettivo della usura: atteso l'aver essa – certamente compresa della necessità di inferire una *sicura realtà psicologica altrui (in interiore homine)* da fatti, *sicuri, di tutti* gli imputati, *non* conformi alla fattispecie – ritenuto che qui (ex art. 42 c.p) neanche si sarebbe venuto a concretizzare il presupposto della imputazione giuridica del fatto di reato (74) contestato agli imputati. Si è – però – dispensata, la Corte di legittimità, dal precisare come sarebbe stato *possibile* che funzionari di una banca operante nella stessa (non grande) città – preposti per anni, nel medesimo istituto, all'esercizio del credito nello *specifico* settore – *mai* avrebbero controllato i tassi di interesse applicati nei confronti dei *correntisti*: in particolare, di quelli più accreditati; e soprattutto degli imputati (nel caso giudicati): ben più gravati peraltro di garanzie reali e personali, e di tutti gli altri consistenti oneri patrimoniali.

Il dolo, – come “volontà di realizzazione del fatto tipico” (75) – sarebbe stato in realtà da *individuare, e ricostruire* in riferimento alla *particolare condotta e al particolare evento* significativi in sede penale (76): dato che proprio nel peculiare contenuto della fattispecie penale questo elemento caratterizzante “si [*deve* ravvisare] *incarnato e concretizzato*” (77). Avrebbe richiesto dunque, – l'accertamento del dolo – sì: che “tutta la durata del fatto (nel suo sviluppo) fosse ricaduta nel dominio dell'agente” (78); il quale del resto, se non la *rappresentazione* dello stesso nel suo divenire, avesse avuto almeno la *netta percezione* del suo potersi realizzare (79). Ma poi (contro le indicate come dedotte risultanze processuali), sarebbe stato difficile: fuori misura, immaginare che non fosse stata dai pretesi usurari reiterata la richiesta di vedersi abbassati i tassi poi

giuridica, veder eseguita – magari con struttura collegiale – nel dibattimento: nel corso del quale sarebbe stato consentito attingere prove, da altre fonti; e addivenire a una eventuale assoluzione con formula più ampia: nell'interesse quindi [per l'innocenza] degli stessi imputati: atteso che, invece, la sentenza ‘allo stato degli atti’ (che è quella del *non doversi procedere*) è sempre soggetta a revoca.

(72) Cfr. *Du rôle de l'idée d'instant dans la philosophie*, Paris, 1983, 72 ss.

(73) Cfr. G. W. F. Hegel, *Wissenschaft del Logik*, t.i. *Scienza della logica*, Bari, 1968, 31

(74) G. Marinucci, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, 74 ss.

(75) L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, *pas*; G. Fiandaca, *Dolo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 20, 34 ss.

(76) A. Pecoraro-Albani, *Il dolo*, Napoli, 1955, 37 ss.

(77) Marinucci, *op. cit.*, 74 ss.

(78) E. Schmidhäuser, *Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins*, in *Festschrift für H. Mayer*, 1966, 317 ss.

(79) M. Gallo, *Dolo*, in *Edd*, Milano, 1964, 751 ss; G. Marini, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1988, 448 s.

denunciati come usurari. E questo, anche perchè (come segnalato dalla S.C) erano state documentate le loro richieste di applicazione delle 'leggi di beneficio alle vittime dell'usura' (108/96 e 44/99).

Singolare poi – dopo la *negazione* del potersi configurare qui una imputazione del fatto a titolo di dolo – che la Cassazione abbia ribadito presenti nel caso i c.d. indici fattuali di sussistenza del detto elemento psicologico segnalati dal giudice a quo col soffermarsi su gli indicati criteri: di 'una episodicità' del superamento del *tasso usurario*, o di 'una non elevata entità del detto superamento': a fronte del comma 3 dell'art.644 c.p, per il quale è "la legge a stabilire il limite *oltre il quale* gli interessi sono *sempre* usurari". Si direbbe da notare soltanto essere stato qui *confuso* il criterio di commisurazione della pena (*Strafzumessungsschuld*) col criterio di (fondazione e o) attribuzione della colpevolezza (*Strafbegründungsschuld*): cioè il *quantum* della pena con l'an della responsabilità.

Una distinzione che non avrebbe avuto certamente bisogno di esser posta in risalto, tanto è evidente. Che tuttavia la dottrina non aveva mancato di segnalare già da epoca remota (80): allo scopo di scongiurare le tante insidie che sovente si associano all'accertamento dell'elemento psicologico del reato, quindi della stessa responsabilità penale (81).

D'altra parte – con riferimento alla 'commissione di massimo scoperto' – che rilevanza assegnare alla "presenza di una disciplina secondaria di settore, successivamente rivisitata": attesa la norma dello stesso art.644 c.4 per cui "per la determinazione del tasso di interesse usurario [...] si tiene conto [anche] delle commissioni"? Né può esse re invocato (*ex art. 47 c.p*) l'errore sul fatto che costituisce il reato: atteso che il provvedimento amministrativo circa l'integrazione del tasso usurario mediante l'addendo del la *commissione di massimo scoperto* – al pari di ogni altro componente di determinazione di tale saggio – è chiamato dalla legge a integrare il precetto penale, e perciò ricade nella previsione di *inescusabilità dell'errore sulla legge penale*, come *ex art.5* del codice. D'altronde, come già da molti anni rilevato dalla stessa S.C, il decreto circa il *revirement* della Banca d'Italia non a caso venne regolarmente pubblicato nella Gazzetta Ufficiale: "perchè fosse venuto a piena conoscenza di chiunque avesse dovuto tenerne conto" (82).

12. - La certezza del diritto – che è garanzia: per ciò stesso ragione di ansia per una "affidabile concreta costante giustizia" nel fatto di chi, specie quando si trovi a dover gesti re settori difficili e nevralgici dell'economia, intenda operare *secundum legem* (83) – per de cenni ha richiesto al legislatore italiano di conferire alla fattispecie di usura (per lungo tempo in passato connotata da *indeterminatezza* sul piano della struttura e della funzione: a causa, è probabile, dell'intorbidirsi del suo carattere etico-sociale e giuridico) linee più precise e sicure (84), realmente "corrispondenti alle vive esigenze di *univocità e stabilità* nella *determinatezza* degli estremi del fatto, e dei suoi *effetti giuridici*" (85).

La riforma del 1996 ha inteso corrispondere alle indicate ragioni di determinatezza; e per questo, con l'art. 644 c.3, è stato disposto che "la legge stabilisce il limite *oltre il quale* gli interessi sono *sempre* usurari". Un *disposto* rigido sì, ma non faticoso a eluder si: attraverso *approssimazioni al limite, per difetto*. Le quali (dopo le più esitazioni, di un legislatore accorto) hanno indotto a una 'norma di chiusura' – di *usurarietà in concreto*; riferita quindi a interessi – a *saggio pur inferiore al*

tasso legale: ben riconoscibile però come *sproporzionato*: attese le *varie concrete modalità del fatto*, e il coevo sussistere di *condizioni di difficoltà economica e finanziaria del (contraente debole) soggetto passivo*.

L'usura – insidiosa, e sottile; talvolta 'palliatata', com'è stata anche qualificata (86): per dirla in grado di mimetizzarsi tra le clausole di un qualunque contratto a prestazioni corrispettive – esprime dunque la propria peculiare carica offensiva nei confronti della *dignità umana*. Di cui – nel quadro dei molteplici volti che essa viene assumendo nei differenti luoghi e momenti dell'esistenza – mortifica sì la *dimensione patrimoniale, o economico-finanziaria* dell'uomo ma, prima di tutto, la *razionalità* (cioè la rispondenza dell'ordine della realtà dell'individuo a un criterio razionale-oggettivo); e la *solidarietà*, quindi la coscienza viva e operante nell'uomo (*uti singulus*), di partecipare ai vincoli di una comunità, umana e sociale, di cui egli (*uti universus*) ha accettato di condividere le iniziative – individuali e collettive – di reciproco sostegno morale e materiale. Una prospettiva questa che, uscendo dall'*isolazionismo* – di chiusura in se stesso dell'individuo (solo, e isolato: 'monade' distaccata dagli altri, perché 'altro da sé) – non assegna alla oggettività giuridica della usura la *deminutio patrimonii* soltanto, e dunque l'invasione del proprio particolare campo d'azione economica; ma recupera alla *persona* il senso e il valore dell'*essere*: sì, *con se stesso*; ma *anche con gli altri: come se stesso* (87).

Il *dolo di usura* non può non rispecchiare così – nel suo contenuto di offesa del bene giuridico protetto, dunque di negazione di un valore ritenuto meritevole del rispetto richiesto a chiunque dall'ordine giuridico, quale volontà del popolo sovrano: espressiva dei valori inclusi nell'atto giuridico di fondazione della Repubblica democratica – l'appena indicato aspetto della dignità umana; mortificata da chi – in posizione di preminenza economica, e coll'imporre tassi di interesse dalla legge considerati usurari – ha voluto *soverchiare* il proprio simile che, quale *contraente debole*, altro non ha potuto che soggiacere – sconfitto – alla posizione e alla volontà del più forte.

La Cassazione che, d'altra parte, nelle pronunce dianzi richiamate ha escluso il dolo per la mancanza della coscienza e volontà degli agenti, ha invero finito così per disconoscere la rilevanza stessa del dolo: in relazione al soggetto e all'oggetto del medesimo. "Non è infatti la *coscienza* a dover indicare cosa è bene – è stato osservato con attenzione alla premessa ideologica dell'ordinamento – atteso che compito della coscienza, fuori di un'*etica di intenzione* [perciò di un *soggettivismo formale*], è solo di richiamare chi deve agire al senso del bene: di cui è presupposta la *conoscenza*. Perché è infatti di questa conoscenza che si è responsabili: come si è responsabili della propria cecità ai valori" (88).

Come sistema di valori (89), il diritto penale – mentre con la stessa attività ermeneutica, e per via della funzione di ordine che gli è propria, crea l'ordito di vitalità della giustizia legale – ne garantisce del resto la conservazione (*fiat iustitia ne pereat mundus*) col contrastare la *prava voluntas* di chi intendesse scardinare il valore di giustizia – come nella usura: coll'alterare a proprio favore il tasso di interesse in contratti

(86) Da V. Manzini, *Trattato di dir.pen.it.* (a c.P.Nuvolone e G.D.Pisapia), IX, Torino, 1984, 887 ss.

(87) D.von Hildebrand, *Das Wesen der Liebe*, Resegsburg, 1971, t.i., *L'essenza dell'amore*, Milano, 2003, 27 ss.

(88) Cfr. D. Santamaria, *Il fondamento etico della responsabilità penale*, Siena, 1965, 20 s. "L'autonomia della persona, nel suo autentico significato – ha continuato l'insigne A. – è nel rendersi partecipe dell'ordinamento dei valori. [...] E la libera partecipazione alla legge morale sta nel responsabile riconoscimento della dignità del valore morale. Questa concezione etica, nata dalle ceneri del formalismo, ispira la visio ne attuale del diritto. «La forza vincolante, quindi la validità normativa dell'ordinamento giuridico, ha detto infatti Hans Welzel, vengono al medesimo dal suo intimo contenuto di valore, che distingue il *diritto* dal semplice *potere*. E attraverso questo contenuto di valore esso obbliga il singolo nella *coscienza*»".

(89) S. Cotta, *Il diritto come sistema di valori*, Cinisello Balsamo, 2004, 37 ss.

(80) B. Petrocelli, *La colpevolezza*, Padova, 1962, 33 ss.

(81) In argomento, F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 48 ss; ID, *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, in *Quest. crim.*, 1980, 453 ss.

(82) Cfr. Cass., 5 febbraio 2003, CED, 226911, in E. Dolcini-G. Marinucci (a.c.), *Codice penale con menato*

(83) C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, pas; 27 ss.

(84) F. Sgubbi, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2006, 607 ss.

(85) Cfr. F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, n.e.a. c.G. Astuti, Milano, 1968, 37 s; M. Corsale, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, 1979, pas; S. Berteà, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli, 2002, 123 ss.

di prestito di denaro, o mediante altri titoli funzionali al medesimo illecito – col far prevalere la propria posizione di preminenza economica rispetto all'altra, del *contraente debole*, e *necessitato*.

13. - Ogni fase congiunturale – nella 'economia globale', della «società liquido-moderna»; che si esprime in 'relazioni a tempo', e 'a basso impegno', talora con 'disagio esistenza le'» (90) – presenta stadi di *espansione* o di *depressione* in cui le situazioni personali e sociali sono condizionate da differenti e non sempre dominabili fattori di agio o di crisi (91). E infatti le attuali ricorrenti turbative valutarie hanno determinato strette creditizie, le quali a loro volta hanno causato, e il più delle volte ingigantito il fenomeno dell'usura. E per questo – com'è stato ripetuto – il legislatore ha adottato in questo caso il sistema a *doppia struttura: rigido-flessibile*, suggerito dall'esperienza francese; nella quale però numerosi, ed efficienti sono i controlli che, discontinui e inefficienti risultano in Italia.

“La rigidità del parametro prefissato può rivelarsi comunque di scarsa rilevanza – è stato osservato – per il fatto che nella prassi usuraria gli interessi risultano di ammontare di solito ben più elevato dei tassi medi praticati dagli operatori del credito. E d'altronde, la segnalata rigidità si può rivelare addirittura controproducente: dato che gli usurai [...] riescono di solito, con adeguate clausole contrattuali, a rendere ben più difficile la ricostruzione del rapporto usurario” (92) e, [...] da ultimo, il *tasso effettivo globale medio* stabilito dalla legge può dar luogo a un effetto-boomerang; e così determinare la propria funzione deterrente nei confronti degli operatori istituzionali soltanto” (93).

Ora, certo da condividere – e anche *tota lege perspecta* (rescissione per lesione *ultra dimidium*; nullità degli interessi usurari: in sede civile) – sono i rilievi dei più difetti che è dato riscontrare nelle attuali *norme antiusura* (94); le quali avrebbero richiesto un intervento penale migliore: più energico in termini di *misure di prevenzione*; e meno improvvisato in riferimento alla *usura bancaria*, che avrebbe meritato grande attenzione, data la sua incidenza sul sistema economico produttivo in particolare; e pronta, adeguata, e strettamente controllata l'applicazione delle norme relative al *Fondo di solidarietà per le vittime dell'usura*, e al *Fondo per la prevenzione del fenomeno dell'usura*.

Sarebbe stato indispensabile d'altronde tener conto, specie in relazione al *prestito bancario*, della *analisi del rischio* condotta sul 'livello di gravità dell'accadimento': ritenuto – secondo un congruo calcolo di probabilità riferita all'evento indesiderato, quanto più possibile riportato del resto al comportamento del soggetto – in grado di verificar si, nonostante le precauzioni intese a scongiurarne il succedere (95). Con tale sistema – e non

(90) Cfr. Z. Bauman, *L'arte della vita*, Roma-Bari, 2009, 18 s.; 65.

(91) Appena da segnalare qui le “forti scosse nei mercati europei”, di cui in *Osserv. rom.*, 25 dic. 2010, 2, con riferimento al salvataggio di *Allied Irish Bank*, a Dublino, e alle pressochè sicure recessioni nell'economia di Ungheria e Portogallo.

(92) Cfr. A. Caperna- L.Lotti, *Il fenomeno dell'usura*, cit., loc. cit., 75; Sgubbi, *op. e loc. cit.*, 614.

(93) Cfr. A. Cavaliere, *L'usura tra prevenzione e repressione. Il controllo del ruolo penalistico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1206 ss; Sgubbi, *op. e loc. cit.*, 614. “Non potendo più bilanciare con un congruo tasso di interesse il rischio di finanziamenti scarsamente garantiti a soggetti in difficoltà, gli operatori istituzionali preferiranno rifiutare la concessione del credito, e spingere così i soggetti in difficoltà alla ricerca di fonti di credito alternative, tra le quali la drammatica china dell'usura risulterà l'opzione più probabile”.

(94) Per ampi riferimenti e richiami, Sgubbi, *op. e loc. cit.*, 616.

(95) La *valutazione del rischio di un evento* è basata di solito sul cosiddetto modello della 'utilità attesa', suggerito dal matematico svizzero Daniel Bernoulli (nel 1784) e, a seguito di approfonditi studi, riveduto e rigorosamente formulato da Jon von Neumann e Oskar Morgenstein (1944). Il criterio è fondato sulla c.d.r azione frequentista delle probabilità. Si è affermato dunque che la probabilità che si verifichi un evento è pari al rapporto tra il numero degli eventi sfavorevoli e il numero degli eventi possibili, e nessun elemento soggettivo. Il processo di decisione presuppone l'esistenza di credenze personali che influenzano le scelte. E sotto questo profilo l'analisi

in linea teorica soltanto (si è tenuto già da molto tempo a precisare) – sarebbe possibile decidere di una eventuale usura nel mutuo bancario (96). Ciò che in sostanza acca deva anche nel diritto romano, specie in riferimento al *foedus nauticum*: in relazione al quale già assai significative debbono riconoscersi le osservazioni di Tito Livio (97).

14. - Nella antica Grecia (III sec. a.C.), a quanto è emerso da una approfondita ricerca, erano in funzione unità operative nella intermediazione creditizia alle quali, all'inizio di ogni anno, era assegnato dal Governo il compito di fissare il tasso di interesse per il prestito di denaro. Ed è stato così riferito che, a Delo, il *tasso normale* praticato dalla 'Banca di Apollo' – ai cittadini soltanto – per un prestito di circa cento giorni, ascendesse al 10% della somma ottenuta; mentre, per il medesimo mutuo, il *saggio* era ben più elevato ad Atene, dove raggiungeva addirittura il 60 – 70% del credito in relazione al *prestito marittimo*: per via dei rischi della navigazione. Ed ancora ad Atene, ben disciplinato era il deposito di denaro presso i *thesauroi* (le banche); e per *paracatathechēs nomoi* (clausole per la gestione degli *interessi attivi* derivanti da un *prestito su ipoteca*) potevano essere concordati con le banche obblighi di pagamento su commissione” (98).

A Roma – a quanto riferito ancora da Tito Livio (99) (310 a.C.) – *ab antiquo* furono gli *argentarii*, o *i viri mensarii*, i senatori incaricati di vigilare sulle *usurae inter privos*. E, più tardi (per effetto della cultura proveniente dalla Magna Grecia) vennero istituite le *tabernae argentariae*, o *mensae* (equivalenti alle greche *τάβηραι*), vere e proprie *banche*: destinate a gestire le *usurae* che, da private, divennero gradualmente *publicae*; e anche l'*argentarius*, il *mensarius*, il *nummularius*: già destinati a differenti mansioni, le videro poi per più motivi unificate. E così, divenuti tutti *collectarii*, furono incaricati del *pubblico servizio* della raccolta dell'*aes publicum*, e dell'*esercizio del credito*. E alla stessa maniera del *pater familias* – dotati dei libri contabili: l'*adversarium*, il *codex rationum*, il *codex accepti et expensi* – trascrivevano su ognuno le varie operazioni (*acceptum – expensum*): posti – *in capite* – il *nomen transcripticum*, e l'*interesse dovuto* per le varie commissioni.

La costante quindi, in Grecia come a Roma, fu che la determinazione del tasso di interesse – per ogni specie di prestito di denaro; all'inizio dell'anno, come in caso di eventi straordinari in grado di incidere sul costo della moneta – fu di stretta competenza di coloro che erano preposti (oggi si direbbe) al *pubblico servizio dell'esercizio del credito tra il pubblico*. E, per il solo fatto di avere spuntato tassi più elevati di quelli correnti, le sanzioni (a Roma solo pecuniarie; in Grecia anche penali) furono per tutti assai severe.

Anche nella 'età di mezzo': in particolare fino al sec. XVI in Europa, le banche – nono stante il costante impegno della *iniziativa privata* ad impadronirsi – conservarono la posizione di *organi di servizio pubblico*: della *circolazione del denaro*, e della *mediazione del credito*. Una posizione che venne accreditandosi sempre di più, specie per effetto dell'accrescersi dei traffici e dei pagamenti internazionali; i quali richiesero l'istituzione di *banche di Stato*: per consentire pagamenti con sicurezza dei depositanti, e per offrire allo Stato un fondo di riserva a cui attingere in caso di bisogni straordinari o urgenti (100).

si epistemica del rischio è inscindibile dai valori morali e dai giudizi pratici di ciascuno. Sotto il profilo metodologico, poi, lo studio del rischio deve coniugare l'analisi tecnica con elementi di tipo etico-epistemologico.

(96) M.D. Resnik, *Choices. An Introduction to Decision Theory*, Minneapolis, 1987, 63 ss.

(97) Cfr. D. Gutberlet, *Die Erste Dekade des Livius*, Hildesheim, 1985, 42 ss.

(98) Cfr. K. Hasebroek, *Staat und Handel im alten Griechenland*, Tübingen, 1928, 89 ss.

(99) Cfr. *Historiae*, IX, 40, 16.

(100) A queste esigenze provvide, ad es, la *Banca dei Cambi* di Amsterdam, istituita nel 1609, col programma di farne un ufficio pubblico di cambio garantito dalla vigilanza dello Stato e dalla mancanza di ogni scopo di lucro: come dimostrato dalla limitazione del costo del servizio prestato alla sola provvigione per le proprie spese. E l'esempio della Banca di Amsterdam venne presto seguito da altre banche in Olanda; e dalla Banca di Amburgo, nel 1619.

Fu così la *Reichsbank* (banca tedesca di emissione, al pari della *Banca d'Inghilterra*, dal 1694 al 1844) controllata dallo Stato, ad acquisire grande importanza quanto alla circolazione della moneta; e soprattutto quale *banca centrale, dello Stato*, a cui perciò erano tenute a far capo tutte quante le altre banche: pubbliche e private. Ed è superfluo illustrare qui come, in una simile prospettiva statalista, ogni momento dell'attività bancario-credizia dovesse restare assoggettata al rigido, esclusivo potere dello Stato.

Le imprese napoleoniche, e più tardi la prima rivoluzione industriale, oltre che la trasformazione dell'agricoltura richiesero una anticipazione sempre più ingente di capitali: per la creazione degli impianti industriali, per poter apprestare adeguati (non ancora solo meccanici) mezzi di trasporto; più ancora, per una effettiva conquista dei mercati. E così le tante, e consistenti insufficienze del capitalismo continentale dovettero esser nel tempo colmate dai conferimenti richiesti al risparmio di larghe categorie di cittadini; mentre Londra – per il gran numero di *banche di affari* (prima fra tutte la *London City and Midland Bank*) – nel frattempo nel modo più agevole divenne il più grande mercato finanziario del mondo; e da tutto questo il capitalismo uscì con un vero e proprio trionfo.

L'usura seppe così farsi strada, e trovare luoghi fecondi per i propri affari specie presso i piccoli imprenditori; che non riuscirono – in Inghilterra come in Germania; e ancora di più in Francia come in Italia – a ottenere credito presso le banche satelitte dei grandi istituti dei paesi più progrediti sia in Inghilterra che nell'Europa continentale (*London Joint-Stock Bank, Deutsche Bank, Société général du crédit mobilier, Banco di Roma*) (101). Il che non vuol dire che gli istituti di credito fossero alieni dall'accordare mutui anche a lungo termine, bensì che gli interessi – *sempre commisurati al rischio*, talvolta particolarmente elevato; e tenuto conto della non ancora istituita procedura concorsuale del fallimento – erano tenuti a *tasso così alto* da non farlo preferire a quello dell'usura. E dev'essere appena ribadito che i saggi di interesse in relazione a tutte le operazioni bancarie – per “la esclusiva ragione della loro commisurazione al rischio” – rimasero assegnati alla competenza esclusiva della banca creditrice. E ne sono state poi indicate le origini nel “libero scambio”, quindi imputate al *liberismo* dello *Stato liberale*, inteso come garante dei *diritti individuali* e, si può dire: della *libertà in economia* in particolare (102).

15. - L'indugio circa l'operare – da sempre tutt'altro che innocente delle banche quanto alla usura (103) – ha innervato tante recenti riflessioni anche sulle numerose constatazioni e osservazioni di cui già da tempo disponeva la Scienza. E che si sarebbero dovute rivelare certo utili in relazione alla più recente edizione di una normativa che – atteso il dichiarato intento del legislatore, di “una ferma protezione delle vittime della usura, e del superamento delle difficoltà della prova penale: dati anche i limiti piuttosto sfuggenti della fattispecie” – avrebbe meritato la massima attenzione, specie da parte di chi avrebbe dovuto ritrovarsi effettivamente compreso delle diverse, magari nuove e ben calibrate insidie che sempre sono state associate, da ogni parte, al prestito di denaro (104). E pensare – invece –

(101) F. Jaffé-L. Edgar, *Das englisch-amerikanische und das französische Bankwesen*, in *Grundriss der socialwiss.*, Tübingen, 1945, 93 ss.

(102) S. Ricossa, *Socialismo, liberalismo e liberismo*, in *Teoria dei sistemi economici* (a c.B. Jossa), Torino, 1989, p. 270 ss. È appena il caso di ricordare qui che al “libero scambio” è stato sempre contrapposto il “protezionismo”; e che fu B. Croce (*Liberismo e liberalismo*, Napoli, 1927) a intavolare un dibattito con L. Einaudi circa il *liberismo*. Che il filosofo volle ricondurre all'illuminismo inglese; rilevando tuttavia che il liberismo sarebbe stato da considerare, al più, “una *pratica economica*, non una filosofia”; e che alla stregua del liberismo si sarebbe potuto persino parlare di un “*socialismo liberale* [...] per effetto dell'indifferenza del principio della libertà nei confronti della particolarità degli ordinamenti economici”. E su tutto questo, R. Cubeddu, *Croce, gli Austriaci, e il liberismo*, in *MondOperaio*, 6/2003, 114 ss.

(103) D. Masciandaro, *Economia criminale e intermediazione finanziaria. Profili economici e giuridici*, in *Banche e banchieri*, 1995, 27 ss; G. Santacroce, *Usura, riciclaggio e sistema bancario: linee di una strategia composita di contrasto*, in *Giust. pen.*, 1995, II, 246 ss; ID, *La nuova disciplina penale dell'usura: analisi della fattispecie-base e delle difficoltà applicative*, in *Cass. pen.*, 1997, 1529 ss.

(104) M.N. Masullo, *A due anni dalla riforma del delitto di usura:*

che sono invano trascorsi ben tre lustri da quando lo stesso legislatore, con piena consapevolezza, e tutt'altro che soddisfatto della tutela con la nuova disciplina dell'illecito apprestata ai tanti, e così consistenti, interessi: diretti, e anche diffusi, meritevoli di protezione rispetto a una criminalità, quando non organizzata, comunque agguerrita (*nimia valde cum pecuniae potentia durata*), ne aveva auspicato al più presto un “più meditato: ampio, e soprattutto articolato intervento correttivo” (105).

Apprezzabile sensibilità (*etsi magno cum studio, et onere*; e non ne erano certo passa ti inosservati gli specifici segnali: in particolare nell'apparato bancario, già in concomitanza con gli ultimi lavori preparatori della riforma del '96), ha dimostrato il mercato del credito alle significative innovazioni che l'art.644 c.p. ha introdotto nell'ordinamento penale. Un sistema economico peculiare della modernità – un “capitalismo maturo”, come l'italiano attuale – si è trovato d'altronde a *dover accettare* una più rigorosa, e non meno severa disciplina della usura. E certo non avrebbe, per questo, potuto rinunciare al proprio scopo primario: della massimizzazione – nel tempo – del profitto: da associare del resto all'impiego dei propri capitali, in un mercato persino eccessivamente inquinato dall'usura: in mano peraltro, meglio ricordarlo, alla criminalità organizzata.

“La ricerca illimitata del profitto – si vuole d'altronde *costituire la saggezza del capi talismo* (106) – sottomette qualsiasi avvenimento o comportamento al calcolo economico”. E Schumpeter, da parte sua, ha ricordato che “restano sempre le banche finanziarie competenti al vaglio economico-sociale dei progetti di investimento”, [...] anche se poi “è il capitalismo a dimostrarsi in ogni caso realmente specifico: per l'incessante dinamismo che ad esso conferisce l'iniziativa innovatrice individualistica degli imprenditori” (107).

16. - Quel che ad ogni modo caratterizza *la banca* – come istituzione politico-sociale, e giuridica – è l'attività nella *intermediazione nel credito*. La quale comporta il raccogliere capitali, o in genere danaro tra il pubblico dei *risparmiatori*; per poterli magari redistribuire fra il pubblico degli *imprenditori*: costituendosi così *debitrice* verso i primi, e *creditrice* verso i secondi. E i principi che regolano questo settore di *economia applicata* si riconducono alla “teoria dell'interesse”. Contro la *immobilizzazione del capitale*, infatti, la banca anticipa denaro a chi ne ha bisogno a scopi produttivi e, per avere il proprio *capitale circolante costantemente impegnato*, ne rende con qualche pur sofisticato accorgimento più conveniente l'utilizzazione: con lo *stimolare il movimento economico*.

Tutta l'intelaiatura del credito – con le differenti operazioni che la banca pone in atto per corrispondere quanto più possibile alle esigenze della clientela – è incardinata sul *saggio di interesse* che a quelle operazioni si associa nel *mercato*; e che poi – nel com plesso – concretizza il *risultato economico-politico* che l'Istituto di credito tiene a vedersi giustamente riconosciuto in ogni sede: locale, nazionale, comunitaria, internazionale.

Dunque, come si può constatare: “è l'interesse che deriva dal capitale il fulcro del *economia di mercato*”; e si colgono così agevolmente tutte le ragioni per le quali alla *banca di emissione* è assegnata la continua *vigilanza* su tutte le aziende di credito: sul capitale minimo all'atto della loro costituzione, e poi sulle riserve che vanno costituite; sulle iscrizioni obbligatorie, le trasformazioni, le fusioni, e separazioni delle medesime; sulla

una riflessione sulla nuova scelta strategica, in *Cass.pen.*, 1998, 2198 ss; e in *De jure* (archivio selezionato - dottrina), A. Candian, *Contro buto alla dottrina dell'usura e della lesione nel diritto positivo italiano*, Milano, 1946, *pas.*; E. Florian, *Il delitto di usura. Nota economica-giuridica*, in *Giur.it*, 1935, IV, 94 ss; L. Violante, *Il delitto di usura*, cit, 16 ss; C.F. Grosso, *Usura*, cit, *loc.cit.*; P. De Angelis, *Usura*, in *Enc. Giur.*, XXXII, Roma, 1995, *pas.*; Capern-Lotti, *Il fenomeno dell'usura tra esperienze giudiziarie e prospettive di nuovo assetto normativo*, in *Banca, borsa, e tit.cred.*, 1995, I, 75 ss; G. Santacroce, *Usura, riciclaggio e sistema bancario: linee di una strategia composita di contrasto*, in *Giust.pen.*, 1995, II, 246 ss.

(105) Cfr. G. Sellaroli, *Il tasso di usura prefissato: una pericolosa illusione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1997, 220 ss.

(106) Cfr. F. Braudel, *La dynamique du capitalisme*, Paris, 1977, t.i, Bologna, 1982, 35.

(107) Cfr. J.A. Schumpeter, *L'essenza e i principi dell'economia teorica*, t.i. Roma-Bari, 1982, 465 ss; ID, *Capitalismo, socialismo, democrazia*, t.i, Milano, 2001⁵, 73 ss.

apertura di nuove filiali, e sulla attivazione di nuovi servizi.

Il controllo, così penetrante e diffuso, dello Stato sulla intermediazione creditizia di mostra quanto rilevante nella economia generale di un paese sia il *tasso di interesse* preteso o imposto dalle banche ai rispettivi clienti: per le operazioni consentite o i servizi prestati; e così anche quale significato e importanza vanno riconosciuti al *tasso lega le di usura*. Il quale – una volta determinato, come nell'art.644 c.3 c.p. – costituisce il *limite netto della offensività-illegalità* dell'usura, incardinato sul dato oggettivo della *sproporzione* tra le prestazioni relative al *prestito di denaro*. “Il legislatore del '96, è stato così esattamente affermato, ha ricondotto la previsione in una unica figura di usura: perchè ha percepito il fondamento del reato nella alterazione della causa di scambio, quindi nella violazione della equivalenza delle prestazioni” (108). E si è anche notato come “alla confluenza tra *economia, morale, e diritto* la difficile disciplina dell'usura deriva soprattutto dal malessere che accompagna i mutamenti socio-economici della società” (109). E infine – il rilievo, certo più pungente – si è detto che “la scelta di fissare un limite non molto distante dal tasso medio praticato dagli intermediari finanziari istituzionali, [...] oltre a potersi risolvere in un vero e proprio *boomerang*: di razionamento del credito, quindi di incremento dell'usura, [...] avrebbe potuto addirittura alimentare il *sospetto*, segnalato dalla stessa Banca d'Italia, che il problema dell'usura sia stato *colto a pretesto* per sottoporre a un ben più rigido controllo amministrativo il settore del credito, con un intervento obliquo e anomalo sui livelli dei tassi correnti” (110).

Una più penetrante disamina ha permesso tuttavia di constatare come “il doppio tetto di liceità degli interessi non varia in riferimento alla sola natura di chi concede il prestito ma, piuttosto in considerazione delle condizioni finanziarie del mutuatario” (111). E così, in conclusione, è stato possibile riconoscere che “il divario esistente fra i tassi medi praticati per le stesse operazioni dalle banche e dagli altri intermediari – che, ad una lettura superficiale, potrebbe apparire una distorsione del sistema – rappresenta invece il meccanismo inteso a garantire l'operare lecito delle ‘finanziarie’, e quindi il loro potersi mantenere all'interno del mercato” (112). E “la funzione della fattispecie prevista dall'art. 644 c.p. – che è la *precisa* conseguenza della *esatta* impostazione – si deve dire essere non altra che quella di *inibire il ricorso al credito privato*, data altrimenti l'impossibilità di imporre al medesimo una politica controllata dei tassi, piuttosto che quella dichiarata: di veder garantito a tutti un finanziamento a tassi proporzionati” (113).

17. - Il profondo disagio esistenziale che connoterebbe il presente è stato detto essere “non più che il portato della volontà di chi – atteso che la cultura del sacrificio e della solidarietà da tempo sarebbe morta -, in una smodata autoreferenzialità egoistica (114), avrebbe smesso di riconoscersi nell'ob-

(108) Cfr. Santacroce, *La nuova disciplina penale dell'usura*, cit., loc. cit., 1537, e nt. 27.

(109) Ancora, Santacroce, *op. e loc. cit.*, 1532, e nt. 11. Il quale ha aggiunto che “la disciplina dell'usura è sempre stata legata [in epoca anteriore al codice Rocco] alla *fecondità del denaro*; e che infatti [...] in un regime ispirato a *liberismo economico* l'usura non è soggetta a repressione penale”.

(110) Cfr. Santacroce, *op. e loc. cit.*, 1541 s.

(111) Cfr. Masullo, *A due anni dalla riforma del delitto di usura*, cit., loc. cit. (*De iure*), 17. “Così – è stato precisato –, se per un soggetto che è in condizioni di accedere al credito bancario un tasso che superi il 19,49% (per un privato) o il 16,46% (per un'impresa) è usurario per la legge penale; per una persona pri va delle garanzie necessarie a ottenere un finanziamento bancario (ed è costretta a rivolgersi a un intermedio), la protezione penale scatta solo in presenza di un tasso superiore al 40,44%”.

(112) Come ha sostenuto con precisione, al termine della attenta analisi, la Masullo (*loc. cit.*, 17): col colle gare la riportata soluzione alla “definizione di *usurarietà* di cui al comma 3 dell'art. 644, che impedisce di considerare (pur in presenza delle ‘condizioni di difficoltà economica e finanziaria’ di una parte) come usurario il tasso medio” stabilito dalla legge.

(113) Ancora, Masullo, *op. e loc. cit.*, 18.

(114) Di netta ascendenza nietzscheana. Da richiamare è infatti qui il dire di Zarathustra: “Tanta giustizia e compassione, altrettanta debolezza”. Essere giusti e pietosi significa dunque essere deboli. Perché

bligo di vivere anche un poco per gli altri, e non per se stesso soltanto (115). Eppure i paradigmi della *sussidiarietà* – dopo la Costituzione italiana – non certamente a caso sono transitati nei Trattati: di Maastricht (7 febbraio 1992), e di Amsterdam (2 ottobre '97) (116); e avrebbero dovuto incidere pertanto, e in modo non epidermico – contro certi individualismi – nel tessuto delle “formazioni sociali” alle quali sono stati devoluti i compiti di aiuto effettivo: nelle difficili vicende della vita dei singoli e delle comunità di persone: come dovrebbe essere nel caso della usura (117).

La Repubblica democratica italiana dunque, a' termini degli artt. 1 – 3 Cost, da molto tempo avrebbe dovuto (come disposto dalla legge 108 del 1996) “impiegare mezzi idonei a contrastare nel modo più efficace il fenomeno dell'usura”: anche col controllare – come nel caso del riciclaggio – le *operazioni sospette*; e adottando magari – come riguardo alla criminalità organizzata – adeguate misure di prevenzione, personali e patrimoniali.

Ci sono intanto – esse pure tutte ben note – le inefficienze delle *politiche anti-usura*: contro le esorbitanti garanzie, principali e accessorie, richieste per accordare il credito; o le defatiganti dilazioni (di tempo in tempo) nella concessione dei *fidi*; e, poi, ancora peggio: le richieste da parte delle banche dell'«immediato rientro del fido»; che quasi sempre gettano l'afidatario nella più cupa disperazione: tale addirittura da guidarlo nel tristissimo cammino verso l'usuraio. Il quale si direbbe esser lì ad attenderlo, come per un rito! E parimenti nota è la neanche tuttora avviata attivazione di altre *misure volte a scongiurare l'usura*: con l'istituzione, ad esempio, del *microcredito* e, soprattutto, delle *banche etiche*: per resistenze sì comprensibili ma, certo, non meritevoli di seguito.

E neppure sono mancate, in tutti gli anni successivi alla loro istituzione, le denunce di *inefficienze, disfunzioni, ritardi*, e persino *reati*, che hanno compromesso in modo irrimediabile gli scopi del “Fondo di solidarietà per le vittime dell'usura”, e del “Fondo per la prevenzione del fenomeno dell'usura” (*ex artt. 14 e 15 della l. 7 marzo 1996 n. 108*).

Ragioni non ben calibrate e ingenuità palesi sono venute del resto dalle sedi competenti dell'Economia monetaria, e anche della Politica. Quasi che fossero stati illusori gli stessi termini della *Harmonienschleure*, della idea cioè del *mercato* come strumento di una qualche conciliazione tra etica ed economia; e anche la riflessione sulla incidenza della “giustizia negli affari”. Eppure, ormai da tempo John Rawls ha avanzato la propria “idea, frutto di lunga quanto profonda ed estesa riflessione, per una strategia di *reale giustizia distributiva*”: posta alla confluenza tra l'accettazione dell'economia di mercato e l'accorto dosaggio nella combinazione della *ragion pratica* – che *deve essere* nell'*homo oeconomicus* – con la *ragionevolezza*, che *deve operare* nell'*homo publicus*: perchè questi colga – nel rispetto della dignità umana – il più alto messaggio della lezione kantiana (118). La quale – tutt'altro che superata dalla prospettiva *asimmetrica*, dell'«etica della responsabilità», come disegnata da Hans Jonas (119) – ne è, al contrario, corroborata: atteso che “l'archetipo di ogni responsabilità è quella *dell'uomo per l'uomo*;

essere forti significa rifiutare la pietà e la giustizia. “Ma la plebe dirà ammiccando: ‘Noi siamo tutti uguali’. [...] Non vi sono uomini superiori: [...] l'uomo è uomo, e davanti a Dio siamo tutti uguali! [...] Ma questo Dio è morto. Davanti alla plebe, però, noi non vogliamo essere uguali. [...] Uomini superiori, questo Dio era il vostro più grave pericolo. [...] Dio è morto: ora noi vogliamo che viva il Superuomo” (cfr. *Così parlò Zarathustra. Un libro per tutti e per nessuno*, 1983-'85: t.i., Opere, VI, t.I, Milano, 1973², 225 s.).

(115) G. Lipovetsky, *L'era del vuoto. Saggi sull'individualismo contemporaneo*, t.i., Milano, 1995, 253

(116) A. Quadrio Curzio, *Sussidiarietà e sviluppo. Paradigmi per l'Europa e per l'Italia*, Milano, 2002, *passim*; A. Rinella - L. Coen - R. Scarciglia (a c. di), *Sussidiarietà e ordinamento costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999, *passim*

(117) G. Todeschini, *Il mercante e il tempio*, Bologna, 2002, 32 ss.

(118) Cfr. *Political liberalism*, New York, 1993, t.i., Torino, 1994, lezione II, § 1.

(119) Cfr. «*Prinzip Verantwortung*» und die Frage nach einer Ethik für das wissenschaftliche Zeitalter, Frankfurt a.M.-New York, 1988: t.i., *Il principio responsabilità*, Torino, 1990, 103; 163.

[...] e tale responsabilità non può che accentuarsi progressivamente per l'uomo: per effetto del suo non aver operato [all'occorrenza] per il bene dei suoi simili, specie dei più fragili e vulnerabili" (120).

Il *potere economico* avrebbe dovuto dunque affiancare il *politico* (121): suggerire, se non attuare esso stesso adeguati, pronti rimedi contro l'allarmante recrudescenza dell'usura! E invece, il sistema bancario italiano, assecondato dalla stessa banca di emissione – di fronte alla opzione normativa del *tasso usurario rigido*, venuta affiorando quando or mai erano prossimi al termine i lavori per la riforma dell'art. 644 c.p. – si è detto avere reagito in termini di netto dissenso rispetto alla più rigorosa scelta legislativa indicata: per averla infatti ritenuta "lesiva dell'autonomia imprenditoriale delle banche e della responsabilità esclusiva che spetta ai relativi organi aziendali nella valutazione del merito di credito" (122). Una affermazione che – al cospetto di un *illicito la cui offensività si misura sulla stessa dignità dell'essere umano*: nei termini prescritti dall'art. 41 c.2 e 3 Cost. – si presta a interpretazioni inquietanti sì, è palese; proprio per questo, però, tali da confermare positivi i riferimenti che hanno orientato la politica legislativa verso la struttura attuale del delitto previsto dall'art. 644 c.p. Il cui 'tasso di usura rigido' potrà, in presenza dei rimanenti estremi, veder conferita rilevanza di usura anche a finanzia menti disposti da funzionari di banche che, in ipotesi, avessero preferito improntare il loro comportamento ai dettami scaturiti dalla "autonomia imprenditoriale" degli organi competenti dei rispettivi istituti, anziché al dettato della legge penale. La cui determinazione – per lo stesso modo di vedere stabiliti i tassi previsti nei commi 1 e 2 dell'art.2 della l.108 del 1996 per le corrispondenti operazioni (123) – conferisce concretezza, e certezza alla nuova fattispecie. Col che dovrebbe potersi dire superata la *indeterminatezza* che nella norma abrogata era nell'aver agito «*approfittando dello stato di bisogno di una persona*»: il cui accertamento era affidato – in relazione alle *differenti* situazioni dedotte in *valutazione* – alla sola semplice *sensibilità-discrezionalità* dell'interprete – giudice.

Non sarà superfluo d'altronde puntualizzare che, sullo stesso piano della scienza del l'economia, l'asserto delle banche si sarebbe prestato a qualche severo rilievo critico (124); e anche per la ragione che, "date le variabili di ogni sistema economico, vi intervengo no poi relazioni di reciproca causalità [anche normativa]; che debbono essere – tutte, e simultaneamente – prese in considerazione, e singolarmente e adeguatamente esamina te: [...] anche nella direzione di un equilibrio tra i differenti mercati" (125).

18. - Pur con le manchevolezze che anche questa volta ne hanno connotato l'esito (126), la "legge 7.3.'96 n.108, in materia di usura", ha inteso conferire un volto *autentico* alla dimensione giuridica di una realtà patologica della *società complessa*,

(120) Jonas, *op.cit.*,124

(121) A. Sen, *On Ethics and Economics*, Oxford,1987, t.i, *Etica ed economia*, Roma-Bari,2001,23 ss.

(122) Cfr. Santacroce, *La nuova disciplina penale dell'usura*, cit,*loc.cit.*,1541. "Secondo le banche, si è aggiunto, il mercato del credito ufficiale non avrebbe potuto correre il rischio di un improprio guinzaglio, o di un calmere fuori delle regole lecite della concorrenza".

(123) Si noti che, per l'art.2 c.3 l.108/'96, "le banche e gli intermediari finanziari ed ogni altro ente autorizzato alla erogazione del credito sono tenuti ad affiggere nella rispettiva sede, e in ciascuna delle proprie dipendenze aperte al pubblico, in modo facilmente visibile, un apposito avviso concernente la classificazione delle operazioni e la rilevazione dei [rispettivi] tassi previsti nei commi 1 e 2".

(124) D. Masciandaro, *Banche e riciclaggio. Analisi economica e regolamentazione*, Milano,1994, *pas. e sign.*, 108 ss.

(125) Cfr. L. Robbins, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, London,1984, t.i. *Saggio sulla natura della scienza economica*, Torino,1993,33 ss; C. Napoleoni-F. Ronchetti, *Il pensiero economico del Novecento*, Torino,1999,67ss.

Su "*Economia e congiuntura del credito*", e su "*Il ruolo del sistema bancario*" nella realtà italiana pre cedente la riforma delle norme penali sull'usura, Santacroce, *La nuova disciplina penale dell'usura*, cit, *loc.cit.*,1534 ss.

(126) Su cui, C. Riviezzo, *Le nuove disposizioni in materia di usura*, in *Italia Oggi - Gazzetta giuridica*, 1996,131 ss.

e a rischio, del tempo che si vive. E così – al precipuo scopo della *determinazione ex lege del tasso di interesse usurario*: per vedere in questo modo garantita la *certezza della legge penale* (quindi la *libertà – responsabilità* dell'uomo) – ha avuto luogo la riforma dell'art. 644 c.p; nella cui previsione, accanto al *denaro* – come oggetto materiale della prestazione usuraria – in luogo di "altra cosa mobile" è stata posta "ogni altra utilità": al chiaro scopo di svincolare in tal modo l'usura dalla precedente sua connotazione di *illicito a lesività patrimoniale*, per vederle invece così attribuita una idoneità *lesiva della dignità umana* (art. 41 c.2 Cost). Un riflesso ermeneutico – dell'oggetto materiale sulla *oggettività giuridica del reato* (127); che ha trovato piena, netta conferma nella istituita *solidarietà*: con le norme degli artt.14 e 15 della diano richiamata legge 108 del '96, riferite rispettivamente al Fondo di *solidarietà* per le vittime dell'usura, e al Fondo per la *prevenzione dell'usura*.

Il *principio di sussidiarietà (subsidiarii officii principium)* (128) – che alla Costituente italiana trovò entusiastica accoglienza negli artt. 2 e 3 Cost, e assunse il nome specifico e il volto della *solidarietà* (129) – ha potuto, in occasione della riforma della materia della usura, trovare nella legge che ne è scaturita la «concretizzazione» (130), che è dei *principi* (non delle semplici *regole*) della Costituzione. E ora – proprio perchè, come è stato con fine lucidità puntualizzato (131), spetta all'interprete di ogni principio della Costituzione "determinarne l'*ethos*, cioè la visione [del mondo e] della vita cui esso corrisponde" – è *hic et nunc* indispensabile trarre dal *principio solidaristico*, in riferimento all'usura, che il legislatore ha inteso prevenire il reato mediante gli strumenti diano indicati; e ha stabilito di punire in modo severo l'autore del delitto: per avere egli 'iugulato' il *suo prossimo* "in condizioni di difficoltà economica o finanziaria", con l'imporgli "interessi usura ri; o altri vantaggi o compensi che, seppure inferiori al tasso usurario; avuto riguardo alla concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultino comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità". Un quadro che, nelle attuazioni pratiche, contraddice in maniera smaccata la intonazione personalistico-solidarista della legge fondamentale: perchè è di qualcuno che, non solo non presta aiuto al suo prossimo che versò in gravi difficoltà economiche e finanziarie, ma approfitti di tale situazione per *costringerlo* a obbligazioni di netta marca usuraria.

Una realtà, questa, che non sarebbe dovuta sicuramente sfuggire alla Cassazione, in occasione delle pronunce diano richiamate. Nelle quali è mancata la necessaria percezione del *disvalore del fatto*. Che si sarebbe dovuto rifrangere nel dolo; del quale – nel l'accertamento – avrebbe dovuto costituire il *peculiare oggetto*. E ciò del resto: sia in relazione al *fatto*, sia quanto al *concorso di altre persone nel reato*: due momenti cui non è stata certo considerata la rilevanza, si sa quanto peculiare, che sarebbe loro spettata (132).

(127) Per A. Boido, *op. cit.*, 297, nt.150, "al nuovo art.644 c.p. non possono attribuirsi, ad attentamente consi derare la sua struttura e il complessivo operare della disciplina penale attraverso la normazione seconda ria, intenti dirigistici di sorta; il calmieramento del mercato è effetto di tale nuova disciplina, ma l'oggetto della tutela non è il contenimento del prezzo del denaro" (c.n).

(128) Su cui J. Delors, *Le principe de subsidiarité: contribution au débat*, in AA.VV, *Subsidiarité, défi du changement*, Maastricht,1991,13 ss, per il quale "l'enunciato del principio potrebbe trovarsi nel detto: "ogni formazione sociale deve considerarsi, e operare unicamente in funzione della realizzazione della persona umana". E su questo, anche A. Quadrio Curzio, *op. e loc.cit.* Per il quale il *principio di solidarietà è il derivato immediato e diretto del principio di sussidiarietà*".

(129) Nel "solidarismo" come *dottrina sociale* (e politica) si ritrovarono esponenti della cultura italiana: socialisti e cristiani: gli uni, di cultura laica, di positivisti, quali Leon Bourgeois e Charles Gide; gli altri vicini al filosofo ed economista cattolico tedesco Heinrich Pesch.

(130) Cfr. G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*. Torino, 2009,9 7 s.

(131) G. Zagrebelsky, *op. cit.*, 99.

(132) Anche nella pubblicazione della sentenza della Cass, Sez.II, C.c.,19 febbraio - 26 marzo 2010, 12028, Caletti – "*La valutazione del carattere usurario del tasso di interesse praticato dagli istituti di credito*", con *Osservazioni*, di A. Cugini, in *Cass.pen.*,12/2010, 1301.4, 4133 ss. Nelle "*Osservazioni*" citt. (4140 ss) è richiamata l'altra pronuncia,

Ora l'usura – giudicata, da Aristotele (133) come poi da Kant (134), “spregevole: per il suo essere null'altro che un sordido profitto” (pur venendo essa tollerata dal diritto: per via di “un economico *liberismo*, e non già di un etico *liberalismo*” (135) – assunse sì, col codice Rocco che volle costituirlo come illecito penale, un disvalore patrimoniale, atteso il *contratto*: tra chi, per ricevere un prestito di *denaro* o di un'altra *cosa mobile*, si obbliga a dare, o promette (reato a cooperazione artificiosa della vittima) interessi o altri vantaggi usurari all'altro contraente; ma l'illecito si caratterizzò in particolare per l'ave re, l'usuraio (mutuante), “*approfittato dello stato di bisogno*” dell'usuraio (mutuatario).

Non qui tuttavia occorre soffermarsi sui profili di rilevanza giuridica civile dell'usura (in riferimento alla precedente e alla attuale sua disciplina penale); chè invece mette conto constatare come la riforma del '96 – con tutte le sue norme: anche quella sulla *prescrizione* (644-ter) (136) – ha inteso fronteggiare il grave delitto; la cui *cifra oscura*, e la *visibilità sociale* sono lì a segnalare l'alta pericolosità criminale¹³⁷. E non si possono certo considerare epidermiche, di non consistente spessore le osservazioni e riflessioni nelle analisi attuali e meno recenti intervenute sull'inquietante fenomeno dell'usura (138). La quale – col rendere l'usuraio, si potrebbe dire *ancora*: un “*addictus*” (139), uno “schiavo per debiti” – aggredisce “*the inherent dignity*” (140) della persona. La quale, ha detto bene Niklas Luhmann, “resta costantemente impiantata sulla base

della stessa Cass, Sez. II, 22 luglio 2010, 28743, ed è *soltanto* precisato che “anche in tale caso la S.C. [ha] mostr[ato] di accogliere l'impostazione [...] della sentenza di primo grado con cui si è riconosciuta l'insussistenza dell'elemento psicologico del reato di usura in ragione della minima entità dei superamenti, della episodicità degli stessi, nonché della «presenza di una normativa secondaria di settore solo successivamente rivisitata dalla Banca d'Italia»”.

Ancora per la Boido, *op. cit.*, 297, “la colpevolezza dell'usura, in conseguenza della novella si è spostata dalla consapevolezza dell'abuso della relazione economica alla consapevolezza di un dato sintomatico dell'abuso, costituito dall'allontanamento nel caso concreto dalla media del prezzo del denaro praticato sul mercato”. E da questo è stato dedotto un “*dolo 'trasparente' di un reato di mera disobbedienza*”; e di seguito è stato osservato che “in questi casi l'affermazione della colpevolezza si avvicina pericolosamente al trattamento soggettivo del fatto secondo il desueto principio del *dolus in re ipsa*”.

(133) Per il quale (*Politica*, cit., I, 10, 1257-58) l'usura è espressione della *cremastica* (incompatibile con l'*etica*), che è materia degli “affari compiuti in vista solamente dell'altro profitto, quindi di un eccessivo o illecito arricchimento”. Mentre “l'*economia* è destinata a occuparsi degli aspetti - morali - degli affari”.

(134) Per il quale “l'usura si pone contro il valore assoluto - *Würde* - degli esseri umani come persone” (cfr. *Metaphysik der Sitten*, 1793, t.I, *La metafisica dei costumi*, t.I, Roma-Bari, 1998⁴, pt.I, § 31).

(135) Così, B. Croce, *Liberismo e liberalismo*, Napoli, 1927, cit., 13 ss.

(136) Su cui, ben documentate e penetranti, le osservazioni e riflessioni di M.N. Masullo (*Usura e permanenza: a proposito del termine di prescrizione*, in *Cass. pen.*2/2000,544 ss, e in *De jure*), per la quale - pur tenuto conto delle suggestive proposte interpretative della “usura come reato a consumazione prolungata o a condotta frazionata”, “numerosi indici normativi - aldilà di un'imperfetta formulazione normativa dell'art.644 c.p - confermano l'idea dell'usura come reato istantaneo”. *Contra*, tuttavia, Santacroce, *op. e loc. cit.*, per il quale “l'unica chiave di lettura giuridicamente corretta della norma è dell'idea dell'usura come reato (eventualmente) permanente. [...] Il senso della modifica legislativa è chiaro: favorire una migliore repressione dell'usura: evitando che, nei casi in cui trascorre un notevole lasso di tempo tra la stipulazione dell'accordo usurario e la dazione degli interessi, la vittima si trovi sfornita di tutela a causa dell'avvenuta prescrizione del reato”.

(137) Ampie notizie e considerazioni in: Santacroce, *La nuova disciplina*, cit., *loc. cit.*, 1529 ss. .

(138) Cfr. AA.VV., *Capital Remuneration: the inescapable Debate*, in *Finance and common Good*, 17/2004, 18 ss.; H. Siems, *Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen*, Stuttgart, 1992, *pas*.

(139) Cfr. Cicerone, *De off.*, 1,5: “*Vitam suam quam maximis praeiis propositam et pene addictam sciebat*” (“Egli sapeva che la sua vita era messa in vendita, e aggiudicata al prezzo proposto dal migliore offerente”).

(140) Come si legge nel *Preambolo* della *Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo*, del 1948

reale del riconoscimento sociale dell'uomo” (141). E infatti, essa *annienta* la personalità morale, la stessa capacità contrattuale dell'usuraio. Che è alla mercé dell'usuraio. La *sua*, infatti, è la *libertà* di chi – in “condizioni di difficoltà economica e finanziaria” – “è costretto a sottostare al giogo dello strozzino: perché egli è nudo e povero e debole e disarmato: come un bambino” (142).

Non è casuale dunque che dal *novus ordo* sia stata prevista una *circostanza aggravante ad effetto speciale* per il caso che “il reato sia stato commesso in danno di chi versi *in stato di bisogno*”. E invero appena da constatare la ben più elevata *colpevolezza*, e *pericolosità sociale* di chi – preso dall'intento di locupletazione – rimane indifferente al la palese debolezza economico-sociale del suo prossimo, astretto dall'urgente bisogno di un prestito di denaro. E l'ordine giuridico ha inteso rispondere con un aggravamento della pena nei confronti dell'*avidità*, *insensibile* alla richiesta dell'*humanum subsidium*. E così – sul piano della tutela – non può sfuggire il mutamento della stessa fisionomia del reato: la cui precedente struttura era incentrata nell'aver l'agente commesso il fatto «*approfittando dello stato di bisogno della vittima*», mentre questo stesso paradigma ha assunto ora la funzione di una ben più consistente protezione della persona debole: a esprimere la maggior severità dell'ordinamento rispetto alla recrudescenza dell'usura.

E la medesima funzione sono chiamate ad assolvere le restanti quattro circostanze aggravanti. La prima delle quali – “le pene sono aumentate da un terzo alla metà se il colpevole ha agito nell'esercizio di una attività professionale, *bancaria* o di *intermediazione finanziaria mobiliare*” – è espressiva della gravemente motivata riprovevolezza nei confronti di chi, in termini di percepita professionalità, è preposto all'*esercizio del credito* o alla *intermediazione finanziaria*, e ne tradisce la funzione. La quale non può non far fulcro sul l'affidamento che la banca o l'istituto finanziario assegnano alla competenza dei loro collaboratori o dipendenti; i quali, a loro volta, compresi della peculiare rilevanza sociale dell'intermediazione creditizia o finanziaria in tutti i rami dell'economia, sono tenuti a garantire agli utenti dei servizi fiducia e garanzia, cioè onestà (143).

Ora, questa peculiare colpevolezza – di cui si sarebbero dovuti presentare intrinseci sia il dolo del fatto, che il dolo di concorso – non sarebbe dovuta certo sfuggire alla Cassazione, le cui richiamate (e criticate) pronunce si sarebbero dovute snodare su cadenze logico-economico-giuridiche corrispondenti alle percepite esigenze della legge penale.

19. - *La economia civile* – che, per l'abate Antonio Genovesi (144), avrebbe dovuto rappresentare il “luogo in cui l'eudemonia può essere raggiunta grazie a leggi buone e giuste, a commerci degni, e a sani corpi civili (fra cui gli istituti di credito) mediante i quali gli uomini debbono poter esercitare la socialità nelle diverse industrie: specie con adegua ti sostegni alle classi popolari” – è realtà espressiva, ripresa oggi da voci autorevoli (145); le quali – in riferimento agli sviluppi della ‘economia del benessere’ – hanno riportato al centro dell'attività economica proprio la ‘impostazione eudemonistica’, rinvigorita da Amartya K.Sen: specie col far fulcro sul ‘metavalore’ della *democrazia deliberativa* (146).

(141) Cfr. N. Luhmann, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin,1999,72

(142) Così, G. Marcel, *La dignité humaine et ses assises existentielles*, Paris,1964,168

(143) Torna qui alla mente, per analogia – con riguardo al preteso tradimento degli intellettuali nei confronti della verità e della giustizia – il significativo saggio di Julien Benda, *La trahison des clercs* (Paris,1927, t.I, *Il tradimento dei chierici*,Milano,1947) che accese il dibattito, non solo in Francia, sull'antinazionalismo e sull'esistenzialismo.

(144) Primo titolare nel mondo di una cattedra di economia, istituita nell'Università di Napoli nel 1754, che diede al suo ‘Corso di studio’ il titolo di “*Lezioni di commercio o sia di economia civile*” (riedito a c. di M.L. Perna, Napoli,2005; e per la biografia del Genovesi, ancora Perna, in *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. LIII, pp.148-153).

(145) L. Bruni, *Civil Happiness. Economics and Human Flourishing in Historical Perspective*, London,2006, *pas*; L. Bruni-S. Zamagni, *Economia civile*, Bologna,2004,74 ss; *amplius*, ora *Dizionario di economia civile* (a c. L. Bruni-S. Zamagni), Roma, 2009, *passim*.

(146) Cfr. *On Ethics and Economics*, t.I, Roma-Bari, 2001, cit., *sig.*20 e *pas*.

Siccome però l'economia – e lo ha precisato L.C.Robbins – “attiene al comportamento umano: come relazione tra scopi e mezzi scarsi suscettibili di impieghi alternativi” (147); senza doversi attardare qui sui differenti termini, e i momenti specifici di qualunque processo economico, di quello produttivo in particolare (nel quale è l'*homo œconomicus* a dover essere riferimento dell'attività lecita da svolgere), altro non resta da constatare se non l'incidenza che, nella vitalità di ogni impresa, assume di norma il finanziamento dell'attività – eventualmente (e però il più delle volte) – da parte degli istituti di credito.

Il capitalismo maturo ha coperto invero – quando, e come ha potuto – le nequizie che il nichilismo del tempo attuale ha presentato, col porre mano a “non ameni inganni”. “*Pecunia non olet*” è stato infatti, fra gli altri, il credo occulto anche di grandi imprese economiche: finchè gli ultimi anni Settanta di fine millennio non hanno consentito – a tutti nel mondo – di comprendere che il riciclaggio costituisce uno dei massimi mali dell'economia; che l'*usura* è un volto: dei più insidiosi e frequenti che assume il riciclaggio; e che la corruzione completa la corona di stelle di un capitalismo realmente malato.

“Le banche hanno ormai assunto il controllo delle maggiori imprese produttive” – è stato del resto precisato; e “costante è anche l'incidenza dei mercati finanziari nel processo di allocazione del controllo produttivo” (148). D'altro lato, pressochè scomparso l'imprenditore singolo, gli è subentrato il “fondo di investimento”; il quale gestisce un certo numero di imprese: di ognuna delle quali risponde l'*amministratore delegato*, chiamato ad attuare nel modo più spedito il piano industriale, e a realizzare l'*utile prefissato*. E così il tramonto dell'*impresa individuale* è una perdita netta nel mondo economico. Una persona che, a capo di un complesso di persone e di mezzi economici, svolge il proprio compito – secondo scelte attente, e nell'osservanza della legge del sacrificio – è una garanzia di impegno e di fedeltà al progetto di cui è stato riconosciuto il valore. E la banca, a finanziarne le iniziative, non avrebbe avuto che da dividerne il successo.

Anche il risparmio – e specie in Italia, dove numerosi sono sempre stati, e tuttora rimangono i risparmiatori: e ingenti così debbono dirsi le risorse disponibili –, la limitazione nell'impiego del denaro resta penalizzata anzichè essere adeguatamente remunerata. Il che pure, come è evidente, finisce per alimentare l'*usura*: da parte di coloro che impiegano a largo vantaggio proprio le risorse altrui, *non potute investire diversamente*.

L'autentico interrogativo metodologico che – aldilà della netta opposizione: e di senso, e di valore etico-politico-sociale quanto al prestito di denaro (fruttifero certo: al pari dei beni *eiusdem generis*), tra l'*usurarius* e il *mercator* – resta allora, e qui realmente meritevole di seguito è solo la via per la scoperta della ragione per la quale, con la riforma del '96, il legislatore italiano (al pari del suo omologo francese) ha fissato il tasso legale di usura applicabile nei confronti delle banche nella identica misura che per i cittadini. Solo che così – atteso non esser più, questa, una incognita –, c'è da prendere atto che la ‘civiltà’ (*cultus humanus civilisque*), come sistema organizzativo del vivere insieme: tra persone libere e uguali, ha ormai compiuto il proprio itinerario verso la ‘città’ (*civitas*) (149).

Che pertanto, il <corpo> e l'<anima> della società politica – non certo scissi nel loro agire comunicativo (150): perchè

(147) Cfr. *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, London, 1984: t.i. *Saggio sulla natura e l'importanza della scienza economica*, Torino, 1988⁴, 25 ss.

(148) E. Screpanti, *The Fundamental Institutions of Capitalism*, London, 2001, 72 ss.; 92 ss; e *passim*.

(149) A. Michelis, *Hans Jonas La libertà umana in mondi dai confini dilatati e non certi*. Postfazione a H.Jonas, *Problemi di libertà* (a c. Emidio Spinelli), Torino, 2010, 224.

(150) J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a.M., 1981, t.i. Bologna, 1986, *pas*.

nulla di imprevisto è sopravvenuto a turbare un rapporto armonico – debbono associare effettivo rispetto al vivere dell'ordinamento etico-giuridico sul le frequenze (*Diskursethik*) del *pacta sunt servanda*. *Jus e iudicium*, infatti, non possono che garantirsi in modo reciproco: sulla base – salda – di una “comunicazione, libera e non deformata”, che è presupposto di un “interesse pratico, ed anche emancipativo” (151).

20. - La nietzscheana “operazione intellettuale di demistificazione – affidata a spiriti forti e indipendenti, i quali avessero inteso dare impulso a una sovversione dei cosiddetti valori eterni, e che si sarebbero voluti, in modo poetico o retorico o metaforico, ritrova re [...] nel sostrato delle relazioni umane più coinvolgenti perchè elevate” (152) – è fallita: dato che proprio quei valori, siccome autentici, hanno dimostrato di poter resistere alle “rivoluzioni senza limiti, e al fanatismo etico-politico contro la dignità dell'uomo” (153).

La legge fondamentale del resto e le altre norme, che hanno potuto nei fatti smentire la prospettiva di Carl Schmitt (154) circa la pretesa loro funzione di *verzweifelte Postulat* [postulato disperato], sono servite invece a far comprendere che la Costituzione e le leggi rappresentano il momento deontologico della razionalità politica, della efficienza tecnica e, in genere, della cultura e della storia viva di un popolo: tutte in movimento verso un ulteriore e migliore destino, di aperta e diffusa civiltà per ogni essere umano. Mentre il reato continua a essere invece “la volontà del male, di una coscienza infelice: in grado di esprimere una forte tendenza solipsistica” (155), di chiunque realmente intenda porsi contro la dignità di chiunque altro: nel proprio essere o avere e, comunque, in relazione all'esprimersi della personalità di ogni uomo nella propria esperienza di vita.

Non si può fare e meno di ricordare, allora e qui, che qualche critico effettivamente consapevole; a seguito di più analisi socio-politiche, e di attente riflessioni diffuse sulla ‘società post moderna’ (156), ha ritenuto di dover denunciare qualcuna delle numerose insidie che si associano al “rischio di abbandonare il passato, alla mercé del futuro” (157); e ciò, per effetto della presenza nella attuale società (qualificata come *globalizzata*, o *complessa*, o *liquida*, o a rischio) di una opulenza fuori controllo; ottenuta, chissà: per mezzo di frode o di riciclaggio o di usura; e persino mediante finanziamenti ‘legittimi’.

Ora, nel caso della ‘usura bancaria’, della quale si è occupata la Cassazione – che ha escluso la responsabilità penale di dirigenti e funzionari di un noto istituto di credito: per la ritenuta mancanza nel fatto del caratteristico dolo del contestato reato continuato e aggravato, e del dolo di concorso – si deve constatare aver tralasciato, la Corte: che “il concetto di responsabilità implica quello di un dover essere: sia come normatività del sussistere di qualcosa, sia come normatività dell'agire di qualcuno: in riferimento al la normatività dell'essere” (158). Una normatività questa, che – per la struttura stessa del l'art. 644 c.p: dato il suo formarsi mediante gli apporti tecnico-economici di coloro che vi hanno contribui-

(151) J. Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, Frankfurt a.M., 1979, t.i. Roma-Bari, 1983², 27 ss.; 61 ss.

(152) F. Nietzsche, *Jenseits von Gut und Böse*, Leipzig, 1886, I §10; ID, *Zur Genealogie der Moral*, *ibid.*, 1887, 3 § 7.

(153) D. Bonhoeffer, *Widerstand und Ergebung. Briefe und Aufzeichnungen aus der Haft*, München, 1955, t.i: *Resistenza e resa. Lettere e altri scritti dal carcere*, Brescia, 2002, *passim*.

(154) Cfr. *Il problema della legalità*, in ID, *Le categorie del politico*, t.i. Bologna, 1972, 292.

(155) G. W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie der Rechts*, Berlin, 1821, § 139: t.i. Milano, 1996, 124.

(156) Ad es, Z. Bauman, *L'arte della vita*, Roma-Bari, 2009, *pas*; ID, *Consumo, dunque sono*, *ibid.*, 2009, *pas*.

(157) H. Arendt, *Between Past and Future*, New York, 1961: t.i. Milano, 1991, *passim*.

(158) H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt a.M., 1979: *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1990, 162.

to; e poi, quanto ai peculiari termini dei fatti, per quel che è stato riportato nelle stesse pronunce – non avrebbe potuto certo presentarsi problematica. “La legge penale – ha tenuto non a caso ad avvertire Immanuel Kant – è un *imperativo categorico*” (159): la cui osservanza non può dunque ammettere termini o condizioni.

Ma poi nel caso la *colpevolezza*, quale presupposto della pena, sarebbe dovuta consistere (com'è stato chiarito), in un giudizio di *disapprovazione giuridica del fatto* (e peraltro in una ipotesi di usura, di netta *creazione normativa*), quindi di un apprezzamento di riprovevolezza, di sicura valutazione negativa (in riferimento all'ordine giuridico dei valori sociali) di *avvertiti autori, effettivi* responsabili del medesimo (160) – “dato che sarebbe stato da loro certamente *esigibile* un comportamento rispettoso del bene protetto da una specifica norma, che essi avrebbero potuto – quindi dovuto – conoscere, e osservare”.

Solo, però, che quando alla *colpevolezza* (come nei casi esaminati) è stata disconosciuta la *peculiare sua realtà-dignità normativa* (ex art.27 Cost), con ciò stesso – nel «l'età dei diritti» (161) – sono rimaste nettamente oblite anche le norme degli artt.2 e 3 Cost. (“la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo; [e] tutti i cittadini hanno pari dignità sociale, e sono uguali davanti alla legge”). Non si può non riconoscere infatti essere stata nella sostanza qui misconosciuta la *par condicio civium* (162): perchè ai funzionari di un istituto di credito – pur non incorsi in errore inevitabile quanto al divieto; o altrimenti scusante – è stato ritenuto di non dover muovere rimprovero per i fatti di usura commessi: dato che “non particolarmente gravi”; e perchè “gli autori non sarebbero riusciti a formarsi [ma neanche ne sono stati addotti idonei motivi] una reale ed effettiva coscienza dell'illecito” (163). Come dire dunque che anche altri – ove ritenuti incolpevoli (come quei funzionari di settore di un istituto di credito) – *ceteris paribus*, sarebbero stati da assolvere ‘perchè il fatto non costituisce reato’. Con una palese *inter pretatio abrogans* della [– così inutilmente –] riformata norma incriminatrice dell'usura; e con una sconvolgente condizione discriminatoria delle persone danneggiate dal reato.

Ora, da tempo non si è mancato di ammonire che il Diritto, e “i diritti, [vanno] presi sul serio” (164). E a ricordarlo forse dovrebbero esser sufficienti le norme (degli artt.2 e 3) della Costituzione.

VINCENZO SCORDAMAGLIA

(159) Cfr. *Die Metaphysik der Sitten*, Berlin, 1924, 151 ss. T.i: *La metafisica dei costumi*, Bari, 1983, 164 ss. E ha continuato il Filosofo: “guai se la *giustizia* scompare, non ha più alcun valore che degli uomini vivano sulla terra”. Appena da rilevare qui – come già altrove (cfr.V. Scordamaglia, *Colpa, responsabilità, e pena*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2004, 391) – che, in questo modo, Kant ha pensato di avere raggiunto il suo scopo: far dipendere la legge penale (*imperativo giuridico*) dalla legge morale (*imperativo categorico*)”.

(160) P. Noll, *Die ethische Begründung der Strafe*, Tübingen, 1992, 30 s; K. Roxin, *Sinn und Grenzen Staatlicher Strafe*, in *Juristische Schulung. Zeitschriften für Studium und Ausbildung*, München, 1966, 378 ss.

(161) È il titolo dell'opera di N. Bobbio (Torino, 1992², rist. 8/1998).

(162) “Diritti dell'uomo, democrazia, e pace – si trova affermato in Bobbio (*op.cit.*, VII s)– sono tre momenti necessari dello stesso movimento storico; [...] che quindi senza diritti dell'uomo riconosciuti e pro tetti non c'è democrazia; e che senza democrazia non ci sono le condizioni minime per la soluzione pacifica dei conflitti. E che così, in altre parole, la democrazia è la società dei cittadini, e i sudditi diventano cittadini quando vengono loro riconosciuti alcuni diritti fondamentali”.

(163) Ha rilevato F. Viola (*Il dibattito contemporaneo sulla legge naturale*, in *Agg. soc.*, 1997, 884) che “le qualificazioni e gli apprezzamenti circa fatti e persone hanno vita dura nell'«età dei diritti», perchè il valore in sé della persona umana non può accettare alcuna subordinazione alle conseguenze dell'azione”.

(164) R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass), 1978, t.i: *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.

GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE (*)

A) SENTENZE

1. CODICE PENALE

SEZIONE VI - 1 dicembre 2010

Pres. Agrò - Rel. Milo - P.M. Selvaggi (conc. conf.) - Ric. Massé.

Reato in genere - Estinzione (cause di) - Prescrizione - Giudizio di appello e di cassazione - Applicabilità dei termini di prescrizione più brevi ex lege n. 251 del 2005 - Esclusione - Questione di legittimità costituzionale - Infondatezza (L. 5 dicembre 2005 n. 251, art. 10, comma 3; Cedu, art. 7; Costituzione, art. 117).

La modifica mitigatrice della legge penale per effetto di una mutata valutazione, rimessa alla scelta del legislatore, del disvalore del fatto tipico non può non riverberarsi - di norma e in ossequio al principio di uguaglianza - a vantaggio di chi ha posto in essere la condotta in un momento anteriore. Ciò non toglie, però, che possano ricorrere ragioni che giustifichino limitazioni e deroghe al principio della retroattività della legge penale favorevole, ove sussista contemporaneamente la necessità di salvaguardare interessi contrapposti di analogo rilievo. Ne deriva, pertanto, che è ammissibile la deroga al regime della retroattività delle norme che riducono i termini di prescrizione del reato se essa è coerente con la funzione assegnata dall'ordinamento all'istituto della prescrizione, ovvero sia la necessità di soddisfare l'efficienza del processo e la salvaguardia dei diritti dei soggetti destinatari della funzione giurisdizionale (1).

Fatto e diritto. 1 - Maurizio Massé tramite il proprio difensore, ha proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza 13/6/2008 della Corte d'Appello di Milano che, in parziale

(1) Ex Cirielli: manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10/3. Luci ed ombre di un apparente dietrofront.

SOMMARIO: 1. La sentenza in esame. - 2. I percorsi giurisprudenziali della consulta prima della pronuncia della corte europea resa nel giudizio n.10249/03. - 3. La decisione della grande camera della corte europea dei diritti dell'uomo del 17 settembre 2009. - 4. Lo *ius novum* e l'ordinanza 22357/10 della Corte di Cassazione. - 5. Rilievi critici al *revirement* giurisprudenziale della Corte di Cassazione. - 6. L'art. 117/1 della Costituzione: norma cogente per il legislatore e parametro di valutazione della legittimità costituzionale. - 7. Osservazioni conclusive.

Abstract.

La sesta sezione della Corte di Cassazione, con la sentenza in esame, ha recentemente respinto - dichiarandola manifestamente infondata - l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 10 della L. 251/05, sollevata dalla difesa dell'imputato per asserito contrasto con l'art. 117 Cost. nella parte in cui impone al potere legislativo statale e regionale il rispetto dei “vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli altri obblighi internazionali”.

A conclusioni nettamente antitetiche era giunta, poco meno di un anno prima, la Seconda Sezione della stessa Corte che, chiamata a pronunciarsi sulla medesima questione, con l'ordinanza n. 22357 del 27 maggio 2010 (dep. 11 giugno 2010), l'aveva giudicata non manifestamente infondata e rilevante, trasmettendo gli atti alla Consulta.

Lo scrutinio costituzionale recentemente invocato, seppur diver-

(*) A cura di Corrado Carnevale.

riforma (e con conferma del resto) della decisione di condanna 21/3/2005 emessa dal locale Tribunale, riduceva ad anni uno e mesi due di reclusione la pena inflittagli in relazione ai seguenti reati, ritenuti in continuazione tra loro:

a) reato di cui agli artt. 81 cpv e 611 c.p., per avere, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, minacciato ripetutamente, tra il 24 giugno e il 15 luglio 1996, Pasquale Ventricelli per costringerlo a rendere falsa testimonianza nel processo penale pendente dinanzi al Tribunale di Milano a carico di esso Massè e di Ruggero Madii, imputati di estorsione in danno di parenti dello stesso Ventricelli;

b) reato di cui all'art. 111 in relazione agli artt. 384 e 372 c.p., per avere, con il comportamento di cui al capo che precede, determinato il Ventricelli a ritrattare, nel corso dell'udienza dibattimentale 15/7/1996 relativa al citato processo, le

so, richiama alla mente quello deciso con sentenza 28 marzo 2008 n. 72 dalla Corte Costituzionale che, sollecitata a valutare la compatibilità della norma *de qua* con i principi di cui agli artt. 3, 10 e 11 della Carta Costituzionale, si era pronunciata con declaratoria di infondatezza.

Sulle premesse logico giuridiche di tale ultima sentenza si innestano le argomentazioni fondanti la decisione in esame, benchè, per come si avrà modo di evidenziare nel presente scritto, in realtà, il giudizio deciso con la sentenza n.72/08 e quello tuttora pendente dinanzi alla Consulta sono assolutamente eterogenei.

La sentenza in esame.

Con la decisione in commento la Sesta Sezione della Suprema Corte di Cassazione, dinanzi alla quale era stata sollevata dalla difesa dell'imputato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 comma 3 L.251/05 per asserito contrasto con gli artt. 117 Cost. e 7 CEDU, ha rigettato il ricorso dell'imputato, dichiarando manifestamente infondata la prospettata questione di legittimità.

La pronuncia evidenzia un deciso mutamento di indirizzo rispetto a quello espresso dalla Seconda Sezione della stessa Suprema Corte con l'ordinanza del 27 maggio 2010 n. 22357. Per tali ragioni essa riveste un particolare interesse e va esaminata, innanzitutto, nel suo impianto motivazionale.

La Suprema Corte ha preliminarmente recepito i recenti arresti giurisprudenziali della Consulta e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed ha finanche sostenuto che "la retroattività della *lex mitior* [...] ha indubbiamente un fondamento costituzionale" (1). Da tale premessa, il Supremo Collegio ha fatto discendere, come regola di principio, la naturale applicabilità della disciplina penale più mite in favore del soggetto che ha posto in essere la condotta tipica in epoca anteriore alla modifica legislativa (2).

La Corte, tuttavia, traendo le sue argomentazioni dall'orientamento espresso dalla Consulta nella sentenza 28 marzo 2007 n. 72, che però verteva su diversi vizi di incostituzionalità, ha immediatamente precisato che il principio di retroattività della *lex mitior* (3) può subire deroghe legislative laddove "sussista contemporaneamente la necessità di salvaguardare interessi contrapposti di analogo rilievo" rinvenibili nell'esigenza di "non vanificare le attività processuali già compiute e cristallizzate – al momento dell'entrata in vigore delle nuove norme – secondo cadenze calcolate in base ai tempi di prescrizione più lunghi vigenti all'atto del loro compimento e di tutelare così interessi di rilievo costituzionale sottesi al processo, come la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale".

Segue, nella motivazione, un positivo riscontro di tali opposti interessi – di analogo e prevalente rilievo – con inevitabile declaratoria di manifesta infondatezza della questione prospettata.

(1) Il principio della retroattività della *lex mitior* trova esplicito riconoscimento costituzionale nella Carta Costituzionale Francese e viene definito "non un istituto umanitas causa, ma un debito di giustizia", Pessina, *Elementi di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1882, p. 99.

(2) Nell'ordinamento italiano la successione delle leggi è regolata, ex art. 11 disp. prel. c.c., dal principio di *irretroattività assoluta*. In ambito penale, tuttavia, opera il principio di *irretroattività relativa*, per cui, in ossequio al *favor libertatis*, è irretroattiva la legge sfavorevole mentre è retroattiva la legge favorevole. La regola, codificata nell'art. 2 c.p., trova riconoscimento anche nell'"art. 25/2 Cost., poiché, anche in base a detto disposto e nonostante la formulazione sintetica e generica dello stesso, la irretroattività va intesa in senso relativo". (F. Mantovani, *Diritto Penale*, Cedam, 2001, p.87).

(3) Su cui si è diffusamente soffermato A. Vassalli ne "Abolition criminis e principii costituzionali" in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1983, p. 377.

dichiarazioni rese ai Carabinieri di Milano Porta Magenta in data 4/5/1996 (contestata la recidiva reiterata).

2 - Con un primo motivo, il ricorrente denuncia il vizio di motivazione in ordine al formulato giudizio di responsabilità, basato sostanzialmente sulle sole dichiarazioni rese dal Ventricelli, senza averne valutato adeguatamente l'attendibilità.

La doglianza non è fondata.

La sentenza impugnata analizza in modo approfondito il comportamento tenuto, nell'ambito della presente vicenda, dal Ventricelli e perviene alla conclusione che la testimonianza incriminata del predetto è oggettivamente falsa, in quanto incerta, confusa, reticente e condizionata dal palese stato di terrore in cui versava il dichiarante, che aveva finito con lo smentire irragionevolmente sé stesso, minimizzando – con-

2. I percorsi giurisprudenziali della Consulta prima della pronuncia della Corte Europea del 17 settembre 2010.

Per meglio comprendere la distonia emersa in seno alla Corte di Cassazione appare opportuno ripercorrere, con la debita sintesi, l'intera vicenda che ha interessato l'art. 10 comma 3 L. 251/05, più volte sottoposto al vaglio di legittimità costituzionale.

Sono ben noti i dilemmi di disciplina intertemporale che ha generato la riforma legislativa operata con la L. 251/05 in materia di prescrizione dei reati (4).

La norma di cui all'art. 10, nella sua originaria formulazione, circoscriveva i favorevoli effetti della novella ai soli imputati di reati nei cui confronti, al momento della sua entrata in vigore, non fosse stata ancora dichiarata, in sede processuale, l'apertura del dibattimento di primo grado.

La disposizione aveva, già nel suo primo anno di vigenza, patito la prima (ed, allo stato, unica) censura della Consulta che, con la sentenza n. 393/06, nel pronunciarsi sulla questione di legittimità della norma per asserito contrasto con l'art. 3 della Costituzione, ne aveva dichiarato l'incostituzionalità nella parte in cui escludeva la sua applicabilità retroattiva ai reati per cui, nel relativo processo penale, fossero stati già compiuti gli adempimenti di cui all'art. 492 c.p.p. (5).

Il Giudice delle Leggi, nel pronunciarsi sulla parziale incostituzionalità della norma, aveva elaborato un articolato impianto motivazionale, secondo il quale il principio di retroattività della norma penale più favorevole: (i) "non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25, secondo comma, della Costituzione", circoscritta al solo "divieto di interpretazione retroattiva della norma incriminatrice, nonché di quella altrimenti più sfavorevole per il reo"; (ii) è principio codificato da legge ordinaria e pertanto derogabile – nel rispetto dei canoni di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione – "quando ricorra una sufficiente ragione giustificativa"; (iii) "non è affermato soltanto, come criterio generale dall'art. 2 cod. pen., ma è stato sancito sia a livello internazionale sia livello comunitario", rispettivamente dagli artt. 15 primo comma, del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966 e 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Date tali premesse, la Consulta aveva quindi sancito che "il livello di rilevanza dell'interesse preservato dal principio di retroattività della *lex mitior* [...] impone di ritenere che il valore da esso tutelato possa essere sacrificato da una legge ordinaria solo in favore di interessi di analogo rilievo quali [...] quelli dell'efficienza del processo, della salvaguardia dei soggetti che, in vario modo, sono destinatari della funzione giurisdizionale, e quelli che coinvolgono interessi o esigenze dell'intera collettività nazionale connessi a valori costituzionali di primario rilievo".

In modo estremamente chiaro, infine, la Corte aveva statuito che: "lo scrutinio di costituzionalità ex art. 3 Cost. sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole al reo deve [comunque] superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole".

(4) In senso apertamente critico nei confronti della novella introdotta con la L. 251/05 Padovani, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida al Diritto, Dossier mensile n. 1, 2006, 32* e Nordio, *Prescrizione: un pasticcio inutile. Ignorati il sistema della logica e la logica di un sistema*, in *Diritto & Giustizia*, 2005, n. 46, p. 90 e ss.

(5) A commento della sentenza 393/06 della Corte Costituzionale si segnala P.Ferrua, *Ex Cirielli: così cade la norma transitoria. Ombre sul controllo di ragionevolezza*, in *Diritto & Giustizia*, 2006, 45, 46 e E. Ambrosetti, *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la "costituzionalizzazione" del principio di retroattività delle norme favorevoli al reo*, in *Cass. Pen.* 2007, 2, 424.

trariamente a quanto in precedenza aveva riferito ai Carabinieri e al P.M. – il fatto estorsivo del quale erano chiamati a rispondere il Massè e il Madio. Tale conclusione trova conferma, secondo la sentenza in verifica, nelle attendibili dichiarazioni rese, dopo la definizione del quel processo, dal Ventricelli che aveva riferito, in modo preciso, dettagliato e coerente, delle pressioni e delle esplicite minacce di cui era stato destinatario, mentre era detenuto presso la Casa Circondariale di San Vittore, ad opera del Massè e di intermediari del medesimo perché testimoniassero il vero nel dibattimento che si doveva celebrare, dopo qualche giorno, a carico del medesimo Massè e del Madio.

Tale percorso argomentativo, immune da vizi logici, dà conto delle ragioni che giustificano la conclusione alla quale perviene in ordine alla piena attendibilità della principale

I presupposti e le considerazioni in diritto persuadevano la Corte a dichiarare irragionevole il limite di applicazione retroattiva della *lex mitior* - preclusa in caso di avvenuta apertura del dibattimento nel giudizio di primo grado al momento di entrata in vigore della legge - ed a dichiarare la parziale incostituzionalità della norma.

L'arresto giurisprudenziale della Consulta, per cui la deroga al principio di retroattività della *lex mitior* doveva sottostare ad un positivo vaglio di ragionevolezza, apriva la strada a nuove ed ulteriori censure mirate ad evidenziare come irragionevole fosse altresì la residua deroga collegata alla pendenza del processo nei successivi gradi di giudizio ed in particolare nel giudizio di appello (6).

La questione veniva pertanto nuovamente portata all'attenzione della Consulta con le ordinanze nn. 273/06 (emessa dalla Corte di Appello di L'Aquila), 105/07, 106/07 e 107/07, 347/07 e 383/07 (emesse dalla Corte di Appello di Roma) e 647/07 emessa dalla Corte di Appello di Palermo, tramite le quali si denunciava, pressoché univocamente, il contrasto tra l'art. 10 comma 3 L. 251/05 e gli articoli 3, 10 e 11 della Costituzione.

La Consulta, dopo aver dichiarato manifestamente inammissibili talune ordinanze di remissione, giudicava infondate le questioni di costituzionalità sollevate con le ordinanze n. 107/07, 347/07 e 343/07 della Corte di Appello di Roma.

Gli sviluppi argomentativi – prescindendo dall'esito negativo dello scrutinio di legittimità costituzionale – sono degni di un rapido cenno.

Dopo aver ripercorso l'iter argomentativo della sentenza n. 393/06, la Corte Costituzionale concludeva ritenendo ragionevole il limite fissato nell'art. 10 comma 3 L. 251/05, posto che "nei giudizi penali di appello (e ancor più in quelli di cassazione), l'esigenza di evitare che l'acquisizione del materiale probatorio (e quindi l'esercizio del diritto di difesa dell'imputato) sia resa più difficile dallo scorrere del tempo è già soddisfatta dalla disciplina positiva di tali giudizi. Pertanto, "la scelta legislativa di escludere l'applicazione a tali giudizi dei nuovi termini di prescrizione è ragionevole, non potendosi per essi invocare la ricordata esigenza cui il fondamento della prescrizione è correlato".

La sentenza del 2008, nella sua parte conclusiva, anticipa uno dei temi che verrà ripreso nella pronuncia oggetto del presente commento e che può dirsi sintetizzato nei seguenti termini: "La ragionevolezza di tale scelta è poi ulteriormente comprovata dal rilievo che essa [...] mira ad evitare la dispersione delle attività processuali già compiute all'entrata in vigore della legge n. 251/05, secondo cadenze calcolate in base ai tempi di prescrizione più lunghi vigenti all'atto del loro compimento" (7). E supera l'ipotizzato conflitto con le norme di natura comunitaria ed internazionale (e quindi con gli artt. 10 e 11 Cost.), ribadendo come la ragionevolezza della scelta legislativa sia in grado di superare anche tale limite: "dalla ragionevolezza della scelta operata dal legislatore discende, infine, anche la non fondatezza delle questioni prospettate in riferimento agli art. 10, secondo comma, e 11 della Costituzione, e ciò sulla base delle affermazioni contenute nella sentenza n. 393 del 2006 che, nel riconoscere la portata generale dei principi ricavabili dai trattati internazionali circa l'applicazione retroattiva delle disposizioni più favorevoli all'imputato, ha anche ammesso che a tale applicazione si può derogare sulla base di un vaglio positivo di ragionevolezza, nella specie sussistente".

Le predette conclusioni, per come si avrà modo di argomentare in

(6) In termini premonitori P. Ferrua "Ex Cirielli, così cade la norma transitoria. Ombre sul controllo di ragionevolezza" in *Diritto & Giustizia*, 2006, 45, 46.

(7) L'attenzione ai tempi ed alle cadenze processuali programmate sulla base del regime prescrizione prevalente appare del tutto inopportuna se misurata con il principio di concentrazione del processo penale e con la naturale constatazione per cui lo stesso identico problema di vanificazione dell'attività processuale svolta si presenta ad ogni modifica legislativa di diritto penale sostanziale.

fonte di accusa, quale prova della colpevolezza dell'imputato, e si sottrae a qualunque censura di legittimità.

3 - Privato di pregio anche il secondo motivo, con quale si deduce l'erronea interpretazione e la mancata applicazione degli artt. 49/3°, 393 c.p. e 521 c.p.p., con riferimento alla qualificazione giuridica dei fatti contestati, che dovevano essere inquadrati nel paradigma dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza e minaccia alla persona.

A prescindere da qualunque altra considerazione, rileva la Corte che non è dato comprendere quale preteso diritto l'imputato avrebbe inteso esercitare nel determinare attraverso ripetute e gravi minacce, il Ventricelli a rendere una falsa testimonianza. Fuori luogo, quindi, si rivela il riferimento all'art. 393 c.p..

Il ricorrente, nell'esplicitare il motivo di doglianza in

seguito, in quanto fondanti il ragionamento ripercorso nella sentenza della Corte di Cassazione in esame, meritano più attenta valutazione.

3. La decisione n. 10249/03 della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo .

Nel contesto giurisprudenziale domestico sin qui delineato si è innestata un'importante pronuncia giurisprudenziale di matrice sovranazionale: il 17 settembre 2009 la Corte di Strasburgo, nel caso Scoppola contro Italia, si è infatti pronunciata in ordine alla violazione, da parte dell'Italia, degli articoli 6 e 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Violazione consistita nell'applicazione retroattiva delle modifiche legislative in *peius*, apportate dal D. L. n. 341 del 2000 all'art. 442 c.p.p..

La *Grande Chambre*, nel corposo impianto motivazionale della sua decisione, cristallizza - in modo incidentale ma estremamente netto - un principio: "l'articolo 7 della Convenzione garantisce non solo il principio di irretroattività delle norme criminali più severe ma anche, implicitamente, il principio di retroattività delle norme più favorevoli. Tale principio si incarna nella regola per cui laddove ci siano differenze tra la norma incriminatrice in vigore al momento della commissione del reato e successive norme incriminatrici entrate in vigore prima che la sentenza definitiva sia stata pronunciata, il giudice deve applicare la legge le cui disposizioni sono più favorevoli alla difesa." (8).

Il principio viene esplicitato dopo aver premesso che: "La garanzia sancita dall'art. 7, elemento sostanziale della preminenza del diritto, occupa un posto fondamentale nel sistema di tutela della Convenzione, come dimostra il fatto che l'art. 15 non prevede alcuna deroga ad essa in tempo di guerra o di altro pericolo pubblico" (9).

Alla pronuncia - letta alla luce dei precedenti e paralleli sviluppi giurisprudenziali della Consulta sul tema dei limiti al potere legislativo derivanti dalle fonti di diritto comunitario ed internazionale, consacrato dall'art. 117 della Costituzione - deve riconoscersi un effetto dirompente.

La Corte Costituzionale, infatti, con le sentenze n. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, ha precisato che le disposizioni della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, rese esecutive nel nostro ordinamento interno con legge ordinaria, non rientrano tra le fonti internazionali di cui agli artt. 10 e 11 della nostra Carta Costituzionale, ma vincolano il legislatore ai sensi dell'art. 117 Cost..

La Costituzione, infatti, s'è dotata - a seguito della riforma operata con la L. Cost. n. 3/01 - di un meccanismo di recepimento diretto ed immediato degli obblighi internazionali che, prima della predetta riforma, operando solo in ragione degli artt. 10 e 11 Cost. non vincolavano in modo esplicito e diretto l'attività legislativa.

"Non v'è dubbio", sancisce la Consulta, "che il nuovo testo dell'art.

(8) La pronuncia nella sua versione in lingua ufficiale recita: "article 7 § of the Convention guarantees not only the principle of non-retroactivity of more stringent criminal laws but also, and implicitly, the principle of retroactivity of the more lenient criminal law. That principle is embodied in the rule that where there are differences between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and subsequent criminal laws enacted before a final judgement is rendered, the court must apply the law whose provisions are most favourable to the defendant." (*Grand Chamber, European Court of Human Right, judgement 17 september 2009, § 109*).

(9) Nella versione in lingua ufficiale la Corte si pronuncia nei seguenti termini: "The guarantee enshrined in Article 7, which is an essential element of the rule of law, occupies a prominent place in the Convention system of protection, as is underlined by the fact that no derogation from it is permissible under Article 15 of the Convention in time of war or other public emergency." Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sentenza, Grande Camera, 17 settembre 2009, par. 92.

esame, parla anche di falsa testimonianza innocua, che non avrebbe deviato il “corretto funzionamento della giustizia”. È il caso di sottolineare che, ai fini della sussistenza del delitto di falsa testimonianza, non rileva l’uso che il giudice del processo principale abbia fatto della deposizione o l’esito della sua utilizzazione nell’insieme delle prove di cui disponeva, essendo sufficiente che la dichiarazione fosse pertinente al giudizio e potesse, sia pure astrattamente, influire sulla decisione.

4 - il ricorrente lamenta anche il vizio di motivazione in ordine al diniego delle circostanze attenuanti generiche e alla ritenuta operatività della recidiva.

In ordine ad entrambi i profili, la sentenza impugnata, richiamando anche quella di primo grado, fa leva sulla

117, primo comma, Cost., ha colmato una lacuna e che, in armonia con le Costituzioni di altri Paesi europei, si collega, a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta Costituzionale, al quadro dei principi che espressamente già garantivano a livello primario l’osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato”. (Corte Costituzionale, Sent. n. 349 del 24 ottobre 2007).

Con le due sentenze citate, in termini praticamente analoghi, si consacra, in modo definitivo, il seguente principio: *“Tra gli obblighi internazionali assunti dall’Italia con la sottoscrizione e la ratifica della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione”.* (Corte Costituzionale, Sent. n. 348 del 24 ottobre 2007) (10).

4. Lo *jus novum* e l’ordinanza n. 22357/10 della Corte di Cassazione.

Il quadro organico che emerge dalle citate sentenze ha rappresentato il terreno fertile ove è inevitabilmente fiorita una nuova e diversa questione di legittimità costituzionale dell’art. 10 comma 3 L. 251/05, radicata sull’asserita incompatibilità della norma *de qua* con i vincoli derivanti dalle norme di carattere internazionale e comunitario a cui *“la potestà legislativa”* dello Stato e delle Regioni deve scrupolosamente attenersi ai sensi del novellato art. 117 Cost. come interpretato dalla medesima Consulta.

Il giudizio di legittimità costituzionale è infatti stato puntualmente instaurato con l’ordinanza n. 22357/10 emessa in data 27 maggio 2010 (dep. 11 giugno 2010) dalla Seconda Sezione della Corte di Cassazione.

Gli argomenti enucleati in modo estremamente chiaro nel corpo della motivazione dell’ordinanza di remissione meritano di essere, in questa sede, ripercorsi.

Il ragionamento logico – suffragato dai precedenti arresti della Suprema Corte di cui alle sentenze n. 93 del 2010, 311 e 317 del 2009 e 239 del 2009 – si fonda sui seguenti assunti: (i) *“la locuzione “disposizioni più favorevoli al reo” si riferisce a tutte quelle norme che apportino modifiche in melius alla disciplina di una fattispecie criminosa, ivi comprese quelle che incidono sulla prescrizione del reato”*; (ii) *“le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione – integrano quali <<norme interposte>>, il parametro costituzionale espresso dall’art. 117, primo comma, Cost. nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli <<obblighi internazionali>>; (iii) “nel caso in cui si profili un eventuale contrasto tra una norma interna e una norma CEDU, il giudice nazionale comune deve, quindi, preventivamente verificare la praticabilità di una interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica e, ove tale soluzione risulti impercorribile (non potendo egli disapplicare la norma interna contrastante), deve denunciare la rilevata incompatibilità proponendo questione di legittimità costituzionale”.*

(10) Il suddetto principio troverà chiara conferma in una recentissima pronuncia della Consulta: *“a partire dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007, la giurisprudenza di questa Corte è costante nel ritenere che le norme della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo – nel significato loro attribuito dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione – integrano, quali “norme interposte”, il parametro costituzionale espresso dall’art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli “obblighi internazionali”.* (Corte Costituzionale, sent. n. 93/10).

negativa personalità dell’imputato e sulla pervicacia da costui dimostrata nel perseguire il suo obiettivo illecito. Trattasi di valutazione di merito che, in quanto immuni da vizi logici, non è censurabile sotto il profilo della legittimità.

5 - Con un ultimo motivo, si deduce la violazione dell’art. 129 c.p.p. e dell’art. 157 c.p., così come modificato dalla legge n. 251/05, per non essere stata dichiarata l’estinzione dei reati per prescrizione. Con motivi nuovi depositati il 26/10/2010, si solleva anche la questione di costituzionalità della norma transitoria di cui all’art. 10 della legge n. 251/05 (come risultante dopo la sentenza n. 393/06 C. Cost.), nella parte in cui esclude l’applicazione dei nuovi termini di prescrizione, se più favorevoli, per i processi già pendenti in grado d’appello o avanti alla Corte di Cassazione, in relazione agli art. 117 Cost. e / CEDU.

Per vero, l’attrito tra la norma interna sottoposta al vaglio della Consulta ed *“i vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e internazionale”* potrebbe teorizzarsi finanche in relazione alle norme fissate dall’art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York nel 1966 che, stabilendo la regola per cui *“se posteriormente alla commissione di un reato, la legge prevede l’applicazione di una pena più lieve il colpevole deve beneficiarne”*, appare, con la sua formulazione perentoria *“deve beneficiarne”*, incompatibile con le riserve temporali espresse nell’art. 10 L. 251/05.

Tuttavia, il contrasto si fa evidente quando la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo arriva a sostenere che, la norma pattizia di cui all’art. 7 CEDU *“... non sancisce solo il principio della irretroattività della legge penale più severa, ma anche, implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa”*, per cui, *“se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all’imputato”*.

Si tratta di un significato, pacificamente nuovo, che la *Grande Chambre* attribuisce all’art. 7 CEDU, maturato a fronte di un *“approccio dinamico ed evolutivo nell’interpretazione”* (11). Per tale ragione appare opportuna un’altra autonoma valutazione della Consulta, diversa dal giudizio positivo di compatibilità con gli artt. 3, 10 e 11 Cost. legato alla coesistenza e prevalenza di interessi contrapposti.

Rilievi critici al revirement giurisprudenziale della Suprema Corte.

In fondo al percorso giurisprudenziale – che parte dalla valutazione di ragionevolezza dei limiti fissati dall’art. 10 L. 251/05, operata con la sentenza Corte Costituzionale 23 novembre 2006 n. 393, e termina con il riconoscimento del rango costituzionale del principio di retroattività della *lex mitior*, ammesso esplicitamente dalla recentissima pronuncia in commento – si colloca la medesima sentenza della Sesta Sezione della Corte di Cassazione, 1 dicembre 2010 n. 2061 che, ereditando i concetti espressi nel 2006 e nel 2008 dalla Consulta, valorizzando opposti, ma non meno importanti, interessi rispetto a quello di applicazione retroattiva della norma penale più favorevole e ritenendo tale principio derogabile a mezzo legge ordinaria, delinea un netto e repentino cambio di direzione.

È tuttavia evidente come la recente istanza di scrutinio, avanzata dinanzi alla Seconda ed alla Sesta Sezione della Suprema Corte (le quali, come è chiaro, hanno palesato un evidente contrasto di orientamento) (12) appaia del tutto eterogenea rispetto alle precedenti e già citate questioni sollevate nel primo decennio del 2000.

(11) In merito alle ragioni logico giuridiche (determinate anche dallo *jus superveniens* di matrice internazionale e comunitaria) che hanno condotto al mutamento di orientamento della giurisprudenza della Corte Europea – la quale aveva in passato sempre negato che l’art. 7 Conv. garantisse il diritto a beneficiare di una pena più mite prevista da una legge posteriore al reato – è estremamente chiaro M. Gambardella ne *“Il «Caso Scoppola»: per la Corte Europea l’art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole”*, in *“Cassazione Penale”*, 2010, 660, pp. 2022, 2023.

(12) Contrasto che, in astratto, avrebbe potuto condurre ad una remissione alle Sezioni Unite della Suprema Corte, come avvenne nella vicenda relativa al problema del procedimento camerale non partecipato per l’applicazione delle misure di prevenzione nel giudizio che si svolge dinanzi alla Corte di Cassazione. Il procedimento camerale appariva infatti in contrasto con l’art. 6 CEDU, per come interpretato in diverse sentenze emanate dalla Corte Europea. Presso la Cassazione, su tale dilemma, si era sviluppato un vivace contrasto giurisprudenziale, dovuto anche alla obiettiva difficoltà di ricostruire

Rileva la Corte che i reati addebitati all'imputato non sono estinti per prescrizione, non essendo ancora decorso il termine massimo di anni 15 previsto dall'art.157/1° n. 3 in relazione all'art. 160/3° c.p., nel testo previgente, che deve trovare applicazione nella specie, considerato che il processo, alla data di entrata in vigore della novella normativa ex legge n. 251/05 (8/12/2005), era pendente in appello, essendo stata già pronunciata la sentenza di primo grado in data 21/3/2005 (cfr. Cass. S.U. 29/10/2009 n. 47008, D'Amato).

Quanto alla prospettata questione di costituzionalità, con espresso richiamo alla ordinanza 27/55/2010 n. 22357 con la quale la Seconda Sezione penale di questa Corte l'ha sollevata, ritiene il Collegio, di non condividere le argomentazioni sviluppate al riguardo in tale ordinanza.

Ciò, non solo perché diverse sono le norme costituzionali invocate a parametro di giudizio ma altresì perché – nel primo giudizio – la Consulta: (i) ha negato il rango costituzionale al principio di retroattività della *lex mitior*; (ii) si è limitata a valutare il rispetto del principio di eguaglianza raffrontando, alla luce dell'art. 3 Cost., una norma ordinaria (l'art. 2 c.p.) con un'altra norma ordinaria (l'art. 10 L. 251/05) e (iii) ha dichiarato infondata la questione ritenendo sussistenti "interessi contrapposti di analogo valore" che giustificavano l'apparente discriminazione. Mentre, nel secondo, dovrebbe necessariamente: (a.i) presupporre, ex art. 117 Cost., il rango costituzionale del principio di retroattività della legge più favorevole; (a.ii) valutare se tale principio, consacrato nell'art. 7 CEDU, è rispettato dal legislatore italiano; (a.iii) stabilire se esso possa o meno subire deroghe in favore di altri e contrapposti interessi di pari rilievo costituzionale ed individuare specificamente quali siano tali interessi.

Tale sottile differenza non pare recepita dalla Sesta Sezione della Corte di Cassazione la quale enuclea una serie di argomentazioni logiche che, seppur non condivisibili, meritano attenzione.

La valutazione già operata dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 393/06 e 72/08 sulla ragionevolezza delle deroghe incorporate nell'art. 10 comma 3 L. 251/05 viene assunta come rescindente dalla Sesta Sezione della Corte di Cassazione, sebbene essa maturi all'ombra di una questione diversamente posta ed assumendo, come *tertium comparationis* nella valutazione di ragionevolezza, non un interesse di pari rango costituzionale ma semplicemente "interessi di analogo valore", inteso come valore di legge ordinaria (posto che all'epoca di emanazione della sentenza il principio di retroattività non aveva pacifico riconoscimento costituzionale).

Lo scrutinio che, per contro, è tuttora demandato dalla Seconda Sezione della Cassazione alla Corte Costituzionale riguarda diverso e più specifico quesito: posto che (i) ai sensi dell'art. 117/1 Cost. "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali."; (ii) tra tali obblighi è recentemente stato annoverato dalla Corte Europea quello per cui "se la legge penale in vigore al momento della commissione del fatto e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia della decisione definitiva sono differenti, il giudice è tenuto ad applicare quelle le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato"; nell'emanazione della norma oggi sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale (art. 10 L. 251/05) può ritenersi rispettato il vincolo imposto al potere legislativo dall'art. 117 Cost. in relazione all'art. 7 CEDU come interpretato dalla Grande Chambre?

L'oggettiva diversità delle questioni rende evidente il motivo per cui, a parere dello scrivente, il giudizio di manifesta infondatezza emesso dalla Sesta Sezione della Corte di Cassazione appare fuorviato da un malinteso di fondo.

In second'ordine vale la pena di soffermarsi sull'analisi dei contrapposti interessi che, secondo la Sesta Sezione, determinano la soccombenza del principio di retroattività della *lex mitior* da essa stessa definito di "rango costituzionale".

"L'esclusione, ai sensi dell'art. 10 L. 251/05, dell'applicazione

l'orientamento della Corte di Strasburgo in relazione al caso specifico dei procedimenti che si svolgono davanti al giudice di legittimità. Il problema, invece di sfociare immediatamente in una questione di legittimità costituzionale, è stato portato all'attenzione delle sezioni unite, alle quali, una sezione semplice ha domandato come gestire la giurisprudenza di Strasburgo, chiedendole conseguentemente di valutare se è necessario, alla luce di quella giurisprudenza, mantenere l'interpretazione consolidata della legge, oppure correggerla in senso conforme alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, oppure ancora investire la Corte Costituzionale della questione di costituzionalità.

Rileva la Corte che la retroattività della *lex mitior*, pur avendo rango diverso dal principio d'irretroattività della norma incriminatrice, di cui all'art. 25, secondo comma, della Costituzione, ha indubbiamente un fondamento costituzionale. La modifica mitigatrice della legge penale per effetto di una mutata valutazione, rimessa alla scelta del legislatore, del disvalore del fatto tipico non può non riverberarsi – di norma e in ossequio al principio di uguaglianza – a vantaggio di chi ha posto in essere la condotta in un momento anteriore. Ciò non toglie, però, che possano ricorrere ragioni che giustificano limitazioni e deroghe al principio della retroattività della legge penale favorevole, ove sussista contemporaneamente la necessità di salvaguardare interessi contrapposti di analogo rilievo. Non va sottaciuto che, come ha

retroattiva della prescrizione più breve per i processi pendenti in appello o avanti la Corte di Cassazione discende dal fatto oggettivo e inequivocabile dello stadio avanzato in cui tali processi si trovano", afferma la Corte.

L'espressione utilizzata dalla Suprema Corte incarna in sé l'equivoco di fondo della questione. L'istituto della prescrizione è un istituto di natura genuinamente sostanziale. Esso riguarda i modi di estinzione del reato legati al decorso del tempo, commisurato all'astratta gravità dell'illecito. Il processo e le norme processuali gravitano su diverso ambito e sono in grado di incidere effettivamente sull'istituto della prescrizione solo allorquando, a seguito del processo, si sia giunti ad una sentenza irrevocabile, che cristallizza e soddisfa definitivamente la pretesa punitiva dello Stato. La stessa sentenza irrevocabile che, con l'effetto del giudicato, precluderebbe a priori l'applicabilità del principio di retroattività della *lex mitior*.

L'intervento legislativo che novelli l'istituto della prescrizione, rendendo più brevi i suoi termini e attenuando così la volontà punitiva dello Stato in ordine a date tipologie di reati, è del tutto analogo a quello che riduce la sanzione penale per determinati reati ovvero la escluda totalmente. Esso è quindi, al pari del principio di "irretroattività della norma incriminatrice", insuscettibile di deroghe legislative, tantopiù se esse sono poste a mezzo di legge ordinaria.

Per altro verso, tali deroghe – (i) "comportando l'applicazione a fatti pregressi di discipline che hanno perso d'attualità, si prest[erebbero] a stabilizzare gli effetti di manovre di favoritismo (c.d. leggi ad personam) (13) (ii) generando l'inaccettabile rischio che in ordine allo stesso fatto di reato operino due termini prescrizionali differenti e, per l'imputato che ha optato per un rito più accelerato, si applichi una disciplina deteriore rispetto a chi, scegliendo la lunga ed incerta via del giudizio ordinario, si veda in seguito avvantaggiato dalla norma penale più favorevole - oltre che precluse ai sensi dell'art. 117 Cost., paiono altresì foriere di gravissime conseguenze pratiche.

È per questi motivi che, lungi dal ripetersi sulle valutazioni di opportunità e di ragionevolezza del regime intertemporale cristallizzato nell'art. 10/3 L. 251/05, sarebbe vitale chiarire, una volta per tutte, che le modifiche alle norme sostanziali di diritto penale, irretroattive se peggiorative e retroattive se mitigatrici, non possono subordinare la loro applicabilità se non a condizioni direttamente legate al reato: "più corretto sarebbe stato, a nostro avviso, circoscrivere l'applicazione dei più brevi termini di prescrizione ai soli processi per i reati commessi dopo l'entrata in vigore della legge" (14).

6. L'art. 117/1 della Costituzione: norma cogente per il legislatore e parametro di valutazione della legittimità costituzionale.

In conclusione appare opportuno soffermarsi proprio sull'esame della norma che, alla luce dell'ordinanza di rimessione della questione di legittimità prospettata dalla Seconda Sezione della Corte di Cassazione, dovrà fungere da parametro di valutazione di legittimità costituzionale, e sulle norme internazionali e comunitarie che essa richiama.

L'espressa subordinazione del potere legislativo alle fonti pattizie di diritto comunitario e internazionale è stata introdotta nell'art. 117 Cost. a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione operata con la L. Cost. 18 ottobre 2001 n.3.

Per la verità, la stridente incongruenza rappresentata dal rango evidentemente costituzionale dei diritti garantiti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e il suo formale grado di legge ordinaria all'interno dell'ordinamento statale, già nel periodo antecedente alla riforma costituzionale, aveva stimolato la dottrina e la giurisprudenza

(13) Pulitanò, Diritto Penale, Giappichelli, 2009, 665.

(14) P. Ferrua, "Ex Cirielli, così cade la norma transitoria. Ombre sul controllo di ragionevolezza" in "Diritto & Giustizia", 2006, 45, 46.

avuto modo già di sottolineare il Giudice delle leggi (cfr. sentenze n. 393/06 e 72/08), il fondamento della prescrizione risiede nell'interesse generale di non perseguire più i reati rispetto ai quali sia trascorso un periodo di tempo che, secondo la valutazione del legislatore, ha comportato l'attenuazione dell'allarme sociale e reso più difficile l'acquisizione del materiale probatorio e, conseguentemente, l'esercizio del diritto di difesa dell'imputato. In sostanza la prescrizione mira a soddisfare l'efficienza del processo e la salvaguardia dei diritti dei soggetti destinatari della funzione giurisdizionale.

Da ciò consegue che è ammissibile la deroga al regime della retroattività delle norme che riducono i termini di prescrizione del reato se essa è coerente con la funzione asse-

verso la ricerca di soluzioni che mirassero a neutralizzare i pericoli di abrogazione delle sue norme ad opera di leggi ordinarie successive (15). Erano state così elaborate diverse teorie che agganciavano le norme CEDU agli articoli 2, 10, 11 e 111 della Costituzione.

Con la riforma costituzionale del 2001 si è definitivamente recepito e codificato il principio di soggezione del legislatore ai "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e internazionale". Il passo è stato estremamente importante e la norma di cui all'art. 117/1 Cost. è stata non a caso definita "statuizione di dirompente novità" (16) (17). Mancava solo la sua chiara interpretazione da parte della Consulta.

Finalmente, dopo sei anni dall'entrata in vigore della citata riforma del titolo V della Carta Costituzionale, la Corte Costituzionale, con le storiche sentenze n. 348 e 349 del 2007 (18), già citate *supra*, "ha dato forma [al vincolo] e lo ha reso concretamente operativo".

Alla luce delle due predette sentenze la dottrina (19), in maniera estremamente schematica e condivisibile (20), ha elaborato una breve serie di regole che chiariscono la concreta portata dell'art. 117/1 Cost: (i) Il meccanismo di adattamento automatico dell'ordinamento alle norme consuetudinarie di diritto internazionale trova riconoscimento nell'art. 10 Cost; (ii) Il meccanismo di adattamento automatico dell'ordinamento alle norme di diritto comunitario trova riconoscimento nell'art. 11 Cost.; (iii) Il meccanismo, più forte, di vera e propria subordinazione della fonte legislativa ordinaria alle norme pattizie comunitarie e internazionali trova riconoscimento nell'art. 117 Cost.; (iv) L'art. 117/1 Cost. opera un rinvio mobile alla norma pattizia conferente che

(15) Riassume le posizioni dottrinali attive in tal senso, D. Tega, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in *Diritti in azione*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007, 71 e ss.

(16) A. D'Atena, "La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea" in "Rassegna parlamentare" 2002, 915.

(17) La norma è stata peraltro interessata da un tentativo di abrogazione. Ci si riferisce al progetto di riforma costituzionale elaborato dal parlamento alla fine del 2005 e respinto dal referendum popolare del giugno 2006. Il testo del quesito referendario recitava: "Approvate il testo della Legge Costituzionale concernente "Modifiche alla parte II della Costituzione" approvato dal Parlamento e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 269 del 18 novembre 2005?".

(18) A commento delle due sentenze si segnala D. Tega, *Le sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "Sub-costituzionale" del diritto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, Il Mulino, Ed. on line. L'autrice afferma: "le decisioni in questione erano attese principalmente per due ordini di motivi, strettamente collegati tra loro: innanzitutto perché la Corte ha dovuto cimentarsi con l'art. 117, I comma, e in particolare chiarire il contenuto del rispetto degli obblighi internazionali e, in secondo luogo, perché si attendeva un riconoscimento dell'importanza assunta dal c.d. sistema di Strasburgo nell'ordinamento italiano e, di conseguenza, anche nel parametro del giudizio di costituzionalità".

(19) E. Lamarque, "Il vincolo alle Leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune", Relazione presentata al Seminario dal titolo "Corte Costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate", Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009. L'autrice elabora un decalogo di regole espunte dalle motivazioni delle sentenze n. 348 e 349 del 2007. Per comodità di lettura e per maggiore sintesi, le predette regole sono state rielaborate e riassunte dall'estensore della presente nota.

(20) I dettami sono enucleabili dalle motivazioni adottate dalla Corte Costituzionale, sia nelle due sentenze citate che in alcune successive sue pronunce (es. sentenze n. 93 del 2010, 311 e 317 del 2009 e 239 del 2009) che evidenziano piena e totale coerenza di argomentazioni.

gnata dall'ordinamento all'istituto della prescrizione.

L'esclusione, ai sensi dell'art. 10 legge n. 251/05, dell'applicazione retroattiva della prescrizione più breve per i processi pendenti in appello o davanti alla Corte di Cassazione discende dal fatto oggettivo e inequivocabile dello stadio avanzato in cui tali processi si trovano. L'intervenuta pronuncia della sentenza di condanna di primo grado è, infatti, significativamente correlata all'istituto della prescrizione, considerato che, di norma, il materiale probatorio è stato già acquisito nel corso del relativo dibattimento (in appello, la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale è ammessa soltanto in casi eccezionali) e, quindi, la ricordata esigenza cui è correlato il fondamento della prescrizione appare essere stata già soddisfatta.

La ragionevolezza della scelta del legislatore del 2005 si assume il rango di "norma interposta" nel giudizio di legittimità costituzionale; (v) Il contrasto tra norma interna (anteriore o successiva) e norma convenzionale genera sempre (salvo l'eccezione di cui al punto seguente) una questione di legittimità costituzionale; (vi) Il giudizio di legittimità costituzionale è attivabile solo se il contrasto è "insanabile in via interpretativa"; (vii) La Corte Costituzionale chiamata a pronunciarsi sul contrasto con l'art. 117/1 di una legge ordinaria "verifica congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe le disposizioni" e, solo "nell'ipotesi in cui la norma interposta risulti in contrasto con una norma costituzionale" la Corte "ha il dovere di dichiarare l'indebità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano"; (viii) le norme CEDU vivono nell'interpretazione che viene data loro dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (21).

È proprio dall'ultimo dei punti enumerati - per cui il testo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo non vive di vita propria, né esercita alcuna funzione concreta, se non grazie alle pronunce della Corte di Strasburgo che lo animano e lo riempiono di senso e di significato - che occorre partire per aver chiaro il parametro del giudizio di legittimità costituzionale che utilizzerà la Consulta nel caso di specie.

La centralità della funzione interpretativa della Corte Europea ha trovato importanti riscontri nella giurisprudenza interna che ne ha grandemente attinto: a) come criterio interpretativo ausiliario delle norme della Carta Costituzionale (22); b) come strumento d'interpretazione armonizzatrice della legge ordinaria con le fonti Costituzionali e Convenzionali; c) come parametro di giudizio sulla manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale (23); d) come motivo di illegittimità costituzionale delle norme ordinarie contrastanti con la norma costituzionale interposta così interpretata dalla Corte Europea (24).

Ad onor del vero, accanto alle reazioni positive non sono mancate manifestazioni di insofferenza da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità che, denunciando la omessa valutazione, da parte della Corte Europea, delle peculiarità degli ordinamenti interni dei singoli stati aderenti alla Convenzione, in taluni casi ha rettificato le interpretazioni fornite dalla Corte Europea e rigettato le questioni di legittimità costituzionale su esse costruite, nonostante fosse comunque evidente un chiaro contrasto tra la norma convenzionale, nel significato attribuito dalla Corte Europea, e la norma interna ordinaria.

Su tutte, una questione, relativa alla legittimità costituzionale dell'art 2 comma 3 L. 89/01, in materia di equa ripartizione per irragionevole durata dei processi, appare degna di più specifica menzione: Cass. Sez. I civ. 6 maggio 2009, n. 10415. In tale pronuncia la Corte, celandosi dietro ad un apparente richiamo al principio di ragionevolezza, ammette quanto è sotto gli occhi di tutti: il criterio di commisurazione dell'indennizzo, proposto dalla Corte di Strasburgo, non può essere

(21) L'insieme di regole enumerate sortirà, in primo luogo, l'effetto di chiarire al giudice quale sia il parametro costituzionale corretto da invocare di fronte alla Corte Costituzionale quando si rileva il contrasto di una norma interna con una norma convenzionale. L'art. 117 Cost. diviene definitivamente la norma con cui si misura la legittimità costituzionale della legge ordinaria configgente con la Convenzione. Le questioni mal poste, che individuano altre e diverse norme costituzionali (ad es. artt. 10 e 11 Cost) sono destinate ad essere rigettate per infondatezza (Accade ciò, per esempio, con la Sentenza della Corte Costituzionale n. 129 del 2008).

(22) Accade, ad esempio, in Cass. Civ. SS.UU. 9 settembre 2009, m. 19393, in relazione alla giurisdizione del giudice ordinario sul rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno per motivi umanitari.

(23) In tal senso, Cass. Pen. Sez. II, 20 maggio 2009, n. 23561, sulla possibilità di rinunciare al diritto di interrogare i testi a carico.

(24) Eloquentemente, in tal senso, è l'ordinanza n. 22357/10 della Seconda Sezione della Corte di Cassazione, più volte citata.

muove, tra l'altro, nella prospettiva di non vanificare le attività processuali già compiute e cristallizzate – al momento dell'entrata in vigore delle nuove norme – secondo "cadenze calcolate in base ai tempi di prescrizione più lunghi vigenti all'atto del loro compimento" e di tutelare così "interessi di rilievo costituzionale sottesi al processo, come la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale".

La ragionevolezza della scelta legislativa conduce a ritenere manifestamente infondata la sollevata questione di costituzionalità, con riferimento all'art. 117 Cost. in relazione alla norma interposta di cui all'art. 7 CEDU (nel significato attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo), in

accolto perché non è compatibile con il nostro sistema economico e di finanza pubblica. Questi, infatti, non sarebbe in grado di sostenere misure di ristoro maggiori rispetto a quelle previste dalla legge Pinto, moltiplicate per il numero così alto di processi eccessivamente lunghi che abbiamo in Italia, pena il possibile sacrificio di altri diritti fondamentali. "Insomma: (secondo la Cassazione) è meglio non sottoporre neppure il dubbio alla Corte Costituzionale, perché c'è il rischio fondatissimo che la Corte, sentendosi vincolata alla giurisprudenza di Strasburgo, dichiari incostituzionale la legge Pinto, nella parte in cui non concede l'indennizzo per tutti gli anni di durata del processo" (25).

Un giudizio di opportunità, quello che ha guidato il giudice *a quo* nel citato caso, al quale potrebbe forse ritenersi assimilabile quello adottato dalla Sesta Sezione della Corte di Cassazione, oggetto delle presenti osservazioni critiche. Cosciente dell'effetto che la pronuncia di incostituzionalità di una norma potrebbe avere nel sistema giuridico interno, la Suprema Corte tenta disperatamente di evitare il giudizio della Consulta.

La radicale diversità della questione portata come esempio rispetto a quella di odierno scrutinio costituzionale, in cui assume centrale importanza il principio di retroattività delle *lex mitior*, non consente, tuttavia, l'ipotizzato parallelismo. Un certo rilievo ha, infatti, il diritto all'equa riparazione per l'eccessiva durata dei processi, forse sacrificabile al cospetto di oggettive impossibilità economiche e finanziarie dello stato contraente, un altro, ben maggiore, ben più radicato e ben più inderogabile, ha il principio di tassatività e di legalità che permea, fin dalle origini, il nostro sistema penale.

Il principio di irretroattività della legge penale incriminatrice ed il suo analogo complemento incarnato nell'efficacia retroattiva della legge più mite (al quale oggi si riconosce finalmente in modo espresso "rango costituzionale"), infatti, costituisce il "midollo" del nostro sistema penale e non soggiace a giudizi di comparazione con interessi contrapposti e superiori, che possano giustificare una sua derogabilità. Tantomeno quando la deroga appare codificata in una disposizione di legge ordinaria.

E neppure è plausibile sostenere, quantomeno nel caso di specie, che il sistema delineato dalle sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e 349 del 2007, laddove si riconosce in capo alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo l'egemonia interpretativa delle norme CEDU, appare improntato ad eccessiva rigidità e - non differenziando le pronunce rese nei confronti dell'Italia e quelle rese nei confronti degli altri paesi - alimenta il rischio che il giudizio di legittimità costituzionale assuma come parametro di valutazione una decisione del tutto incompatibile con le peculiarità del sistema giuridico interno dell'Italia (26).

L'onere di trovare soluzioni di compromesso finalizzate all'attuazione dei diritti garantiti dalla Convenzione in modo compatibile con le peculiari caratteristiche culturali, politiche, economiche e istituzionali

(25) E. Lamarque, "Il vincolo alle Leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune", Relazione presentata al Seminario dal titolo "Corte Costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici", Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009.

(26) In merito alla reazione manifestata dalla giurisprudenza di merito di fronte alla regola che vincola il giudice all'interpretazione delle norme convenzionali fornita dalla Corte di Strasburgo si deve segnalare la tendenza della giurisprudenza domestica a "allentare la morsa" (definizione ereditata da M. Bignami in *L'interpretazione del giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, p.595 e ss.) del monopolio interpretativo della Corte Europea "che, [aprirebbe] le porte del giudizio di costituzionalità ad un numero molto più alto di spinose questioni di costituzionalità. In tali termini E. Lamarque, "Il vincolo alle Leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune", Relazione presentata al Seminario dal titolo "Corte Costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici", Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009.

quanto il generale principio ricavabile da quest'ultima norma circa l'applicazione retroattiva della disposizione più favorevole all'imputato ben può essere derogato per soddisfare, all'esito proprio di un vaglio positivo di ragionevolezza, esigenze meritevoli di uguale tutela, che, nel caso in esame, finiscono con l'assumere un particolare rilievo, perché gli effetti dell'istituto della prescrizione, in quanto correlati all'avanzato stadio del processo, risultano essersi definitivamente e legittimamente cristallizzati in base alla normativa previgente.

6 - Il ricorso deve, pertanto, essere rigettato. Conseguentemente, la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali (*omissis*).

del nostro paese è indubbiamente meritorio e deve trovare spazio laddove l'interpretazione fornita dalla Corte Europea – magari in giudizi in cui lo stato Italiano non è coinvolto – sia oggettivamente incompatibile con il nostro sistema giuridico.

Tuttavia, tale lodevole intento non può portare ad aggirare, in via interpretativa, questioni di evidente contrasto tra la normativa italiana e le disposizioni della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Soprattutto quando tali questioni hanno già condotto ad una condanna specifica per lo Stato italiano.

La pronuncia diretta allo Stato contraente, infatti, riduce drasticamente, ovvero neutralizza *in toto*, ogni residua ipotesi interpretativa alternativa rispetto a quella fornita dalla Corte Europea.

Pertanto, all'obiezione ed alle riserve sopra ipotizzate sarà facile replicare precisando che l'interpretazione dell'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo in ordine alla retroattività della *lex mitior* è stata fornita dalla Corte di Strasburgo proprio in relazione ad un caso giudiziario italiano e che l'Italia, per la soccombenza nel giudizio *de quo*, ha subito la inevitabile condanna per violazione dei diritti previsti dalla Convenzione.

7. Osservazioni conclusive.

La rappresentata evoluzione normativa e giurisprudenziale (interna e sovranazionale) che ha interessato i meccanismi di recepimento delle regole della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo all'interno del nostro ordinamento ha condotto ad un parziale rinnovamento del nostro sistema delle fonti del diritto.

Il legislatore ordinario, oggi, trova nella sua pur piena discrezionalità normativa, vincolata al rispetto delle norme della Costituzione e dei principi in essa espressi, l'ulteriore limite esplicitamente cristallizzato nell'art. 117/1 Cost. e concretamente delineato dalle norme internazionali e comunitarie tra cui rientra, a pieno titolo, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Il costante adeguamento e rafforzamento dei principi fondamentali inerenti i diritti inviolabili dell'individuo (consacrati nella Convenzione e comuni alle tradizioni costituzionali degli stati contraenti) è recentemente giunto al pacifico ed esplicito riconoscimento dell'espresso obbligo di applicazione retroattiva della legge penale più favorevole nei confronti di chi non sia stato condannato con sentenza definitiva.

La "dirompente novità" rende inevitabile lo scrutinio di legittimità costituzionale dell'art. 10/3 L. 251/05 che, derogando al principio di retroattività della *lex mitior*, si pone in aperto contrasto l'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'interpretazione recentemente fornita dalla *Grande Chambre*.

MASSIMILIANO OGGIANO

SEZIONE II - 9 novembre 2010

Pres. Bardovagni - Rel. Verga - P.M. Riello (concl. conf.) - Ric. Allegri.

Banche e Istituti di credito o risparmio - Esercizio abusivo di intermediazione finanziaria - Truffa - Concorso dei reati - Configurabilità (d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 166; Cod. pen. artt. 640, 81).

Il reato di esercizio abusivo di intermediazione finanziaria può concorrere con quello di truffa, essendo diversi i beni giuridici da essi tutelati, in quanto il primo, diversamente dal

secondo, è reato di pericolo il cui bene protetto è il corretto svolgimento, nell'interesse degli investitori, dei mercati mobiliari per il tramite di operatori abilitati (1).

Motivi della decisione. Con sentenza del 15 gennaio 2010 la Corte d'Appello di Genova, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Savona dichiarava non doversi procedere nei confronti di Allegri Alessandra per essere i reati a lei ascritti (artt. 110, 81, 56, 640, 61, n. 7 e n. 11 Cod. pen. e 166 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, estinti per intervenuta prescrizione e confermava le statuizioni civili.

Ricorre per cassazione il difensore dell'imputata contro i capi della sentenza che hanno confermato le statuizioni civili e contro quelli che lo hanno condannato alle spese a favore della parte civile Cassa di Risparmio di Savona, contestando la decisione impugnata: (omissis).

2. È carente di motivazione anche con riguardo alla violazione dell'art. 166 del decreto legislativo n. 58 del 1998, in quanto ha ommesso l'esame di precise e dettagliate doglianze specificate nei motivi d'appello in ordine alla sussistenza del reato ed è stata emessa in violazione del principio di correlazione fra il fatto contestato e quello ritenuto in sentenza. Evidenziava che la ricorrente, alla quale era stato originariamente contestato l'abusivo svolgimento di attività finanziaria nei confronti del pubblico disciplinato dall'art. 132 del testo unico n. 385 del 1993 stata condannata dal giudice di primo grado per violazione dell'art. 166 del decreto legislativo n. 58 del 1998.

Il ricorso è inammissibile. (omissis)

Con il secondo motivo lamenta altresì il ricorrente una pretesa violazione in suo danno del principio contenuto nell'art. 521 Cod. proc. pen. concernente la correlazione fra l'imputazione contestata e la sentenza.

Invero, dall'esame del capo di imputazione emerge che alla ricorrente, al di là dell'erroneo richiamo normativo, è sempre stato contestato in fatto esattamente il reato ritenuto in sentenza, e cioè l'esercizio abusivo di intermediazione finanziaria, reato che può concorrere con il reato di truffa tessendo diversi i beni giuridici tutelati. L'esercizio abusivo di intermediazione finanziaria, diversamente dalla truffa, è un reato di pericolo il cui bene tutelato è il corretto svolgimento, nell'interesse degli investitori, dei mercati mobiliari tramite operatori abilitati. (Omissis).

(1) Nello stesso senso v. Cass., Sez. V, 24 settembre 2009, ric. Viada, in questa Rivista 2010, II, 279, con motivazione e nota redazionale, secondo cui il reato di esercizio abusivo di intermediazione finanziaria può concorrere con quello di truffa, in quanto è un reato di pericolo il cui bene tutelato è il corretto funzionamento, nell'interesse degli investitori, dei mercati mobiliari attraverso l'opera di soggetti abilitati, mentre il reato di truffa è reato di danno, che si consuma con la diminuzione patrimoniale del soggetto passivo e l'arricchimento dell'agente, per mezzo di artifici e raggiri.

V. anche Sez. V, 2 aprile 2003, ric. Castelli, in Cass. pen. 2004, 1957, 623, con motivazione e nota di V. Valentini, *Brevi osservazioni in tema di abusivismo del procuratore finanziario*, secondo cui integra il reato di abusivismo, previsto dall'art. 166 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, la condotta del promotore finanziario che, anziché limitarsi ai compiti a lui ordinariamente spettanti (quali la promozione dei prodotti finanziari e le connesse attività materiali volte a favorire la conclusione del contratto tra cliente e intermediario, per conto del quale opera, nonché la limitata attività di consulenza, intesa ad orientare le scelte del risparmiatore), stipula con il cliente un contratto di gestione degli investimenti finanziari e percepisce le somme all'uopo destinate: il reato in questione può concorrere con il reato di truffa, stante la sostanziale differenza esistente tra le due fattispecie, in quanto l'abusivismo è reato di pericolo, inteso a tutelare l'interesse degli investitori a trattare soltanto con soggetti affidabili nonché l'interesse del mercato mobiliare, nel suo complesso e nei suoi singoli operatori, ad escludere la concorrenza di intermediari non abilitati; la truffa, invece, è reato di danno, che, per la sua esistenza, richiede l'effettiva lesione del patrimonio del cliente, per effetto di una condotta consistente nell'uso di artifici o raggiri e di una preordinata volontà di gestire il risparmio altrui in modo infedele.

SEZIONE III - 14 luglio 2010

Pres. Squassoni - Rel. Fiala - P.M. Mazzotta (concl. parz. diff.) - Ric. Rusani e altri.

Edilizia - Lottizzazione abusiva negoziale - Trasferimento di un terreno di proprietà di una società attuato mediante quote societarie conferenti al suolo su assetto proprietario frazionato in lotti - Configurabilità - Condizioni - Fattispecie relativa all'assegnazione esclusiva a ciascuno dei soci della società a responsabilità limitata proprietaria di un terreno di una piazzola su cui era posizionato una roulotte o un caravan (T.U. 6 giugno 2001, n. 380, art. 30, 44, comma 1).

Edilizia - Lottizzazione abusiva mista - Concorso o cooperazione di persone nel reato - Momento consumativo - Modalità di realizzazione (T.U. 6 giugno 2001, n. 380, art. 30, 44, comma 1; Cod. pen. artt. 110, 113).

Integra il reato di lottizzazione abusiva negoziale il trasferimento di un terreno, sulla base di quote societarie che conferiscono al suolo un assetto proprietario frazionato in lotti, ove risulti in modo inequivoco la destinazione dei lotti a scopo edificatorio. (Nella specie, al versamento della quota da parte di ciascun indagato, socio di una s.r.l. proprietaria del terreno, conseguiva, contestualmente al conferimento, l'assegnazione in esclusiva di una piazzola su cui veniva posizionata una roulotte o un caravan, di fatto realizzando un frazionamento a scopo edilizio dell'area, in contrasto con il PRG e le norme di attuazione) (1).

Il momento consumativo del reato di lottizzazione abusiva "mista" si individua, per tutti coloro che concorrono o cooperano nel reato, nel compimento dell'ultimo atto integrante la condotta illecita, che può consistere nella stipulazione di atti di trasferimento, nell'esecuzione di opere di urbanizzazione o nell'ultimazione dei manufatti che compongono l'inseadimento (2).

Fatto e diritto. Il Tribunale di Sassari, con ordinanza del 18 giugno 2009 - in accoglimento delle istanze di riesame proposte nell'interesse di Russai Angelo, Ruiu Giovanni Maria, Dore Beniamino, Soliveras Francesco, Satta Antonio Gavino, Dore Antonio Pasquale, Scanu Salvatore, Dedola Stefano, Loria Antonio, Chighine Francesca, Zappino Augusto, Orani Giovanni Antonio, Satta Giovanni, Porcheddu Caterina e Pinna Costantino - annullava il decreto 9 maggio 2009 con cui il g.i.p. di quello stesso Tribunale aveva disposto il sequestro preventivo di svariati lotti di un terreno sito in agro del Comune di Alghero, località Sant'Iguri, nell'ambito di un procedimento penale instaurato nei confronti di 256 persone, indagate per il reato di cui:

- agli artt. 30, 1° comma, e 44, lett. e), D.P.R. n. 380/2001, perché, in concorso tra loro, quali soci della s.r.l. "Liberturist" e proprietari del terreno classificato nel piano regolatore generale del Comune di Alghero come zona H3 di "salvaguardia assoluta ed ecologica", acquistando le singole piazzole nelle quali il

(1) Non risultano precedenti negli stessi termini.

(2) Non risultano precedenti negli stessi termini.

Per utili riferimenti v. Cass., Sez. III, 5 dicembre 2001, ric. Venuti e altri, in CED Cass., m. 220.853, secondo cui il reato di lottizzazione abusiva ha carattere permanente ed è inquadrabile nella categoria dei reati progressivi nell'evento, la cui permanenza continua per ogni concorrente sino a che di ciascuno di essi perdura la condotta volontaria e la possibilità di fare cessare la condotta antigiuridica dei concorrenti: conseguentemente il concorso del venditore lottizzatore permane sino a quando continua l'attività edificatoria eseguita dagli acquirenti nei singoli lotti, atteso che egli, avendo dato causa alla condotta edificatoria dei concorrenti, risponde, a norma dell'art. 41 Cod. pen., dell'evento, che potrebbe fare cessare attivando il potere di sospensione della lottizzazione del sindaco ex art. 18, settimo comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, o richiedendo il sequestro preventivo dal pubblico ministero; mentre la permanenza nel reato per gli acquirenti dei singoli lotti prosegue sino a quando continua l'attività edificatoria nel lotto di riferimento, atteso che il singolo acquirente non ha dato causa all'operazione lottizzatoria e risponde nei limiti della propria partecipazione, realizzata attraverso l'attività negoziale o edificatoria.

terreno era stato frazionato, ponevano in essere una lottizzazione abusiva, in quanto trasformavano urbanisticamente il territorio da zona H3 in un insediamento abitativo stabile a vocazione turistico-residenziale, in contrasto con le prescrizioni del PRG e delle sue norme di attuazione; trasformazione urbanistica che avveniva prima attraverso il frazionamento a scopo edilizio del terreno in circa 250 piazzole (di estensione variabile da 100 a 200 mq., a seconda delle quote di partecipazione societaria poste in vendita), successivamente dalla vendita delle stesse nell'arco di diversi anni e fino all'attualità e, infine, nella realizzazione di opere edilizie quali viabilità interna, prefabbricati ad uso abitativo di varie tipologie, locali deposito, roulotte, caravan di fatto inamovibili ubicate su piazzole cementificate e pavimentate e coperte da strutture ombreggianti di varia natura ed estensione, nonché munite di attacchi elettrici e idraulici oltre ad impianti igienici.

Il Tribunale del riesame, quindi, ordinava la restituzione dei beni sequestrati agli aventi diritto.

Rilevava il Tribunale che:

- a norma dell'art. 30 del Testo Unico, n. 380 del 2001, si ha lottizzazione abusiva qualora vengono

iniziate le opere aventi le caratteristiche in esso descritte. Nella fattispecie in esame, le opere indicate nell'imputazione provvisoria sono state sicuramente "iniziate" in un tempo assai remoto e, anche a voler sostenere che taluna di esse sia iniziata nel periodo attuale, non è dato conoscere quali e quante opere aventi carattere lottizzatorio sono state realizzate "almeno in epoca recente";

- nessuno tra gli odierni indagati, almeno sul piano formale, può ritenersi *proprietario* del terreno di cui si tratta oppure di frazione di esso, perché l'intera estensione territoriale già assoggettata a sequestro è di proprietà della s.r.l. "Liberturist", che ha sempre e soltanto trasferito e ceduto *quote ideali di partecipazione* alla società, mentre l'equiparazione della quota ideale alla proprietà di un lotto ben definito appare, allo stato, mera congettura del tutto indimostrata;

- per il *principio dell'accessione*, di rilievo civilistico, è la società proprietaria del suolo che è divenuta proprietaria anche dei manufatti edificati dai singoli soci su specifiche porzioni del terreno;

- il frazionamento in singole piazzole è stato effettuato in data antecedente al 17 marzo 1985, sicché non può essere applicata la disciplina posta dall'art 30 del D.P.R. n. 380 del 2001, stante l'esclusione espressamente prevista dal comma 10 di detto articolo ed in una situazione in cui l'accusa non ha individuato specificamente quali violazioni siano state poste in essere nel periodo di vigenza della disciplina attuale.

Avverso tale ordinanza ha proposto ricorso il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di 3wari, il quale ha eccepito violazioni di legge nell'applicazione dell'art. 30 del D.P.R. n. 389 del 2001, prospettando che:

- le opere edilizie che hanno trasformato il terreno in oggetto, sebbene siano effettivamente iniziate nell'anno 1982, sono poi *proseguite nel tempo, senza alcuna soluzione di continuità*, con sostituzioni ed aggiunte di manufatti, con il posizionamento stabile di *roulotte* e di *case mobili prefabbricate*, di verande e di pergolati, con migliorie degli impianti idrici ed elettrici, con pavimentazioni e piastrellamenti vari, sino ad arrivare alla attuale definitiva trasformazione urbanistica dell'intera area.

Dall'attività investigativa espletata risulta (anche attraverso riproduzioni fotografiche) che l'attività trasformativa del territorio è ancora in corso, in quanto sono stati recentemente realizzati circa una trentina di nuovi interventi ed è proseguita l'attività di messa in vendita di alcuni lotti a mezzo di inserzioni nella rete *internet*;

- l'attività di *frazionamento* abusivo di un terreno può realizzarsi anche in mancanza di atti formali di vendita dei lotti, in presenza di elementi indiziari che consentono tuttavia di riconoscere l'esistenza di quegli *atti giuridici equivalenti alla vendita* idonei a configurare anch'essi una lottizzazione abusiva.

Nella specie esistono sintomatici ed univoci elementi indiziari, in quanto: a) la società "Liberturist" ha ceduto a nuovi soci quote corrispondenti al valore di piazzole estese 100 o 200 mq. conferendo l'uso ed il godimento permanente ed esclusivo della singola piazzola da parte del socio; b) alcuni lotti risulta-

no tuttora messi in vendita su siti *internet*; c) è stata rinvenuta documentazione attinente alla vendita di una piazzola alienata dai soci Senna Sentina e. Ponente Mario a tale Leoni Antonino (nel luglio del 2008 e per la somma complessiva di euro 19.000); d) una delle indagate aveva riferito agli inquirenti che da 16 anni non era più socia della "Liberturist", avendo venduto quote e piazzola, nell'anno 1993, per 24 milioni di lire, con la precisazione che la scelta e la cessione dei lotti avveniva normalmente presso gli uffici del campeggio e senza la presenza di notaio:

- secondo la giurisprudenza di legittimità, anche il frazionamento di un terreno in lotti avvenuto prima del 17 marzo 1985 rileva al fine di configurare il reato di lottizzazione abusiva;

- nella vicenda in esame il complesso degli interventi realizzati non è riconducibile alla nozione di *campeggio* quale delineata dalla legge statale n. 326 del 1958 e dalla legge della Regione Sardegna n. 22 del 1984.

Il difensore degli indagati ha depositato memoria redatta in data 2.2.2010.

Il ricorso del P.M. è fondato e va accolto.

1. Appare anzitutto necessaria, per la comprensione della vicenda, una ricostruzione sommaria dei fatti.

Il terreno in questione è classificato dal piano regolatore generale del Comune di Alghero come "zona H3 - di *salvaguardia assoluta e ecologica*", nella quale "è vietata ogni *modifica dello stato dei luoghi e in particolare qualunque tipo di costruzione, anche a titolo precario*".

L'intera proprietà del terreno medesimo risulta appartenere alla s.r.l. "Liberturist", costituita nel 1982.

Tale società diede inizio all'insediamento di tende e *roulotte* sul terreno in oggetto, e realizzò il campeggio Sant'Igori, avvalendosi della delibera del Commissario prefettizio del Comune di Alghero n. 349 del 20 aprile 1983, con la quale - mentre si faceva divieto per tutto il litorale di Alghero di installare tende, roulotte e strutture consimili "su tutti i suoli pubblici e privati" *a tale divieto si poneva espressa deroga nei soli casi (del tutto eccezionali) in cui si trattasse di moli "di proprietà dei campeggiatori"*. Tale deroga era stata prevista per consentire solo ad un limitato numero di persone di poterne usufruire e per periodi significativamente limitati.

Secondo l'impostazione accusatoria è stata progressivamente realizzata, invece, una totale trasformazione della zona, in quanto:

- dapprima si è proceduto al frazionamento dell'area, suddivisa in 250 lotti individuanti ciascuno una piazzola per un numero pressoché pari a quello dei soci che via via sono stati iscritti nella società;

- poi sono state posizionate strutture divenute sempre più stabili, ancorate al terreno su basi di cemento o di mattoni autobloccanti e dotate di servizi igienici;

- per delimitare le singole piazzole, esse sono state delimitate nei confini da una serie di ringhiere, siepi divisorie e grigliati di varia natura;

- è stata realizzata, infine, una viabilità interna, costituita da parti comuni del terreno su cui hanno accesso le singole piazzole;

- presso la Camera di commercio di Sassari sono stati acquisiti documenti comprovanti, tra l'altro, la corrispondenza in concreto delle quote con le piazzole, con la conseguenza, ad esempio, che i soci che dispongono di 100 quote hanno diritto ad un lotto di 50 mq., quelli che dispongono di 200 quote hanno diritto ad un lotto di 100 mq. e così via;

- l'attività di progressiva installazione di manufatti risultava ancora in corso alla data del 9 aprile 2009 (secondo gli accertamenti effettuati dalla Guardia Forestale di Alghero) ed a quella data risultava ancora in atto la vendita dei lotti, come dimostrato da annunci su *internet* nei quali i numeri di recapito telefonico di coloro che si proponevano come venditori erano riferibili a soci della "Liberturist".

2. Tanto premesso in punto di fatto, va ribadito in diritto che il reato di lottizzazione abusiva - secondo concorde interpretazione giurisprudenziale - nella molteplicità di forme che esso può assumere in concreto, può essere posto in essere da una pluralità di soggetti, i quali, in base ai principi che regolano il concorso di persone nel reato, possono partecipare alla

commissione del fatto con condotte anche eterogenee e diverse da quella strettamente costruttiva, purché ciascuno di essi apporti un contributo causale alla verifica dell'illecito (sia pure svolgendo ruoli diversi ovvero intervenendo in fasi circoscritte della condotta illecita complessiva) e senza che vi sia alcuna necessità di un accordo preventivo [vedi, tra le decisioni più recenti, Cass., Sez. III, 21 dicembre 2009, n. 48924, ric. Tortora ed altri; 8 ottobre 2009, n. 39078, ric. Apponi ed altri; 22 settembre 2009, n. 36844, ric. Contò; 29 aprile 2009, n. 17865, ric. P.M. in proc. Quarta ed altri].

3. L'art. 3, comma 1, lett. e.5), del D.P.R. n. 380 del 2001 ricomprende fra gli "interventi di nuova costruzione" - come tali subordinati, ai sensi del successivo art. 10, al rilascio del permesso di costruire - "l'installazione di manufatti leggeri, anche prefabbricati, e di strutture di qualsiasi genere, quali roulotte, campers, case mobili, imbarcazioni, che siano utilizzati come abitazioni, ambienti di lavoro, oppure come depositi, magazzini e simili, e che non siano diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee".

Nella specie, però, non possono legittimamente rilasciarsi permessi di costruire, perché, come già si è detto, il terreno interessato dalla installazione permanente dei manufatti le cui caratteristiche sono state dianzi descritte è classificato dal piano regolatore generale del Comune di Alghero come "zona H3 - di salvaguardia assoluta e ecologica", nella quale "è vietata ogni modificazione dello stato dei luoghi e in particolare qualunque tipo di costruzione, anche a titolo precario".

3.1 Allo stato l'intera area - dopo le trasformazioni, tutt'altro che precarie, in essa effettuate - non può considerarsi più come "campeggio", allorché si consideri che:

- l'art. 1, terzo comma, della legge 21 marzo 1953, n. 326, prevede che "sono campeggi i parchi attrezzati per la sosta di turisti provvisti di tenda o di altri mezzi di pernottamento autonomi ed accessoriati dotati di mensa o spaccio";

- l'art. 5, terzo comma, della legge della Regione Sardegna 14 maggio 1984, n. 22, prevede, a sua volta, che "sono campeggi le aziende organizzate per la sosta ed il soggiorno di turisti provvisti di tenda o di altri mezzi autonomi di pernottamento che siano trasportabili dal turista per via ordinaria e senza ricorrere a trasporto eccezionale".

La vicenda in esame, invece, è caratterizzata dalla intervenuta installazione di manufatti fissi, che non possono considerarsi "mezzi autonomi di pernottamento che siano trasportabili dal turista per via ordinaria e senza ricorrere a trasporto eccezionale".

Non configurandosi più l'esistenza di un "campeggio", non può trovare applicazione il regime derogatorio dalla delibera del Commissario prefettizio del Comune di Alghero n. 349 del 20 aprile 1983, applicabile eccezionalmente soltanto ai suoli "di proprietà dei campeggiatori".

4. L'art. 3, comma 9, della legge 23 luglio 2009, n. 99 (*Disposizioni per lo sviluppo e rime: nazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*) dispone che:

"Al fine di garantire migliori condizioni di competitività sul mercato internazionale e dell'offerta di servizi turistici, nelle strutture turistico-ricettive all'aperto, le installazioni e i rimesaggi dei mezzi mobili di pernottamento, anche se collocati permanentemente, per l'esercizio dell'attività, entro il perimetro delle strutture turistico-ricettive regolarmente autorizzate, e, purché ottemperino alle specifiche condizioni strutturali e di mobilità stabilite dagli ordinamenti regionali, non costituiscono in alcun caso attività rilevanti ai fini urbanistici, edilizi e paesaggistici".

A giudizio del Collegio non possono farsi rientrare nella disposizione derogatoria anzidetta le strutture abitative in concreto installate nell'area in oggetto, poiché tali strutture non sono riconducibili alla nozione di "mezzi mobili di pernottamento" e non ottemperano "alle specifiche condizioni strutturali e di mobilità" stabilite dall'ordinamento regionale della Sardegna.

Deve rilevarsi, infatti, che la caratteristica precipua del "mezzo mobile di pernottamento" va individuata nella sua naturale destinazione ad offrire all'utilizzatore la possibilità di abbinare la facilità di spostamento con la costante disponibilità di un alloggio nel quale anche pernottare.

5. Deve concludersi, dunque, che nella fattispecie in esame, allo stato attuate dell'attività di indagine, appare realizzata una trasformazione edilizia ed urbanistica del territorio, che ha conferito ad una porzione di esso un assetto non permesso dalla pianificazione generale comunale, con modalità non consentibili neppure attraverso la predisposizione di un piano attuativo.

Razionalmente perciò il g.i.p. del Tribunale di Sassari ha ritenuto configurabile una lottizzazione abusiva mista, in un intreccio di atti materiali e giuridici comunque finalizzati ed idonei a snaturare la programmazione dell'uso del territorio stesso quale delineata dallo strumento urbanistico generale.

6. Il trasferimento di un terreno, sulla base ai quote societarie che conferiscono sostanzialmente al suolo un assetto proprietario frazionato in lotti, è idoneo ad integrare il reato di lottizzazione abusiva c.d. "negoziale", tutte le volte che da elementi indiziari - indicati con elencazione non tassativa dall'art. 18, primo comma, della legge n. 47 del 1985 ed attualmente dall'art. 30, comma 1, del T.U. n. 380 del 2001 - risulti in modo non equivoco la destinazione dei lotti a scopo edificatorio.

Il frazionamento di un terreno, infatti, può realizzarsi con qualsiasi forma di suddivisione fattuale dello stesso, dovendosi ritenere che il termine "frazionamento" - già nell'art. 18, primo comma della legge n. 47 del 1985 ed attualmente nell'art. 30, comma 1, del T.U. n. 380 del 2001 - sia stato utilizzato dal legislatore in modo atecnico, con riferimento a qualsiasi attività giuridica che abbia per effetto la suddivisione in lotti di una più ampia estensione territoriale, comunque predisposta od attuata ed anche se avvenuta in forma non catastale, attribuendone la disponibilità ad altri al fine di realizzare una non consentita trasformazione urbanistica o edilizia del territorio (vedi Cass., Sez. III 26 ottobre 2007, ric. Casile; 29 febbraio 2000, n. 3668, ric. Pennelli).

Nella vicenda in esame la quota versata dal singolo socio costituisce, sotto il profilo formale, la misura della partecipazione dello stesso alla società, ma l'assegnazione di una specifica porzione di terreno di esclusiva pertinenza (la singola piazzola di varia estensione), contestuale al versamento del conferimento, evidenzia l'intimo nesso di connessione tra la c.d. "quota" ed una porzione ben individuata dell'intero terreno facente parte del patrimonio sociale e tale connessione è palesemente riconducibile alla sostanziale predisposizione delle quote di liquidazione spettanti a ciascun socio una volta che si proceda allo scioglimento della società.

Viene posto in essere in tal modo - a fronte di un vero e proprio frazionamento effettivo ed operante - un espediente dissimulativo al fine di aggirare il divieto di lottizzazione posto dal legislatore.

7. Infondato è l'assunto di inconfigurabilità del reato di lottizzazione abusiva anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 47 del 1985.

Va ricordato, al riguardo, che la nozione, di "lottizzazione edilizia" assumeva, già nell'impianto originario della legge n. 1150 del 1942, il significato di "operazione di frazionamento di un terreno preordinata ad agevolare l'utilizzazione a scopo edilizio" ed in proposito la stessa legge urbanistica generale prevedeva, all'art. 28, che fosse vietato procedere, prima dell'approvazione del piano particolareggiato, a lottizzazioni di terreno a scopo edilizio senza la preventiva autorizzazione comunale correlata ad un apposito progetto.

Una più idonea disciplina della materia venne introdotta dall'art. 8 della legge-ponte 6 agosto 1967, n. 765 (che modificò l'art. 28 della legge n. 115 del 1942), al fine di garantire: a) che le singole iniziative private si armonizzassero con le scelte più generali della pianificazione territoriale, previa autorizzazione da parte dell'amministrazione comunale; b) che qualsiasi nuovo insediamento di una certa dimensione venisse autorizzato solo previa partecipazione dei privati costruttori alla realizzazione delle infrastrutture necessarie ed al pagamento dei relativi oneri.

L'art. 17, lett. b), della legge n. 10 del 1977 già conteneva una norma sanzionatoria "dell'inosservanza del disposto dell'art. 28 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, e successive modificazioni", che però non forniva una accezione definita del lottizzare, ma configurava varie ipotesi aventi in comune l'elemento materiale di una durevole trasformazione urbanistica di una consistente porzione a territorio senza la contemporanea attuazione

dei servizi e delle infrastrutture necessarie per la razionalità e l'organico inserimento ambientale del nuovo insediamento. Ipotesi che si distinguevano fra loro in relazione alla non-lottizzabilità del terreno, alla mancanza di autorizzazione alla lottizzazione, alla non-autorizzabilità di essa, ed infine alla illegittimità o inefficacia della medesima.

L'art. 18, primo comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, ha poi fornito una articolata definizione della "lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio", con disposizioni testualmente riprodotte nell'art. 30, comma 1 del T.U. n. 380 del 2001.

Improprie sono, nel sistema normativo dianzi delineato, le argomentazioni riferite dal tribunale del riesame all'attuale formulazione dell'art. 30, ultimo comma, del T.U. n. 380 del 2001, ove viene disposto che "Le disposizioni di cui sopra si applicano agli atti stipulati ed ai frazionamenti presentati ai competenti uffici del catasto dopo il 17 marzo 1985".

Tale previsione è riferita, invero, alle sanzioni c.d. "civili" previste per le lottizzazioni abusive e va interpretata nel senso che - ai fini della validità della vendita di un terreno facente parte di una lottizzazione che sia stata stipulata anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 47 del 1985 non si deve avere riguardo alla disciplina posta dall'art. 18 della stessa legge n. 47 del 1985 a quella contenuta nell'art. 31 della legge n. 1150 del 1942, come modificato dall'art. 10 della legge-ponte n. 765 del 1967, il quale prevedeva, ove la lottizzazione non fosse autorizzata, non la nullità del contratto, ma soltanto l'annullabilità dello stesso su istanza dell'acquirente ignaro dell'abuso [vedi Cass. civ., Sez. II, 27 dicembre 2004, n. 24013].

8. La contravvenzione di lottizzazione abusiva è "reato progressivo nell'evento", ed in proposito le Sezioni Unite di questa Corte Suprema hanno rilevato che: "sussiste il reato di lottizzazione abusiva anche quando l'attività posta in essere sia successiva agli atti di frazionamento o ad opere già eseguite, perché tali attività iniziali, pur integrando la configurazione del reato, non definiscono l'iter criminoso che si perpetua negli interventi che incidono sull'assetto urbanistico. Infatti, tenuto conto che il reato in questione è, per un verso, un reato a carattere permanente e progressivo e per altro verso a condotta libera, si deve considerare in primo luogo che non vi è alcuna coincidenza tra il momento in cui la condotta assume rilevanza penale e il momento di cessazione del reato, in quanto anche la condotta successiva alla commissione del reato dà luogo ad una situazione antiggiuridica di pari efficacia criminosa; in secondo luogo che se il reato di lottizzazione abusiva si realizza anche mediante atti negoziali diretti al frazionamento della proprietà, con previsioni pattizie rivelatrici dell'attentato al potere programmatico dell'autorità comunale, ciò non significa che l'azione criminosa si esaurisca in questo tipo di condotta perché l'esecuzione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria ulteriormente compromettono le scelte di destinazione e di uso del territorio riservate alla competenza pubblica" (Cass., Sez. Unite, 24 aprile 1992, ric. Fogliani).

Nella specie risultano realizzati ulteriori manufatti abusivi tra il 2006 ed il 9 aprile 2009 e, nell'ipotesi di concorso nel reato di lottizzazione abusiva mista, il momento di cessazione della permanenza deve farsi coincidere per tutti gli acquirenti, che hanno accettato il rischio derivante dalla violazione della volontà programmatica espressa dallo strumento urbanistico, o con il sequestro o con l'ultimazione dell'operazione lottizzatrice ovvero con la desistenza volontaria da provare in maniera rigorosa (vedi Cass., sez. III, 8 novembre 2000, ric. Petrachi).

Tutti i concorrenti e coloro che hanno cooperato rispondono della lottizzazione abusiva nella sua interezza e, conseguentemente, la prescrizione inizia a decorrere, per tutti, dal compimento dell'ultimo atto integrante la condotta illecita, che può consistere nella stipulazione di atti di trasferimento, nell'esecuzione di opere di urbanizzazione, nell'ultimazione dei manufatti che compongono l'insediamento. (*Omissis*).

SEZIONE III - 15 giugno 2010

Pres. Lupo - Rel. Squassoni - P.M. Mazzotta (concl. diff.) - Ric. P.

Violenza sessuale - Casi di minore gravità - Elementi soggettivi di cui all'art. 133, secondo comma Cod. pen. - Rilevanza - Esclusione (Cod. pen. artt. 609 bis, secondo comma, 133 secondo comma)

Gli elementi soggettivi di cui all'art. 133 secondo comma, Cod. pen., non rilevano ai fini della configurabilità dell'ipotesi di minore gravità del reato di violenza sessuale, non rispondendo la mitigazione della pena all'esigenza di adeguamento alla colpevolezza del reo e alle circostanze attinenti alla sua persona ma alla minore lesività del fatto, da rapportare al grado di violazione del bene giuridico della libertà sessuale della vittima (1).

Motivi della decisione. Confermando la decisione del primo giudice, la Corte di Appello di Lecce, con sentenza 10 giugno 2009, ha ritenuto P.S. responsabile del reato di violenza sessuale ai danni di una bambina infraquattordicenne e lo ha condannato alla pena di anni tre e mesi otto di reclusione. In particolare, i giudici hanno disatteso la richiesta difensiva di riconoscimento del fatto di minore gravità perché i plurimi reati erano stati commessi anche con minacce ed era

(1) Giurisprudenza contrastante.

Nello stesso senso v. Cass., Sez. III, 8 novembre 2007, ric. Flori, in *CED Cass.*, m. 238.551; Sez. III, 12 ottobre 2007, n. 40453, ric. Tolomelli (non massimata), secondo cui, in tema di reati sessuali, all'applicazione della circostanza attenuante speciale prevista dall'art. 609 bis, terzo comma, Cod. pen. (casi di minore gravità) non consegue automaticamente l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche, in quanto mentre per la concedibilità di queste ultime rilevano tutti i parametri indicati nell'art. 133 Cod. pen., per la concedibilità dell'attenuante speciale rilevano solo gli elementi indicati nel primo comma e non quelli indicati nel secondo comma, del predetto articolo; Sez. IV, 4 maggio 2007, ric. Lasco e altri, *ivi*, m. 236.730, secondo cui, in tema di violenza sessuale, al fine di verificare la ricorrenza dell'ipotesi di minore gravità il giudice potrà fare riferimento ai criteri di cui al primo comma dell'art. 133 Cod. pen. (disvalore della condotta desunto dalle modalità dell'azione. Gravità del danno cagionato, intensità del dolo o della colpa), ma non potrà prendere in considerazione gli indici di cui al secondo comma del citato articolo, afferenti alla capacità a delinquere ed utilizzabili in sede di determinazione della pena; Sez. III, 25 novembre 2003, ric. Bruttomesso, *ivi*, m. 237.397, secondo cui in tema di reati contro la libertà sessuale, ai fini dell'accertamento della sussistenza o meno dell'attenuante speciale del fatto di minore gravità, prevista dall'art. 609 bis, terzo comma, Cod. pen. deve farsi riferimento oltre alla materialità del fatto a tutte le modalità della condotta criminosa ed al danno arrecato alla parte lesa, ovvero agli elementi indicati dal primo comma dell'art. 133 Cod. pen., ma non possono venire in rilievo gli ulteriori elementi di cui al secondo comma dello stesso art. 133, utilizzabili solo per la commisurazione complessiva della pena.

In senso contrario v. Sez. III, 3 ottobre 2006, ric. Magni e altro, in *CED Cass.*, m. 235.031, secondo cui, in tema di reati sessuali commessi in danno di persona minore di età, la circostanza attenuante prevista dal quarto comma dell'art. 609 quater Cod. pen., riproduttiva di quella prevista dal terzo comma del precedente art. 609 bis, si fonda sulla minore gravità del fatto, comportante una più lieve compromissione della libertà sessuale della vittima e dello sviluppo del minore, ed è oggetto di una valutazione che deve tenere conto di tutte le componenti del reato, oggettive e soggettive, nonché degli elementi indicati nell'art. 133 Cod. pen.; Sez. III, 5 luglio 2006, ric. Greggio, *ivi*, m. 234.788, secondo cui, in tema di reati contro la libertà sessuale, la circostanza attenuante di cui all'art. 609 quater Cod. pen. per i casi di minore gravità deve considerarsi applicabile avuto a riguardo ai mezzi, alle modalità esecutive ed alle circostanze dell'azione, quando sia possibile ritenere che la libertà sessuale della vittima, ancorché minorenni, si stata compromessa in maniera non grave, tenuto altresì conto delle componenti oggettive e soggettive del reato e degli elementi di cui all'art. 133 Cod. pen.; Sez. III, 24 marzo 2000, ric. P.M. in proc. Improta, in questa *Rivista* 2001, II, 390, con motivazione e nota redazionale, secondo cui la circostanza attenuante ad effetto speciale di cui all'art. 609 bis, Cod. pen. deve considerarsi applicabile in tutte quelle fattispecie in cui, avuto riguardo alle modalità esecutive ed alle circostanze dell'azione, sia possibile ritenere che la libertà sessuale personale della vittima sia stata compromessa in maniera non grave, anche in relazione all'età della stessa, sicché è necessaria una valutazione globale del fatto, non limitata alle sole componenti oggettive del reato, bensì estesa a quelle soggettive ed a tutti gli elementi menzionati dall'art. 133. Cod. pen.

grave la coartazione della giovane (in condizione di disagio sociale che la rendeva particolarmente vulnerabile) che vedeva nell'imputato (un anziano di anni ottantaquattro) una persona matura, familiare e di cui avere fiducia.

Questa conclusione è censurata dal P. nei motivi di ricorso in Cassazione con il quale fa presente che nessuna problematica è stata evidenziata dal perito che ha esaminato la parte lesa; che la compromissione della libertà sessuale della bambina non è stata grave; che i giudici non hanno preso in esame tutti i parametri forniti dall'art.133 Cod. pen. (quali l'assenza di precedenti penali ed il risarcimento del danno).

Le deduzioni non sono meritevoli di accoglimento.

Nel silenzio normativo circa gli indici utilizzabili per ritenere la ipotesi attenuata prevista dall'art. 609 *bis*, ultimo comma, Cod. pen., la giurisprudenza ritiene che la fattispecie sia applicabile nel caso in cui – avendo riguardo a tutte le circostanze e conseguenze della condotta criminosa – la libertà di determinazione della vittima nella sfera sessuale (bene tutelato dalla norma incriminatrice) sia stata compressa in modo non grave.

A tale fine, deve essere effettuata una globale valutazione di tutte le componenti del fatto ed assumono rilevanza la tipologia dell'atto sessuale, le modalità di perpetrazione del reato, il grado di coartazione esercitato sulla parte lesa, le condizioni psicofisiche di questa ed il danno causato, avendo come riferimento, se la vittima è un minore, la sua particolare e vulnerabile personalità (*ex plurimis*, Sez. III, sentenza 5002 del 2007).

Per quanto concerne il documento derivante alla bambina dalle patite violenze, l'imputato si limita ad evidenziare la conclusione del perito (secondo il quale nella minore "non emergono elementi indicativi di psicopatologia") posta in essere per valutare la capacità di testimoniare e non i danni riportati dal reato; pertanto, l'argomento proposto nell'atto di ricorso è inconferente.

L'imputato valorizza, per ritenere applicabile l'attenuante, degli elementi *pro reo* come la sua buona condotta di vita, la sua incensuratezza ed il risarcimento del danno alla parte civile (circonstanza, peraltro, che non risulta dal testo del provvedimento impugnato).

Tali emergenze sono, all'evidenza, favorevoli all'imputato e ben possono essere tenuti presenti nella determinazione della pena, ma sono irrilevanti ai fini della concessione della speciale attenuante.

A tale scopo, non vengono in rilievo gli elementi soggettivi inseriti nell'art.133, secondo comma, Cod. pen., perché la mitigazione della pena non risponde alla esigenza di adeguarla alla colpevolezza del reo e, alle circostanze attinenti alla sua persona, ma di calibrarla con riferimento alla minore lesività del fatto che deve essere rapportata al grado di violazione del bene giuridico tutelato che, si ripete, è la libertà sessuale della vittima (Cass. Sez. III sentenze n°1192/2007; n° 40453/2007).

Sul tema, la Corte di Appello ha ritenuto che la coartazione della parte lesa fosse stata rilevante perché il reato si è reiterato nel tempo, alcune condotte criminose sono state perpetrate con la minaccia; inoltre, l'imputato ha tradito la fiducia che la ragazza poneva in lui, visto come una figura matura di sostegno, ed ha approfittato delle particolari condizioni di disagio sociale della stessa inducendola a subire atti sessuali indesiderati in cambio di pochi spiccioli.

Da tali emergenze processuali (non messe in discussione nel ricorso), si pone come logica e consequenziale conclusione il diniego della speciale attenuante. (*Omissis*).

SEZIONE II - 9 giugno 2010

Pres. Sirena - Rel. Fumu - P.M. Passacantando (concl. diff.) - Ric. Lo Monaco e altro.

Rapina - Pluralità di episodi in forma tentata in danno dello stesso soggetto in successione cronologica ad opera dello stesso autore - Autonomia dei fatti criminosi (Cod. pen. artt. 628, 56).

La condotta criminosa di costrizione della vittima ad un pre-

lievo con carta "bancomat" per poi impossessarsi della somma di denaro contante così ottenuta costituisce, nella forma tentata, un episodio di rapina autonomo che non assorbe il disvalore di quello, cronologicamente precedente ma pur sempre commesso dallo stesso soggetto in altro momento, costituito dall'impossessamento del portafogli della stessa vittima, ove era custodita la carta bancomat, per diversità di atteggiamento psicologico, oltre che di contesto temporale, e di elemento di profitto (1).

Motivi della decisione. Lo Monaco Ivano e Lo Monaco Dario impugnano la sentenza della Corte di appello di Torino che, in riforma della sentenza di primo grado, ha affermato la loro penale responsabilità in ordine a due episodi di concorso in rapina, in essi assorbite le residue imputazioni di violenza privata.

Lo Monaco Dario denuncia:

- violazione degli artt. 56, 628 Cod. pen. e vizio della motivazione per il mancato assorbimento della rapina consumata e di quella tentata descritte nel capo c) dell'imputazione; rileva il ricorrente che i fatti (impossessamento del portafogli della persona offesa, contenente denaro ed una tessera bancomat, nonché tentativo di impossessamento delle somme che gli imputati avevano costretto l'offeso a prelevare dallo sportello automatico) siano caratterizzati dal loro svolgersi in un unico contesto di violenze e minacce; osserva, in particolare, che l'utilizzazione della carta bancomat già rapinata niente altro sia se non un *post factum* successivo all'impossessamento, già perfezionato, teso alla realizzazione del profitto del reato già commesso, senza alcuna frattura tra un primo ed un secondo segmento dell'azione.

Le doglianze sono infondate.

Diverse invero – come sottolineato dalla Corte di merito – si profilano le azioni compiute dall'imputato, sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo.

È necessario rilevare, innanzitutto, che differenti sono i momenti e gli atteggiamenti psicologici che hanno caratterizzato le due condotte, essendo l'impulso cosciente e volontario dal quale è nata la seconda derivato dalla commissione della prima; e che ben diverso è l'oggetto delle azioni successive, atteso che con la prima rapina si è verificato l'impossessamento di un semplice documento abilitante al prelievo, di per sé inutilizzabile da parte di chi non ne sia titolare e la cui detenzione non implica automaticamente quella del danaro contante che, mediante l'operazione allo sportello, può essere acquisito solo digitando le chiavi segrete di accesso al sistema.

La condotta dell'imputato tesa a costringere l'offeso al prelievo ed impossessarsi del contante così ottenuto è dunque azione del tutto autonoma e separata dalla precedente, diretta a conseguire un profitto che non poteva direttamente discendere da quanto già aveva formato oggetto di sottrazione, ma solo dall'ulteriore costringimento dell'offeso ad acquisire altra e diversa utilità di cui privarlo. (*Omissis*).

(1) Non risultano precedenti negli stessi termini.

B) MASSIMARIO (*)

147. Circostanze del reato - Concorso di circostanze - Concorso di circostanze aggravanti ad effetto speciale - Circostanza più grave - Individuazione - Fattispecie relativa a concorso tra le circostanze aggravanti del

(*) A cura di Corrado Carnevale.

È vietata, per le norme di legge sui diritti di autore e del codice civile, la riproduzione totale o parziale di questo massimario anche ove se ne indichi la fonte.

delitto di rapina di cui all'art. 628, terzo comma, e la circostanza aggravante della recidiva specifica reiterata (Cod. pen. artt. 63, quarto comma, 99, quarto comma, 4, 628, terzo comma).

Nel concorso tra le aggravanti di cui all'art. 628, terzo comma, Cod. pen. e la recidiva specifica reiterata ed infraquinquennale (art. 99, quarto comma, Cod. pen.), la circostanza più grave, ex art. 63, quarto comma, Cod. pen., va identificata nella recidiva (1).

Sez. II, 22 ottobre 2010, Pres. Bardovagni, Rel. Manna, P.M. Salvi (concl. parz. diff.); Ric. Greco e altro.

(1) Non risultano precedenti negli stessi termini.

148. Detenzione di materiale pedopornografico - Pericolo concreto di diffusione - Necessità ai fini della configurabilità - Esclusione - Consapevole detenzione - Sufficienza (Cod. pen. artt. 600 *ter*, 600 *quater*).

Il reato di detenzione di materiale pedopornografico non richiede, ai fini della sua configurabilità, un concreto pericolo di diffusione del predetto materiale, essendo sufficiente la mera consapevole detenzione del medesimo (1).

Sez. III, 11 novembre 2010, Pres. Petti, Rel. Amoresano, P.M. Montagna (concl. conf.); Ric. M.

(1) Nella medesima ottica v. Cass., Sez. III, 7 giugno 2006, ric. Palomba e altri, in questa *Rivista* 2007, II, 257, con motivazione e nota redazionale, secondo cui in tema di reati relativi alla pornografia minore, mentre il delitto di cui all'art. 600 *ter*, primo comma, Cod. pen. ha natura di reato di pericolo concreto, la fattispecie di cui all'art. 600 *quater* Cod. pen. (anche nella formulazione applicabile al caso di specie, anteriore a quella introdotta con la legge n. 38 del 2006), richiede la mera consapevolezza della detenzione del materiale pedo-pornografico, senza che sia necessario il pericolo della sua diffusione ed (infatti, tale fattispecie ha carattere sussidiario rispetto alla più grave ipotesi delittuosa della produzione di tale materiale a scopo di sfruttamento).

149. Edilizia - Costruzione edilizia - Varianti in corso d'opera - Variazione in diminuzione della volumetria - Possibilità di realizzazione tramite dichiarazione di inizio di attività - Esclusione - Alterazioni della sagoma dell'edificio - Permesso di costruzione - Necessità (D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, artt. 22, comma 2; 44, comma 1, lett. b).

Il permesso di costruire è necessario in caso di varianti in corso d'opera che comportino modifiche volumetriche tanto in aumento quanto in diminuzione, non essendo queste ultime assentibili, al pari delle prime, in base a mera denuncia di attività ai sensi dell'art. 22, comma 2 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

(In motivazione la Corte ha aggiunto che, parimenti, anche le modifiche alla forma ed alle dimensioni del tetto, in quanto alterano la sagoma dell'edificio, necessitano del permesso di costruire e non sono assentibili con dichiarazione di inizio di attività (1).

Sez. III, 27 ottobre 2010, Pre. Lombardi, Rel. Marini, P.M. Passacantando (concl. conf.); Ric. P.M. in proc. Ruperto e altri.

(1) Nella medesima ottica v. Cass., Sez. III, 20 gennaio 2009, ric. Gelosi, in *CED Cass.*, m. 243.103, secondo cui in tema di reati edilizi, rientrano nella nozione, di "varianti" e, in quanto tali, possono costituire oggetto del cosiddetto "permesso in variante", soltanto le modificazioni qualitative o quantitative di non rilevante consistenza rispetto al progetto approvato, che siano tali da non comportare un sostanziale e radicale mutamento del nuovo elaborato rispetto a quello oggetto di approvazione (in motivazione la Corte ha precisato che deve riconoscersi carattere di nuovo permesso di costruire e non di permesso in variante al provvedimento che autorizza la realizzazione di un manufatto completamente diverso da quello originario); Sez. III, 9 febbraio 2006, ric. Nardini e altri, *ivi*, m. 233.563, secondo cui, in tema di disciplina edilizia, rientrano nel concetto di sagoma di una costruzione tutte le strutture perimetrali come gli aggetti e gli sporti,

restandone escluse le sole aperture che non prevedono superfici sporgenti, soltanto per le quali è consentita la procedura della denuncia di inizio attività per varianti in corso d'opera; Sez. III, 12 maggio 1994, ric. Soprani, *ivi*, m. 200.121, secondo cui, la sagoma attiene alla conformazione planovolumetrica della costruzione ed al suo perimetro inteso sia in senso verticale sia orizzontale mentre il prospetto si riferisce alla relativa superficie. Pertanto, la sagoma di una costruzione concerne il contorno che viene ad assumere l'edificio, *ivi* comprese le strutture perimetrali con gli aggetti e gli sporti, sicché solo le aperture che non prevedano superfici sporgenti non rientrano nella nozione di sagoma e sono sottoposte al regime delle c.d. varianti in corso d'opera (nella specie la Corte ha premesso come pacifico che la costruzione eseguita consistesse in "un muro di contenimento dell'altezza cm. 50" comportante "una modifica della sagoma del piazzale antistante l'abitazione, rendendo inutilizzabile un maggior spazio di manovra per i veicoli", ha escluso l'applicabilità dell'art. 15 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, pretesa dal ricorrente sul rilievo che la modifica della sagoma concerne non le costruzioni, ma gli edifici ed ha ritenuto la sussistenza non di variante leggera, ma di costruzione in parziale difformità).

150. Edilizia - Costruzione abusiva - Natura di sanzione amministrativa - Ordine di demolizione - Estinzione per decorso del tempo - Esclusione (D.P.R. 6 giugno 2011, n. 380, art. 31; Cod. pen. artt. 172, 173).

L'ordine di demolizione delle opere edilizie abusive, avendo natura di sanzione amministrativa, non è suscettibile di estinzione per decorso del tempo (1).

Sez. III, 10 novembre 2010, Pres. Petti, Rel. Amoresano (concl. conf.); Ric. La Mela.

(1) Nella medesima ottica v. Cass., Sez. III, 30 aprile 2003, ric. Pasquale, in *CED Cass.*, m. 226.573, secondo cui, l'ordine di demolizione del manufatto abusivo, impartito dal giudice ex art. 7 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, con la sentenza di condanna per il reato di costruzione abusiva non si estingue per il decorso del tempo ex art. 173 Cod. pen., atteso che quest'ultima disposizione si riferisce alle sole pene principali; Sez. III, 18 febbraio 2003, ric. Filippi, in questa *Rivista* 2004, II, 662, 268, con indicazione di altro precedente, secondo cui l'ordine di demolizione del manufatto abusivo, impartito dal giudice con la sentenza di condanna per reati concernenti l'edilizia e l'urbanistica, non è soggetto alla prescrizione quinquennale stabilita per le sanzioni amministrative dall'art. 28 della legge 24 novembre 1981, n. 689, in quanto detta prescrizione riguarda le sanzioni pecuniarie con finalità punitiva, mentre la fattispecie in questione configura un obbligo di fare, imposto per ragioni di tutela del territorio.

151. Edilizia - Costruzione abusiva - Ordine di demolizione - Impossibilità tecnica di esecuzione - Non imputabilità al condannato - Necessità - Sospensione condizionale della pena subordinata alla demolizione - Revoca del beneficio - Fattispecie relativa a costruzione abusiva a piano terra con sopraelevazione legittima (D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 31, comma 9; Cod. pen. artt. 163, 168).

L'impossibilità tecnica di demolire un manufatto abusivo, nel caso in cui la sospensione condizionale della pena sia subordinata alla sua demolizione, non rileva come causa di revoca del beneficio solo se non dipenda da causa imputabile al condannato.

(In motivazione la Corte, in una fattispecie nella quale il condannato aveva giustificato la mancata demolizione del manufatto posto al piano terra in quanto tecnicamente impedita dalla presenza di un piano superiore non abusivo, ha precisato che la dedotta impossibilità fosse imputabile al condannato per aver realizzato, o comunque tollerato, l'esecuzione di una sopraelevazione in violazione della normativa urbanistica e del vincolo cautelare) (1).

Sez. III, 22 settembre 2010, Pres. De Maio, Rel. Franco, P.M. Passacantando (concl. diff.); Ric. Lembo.

(1) Non risultano precedenti negli stessi termini.

Per utili riferimenti v. Cass., Sez. III, 27 aprile 2004, ric. Giardina,

in CED Cass., m. 229.388, secondo cui, in tema di costruzioni edilizie abusive, grava sul soggetto condannato la prova della impossibilità di adempimento, per cause allo stesso non imputabili, della demolizione del manufatto abusivo ordinata con la sentenza di condanna ed alla quale sia subordinata la sospensione condizionale della pena, atteso che compete al giudice dell'esecuzione la sola valutazione sull'adempimento e sulla esistenza o meno di cause che lo abbiano reso impossibile al momento della scadenza dell'adempimento stesso.

152. Falsa testimonianza - Reiterazione della falsa dichiarazione in fasi diverse del medesimo procedimento - Unicità del reato - Momento consumativo (Cod. pen. art. 372).

La reiterazione della stessa falsa testimonianza in fasi successive del medesimo procedimento integra un unico reato, il quale si consuma nel momento in cui viene resa la prima dichiarazione mendace (1).

Sez. VI, 22 settembre 2010, Pres. Serpico, Rel. Lanza, P.M. Iacoviello (concl. conf.); Ric. Piras.

(1) Giurisprudenza contrastante.

Nello stesso senso, v. Cass., Sez. VI, 17 ottobre 1984, ric. De Santis, in questa Rivista 1985, II, 93, 96, secondo cui colui che in fasi successive dello stesso procedimento ripete la medesima falsa testimonianza risponde di un solo reato, che si perfeziona e si consuma nel momento in cui il fatto costitutivo della falsità è commesso per la prima volta; Sez. VI, 12 febbraio 1980, ric. Bellantuono, in CED Cass., m. 145.286, secondo cui, colui che in fasi successive dello stesso procedimento ripete la medesima falsa testimonianza risponde di un solo reato, che si perfeziona e si consuma al momento in cui il fatto costitutivo della falsità è commesso per la prima volta.

In senso diverso v. Sez. VI, 19 novembre 2003, ric. Alaimo, in CED Cass., m. 229.304, secondo cui il reato di falsa testimonianza si reitera soltanto se la condotta tipica viene posta in essere in una successiva deposizione autonoma davanti ad una diversa autorità giudiziaria, vale a dire in una diversa fase processuale: pertanto non realizza un autonomo reato di falsa testimonianza la mendace deposizione frazionata in più udienze oppure ripetuta nell'ambito della medesima fase processuale davanti ad un giudice diverso solo come persona fisica; Sez. VI, 31 marzo 1989, ric. Esposito, ivi, m. 181.818, secondo cui, qualora il testimone renda la propria deposizione mendace innanzi a giudici diversi in successive fasi processuali, risponde di autonomi e distinti reati di falsa testimonianza. (nella specie, relativa a rigetto di ricorso, l'imputato aveva sostenuto che le dichiarazioni rese all'udienza, coincidendo con quelle rese in istruttoria al P.M. non potevano dar luogo alla procedura ex art. 435 Cod. pen. (reati commessi in udienza; giudizio immediato); Sez. VI, 12 marzo 1985, ric. Azzaroli, in questa Rivista 1986, II, 90, 98; Sez. I, 3 ottobre 1981, ric. Chiariotti, in CED Cass., m. 151.821, secondo cui la unicità del reato di falsa testimonianza è configurabile esclusivamente nell'ipotesi di reiterazione dello stesso mendacio nel corso della medesima deposizione, anche se assunta frazionatamente in una o più udienze, sicché, consumatosi l'illecito nel momento finale dell'atto, in tal modo portato a compimento, la reiterazione, anche meramente ripetitiva, del mendacio fatta in una fase successiva (giudizio rispetto alla istruzione) ovvero in un momento processuale diverso dalla stessa fase o in diverso grado, integra gli estremi di un altro reato di falsa testimonianza eventualmente in continuazione con il primo.

153. Furto - Furto con strappo (scippo) - Rapina - Elementi differenziali (Cod. pen. art. 624 bis, secondo comma, 628).

Integra il reato di furto con strappo la condotta di violenza immediatamente rivolta verso la cosa e

solo in via del tutto indiretta verso la persona che la detiene, mentre ricorre il delitto di rapina quando la res sia particolarmente aderente al corpo del possessore e la violenza si estenda necessariamente alla persona, dovendo il soggetto attivo vincere la resistenza e non solo superare la forza di coesione inerente alla normale relazione fisica tra il possessore e la cosa sottratta (1).

Sez. II, 11 novembre 2010, Pres. Sirena, Rel. Chindemi, P.M. Passacantando (conc. parz. diff.); Ric. P.

(1) Nello stesso senso v. Cass., Sez. II, 3 ottobre 2006, ric. P.M. in proc. Vaccaro, in CED Cass., m. 234.776, secondo cui è configurabile il furto con strappo quando la violenza è immediatamente rivolta verso la

cosa e solo in via del tutto indiretta verso la persona che la detiene, anche se, a causa della relazione fisica intercorrente tra cosa sottratta e possessore, può derivare una ripercussione indiretta e involontaria sulla vittima, mentre ricorre la rapina allorché la res è particolarmente aderente al corpo del possessore e questi, istintivamente e deliberatamente contrasta la sottrazione, cosicché la violenza necessariamente si estende alla sua persona dovendo l'agente vincerne la resistenza e non solo superare la forza di coesione inerente al normale contatto della cosa con essa; Sez. II, 7 novembre 1990, ric. P.M., Vittuari e altri, ivi, m. 187.714, secondo cui nella fattispecie di furto con strappo la violenza si esercita esclusivamente sulla cosa anche se, a causa della relazione fisica tra persona e cosa, può derivare una ripercussione indiretta e involontaria sulla persona; ma ricorre la rapina allorché la cosa è particolarmente aderente al corpo del possessore e costui, istintivamente o deliberatamente, contrasta la sottrazione, sì che la violenza necessariamente si estende alla persona in quanto l'agente non deve superare soltanto la forza di coesione inerente al normale contatto della cosa con la parte lesa, ma deve vincere la resistenza di questa.

154. Getto pericoloso di cose - Emissioni di polveri provenienti da attività autorizzate - Contenimento nei limiti della legge e dell'autorizzazione - Configurabilità del reato - Esclusione (Cod. pen. art. 674).

La configurabilità del reato di getto pericoloso di cose è escluso in caso di emissioni (nella specie, di polveri) provenienti da attività autorizzata o disciplinata dalla legge, e contenute nei limiti normativi o dell'autorizzazione, in quanto il rispetto dei predetti limiti implica una presunzione di legittimità del comportamento (1).

Sez. III, 21 ottobre 2010, Pres. Ferrua, Rel. Franco, P.M. Fodaroni (concl. diff.); Ric. Rocchi.

(1) Giurisprudenza contrastante.

Nello stesso senso v. Cass., Sez. III, 9 gennaio 2009, ric. Albanese, in CED Cass., m. 243.443; Sez. III, 13 maggio 2008, ric. P.M. e p.c. in proc. Tucci e altro, ivi, m. 240.768 (testualmente conforme alla massima annotata); Sez. III, 27 febbraio 2008, ric. Colombo e altri, ivi, m. 239.864, secondo cui l'espressione "nei casi non consentiti dalla legge", contenuta nella formulazione dell'art. 674 Cod. pen., si collega alla necessità che l'emissione di gas, vapori o fumi, atta a molestare le persone avvenga in violazione delle norme che regolano l'inquinamento atmosferico, sicché, ai fini della configurabilità del relativo reato, nell'ipotesi di attività industriali che trovano la loro regolamentazione in una specifica normativa di settore, non basta che le emissioni siano, astrattamente idonee ad arrecare fastidio, ma è indispensabile la puntuale e specifica dimostrazione che esse superino gli standard fissati dalla legge (fattispecie relativa, ad emissione di vapori di acido acetico); Sez. III, 11 maggio 2007, ric. Pierangeli, ivi, m. 236.682, secondo cui, in tema di getto pericoloso di cose, nel caso in cui le emissioni siano inferiori ai limiti previsti dall'autorizzazione rilasciata al titolare dell'insediamento, non è configurabile la contravvenzione di cui all'art. 674 Cod. pen. atteso che si tratta di ipotesi diversa dall'esercizio in difetto di autorizzazione, ipotesi nella quale la condotta deve essere valutata secondo criteri di "stretta" e non di "normale" tollerabilità; Sez. III, 21 giugno 2006, ric. Bortolato, ivi, m. 235.056, secondo cui il reato di cui all'art. 674 Cod. pen., emissione di gas, vapori e fumi atti a molestare le persone, non è configurabile nel caso in cui le emissioni provengano da una attività regolarmente autorizzata e siano contenute nei limiti previsti dalle leggi, in materia di inquinamento atmosferico, atteso che l'espressione "nei casi non consentiti dalla legge" costituisce una precisa indicazione della necessità che l'emissione avvenga in violazione delle norme di settore, il cui rispetto integra una presunzione di legittimità dell'emissione stessa; Sez. III, 1 febbraio 2006, ric. P.M. in proc. Tortora, ivi, m. 233.562, secondo cui la condotta di emissione di gas, vapori o fumi atti a molestare le persone non configura il reato di cui alla parte seconda dell'art. 674 Cod. pen. nel caso in cui le emissioni provengano da una attività regolarmente autorizzata e siano inferiori ai limiti previsti dalle leggi speciali in materia di inquinamento; Sez. III, 10 febbraio 2005, ric. Montinaro, ivi, m. 230.098, secondo cui, il reato di cui all'art. 674 Cod. pen. (getto pericoloso di cose) non è configurabile nel caso in cui le emissioni provengano da una attività regolarmente autorizzata e siano inferiori ai limiti previsti dalle disposizioni in tema di inquinamento atmosferico, atteso che l'espressione "nei casi non consentiti dalla legge" comporta la necessità che le emissioni avvengano in violazione degli standards fissati dalle normative di settore.

In senso contrario v. Sez. III, 12 febbraio 2009, ric. Schembri e

altro, in CED Cass., m. 243.387, secondo cui il reato di getto pericoloso di cose è integrabile indipendentemente dal superamento dei valori limite di emissione eventualmente stabiliti dalle legge, in quanto anche un'attività produttiva di carattere industriale autorizzata può procurare molestie alle persone, per la mancata attuazione dei possibili accorgimenti tecnici; Sez. I, 27 marzo 2008, ric. Polizzi, in questa Rivista 2009, II, 12, 12, con indicazione di altri precedenti in senso contrastante secondo cui, in tema di getto pericoloso di cose l'evento di molestia provocato dalle emissioni di gas, fumi o vapori non si ha solo nei casi di emissioni inquinanti in violazione dei limiti di legge, in quanto non è necessario che le stesse siano vietate, da speciali norme giuridiche, ma è sufficiente il superamento del limite della normale tollerabilità ex art. 844 Cod. civ., la cui tutela costituisce la ratio della norma incriminatrice (fattispecie di emissioni di fumi e vapori nauseabondi provenienti da un panificio); Sez. III, 21 giugno 2007, ric. Toma, ivi, m. 237.382, secondo cui, in tema di getto pericoloso di cose, l'evento di molestia provocato dalle emissioni di gas, fumi o vapori non si ha solo nei casi di emissioni inquinanti in violazione dei limiti di legge, in quanto non è necessario che le stesse siano vietate da speciali norme giuridiche ma è sufficiente il superamento del limite della normale tollerabilità ex art. 844 Cod. civ., la cui tutela costituisce la ratio della norma incriminatrice, (fattispecie di emissioni di monossido di carbonio e fumi provocati da un impianto termico centralizzato condominiale di cui era stata accertata la presenza all'interno dell'appartamento di un condomino); Sez. III, 28 settembre 2005, ric. Riva e altri, in questa Rivista 2006, II, 545, con motivazione e nota redazionale, secondo cui, la contravvenzione di cui all'art. 674 Cod. pen. è integrabile indipendentemente dal superamento dei valori limite di emissione eventualmente stabiliti dalla legge, in quanto anche un'attività produttiva di carattere industriale autorizzata può procurare molestie alle persone, per la mancata attuazione dei possibili accorgimenti tecnici, atteso che il reato de quo mira a tutelare la salute e l'incolumità delle persone indipendentemente dall'osservanza o meno di standards fissati per la prevenzione dall'inquinamento atmosferico.

155. Manifestazioni sportive - Violenza occasionata da manifestazioni sportive - Misure di prevenzione - Imposizione dell'obbligo di presentazione ad un ufficio o comando di polizia contestualmente allo svolgimento di manifestazione sportiva - Violazione - Mancata specificazione nel procedimento del questore delle date degli incontri - Configurabilità del reato (l. 13 dicembre 1989, n. 401, art. 6, comma 9).

Il reato di violazione dell'obbligo di presentazione ad un ufficio o comando di polizia contestualmente allo svolgimento di manifestazioni sportive non presuppone che il relativo provvedimento del questore indichi specificamente le date di espletamento di detti incontri, essendo onere del destinatario informarsi sulla concreta epoca di svolgimento di dette competizioni (1).

Sez. III, 6 ottobre 2010, Pres. e Rel. Squassoni, P.M. Montagna (concl. conf.); Ric. Ciampi.

(1) Non risultano precedenti negli stessi termini.

Per utili riferimenti v. Cass., Sez. III, 17 dicembre 2008, ric. Arcifa e altri, in CED Cass., m. 242.167, secondo cui in tema di misure di prevenzione della violenza occasionata da manifestazioni sportive, la prescrizione del questore impositiva dell'obbligo di presentazione ad un ufficio o comando di polizia può legittimamente riferirsi agli incontri amichevoli, ad eccezione di quelli decisi in rapporto ad esigenze peculiari del momento e senza una preventiva programmazione; Sez. III, 29 novembre 2006, ric. Lucani, ivi, m. 235.821; Sez. III, 29 novembre 2006, ric. Canale (non massimata), secondo cui, il divieto di accesso ai luoghi di svolgimento di manifestazioni sportive, con contestuale obbligo di presentazione ad un ufficio o comando di polizia, come previsto dall'art. 6, commi 1 e 2 della legge 13 dicembre 1989, n. 401, può legittimamente riferirsi anche agli incontri c.d. "amichevoli", fermo restando che l'eventuale violazione di detto obbligo in tanto potrà assumere rilievo penale in quanto detti incontri risultino essere stati preventivamente pubblicizzati in modo tale da far sì che l'interessato potesse averne avuto conoscenza; Sez. III, 4 marzo 2005, ric. Castorina Calì, ivi, m. 231.979, secondo cui ai fini della validità del provvedimento conseguente a turbative nello svolgimento di manifestazioni sportive, con cui il questore vieta l'accesso allo stadio in occasione di alcune competizioni sportive, è sufficiente che queste ultime siano determinabili in modo certo dal destinatario, sulla base degli elementi di identificazione forniti nel provvedimento (nel caso di specie, erano stati indicati tutti gli incontri di calcio disputati in un determinato stadio).

GIURISPRUDENZA DI MERITO

TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA
UFFICIO DEL GIUDICE DELLE INDAGINI PRELIMINARI

Decreto di archiviazione - 24 maggio 2011.

G.I.P. ed Est. Giovanni Ariolli.

Reati contro l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica - Disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone - Mestiere rumoroso - Zona aeroportuale - Limiti di emissione ed immissione acustica - Superamento - Illecito amministrativo (Cod. pen. art. 659; L. 26 ottobre 1995, n. 447, art. 10).

Reati contro l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica - Disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone - Mestiere rumoroso - Zona aeroportuale - Altre prescrizioni dell'Autorità - Violazione - Contravvenzione di cui al comma 2 dell'art. 659 c.p. (Cod. pen. art. 659, comma 2).

Reati contro l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica - Disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone - Mestiere rumoroso - Zona aeroportuale - Uso eccessivo o smodato dei mezzi tipici del mestiere - Contravvenzione di cui al comma 1 dell'art. 659 c.p. (Cod. pen. art. 659, comma 1).

Sussiste l'illecito amministrativo di cui alla l. n. 447 del 1995 (e soltanto questo) laddove si verifichi il mero (e solo) superamento dei limiti di immissione acustica aeroportuale (c.d. rumorosità nell'esercizio dell'attività tipica del mestiere rumoroso, ad es. prodotta nelle fasi di decollo o di atterraggio dei veivoli, dalla manutenzione degli aeromobili, dalla loro revisione e dalle prove dei motori).

È integrata, invece, la contravvenzione di cui al comma 2 dell'art. 659 c.p., allorché la violazione riguardi altre prescrizioni legali o dell'Autorità attinenti all'esercizio del mestiere rumoroso, ma diverse da quelle impositive di limiti di immissione acustica (ad es. orario dei voli, frequenza dei decolli ecc.).

Sussiste la diversa fattispecie di cui al primo comma dell'art. 659 c.p., allorché il disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone sia ascrivibile ad un comportamento che esce al di fuori della pertinenza dell'esercizio tipico dell'attività "rumorosa", posto in essere per finalità differenti, eccedendo, dunque, quelli che sono i c.d. limiti interni dell'attività. In tal caso, infatti, la condotta non è espressione del libero esercizio dell'iniziativa economica privata ma di abuso del diritto e perde quelle rationes che a livello normativo ne giustificano un trattamento di favore (illecito amministrativo o illecito penale punibile con la sola ammenda).

Il Giudice delle indagini preliminari, dott. Giovanni Ariolli, vista la richiesta di archiviazione presentata dal pubblico ministero dott.ssa Rosalia Affinito;

letti gli atti del procedimento penale a margine indicato nei confronti di ignoti per il reato di cui all'art. 659 c.p., iscritto nel registro delle notizie di reato in data 2.12.2009;

vista l'opposizione alla richiesta di archiviazione presentata in data 9.11.2010 da Barcaroli Roberto + 8;

disposta con provvedimento del 24.1.2011 la notifica della richiesta di archiviazione ai sindaci del comune di Ciampino e di Marino, rispettivamente quali rappresentanti dei predetti comuni, enti esponenziali ai quali può ricondursi la titolarità degli interessi riconducibili al contenuto del bene giuridico tutelato dalla contravvenzione per cui si procede (ordine pubblico e tranquillità pubblica), e quindi, aventi la qualità di persone offese dal reato per cui si procede con diritto di ricevere l'avviso ex art. 408, comma 2, c.p.p.

Osserva

Il presente procedimento scaturisce dai numerosi esposti

presentati dagli abitanti dei comuni di Marino e Ciampino, i quali denunciano l'insopportabilità dei rumori generati dall'attività aeroportuale, conseguente all'intensificarsi dei voli in partenza ed in arrivo dall'aeroporto di Ciampino. La situazione sarebbe aggravata, secondo gli esponenti, dalla mancata attuazione delle procedure antirumore previste dalla normativa sull'inquinamento acustico, demandate in concreto alla commissione aeroportuale, la quale non avrebbe svolto il proprio compito nei termini previsti dalla legge. A supporto di quanto denunciato in ordine all'intollerabilità dei rumori ed alla dannosità delle immissioni per la salute pubblica, si fa riferimento a due studi: il primo, eseguito dal centro regionale infrastrutture sistemi trasporti aereo del Lazio, avente ad oggetto il monitoraggio acustico di una zona limitrofa all'aeroporto, ove sarebbe stato accertato che il livello di inquinamento acustico supera costantemente i valori ammessi dalla legge; il secondo, denominato SERA, è stato elaborato dalla ASL RM/H di Roma ed ha ad oggetto lo studio degli effetti sulla salute dei rumori aeroportuali.

In sintesi, due sono i profili di doglianza che emergono dagli esposti: il primo riguarda l'omissione da parte della commissione aeroportuale della definizione delle procedure antirumore; il secondo si riferisce al superamento dei valori previsti dalla legge e alla natura intollerabile dei rumori nella zona, con conseguente disturbo per gli abitanti e danno per la loro salute (in termini sia di malattie cardiocircolatorie che dell'apparato respiratorio).

Ciò premesso, prima di affrontare il merito della questione, occorre brevemente richiamare alcuni cenni sulla normativa di riferimento. La legge quadro sull'inquinamento acustico 26 ottobre 1995, n. 447, prevede, all'art. 3, comma 1, lettera *m*), che con decreto del Ministro dell'ambiente, di concerto con il Ministro dei Trasporti e della navigazione (ora delle infrastrutture e dei trasporti) siano stabiliti i criteri di misurazione del rumore emesso dagli aeromobili, nonché la relativa disciplina per il contenimento dell'inquinamento acustico "... con particolare riguardo ... all'individuazione delle zone di rispetto per le aree e le attività aeroportuali e ai criteri per regolare l'attività urbanistica nelle zone di rispetto...". In applicazione di tale disciplina, è stato emanato il decreto del Ministro dell'ambiente 31 ottobre 1997, di concerto con il Ministro dei trasporti e della navigazione, che, tra l'altro, assegna ad ENAC il potere di istituire per ogni aeroporto la Commissione aeroportuale con il compito di definire le procedure antirumore e di individuare le zone di rispetto dell'intorno aeroportuale. La Commissione, composta dai rappresentanti della regione, dei comuni e delle province interessati, nonché da rappresentanti del Ministero dell'ambiente, dell'Agenzia regionale per la protezione ambiente, della società di gestione, dell'ENAV e dalle imprese operanti nell'aeroporto, tenuto conto del piano regolatore aeroportuale, degli strumenti di pianificazione territoriale e urbanistica vigenti e delle procedure antirumore adottate, definisce, nell'intorno aeroportuale, i confini delle c.d. aree di rispetto (zona A, B e C) all'interno delle quali valgono i limiti per la rumorosità prodotta dalle attività aeroportuali come definite dalla legge quadro sull'inquinamento acustico. La definizione della zonizzazione è il presupposto indispensabile per consentire l'adozione delle procedure antirumore previste dal suddetto decreto ministeriale e per consentire alla società di gestione aeroportuale di predisporre i piani di risanamento previsti dalla vigente normativa e per evitare ulteriori costruzioni edilizie introno all'aeroporto.

Dalla documentazione in atti, risulta che la Commissione aeroportuale è stata istituita in data 20.12.2000 (in attuazione della legge quadro sopraindicata) con i seguenti compiti: a) definizioni delle procedure antirumore; b) caratterizzazione acustica dell'intorno aeroportuale; c) definizione degli indici di classificazione dell'aeroporto in relazione al livello di inquinamento acustico. In ordine al punto *a*), la commissione ha proceduto ad indicare le procedure antirumore da seguire che sono state adottate dalla direzione dell'aeroporto con ordinanza n. 5 del 2001 (acquisita agli atti). Riguardo al punto *b*), è necessario ribadire che la caratterizzazione acustica dell'intorno aeroportuale, consistente nell'individuazione da parte

della commissione delle zone di rispetto, è necessaria per la applicazione degli indici di valutazione del rumore, indicati dall'articolo 6 del D.M. 31.10.1997; la legge, infatti, prevede livelli differenziati di rumori per ciascuna zona; l'intorno aeroportuale è suddiviso in tre zone A, B, C (articolo 6 del DM 31.10.1997).

Pertanto, preliminarmente all'applicazione dei limiti antirumore stabiliti dal D.M. del 1997 emanato in attuazione della legge quadro del 1995, è la classificazione delle zone da parte della commissione. Nel caso dell'aeroporto di Ciampino, non essendo stata raggiunta l'unanimità in ordine alla individuazione delle zone, la commissione, nell'ultima riunione tenutasi in data 10.4.2008, ha dato atto dell'impossibilità di procedere alla caratterizzazione acustica, conformemente a quanto previsto dall'articolo 6, comma 5, del D.M. 31.10.1997. La mancanza dell'unanimità del voto della Commissione ha imposto, ai sensi dell'art. 6 del decreto ministeriale del 31 ottobre 1997, il trasferimento della competenza a decidere in merito alla Conferenza dei servizi, i cui lavori si sono conclusi in data 1.7.2010 con l'approvazione dell'impronta acustica e della zonizzazione acustica, necessaria per avviare e realizzare un concreto risanamento acustico della zona. Le conclusioni della conferenza sono state recepite nella delibera della Giunta Regionale Lazio (pubblicata sul Bollettino Ufficiale R.L. n. 37 del 7.10.2010, suppl. n. 172) e dovranno essere adottate con provvedimento del direttore della circoscrizione aeroportuale.

Il ritardo nella convocazione della conferenza, unitamente ad altri profili relativi ad asserite condotte omissive, hanno costituito oggetto di una specifica denuncia presentata dai sindaci dei comuni di Ciampino e Marino anche nei confronti del Ministro dei trasporti, titolare dei poteri in materia; tale vicenda, per come precisato dallo stesso pubblico ministero, costituisce oggetto di autonomo procedimento penale (n. 17764/10 RG NR) e, pertanto, è estranea alla presente richiesta di archiviazione che riguarda esclusivamente l'eventuale sussistenza della contravvenzione di cui all'articolo 659 c.p., in ordine ai rumori provenienti dall'attività aeroportuale.

Con riguardo alla notizia criminis per la quale è stato iscritto il presente procedimento, è necessario prendere le mosse dal quadro normativo di riferimento, rappresentato da un lato dalla contravvenzione citata e dall'altro lato, dalla legge quadro sull'inquinamento acustico, segnatamente dall'articolo 10 che punisce con sanzione amministrativa *chiunque nell'esercizio nell'impiego di una sorgente fissa o mobile di emissioni sonore, supera i valori limite di emissione stabiliti dalla legge...*, limiti successivamente fissati con Decreto Ministeriale del 31.10.1997.

Dopo l'entrata in vigore della legge sull'inquinamento acustico si è posto il problema dell'ambito applicativo della fattispecie di cui all'articolo 659 c.p. nelle ipotesi di disturbo arrecato nell'esercizio di un mestiere rumoroso.

La norma in esame, infatti, prevede due distinte fattispecie di reato di pericolo che possono tra loro concorrere avendo finalità e struttura differenti, in quanto il primo comma sanziona l'effetto che può derivare sull'occupazione e riposo delle persone dalle emissioni sonore prodotte con mezzi tassativamente indicati (schiamazzi, rumori ed altro); mentre il comma secondo è strutturato come una norma penale in bianco che sanziona la mera violazione delle disposizioni e prescrizioni dettate dall'autorità in relazione all'esercizio di mestieri rumorosi.

In ordine ai rapporti tra la fattispecie di cui al comma 2 dell'articolo 659 c.p. e l'art.10 della legge quadro sull'inquinamento acustico, è pacifico in giurisprudenza l'orientamento secondo cui la configurazione di uno speciale illecito amministrativo ha comportato la depenalizzazione della condotta consistente nel mero superamento dei limiti di rumori prescritti dalla legge o imposti da un provvedimento dell'autorità, in forza del principio di specialità di cui all'art. 9 della legge 24 novembre 1981, n. 689. Residua un ambito di applicazione del comma 2 dell'articolo 659 c.p. per tutte quelle violazioni di legge o di provvedimenti dell'autorità, diverse da quella riguardante la regolamentazione dell'inquinamento acustico e, quindi, non riferibili al superamento di limiti di rumore, posta in essere dagli esercenti una professione o mestiere rumoroso

contro le disposizioni comunque dirette a disciplinare le modalità spaziali e temporali dell'esercizio dell'attività di "lavoro rumoroso" – come quando, pur essendo rispettati i limiti di emissioni acustiche fissati dalla legge, l'attività si svolga in ora diversa da quella stabilita dai regolamenti vigenti in un determinato comune – essendo, invece irrilevanti le disposizioni dettate ad altri scopi, urbanistici e simili, la cui inosservanza potrà configurare, se del caso, altri reati o illeciti amministrativi (da ultimo si veda Cass. Sez. I, 27 ottobre 2009, n. 44167, Fiumara, *CED Cass.* n. 245563; Cass. Sez. I, 4 luglio 1997, n. 8589, Vita, *CED Cass.* n. 208578; Cass. Sez. I, 28 marzo 2003, n. 16686, P.M. in proc. Massazza, *CED Cass.* n. 224802).

Ne consegue, pertanto, che, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 10 l. 26 ottobre 1995, n. 447, la fattispecie contravvenzionale prevista dal comma 2 dell'art. 659 c.p. ha un residuo campo di applicabilità limitato alla violazione di norme che regolano i mestieri rumorosi sotto profili diversi dalle caratteristiche delle emissioni e immissioni sonore. Così, nel caso dell'aeroporto di Ciampino, la violazione degli orari di esercizio ovvero degli orari dei voli e/o il numero dei decolli o degli atterraggi, mentre non vi è alcuna interferenza tra la disciplina della l. n. 447 del 1995 e quella contenuta nel comma 1, perché la prima stabilisce limiti di generale applicazione, strumentalmente verificabili, correlati all'intensità assoluta e differenziale, frequenza e tempi dell'emissione o dell'immissione in aree tipo logicamente predeterminate; la seconda, invece, ha riferimento alla media sensibilità delle persone nel cui ambito si verificano in concreto le immissioni rumorose (mediante la condotta "tipica" espressamente menzionata). Per due applicazioni giurisprudenziali del suddetto principio, aderenti al caso in esame, possono citarsi Cass. Sez. I, 18 novembre 2002, n. 432020, Romanisio, *CED Cass.* n. 222946 in tema di esercizio di un autodromo (il superamento dei valori limite di rumorosità prodotto nell'attività di esercizio di un autodromo non integra la fattispecie di cui al comma 1 dell'art. 659 c.p., ma quella indicata nel comma 2 dello stesso articolo, che è depenalizzata per effetto del principio di specialità di cui all'art. 9 della l. n. 689 del 1981, data l'identità dell'illecito previsto da quest'ultima disposizione e di quello previsto dall'art. 10, comma 2, della l. n. 447 del 1995, che è sanzionato solo in via amministrativa); nonché Cass. 19 novembre 2003, PM in proc. Montefiori, *inedita*, in tema di impianti di una cava in zona industriale. Una volta qualificato il fatto come inosservanza del capoverso dell'art. 659 c.p., sotto l'esclusivo profilo dell'accertato superamento, mediante ripetute misurazioni fonometriche, dei limiti differenziali di rumorosità fissati dal d.P.C.M. 14 novembre 1997 per il settore produttivo di impresa rumorosa in zona prevalentemente industriale (nella specie si trattava di impianti di una cava sottoposti a sequestro preventivo), non essendo in discussione alcuna violazione di altri limiti di legge, diversi da quelli relativi all'intensità del rumore o di specifiche prescrizioni dell'Autorità amministrativa per l'esercizio dell'attività "tipica" di impresa rumorosa in una zona prevalentemente industriale (ad es. in tema di modalità spaziali e temporali di esercizio dell'attività o di adozione di particolari accorgimenti tecnici), né la produzione di emissioni sonore non riconducibili al normale e autorizzato esercizio dell'attività estrattiva, e risolvendosi la suddetta inosservanza nel superamento dei limiti differenziali di rumore imposti dalla vigente normativa di settore, la fattispecie, salvo il residuale ambito applicativo sopra enucleato per l'ipotesi di abuso dei mezzi tipici di esercizio dell'attività di impresa fisiologicamente rumorosa e debitamente autorizzata, deve intendersi ormai depenalizzata in forza del principio di specialità di cui alla predetta l. n. 689 del 1981 (1).

(1) È, invece, rimasto isolato l'orientamento espresso da Cass. Sez. I, 16 aprile 2004, n. 25103, Amato, *CED Cass.* n. 228244 secondo cui non vi sarebbe stata depenalizzazione alcuna, in quanto il comma 2 dell'articolo 659 c.p. contiene un elemento ulteriore rispetto all'art. 10 della legge n. 447 del 1995, consistente nella messa in pericolo della tranquillità pubblica (principio affermato riguardo al superamento dei valori limite di rumorosità prodotta nell'attività di esercizio di una discoteca).

In conclusione, può affermarsi che ogni altra violazione, diversa da quella riguardante la regolamentazione dell'inquinamento acustico-ambientale, posta in essere dagli esercenti una professione o un mestiere rumoroso contro le disposizioni della legge o le prescrizioni dell'Autorità e non prevista come illecito amministrativo da altra norma di carattere speciale, rimane sottoponibile alla sanzione penale di cui al comma 2 dell'art. 659 c.p.

Aperta ed affrontata in parte in modo differente dalla dottrina e dalla giurisprudenza è la questione attinente ai rapporti tra la disciplina amministrativa e la fattispecie di cui al comma 1. Con un primo orientamento, la Suprema Corte ha affermato che, in linea di principio, non vi è stata un'automatica depenalizzazione della norma incriminatrice di cui al primo comma dell'articolo 659 c.p., allorché l'esercizio dei mestieri rumorosi comporti il disturbo al riposo e all'occupazione delle persone. I due illeciti, infatti, possono concorrere tra loro, stante la diversità degli elementi costitutivi e dei beni giuridici tutelati. L'articolo 659, comma 1, c.p., infatti, prende in considerazione non il dato oggettivo del mero superamento dei limiti di rumori, quanto piuttosto gli effetti negativi di esso sull'occupazione ed il riposo delle persone, tutelando la tranquillità pubblica, laddove l'illecito amministrativo è correlato solo al mero superamento dei limiti di rumore ed è preposto alla tutela dell'ordine pubblico attinente alla salute e salubrità dei consociati (sul punto si veda Cass. Sez. I, 6 dicembre 2006, n. 1075, Raggio ed altri, *CED Cass.* n. 235791. La Corte ha rigettato la richiesta di rimessione alle Sezioni Unite della questione relativa ai "confini" tra le ipotesi criminose di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 659 in riferimento all'ambito della depenalizzazione introdotta dall'articolo 10 della legge 1995 n. 447, affermando il principio della possibile esistenza di un concorso formale tra l'illecito penale e quello amministrativo). È stato, però, precisato – orientamento che assume particolare rilievo nel caso in esame – che il reato di cui al primo comma dell'articolo 659 c.p. resta assorbito in quello previsto dal comma 2, se il disturbo viene arrecato nel normale esercizio di un mestiere rumoroso, in quanto il disvalore del fatto è tutto racchiuso nel comma 2 della norma. La fattispecie di cui al comma 1 risulterà integrata in via autonoma solo se l'attività svolta ecceda il normale esercizio della professione o costituisca uso smodato dei mezzi tipici di essa (Cass. Sez. I, 25 maggio 2006, n. 30773, Bardovagni, *CED Cass.* n. 234881; in senso conforme Cass. Sez. I, 6 novembre 2007, n. 46083, Siotto, *CED Cass.* n. 45083). Tale orientamento è stato ulteriormente ribadito, affermando in modo chiaro che non deve essere sopravvalutato il criterio teleologico in ordine alle differenti finalità della norma penale e di quella amministrativa, al punto da paralizzare l'attuazione del principio di specialità della fattispecie amministrativa, allorché vi sia identità di tipo di illecito. Il parametro teleologico del bene tutelato dall'articolo 659, comma 1, c.p. consistente nella quiete pubblica, infatti, non può consentire la surrettizia riesplorazione della fattispecie penale, allorché vi sia identità strutturale tra illecito penale ed amministrativo, considerando anche la sostanziale affinità dei beni meritevoli di tutela (quiete e tranquillità pubblica da un lato e salubrità ambientale e salute umana dall'altro). In sostanza, si afferma che, nell'esercizio dei mestieri rumorosi si configura l'ipotesi di cui al primo comma dell'articolo 659 c.p. quando il fatto costitutivo dell'illecito penale sia rappresentato da qualcosa di diverso ed ulteriore rispetto al mero superamento di limiti di rumore.

Altrimenti ricondurre ad una mera violazione di carattere formale, ossia ad un illecito di mera disobbedienza, il superamento dei limiti di rumore fissati dalla legge o dall'Autorità destinato ad essere compreso nell'alveo della sanzione amministrativa (riservando alla fattispecie penale la punizione degli "effetti" sostanziali di una tale condotta), significa svuotare di contenuto sia la *discrezionalità* di cui gode il legislatore nella determinazione del *catalogo* sanzionatorio, sia le *rationes* di tutela sottese alla previsione dei limiti legali il superamento dei quali da origine all'illecito, sia le funzioni "retributive" di cui anche la sanzione amministrativa è tipicamente portatrice.

La normativa pubblicistica che stabilisce i limiti legali di rumore "acustico", soprattutto se si ha riguardo anche a quel-

la successiva di dettaglio e alla normativa comunitaria di riferimento (cfr. Direttiva 2002/30/CEE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 marzo 2002 che istituisce norme e procedure per l'introduzione di restrizioni operative ai fini del contenimento del rumore negli aeroporti della Comunità) ha certamente una valenza di carattere sostanziale, essendo diretta non solo a regolamentare l'esercizio dell'attività ma, soprattutto, a contemperarne l'esercizio ("necessitato" e socialmente utile ai sensi dell'art. 41 Cost.) con altri diritti fondamentali sia di carattere individuale che collettivo. Ciò, del resto, si ricava anche dalla stessa definizione di inquinamento acustico data dal legislatore che, all'art. 2 della legge n. 447 del 1995, intende, in particolare, *l'introduzione di rumore nell'ambiente abitativo o nell'ambiente esterno tale da provocare fastidio o disturbo al riposo e alle attività umane, pericolo per la salute umana*". La finalità perseguita dal legislatore, che si traduce poi nella stessa *ratio* sottesa alla sanzione amministrativa, è, dunque, molteplice: assicurare, innanzitutto, una protezione dell'ambiente, quale valore collettivo autonomo; tutelare la salute e salubrità dei consociati (esigenze che, in parte, può ritenersi connessa con quella anche della protezione dell'ordine pubblico); evitare il disturbo del riposo (e implicitamente delle occupazioni) delle persone. Ciò si ricava non solo dagli intenti (espressi) della normativa sia generale che di dettaglio, ma anche dal procedimento amministrativo di determinazione dei limiti legali (che, a differenza dei vecchi criteri stabiliti dal D.P.C.M. 1 marzo 1991, ai fini della definizione della zonizzazione acustica considera proprio il rapporto tra rumore e il disturbo alle persone e a tutte le attività umane circostanti che può derivare dall'esercizio dell'attività aeroportuale), dalla natura degli interessi considerati e degli enti di volta in volta coinvolti.

Se, dunque, questa è la *ratio* della previsione del limite legale all'inquinamento acustico aeroportuale, alla salvaguardia di analoghe finalità deve intendersi predisposta la sanzione amministrativa. Il fatto che il legislatore abbia ritenuto di ricorrere a tale strumento sanzionatorio in luogo della contravvenzione, si tratta, come noto, di questione rimessa alla discrezionalità del legislatore⁽¹⁾. La meritevolezza e la rilevanza costituzionale dei beni salvaguardati non è, infatti, circostanza decisiva per dirimere la *quaestio* legata alla scelta del tipo di illecito, soprattutto se si considera che, nel caso in esame, al pari di altre discipline "*pericolose*" ma socialmente utili al progresso (si pensi alla circolazione stradale), resta sempre assicurata la tutela penale allorché dall'attività illegalmente esercitata e amministrativamente sanzionata derivi una lesione di beni di carattere individuale (ad es. lesioni colpose o dolose). Molteplici, del resto, appaiono essere le *rationes* che hanno portato il legislatore a ricondurre nell'alveo dell'illecito amministrativo il disturbo rumoroso alle occupazioni e al riposo delle persone derivante dal mero superamento dei limiti legali delle immissioni aeroportuali. Certamente la particolare utilità sociale dell'attività svolta, ritenuta essenziale al progresso del Paese e alla realizzazione dell'unità culturale e spaziale comunitaria e internazionale, e dall'altro l'esigenza di armonizzazione con la normativa comunitaria, nella convinzione di avere predisposto immediati ed efficaci strumenti di controllo, di intervento e tutela, anche a carattere di salvaguardia, volti ad assicurare la riduzione dell'inquinamento acustico.

In conclusione, sussisterà l'illecito amministrativo (e soltanto questo) laddove si verifichi il mero (e solo) superamento dei limiti di immissione acustica aeroportuale (c.d. rumorosità nell'esercizio dell'attività tipica del mestiere rumoroso, ad es. prodotta nelle fasi di decollo o di atterraggio dei velivoli, dalla manutenzione degli aeromobili, dalla loro revisione e dalle prove dei motori). Sarà integrata, invece, la contravvenzione di cui al comma 2 dell'art. 659 c.p., allorché la violazione riguardi altre prescrizioni legali o dell'Autorità attinenti all'esercizio del mestiere rumoroso, ma diverse da quelle impositive di limiti di immissione acustica (ad es. orario dei voli, frequenza dei decolli ecc.). Residuerà, infine, uno spazio applicativo del primo comma della contravvenzione di cui all'art. 659 c.p., allorché il disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone sia ascrivibile ad un comportamento che

esce al di fuori della pertinenza dell'esercizio tipico dell'attività "rumorosa", posto in essere per finalità differenti, eccedendo, dunque, quelli che sono i c.d. *limiti interni* del mestiere. In tal caso, infatti, la condotta non è espressione del libero esercizio dell'iniziativa economica privata ma di *abuse del diritto* (ragione per cui il legislatore ne estende la punibilità a "chiunque") e, perde quelle *rationes* che ne giustificavano un trattamento di favore (illecito amministrativo o illecito penale punibile con la sola ammenda).

Così ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento e venendo al merito della vicenda, occorre in primo luogo evidenziare che, in relazione attività dell'aeroporto di Ciampino, i limiti di rumore fissati dall'art. 6 del D.M. 31.10.1997 non hanno trovato immediata applicazione poiché la Commissione Aeoportuale dell'aeroporto di Ciampino, insediata nel lontano 1998 in base a quanto previsto dall'art. 5 del predetto decreto ministeriale, non ha ottemperato ai suoi compiti previsti (ossia definire le procedure antirumore) dotando l'aeroporto di Ciampino della c.d. zonizzazione acustica, tanto che si è dovuti arrivare sino al 2008 prima di passare la "mano", per mancato raggiungimento dell'unanimità, alla conferenza dei servizi di cui all'art. 14 della l. 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni ed integrazioni. In mancanza di operatività di limiti di rumore fissati dall'articolo 6 del DM 31.10.1997, gli studiosi dell'ARPA hanno elaborato la relazione denominata CRISTAL, cui si riportano i denunciati, che utilizza quale parametro di riferimento i limiti previsti per la classificazioni acustiche comunali, che risultano essere però più bassi rispetto a quelli stabiliti per l'intorno aeroportuale. Dai risultati dello studio Sera, invece, elaborato dall'ASL di Roma su un campione di 597 persone, è emersa una consistente associazione tra esposizione al rumore e aumenti di livelli di pressione arteriosa. Ad avviso del pubblico ministero non appare possibile fare riferimento a predetti studi per ricavare dati utilizzabili ai fini della contestazione penale; in realtà, si sostiene nella richiesta, lo studio Cristal rappresenta unicamente una base di partenza conoscitiva di quelli che sono i livelli di rumori generati dal traffico aereo, non essendo stato all'epoca ancora definito quale porzione di territorio sarebbe entrata a far parte del piano di zonizzazione aeroportuale e quella in cui vigerà il piano di classificazione acustica comunale; in esso sono contenuti esclusivamente dei suggerimenti (cfr. verbale di s.i.t. reso in data 7.5.2010 da Fabozzi Concetta). Parimenti non è possibile affermare con certezza il nesso causale tra l'esposizione ai rumori ed il danno alla salute di coloro che abitano nelle zone limitrofe all'aeroporto, in quanto lo studio Sera non offre dati certi in relazione a persone bene individuate. Anche in questo caso, trattasi di una attività meramente conoscitiva che può costituire un impulso per iniziative volte a ridurre il flusso dei voli.

Al riguardo, va però osservato che, nelle more del procedimento penale, si sono conclusi i lavori della conferenza di servizi che ha approvato l'impronta acustica dell'aeroporto di Ciampino e l'ipotesi di zonizzazione acustica dell'introno aeroportuale G.B. Pastine, così come rappresentata nella planimetria denominata "Proposta 2" allegata alla delibera, escludendo dalla fascia B della zonizzazione tutte le abitazioni e le aree urbane del Comune di Ciampino. Come da norma, quindi, il rumore aeroportuale non potrà essere superiore ai 65 decibel nelle città di Ciampino, Marino (frazioni di Cava dei Selci e Santa Maria delle Mole) e Roma (Municipio X), a fronte di un rumore certificato da Arpa Lazio che oggi arriva fino a 74 decibel nelle abitazioni limitrofe allo scalo. I comuni di Ciampino e Marino hanno chiesto, pertanto, al Ministero dei Trasporti e ad Enac un'immediata riduzione dei voli per ottenere la riduzione del rumore. Gli atti della conferenza di servizi e i relativi allegati sono stati recepiti nella delibera della Giunta Regionale del Lazio pubblicata sul Bollettino Ufficiale n. 37 del 7 ottobre 2010, supplemento n. 172 e trasmessi al Ministero dei Trasporti, a seguito della delega conferita al presidente della regione Lazio, anche per i successivi adempimenti stabiliti dalla legge n. 447 del 1995 e dal D.M. 31.10.1997 (per l'adozione delle opere necessarie di risanamento da parte degli enti competenti, quali ad es. il piano di

risanamento acustico ad opera dell'A.D.R.). Benché la delibera della Conferenza dei servizi abbia formato oggetto di ricorso in sede amministrativa, si tratta di limiti di rumore, quelli stabiliti dalla conferenza dei servizi, che debbono, allo stato, considerarsi in vigore per quanto riguarda l'immediata esecuzione degli interventi di risanamento e l'adozione dei provvedimenti volti a limitare i voli di linea da parte dell'Ente nazionale per l'aviazione civile ovvero ad adottare altri interventi strumentali al fine di ottenere la c.d. ottimizzazione dell'impatto acustico dell'aeroporto. A detti limiti, poi, dovrà aversi riguardo per stabilire se vi sia stata una violazione della normativa del rumore aeroportuale ai fini dell'applicazione delle sanzioni amministrative stabilite dalla legge quadro. Ebbene, pur potendo i limiti stabiliti dalla conferenza di servizi operare solo *de futuro* (rilevando quali elementi normativi integrativi di fattispecie sia che ad essa si attribuisca natura penale o rilievo di illecito amministrativo) e necessitando di monitoraggio del tempo in cui detti limiti sono in vigore, va tuttavia osservato come, in relazione agli accertamenti svolti per gli anni precedenti dall'ARPA Lazio (cfr. in particolare il monitoraggio dell'anno 2008), risulta in modo chiaro l'esistenza di zone di "criticità", con particolare riguardo all'insediamento abitativo laterale alla pista.

Riguardo, invece, alla questione relativa al superamento dei limiti di rumore in epoca antecedente all'adozione della zonizzazione dell'intorno aeroportuale, non sembra possa farsi riferimento, per sostenere l'illiceità della condotta, ai livelli di rumore stabiliti dal D.P.C.M. del 14.11.1997 che, nel caso di specie, sarebbero superati a seguito dei rilievi effettuati dall'ARPA-LAZIO (seppur svolti con riferimento ad una situazione di fatto preesistente alla zonizzazione). Si tratta, infatti, di norme volte a determinare nel complesso i limiti delle sorgenti che, nella loro esatta quantificazione, tengono conto dei rumori derivanti da tutte le fonti rumorose e che sono "modulati" in considerazione di tutte le modalità d'uso del territorio comunale (sulla base del piano regolatore generale), non tenendo conto di quella necessaria quota di tollerabilità di rumore che è propria delle zone aeroportuali, riconosciuta dalla legge in funzione dell'utilità sociale dell'attività svolta e della sua copertura costituzionale (art. 41 Cost.). La circostanza, quindi, che si sia venuta a creare una sorta di "zona franca" in conseguenza dell'inadempimento degli enti competenti che non hanno adottato, negli stretti termini stabiliti dalla legge (si rammenti che la Commissione Areoportuale è stata istituita ai sensi del D.M. 31 ottobre 1997), la zonizzazione aeroportuale, non può portare a ritenere estensibili i limiti di cui al suddetto decreto governativo, sicuramente più contenuti e, quindi, maggiormente sfavorevoli al "reo". Né può demandarsi al giudice penale un ruolo di supplenza normativo che non gli compete facendogli carico di individuare limiti stabiliti dagli usi. Né tale lacuna potrebbe colmarsi facendo ricorso ai limiti di altre zonizzazioni aeroportuali, in quanto relative a situazioni di fatto del tutto differenti. Laddove, invece, si ritenga che operino - quali misure di "salvaguardia" - i limiti più ristretti stabiliti dal suddetto D.P.C.M., tenuto conto del piano regolatore aeroportuale, degli strumenti di pianificazione territoriale e urbanistica vigenti e delle procedure antirumore eventualmente già adottate, i valori stabiliti sarebbero superati, con conseguente "attrazione", comunque, della condotta nell'alveo dell'illecito amministrativo.

Per completezza va poi evidenziato che l'attività di indagine è stata anche finalizzata a verificare se al di là dei limiti di rumori, fossero rispettate da parte della direzione dell'aeroporto tutte le prescrizioni dettate sia in relazione all'orario ed al numero massimo di voli giornalieri, che delle procedure antirumore da adottare.

Dalla nota del 10.5.2010 prot. n. 0042147 dell'Enac risulta che tutta l'attività che si svolge all'interno dell'aeroporto, sia in ordine al numero dei voli che degli orari e procedure antirumore, è previamente autorizzato dal predetto ente, oppure nei casi di voli non commerciali dalla Torre di controllo diretta dall'aeronautica militare. All'interno dell'aeroporto di Ciampino transitano, infatti, non solo voli commerciali ma anche voli civili di soccorso e militari non soggetti

ad alcun limite giornaliero. Sulla scorta di quanto accertato anche dai Carabinieri è da escludere che siano state commesse violazioni da parte della direzione dell'aeroporto di altre prescrizioni imposte dall'Autorità.

Alla luce della ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, non appare, quindi, possibile esercitare l'azione penale nei confronti dei soggetti responsabili della gestione dell'aeroporto di Ciampino, atteso che le emissioni sonore, ancorché lesive della tranquillità delle persone e salubrità dei luoghi (eventi che potrebbero, in ipotesi, ricondursi alla diversa fattispecie di cui all'art. 590 cod. pen., sempreché ne venga provata la individuale sussistenza ed il nesso causale con l'illecito condotta amministrativa), derivano dall'esercizio di un'attività intrinsecamente rumorosa, ma normata ed autorizzata. Le accertate violazioni dei limiti di immissione acustica aeroportuale rilevano, invece, quale illecito amministrativo, estraneo alla cognizione e all'intervento del giudice penale, peraltro di *extrema ratio*.

Le giuste e condivisibili esigenze di tutela sottese alla numerose denunce degli abitanti le zone interessate dai rumori provenienti dall'aeroporto dovranno trovare adeguata tutela in altra sede (quella civile, a tutela dei diritti soggettivi eventualmente lesi e quella amministrativa ove potrà anche censurarsi il silenzio delle amministrazioni competenti, sollecitando la nomina di un *commissario ad acta*) e, soprattutto, "politica", rimettendosi alle scelte discrezionali degli organi rappresentativi degli enti esponenziali dei vari interessi coinvolti, cui è demandato il necessario contemperamento delle esigenze economiche con quelle primarie della salute degli abitanti della zona e l'adozione degli interventi necessari e non più rinviabili a tale fine.

Va, pertanto, accolta la richiesta di archiviazione del pubblico ministero, perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Allo stesso tempo, va preliminarmente dichiarata inammissibile l'opposizione proposta da Barcaroli Roberto più altri, poiché agli esponenti, nella loro qualità di residenti del comune di Ciampino e Marino, potrebbe tutt'al più riconoscersi la qualità di danneggiati dal reato ipotizzato, ma non quella di persone offese, avendo agito *uti singuli* e non quali esponenti della collettività. Stante la natura *superindividuale* del bene giuridico tutelato non va confusa la qualità di offeso dal reato con quella del singolo cittadino che patisce un danno nella propria sfera giuridica (2).

In ogni caso, l'atto di opposizione è inammissibile avendo costoro del tutto omissso di indicare, ai sensi dell'art. 410, comma 1, c.p.p., l'oggetto dell'investigazione suppletiva ed i relativi elementi di prova (non risulta, infatti, neppure evocato un tema di indagine, essendo solo contestato il profilo di merito).

Considerato che, allo stato, in relazione alle conclusioni raggiunte, non appaiono utili o proficuamente esperibili ulteriori indagini.

Visto gli artt. 408,411 c.p.p. 125 disp.att.;

p.q.m.

Visti gli artt. 408/411 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p.

Dichiara inammissibile l'opposizione alla richiesta di archiviazione proposta da Barcaroli Roberto più altri. Dispone l'archiviazione del procedimento. Ordina la restituzione degli atti al Pubblico Ministero. Autorizza le parti che ne hanno interesse ad estrarre copia del presente decreto, unitamente alla richiesta del pubblico ministero e agli atti di causa.

(2) Nel caso dell'inquinamento acustico tale scelta può ritenersi "ragionevole", se si considera che l'illecito amministrativo, oltre alla sanzione pecuniaria di gran lunga più "invasiva" dell'ammenda e la previsione di un termine di prescrizione più lungo, consente anche di adottare misure interdittive precluse alla giurisdizione penale (così ad es. la pena accessoria della sospensione dall'esercizio di un mestiere rumoroso di cui all'art. 35 c.p. non sarebbe applicabile in caso di condanna per la contravvenzione di cui all'art. 659 c.p. poiché la pena che può infliggersi è inferiore a quella richiesta per l'operatività della pena accessoria).

GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE (*)

A) SENTENZE

SEZIONE I - 27 ottobre 2010

Pres. Chieffi - Rel. Cavallo - P.M. Mazzotta (concl. diff.) - Ric. Madio.

Misure cautelari reali - Impugnazioni - Ricorso per cassazione - Ordinanza in sede di appello - Motivi deducibili - Vizi di motivazione - Esclusione (Cod. proc. pen. artt. 324, 322 bis, 606, comma 1, lett. b), c), e).

Il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza emessa in sede di appello cautelare ai sensi dell'art. 322 bis Cod. proc. pen. è proponibile solo per violazione di legge.

Ne consegue che non possono esseri dedotti con il predetto mezzo di impugnazione vizi della motivazione, non rientrando nel concetto di violazione di legge, come indicato negli artt. 111 Cost. e 606, comma 2, lett. b) e c), Cod. proc. pen., anche la mancanza o la manifesta illogicità della motivazione, separatamente previste come motivo di ricorso dall'art. 606, comma 1, lett. e), stesso codice (1-2).

(1) Nella medesima ottica v. Sez. Unite, 29 maggio 2008, ric. Ivanov, in questa *Rivista* 2009, III, 72, con motivazione e nota redazionale; Sez. Unite, 29 maggio 2008, ric. Malgioglio (non massimata sul punto), secondo cui il ricorso per cassazione contro ordinanze emesse in materia di sequestro preventivo o probatorio è ammesso solo per violazione di legge, in tale nozione dovendosi comprendere sia gli *errores in iudicando* o *in procedendo*, sia quei vizi della motivazione così radicali da rendere l'apparato argomentativo posto a sostegno del provvedimento o del tutto mancante o privo dei requisiti minimi di coerenza, completezza e ragionevolezza e quindi idoneo a rendere comprensibile l'itinerario logico seguito dal giudice.

(2) **Ricorso per cassazione per violazione di legge contro il vizio di motivazione dell'ordinanza emessa in sede di appello cautelare reale.**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La competenza funzionale della Corte di cassazione e l'unicità del concetto di motivazione. - 3. Rapporti tra vizio di motivazione e violazione di legge.

1. Premessa.

La pronuncia della Corte di cassazione si inserisce in un dibattito giurisprudenziale quanto mai attuale (1) in tema di ricorso per cassazione avverso l'ordinanza emessa in sede di appello che vede ancora contrapporsi due orientamenti: il primo (2) - nel quale si annovera la pronuncia in commento - nega la deducibilità in Cassazione dei vizi motivazionali (= mancanza; contraddittorietà; manifesta illogicità), sul presupposto che, essendo previsti in via autonoma dalla lett. e) dell'art. 606 comma 1 c.p.p., essi non rientrano nel concetto di *violazione di legge* di cui agli artt. 111 Cost. e 606 lett. b) e c) c.p.p.; sicché, l'art. 325 comma 3 c.p.p., laddove richiama la violazione di legge, esclude l'applicazione della lett. e), riferendosi, viceversa, ai vizi censurati dalle lett. b) e c) dell'art. 606 comma 1 c.p.p.

(1) Basti pensare che mentre la I sezione della Corte di cassazione il 27 ottobre 2010 statuiva nel senso di cui in massima, la III sezione, il 22 ottobre - dunque, 5 giorni prima - aveva deciso in senso avverso. Cfr., Cass., III, 22 ottobre 2010, n. 43249, in *Guida dir.*, 2011, p. 112.

(2) Cass., VI, 4 aprile 2003, De Palo in *Cass. pen.*, 2004, p. 2476; Id., III, 13 novembre 2002, Pezzella, in *Arch. n. proc. pen.*, 2003, p. 472; Id., III, 13 novembre 2002, Sassi, in *CED Cass.*, n. 217330; Id., V, 8 maggio 1998, Bonelli, *ivi*, n. 210934; Id., I, 12 novembre 1997, Iccilli,

(*) A cura di Corrado Carnevale.

In fatto

1. - Il GIP del Tribunale di Catanzaro, deliberando sull'istanza presentata da M.R., diretta a conseguire la restituzione di alcuni beni (un autocarro ed i saldi attivi di quattro depositi postali) di cui la stessa era intestataria - ed assoggettati a sequestro preventivo disposto ex art. 321 c.p.p., comma 2 e D.L. n. 306 del 1992, art. 12 sexies, con provvedimento emesso il 2 luglio 2009 nell'ambito del procedimento penale promosso nei confronti del marito A.C., indagato per omicidio aggravato dal metodo mafioso - con ordinanza del 9 dicembre 2005, la rigettava, rilevando che la richiesta di riesame della misura cautelare proposta dall'A. era stata disattesa relativamente ai beni oggetto del presente procedimento e che l'istanza di revoca del sequestro proposta dalla M. costituiva, in effetti, la reiterazione di una precedente richiesta rigettata con ordinanza del 23 novembre 2009, in quanto l'unico elemento di novità addotto - costituito da una comunicazione del Responsabile Operazioni Poste Italiane in data (OMISSIS) e priva di sottoscrizione, con

Il secondo orientamento (3), sicuramente prevalente (4), fa rientrare in quel concetto soltanto la mancanza assoluta di motivazione, o la presenza di motivazione apparente (5), non anche i vizi di illogicità manifesta e di contraddittorietà della motivazione previsti dall'art. 606 comma 1 lett. e) c.p.p.; di conseguenza - si sostiene - le censure dirette ad evidenziare l'insufficienza, l'incompletezza, l'illogicità o la contraddittorietà della motivazione non possono formare oggetto di ricorso. Può essere dedotta, invece, la mancanza assoluta o materiale della motivazione, perché solo in questo caso si configura la violazione di legge e, in particolare, la violazione dell'art. 125 comma 3 c.p.p. che prescrive, a pena di nullità, l'obbligo di motivazione delle sentenze e delle ordinanze in attuazione del disposto dei commi 6° e 7° dell'art. 111 Cost. Sicché, si dice, solo la «inesistenza di qualsiasi espressione letteraria intesa a giustificare il dispositivo» (6) - alla quale si aggiunge l'ipotesi di motivazione meramente apparente o assolutamente inidonea a spiegare le ragioni adottate a sostegno dei presupposti per il mantenimento della cautela - integra l'innovazione di norme processuali, configurando una violazione dell'art. 125 c.p.p., come tale deducibile ai sensi dell'art. 606, comma 1 lett. c) c.p.p.; viceversa, gli altri vizi motivazionali sfuggono al ricorso previsto dall'art. 325 c.p.p., essendo deducibili nel giudizio di legittimità solo mediante lo specifico ed autonomo motivo di ricorso previsto dalla lett. e).

Si specifica, in tema, che anche se l'art. 125 comma 3 c.p.p. prevede espressamente la motivazione delle sentenze e delle ordinanze

ivi, n. 208944; Id., II, 4 giugno 1997, Baisi, *ivi*, n. 209595; Id., II, 3 maggio 1996, Tor Mac s.r.l., in *Cass. pen.*, 1997, p. 2534.

(3) L'orientamento ripropone le soluzioni adottate in modo univoco dalla giurisprudenza in tema di ricorso immediato in cassazione avverso le misure di coercizione personale già a partire dalla sentenza delle SS. UU., 26 febbraio 1991, Bruno, in *Cass. pen.*, 1991, p. 490. Conformi, da ultime, Cass., III, 25 febbraio 2010, n. 10232, *inedita*; Id., I, 22 dicembre 2009, n. 51, in *Redazione Giuffrè*, 2010; Id., n. 9511 del 2009; Id., VI, 13 novembre 2008, n. 44996, *inedita*.

(4) Cass., III, 22 ottobre 2010, n. 43249, cit.; Id., V, 25 giugno 2010, n. 35532, *inedita*; Id., IV, 16 dicembre 2009, n. 1860, in *Guida dir.*, 2010, p. 92; Id., V, 13 ottobre 2009, n. 43068, *inedita*; Id., II, 26 febbraio 2009, n. 10549, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1043; Id., VI, 21 gennaio 2009, n. 7472, *inedita*; Id., V, 11 gennaio 2007, n. 8434, in *CED Cass.*, n. 236255; Id., III, 5 maggio 2005, n. 26853, *ivi*, n. 228738; Id., III, 5 maggio 2004, n. 26853, *ivi*, n. 228738; Id., VI, 4 aprile 2003, n. 24250, *ivi*, n. 225578;

(5) Sul concetto di *mancanza* di motivazione, Cass., SS. UU., 28 novembre 2006, Giuffrida, in *Cass. pen.*, 2007, p. 975. Nello stesso senso, di recente, Cass., VI, 14 gennaio 2010, n. 7651, *inedita*; Id., III, 6 giugno 2007, Riera, in *Guida dir.*, 2007, n. 42, p. 98; Id., VI, 10 dicembre 2004, Dramis, in *Riv. pen.*, 2006, p. 252; Id., II, 6 maggio 2004, Madoe, *ivi*, 2005, p. 1023; Id., II, 7 aprile 2004, Morelli, *ivi*, 2005, p. 903. Sulla motivazione apparente, da ultima, Cass., V, 19 maggio 2010, n. 24862, *inedita*. Sulla motivazione contraddittoria, Cass., VI, 14 gennaio 2010, n. 7651, cit.; Id., II, 20 maggio 2008, Laini, in *CED Cass.*, n. 240649. Sulla manifesta illogicità (della motivazione), Cass., VI, 14 gennaio 2010, n. 7651, cit.

In dottrina, sui vizi della motivazione, di recente, M Scaparone, *La motivazione della sentenza penale*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. I, Piacenza, 2010, pp. 784-788 e C. Santoriello, *Il vizio della motivazione tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, Torino, 2008, p. 263 ss.

(6) L'espressione quanto mai efficace, sia pure risalente, è di F. Cordero, *Procedura Penale*, Milano, 1974, pp. 680-681.

la quale si trasmetteva a A.N., figlia dell'istante, un assegno di 5.000,00 Euro - risaliva all'anno di percezione degli emolumenti pensionistici e non forniva alcuna indicazione sulla destinazione della somma.

2. - Avverso tale ordinanza del GIP proponeva impugnazione la M., che l'adito Tribunale di Catanzaro investito del gravame ex art. 322 bis c.p.p., con ordinanza deliberata il 27 aprile 2010 ha dichiarato inammissibile, in ordine ad un duplice ordine di argomentazioni:

- la prima, che l'appellante non aveva prospettato alcuna circostanza sopravvenuta rispetto alla fase di imposizione del vincolo, avendo invece riproposto questioni già delibate negativamente in sede di riesame, sulle quali sussisteva quindi un giudicato cautelare;

- la seconda, che la nuova istanza di restituzione sollecita-

a pena di nullità, ciò non è sufficiente a far fare inquadrate nell'ambito della violazione di legge ogni e qualsiasi inosservanza concernente l'obbligo della motivazione.

A sostegno dei ragionamenti posti alla base delle soluzioni ragionate, questo orientamento fa riferimento al sindacato delle Sezioni Unite (7); le quali, però, hanno statuito - con *dicta* sembrano più contraddire che non sostenere quelle conclusioni - che per le misure cautelari reali il ricorso in cassazione è ammesso soltanto per violazione di legge, per censurare, cioè, «*errores in iudicando o errores in procedendo* commessi dal giudice di merito, la cui decisione risulti di conseguenza radicalmente viziata», precisando che «il difetto di motivazione integra gli estremi della violazione di legge solo quando l'apparato argomentativo che dovrebbe giustificare il provvedimento o manchi del tutto o risulti privo dei requisiti minimi di coerenza, di completezza e di ragionevolezza, in guisa da apparire assolutamente inidoneo a rendere comprensibile l'itinerario logico seguito dall'organo investito dal procedimento» (8).

A ben vedere, la Corte sembrerebbe fare riferimento proprio ai vizi de riguardano i passaggi dell'*iter* argomentativo del provvedimento; dunque, al vizio di logicità. Ma di questo si dirà.

In tal modo, entrambi gli indirizzi, a diverso titolo, accreditano l'idea di un controllo del giudice della cassazione chiuso all'interno dei confini di una *violazione di legge* strettamente intesa, tale da comprendere soltanto, oltre all'eccesso di potere, l'inosservanza della legge penale o processuale stabilita a pena di nullità, inammissibilità, inutilizzabilità (9). Ricostruzioni ermeneutiche, queste, che qui si contestano. E la censura è tanto più convinta se si tiene conto della connessione funzionale rilevata dal comma 3 dell'art. 606 c.p.p. tra le violazioni di legge sottratte al sindacato della cassazione e la formazione della preclusione cautelare: «è ovvio, infatti, che restringendo o dilatando lo *spatium operandi* del vizio logico sindacabile dalla Cassazione il ricorso *de libertate* ne risulterà, di conseguenza, validamente proponibile ovvero inammissibile, ed è innegabile che in tale ultima ipotesi non si potrà fare a meno di registrare la sussistenza di una pronuncia cautelare, contro la quale non è più consentita dall'ordinamento processuale la presentazione di una ulteriore impugnazione» (10).

Si vuole dire che l'analisi del problema deve essere condotta tenendo ben presente che, adottare una soluzione piuttosto che l'altra, non solo incide su situazioni giuridiche soggettive protette (11), ma ha atti-

(7) Cass., SS. UU., 29 maggio 2008, n. 25932, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4533; Id., 29 maggio 2008, n. 25933; Id., 28 maggio 2005, P.; Id., 28 gennaio 2004, Ferrazzi, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1913; Id., 28 maggio 2003, Pellegrino, *ivi*, 2003, p. 3002.

(8) Cass., SS. UU., 29 maggio 2008, n. 25932, cit.

In senso critico la dottrina, la quale ha evidenziato l'esigenza di un sindacato di legittimità «più penetrante e puntuale» di quello proposto dalle Sezioni Unite, che «non si limiti superficialmente all'astratto vaglio di configurabilità del reato, ma valuti il *fumus commissi delicti* alla luce delle risultanze processuali e degli elementi forniti dalle parti. Proprio in quanto il vincolo cautelare è correlato, nel senso previsto dagli artt. 316 e 321 c.p.p., al fatto commesso, si ritiene necessario il duplice vaglio di legalità dei presupposti, del sequestro e del reato, pena il sacrificio della stessa garanzia giurisdizionale (...)». Letteralmente, D. Vignoni, *Ricorso per cassazione*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. II, tomo II, Torino, 2008, pp. 608-609.

(9) In senso critico, A. Nappi, *Un suicidio istituzionale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1271 e D. Vignoni, *Ricorso per cassazione*, cit., p. 606 ss. In tal senso, già P. Gualtieri, sub art. 325, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, Torino, 2001, pp. 2966-2967.

(10) Letteralmente, G. Pierro, *Il giudicato cautelare*, Torino, 2000, pp. 210-211.

(11) Su cui, diffusamente, G. Riccio, *La procedura penale. tra storia e politica*, Napoli, 2010, p. 96 ss.

va in definitiva una non consentita "rivisitazione" del precedente provvedimento di rigetto dell'istanza di revoca, non tempestivamente impugnato, in quanto la comunicazione delle Poste, come a ragione rilevato dal GIP, non poteva considerarsi un "elemento nuovo", attestando essa l'irrelevante circostanza dell'avvenuta ricezione di una parte del trattamento pensionistico per invalidità, dovuto alla defunta A.N..

3. Il difensore di M.R., ha proposto ricorso per cassazione avverso il provvedimento del Tribunale, deducendo l'illegittimità per violazione di legge e vizio di motivazione, sostenendo, nell'unico articolato motivo di impugnazione proposto, che il GIP non aveva adeguatamente valutato tutta la documentazione prodotta, da cui emergeva che la somma di Euro 15.703,51 di cui si chiedeva la restituzione, e che costituiva il saldo attivo complessivo dei rapporti postali assog-

tudine a produrre effetti di diritto sostanziale e processuale con efficacia preclusiva.

Le ragioni della contrapposizione sono logico-sistematiche.

Intanto, non si può escludere il vizio motivazionale da quelli deducibili in cassazione ai sensi dell'art. 606 comma 1 lett. c) c.p.p. per la previsione, nel sistema costituzionale prima e in quello ordinario poi, dell'art. 111, 6° comma Cost. e dell'art. 125 comma 3 c.p.p. che, rispettivamente prescrivono l'obbligo della motivazione per tutti i provvedimenti giurisdizionali e la sanzione della nullità delle sentenze e delle ordinanze nei casi in cui difetti la motivazione.

Se poi ci si sofferma sui provvedimenti in tema di sequestro emessi ai sensi dell'art. 322 bis c.p.p. a quel medesimo risultato si perviene se si ragiona sul combinato disposto degli artt. 111, 7° comma; 13, 1° comma Cost.; 317 comma 1; 321 comma 1; 125 comma 3 c.p.p.: i sequestri sono disposti con ordinanza (= sequestro conservativo) o con decreto (= sequestro preventivo); sia la prima che il secondo devono essere motivati a pena di nullità; entrambi sono ricorribili in cassazione per violazione di legge.

Sicché, dalle interpretazioni proposte si deduce che in ogni caso il vizio di motivazione rappresenta una violazione di legge, anche quando è previsto dalla lett. 6 del comma 1 dell'art. 606 c.p.p.; e la *legge violata* è rappresentata dall'art. 125 comma 3 c.p.p., nel quale la mancanza di motivazione dalla quale deriva la nullità è da ravvisarsi nel caso in cui la stessa «non risponda ai requisiti minimi di esistenza, completezza e logicità del discorso argomentativo su cui è fondata la decisione» (12).

Ora, se questa è la premessa, non si comprendono nemmeno le ragioni che giustificano l'altro orientamento.

Da un lato, non si comprendono le ragioni secondo le quali la mancanza di motivazione rientrerebbe nei motivi di ricorso in cassazione deducibili ex art. 606 comma 1 lett. c) c.p.p., mentre ne sarebbero escluse la contraddittorietà e la manifesta illogicità, atteso che anche il primo vizio - la motivazione mancante - è, come gli altri, previsto in via autonoma dalla lett. e) della stessa norma; dall'altro, parimenti irrazionale appare il riferimento alla *motivazione apparente* che si caratterizza per la commistione tra mancanza della motivazione e vizio logico, ovvero, tra mancanza del contenuto informativo del provvedimento e mancanza del contenuto logico (13).

Non convincono nemmeno le soluzioni adottate dalla dottrina recente che ritiene «(...) la mancanza di motivazione denunciabile a norma dell'art. 606 comma 1 lett. e) c.p.p. è quella che abbiamo chiamato mancanza parziale. La mancanza totale di motivazione determina la nullità del provvedimento impugnato ex art. 125, comma 3 c.p.p. e pertanto può dedursi per cassazione a norma non della lett. e), ma della lett. c) dell'art. 606, comma 1» (14).

Rileva, in senso contrario, la generalità dell'obbligo di motivare - secondo l'inequivoco dettato della regola prevista dall'art. 125 comma 3 c.p.p. ed ancor prima dal comma 6° dell'art. 111 Cost. - che concerne tutti i provvedimenti giurisdizionali senza fare distinzioni tra motivazione mancante totalmente o parzialmente, motivazione contraddittoria o manifestamente illogica.

Nè si giustificerebbe un ragionamento diverso, atteso che il carattere di completezza della motivazione comporta la estensione dell'obbligo motivativo a tutti i temi implicati dalla decisione da adottare: «è il caso di rimarcare come l'adempimento dell'obbligo di completezza si rapporti non solo a ciascuno degli oggetti previsti dalle prescrizioni nor-

(12) Cass., I, 10 novembre 1993, Di Giorgio, in *CED Cass.*, n. 196361. In senso contrario, Cass., VI, 10 gennaio 2000, Iadadi, *ivi*, n. 215433; Id., I, 28 aprile 1998, Maggi, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p. 588.

(13) F. M. Iacoviello, *Giudizio di Cassazione*, in *Trattato di procedura penale*, cit., vol. V, p. 694.

(14) M. Scaparone, *La motivazione della sentenza*, cit., p. 790.

gettati a sequestro, era costituito, come attestato “dalla visura del 10.09.2009”, dagli importi pensionistici maturati in favore della defunta A.N., che dalla data del deposito “non avevano formato oggetto di alcuna movimentazione”, e che il Tribunale, senza fornire alcuna adeguata risposta ai rilievi sollevati sul punto nell’atto di gravame, aveva, per un verso, recepito del tutto acriticamente le argomentazioni del giudice di prime cure circa “l’inutilità” del nuovo documento prodotto, e sotto altro profilo apoditticamente affermato che la nuova istanza era diretta ad aggirare la scadenza dei termini di impugnazione del precedente provvedimento di rigetto in data 23 novembre 2009, laddove, con la nuova istanza, era stato invece fornito, secondo il ricorrente, un nuovo ed ulteriore elemento di prova comprovante il diritto alla restituzione della M.

mative sulle varie morfologie di motivazione, ma anche ai metodi del motivare: il controllo (“interno” o “esterno” che sia) sul provvedimento investe infatti anche la razionalità (di macrostruttura e sui singoli punti) della motivazione fornita e l’assenza in essa di vizi logici» (15). Come voler dire che la motivazione è un testo linguistico che necessariamente racchiude un discorso logico.

Di conseguenza, pur non negando il limite ontologico tra mancanza di motivazione e vizio logico, nel caso di specie appare essenziale riconoscere che entrambi i difetti costituiscono una violazione della legge processuale: dell’art. 125 comma 3 c.p.p.

2. La competenza funzionale della Corte di cassazione e l’unicità del concetto di motivazione.

Le esclusioni prospettate dalla Corte attraverso una interpretazione più o meno restrittiva dell’art. 325 comma 1 c.p.p., invece, verrebbero a negare che, per incontestabile volontà legislativa (art. 65 ord. giud.) (16), finanche di rango costituzionale (art. 111, 6° comma, in generale e art. 13, 2° comma, in particolare), l’ordinamento affida alla Cassazione «i profili formali di validità della legge» (17), rispetto ai quali certamente innegabile appare il ruolo assunto dal controllo del vizio di motivazione (art. 111, 7° comma Cost.).

Di recente, in tal senso si è orientata la Corte costituzionale (18), la quale coglie l’occasione della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 391 bis comma 1 c.p.c. per intervenire, nella parte motiva della sentenza, sul giudizio di cassazione e sul ruolo che esso assume, in generale, nel sistema processuale (19).

Affermano i giudici della Consulta che la garanzia del giudizio in cassazione deve essere qualificato in funzione dell’art. 111 Cost., il quale, anche dopo il profondo intervento di novellazione subito ad opera della legge 23 novembre 1999, n. 2, continua a prevedere, quale nucleo essenziale del giusto processo regolato dalla legge, il principio secondo il quale contro tutte le sentenze ed i provvedimenti sulla libertà personale «è sempre ammesso il ricorso in cassazione per violazione di legge». Ciò sta a significare «non soltanto che il giudizio in cassazione è previsto come rimedio costituzionalmente imposto avverso tale tipologia di pronunce; ma, soprattutto, che il presidio costituzionale – il quale è testualmente rivolto ad assicurare il controllo sulla legalità del giudizio, ovvero dell’uso del potere cautelare (a ciò riferendosi l’espresso richiamo al vizio di violazione di legge) – contrassegna il diritto a fruire del controllo di legittimità riservato alla Corte Suprema, cioè il diritto al processo in cassazione» (20).

Queste argomentazioni, se da un lato smentiscono la convinzione che l’art. 111, 6° e 7° comma Cost. risponderebbe alla sola funzione nomofilattica della Cassazione (*ius constitutionis*), essendovi estraneo qualsiasi profilo garantistico per le parti (*ius litigatoris*), dall’altro ribadiscono un dato che da sempre è innegabile, e cioè la rilevanza costituzionale del principio del controllo come forma di garanzia del diritto

(15) G. Di Chiara, *Le regole del “giusto processo” e la garanzia del contraddittorio: l’asse prospettico dell’art. 111 Cost.*, in G. Fiandaca-G. Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale. per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 364.

(16) Il riferimento è alla funzione nomofilattica che l’art. 65 ord. giud. affida alla Corte di cassazione quale giudice soggetto soltanto alla legge ed organo supremo della giustizia tenuto ad assicurare l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge.

(17) Letteralmente, G. Riccio, *La procedura penale. Tra storia e politica*, cit., p. 76 ss.

(18) Corte cost., 9 luglio 2009, n. 207, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2391.

(19) In dottrina, sulla motivazione in generale, tra gli altri, di recente, G. Riccio, *I principi del giudizio penale per la realizzazione del giusto processo*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, cit., p. 382 ss. e M. Scaparone, *La motivazione della sentenza penale*, cit., p. 767 ss.

(20) Corte cost., 28 luglio 2000, n. 395, in *Leg. pen.*, 2000, p. 999. Letteralmente anche Corte cost., 9 luglio 2009, n. 207, cit.

In diritto

1. - L’Impugnazione proposta dalla M. è basata su motivi infondati e va quindi rigettata.

2.1 - Occorre considerare, in primo luogo, che il ricorso per cassazione avverso l’ordinanza in tema di sequestro emessa ai sensi dell’art. 322 bis c.p.p. è proponibile solo per violazione di legge.

Ne consegue che non possono essere dedotti con il predetto mezzo di impugnazione vizi della motivazione, non rientrando nel concetto di violazione di legge, come indicato nell’art. 111 Cost., e art. 606 cod. proc. pen., lett. b) e c), anche la mancanza o la manifesta illogicità della motivazione, separatamente previste come motivo di ricorso dall’art. 606, lett. e), cod. proc. pen. (così Cass., sez. 6 sent. n. 24250 4/4/2003 - 4/6/2003 riv. 225578 ric P.M. in proc. De Palo).

alla sentenza giusta, che il testo costituzionale riconosce alle parti anche avverso i provvedimenti in materia di libertà personale.

Insomma, la successione all’interno della disposizione del 6° e del 7° comma fa ritenere che nella formulazione costituzionale siano confluite sia la funzione oggettiva della Cassazione quale organo della nomofilachia, sia quella propriamente soggettiva che garantisce la tutela del singolo contro la violazione della legge da parte dei giudici di merito (21). Ciò non significa che il richiamo all’art. 65 ord. giud. sia divenuto inattuale o che non vi sia l’esigenza, anche di ordine costituzionale, di assicurare l’esatta osservanza e la uniforme interpretazione della legge, ma evidenzia solo che la funzione nomofilattica della Corte non deve essere enfatizzata fino al punto da negare il ruolo che, anche per effetto dell’art. 111 Cost., ha assunto, in maniera sempre più ampia, il ricorso per cassazione come mezzo di tutela ultima degli interessi delle parti coinvolte nel processo (22) («garanzia intesa come specificazione del diritto costituzionale di azione» (23)).

(21) I diversi orientamenti sul ruolo della Cassazione erano già emerse in sede di dibattito dell’Assemblea Costituente dove il ricorso per cassazione era considerato, anche dai fautori – come il Calamandrei (*La cassazione civile*, I, in *Opere Giuridiche*, voll. VI e VII, Napoli, 1976) – della funzione monofilattica della Corte, come rimedio riconosciuto alla parte che riteneva la sentenza di merito pronunciata in violazione della legge e, per questo, lesiva del proprio diritto soggettivo, oltre che strumento predisposto dall’ordinamento per assicurare l’uniforme interpretazione della legge e l’unità del diritto nazionale.

Alla formulazione dell’attuale comma 6° dell’art. 111 Cost. si pervenne in Assemblea Costituente solo dopo un ampio dibattito che finì per modificare parzialmente l’originario testo proposto in sede di elaborazione del progetto di Costituzione.

In sede di Commissione per la Costituzione (cd. Commissione Forti), infatti, alla proposta contenuta nel progetto presentato da Giovanni Leone, che configurava il ricorso per cassazione esclusivamente come garanzia individuale delle parti (= art. 17: «*In ogni caso devono essere osservati tre gradi di giurisdizione. Nessuna sentenza può essere sottratta al controllo della Corte suprema di Cassazione*), si contrapponeva quella di Piero Calamandrei, per il quale, invece, «in Cassazione non si va per difendere soltanto l’interesse del litigante, quello che gli antichi giuristi chiamavano *ius litigatoris*, ma altresì per difendere lo *ius constitutiones*, che è appunto l’interesse pubblico alla difesa del diritto e della sua unità, messa in pericolo dalla pluralità di interpretazioni difformi ed aberranti, le quali sono contagiose anche per l’avvenire». Alla fine la proposta di Calamandrei venne bocciata e prevalse sostanzialmente quella del Leone, e dunque, nel progetto di Costituzione da sottoporre all’Assemblea Costituente venne inserito il seguente articolo: «*Contro le sentenze e le decisioni pronunciate dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali è sempre ammesso il ricorso per cassazione, secondo le norme di legge*» (art. 102).

Sennonché, in sede di discussione dell’Assemblea vennero apportate ulteriori modifiche, perché, da un lato, il controllo sulle decisioni del Consiglio di Stato e delle Corti dei conti vennero limitate al solo profilo della giurisdizione; dall’altro, l’inciso «secondo le norme di legge» divenne «per violazione di legge»; infine venne aggiunto il riferimento ai «provvedimenti concernenti la libertà personale dell’imputato», così riconoscendosi alla Corte di cassazione anche la funzione di garanzia dell’*habeas corpus*.

La ricostruzione è di A. Carratta, *La Corte costituzionale ed il ricorso per cassazione quale “nucleo essenziale” del “giusto processo regolato dalla legge”*, in *www.treccani.it*

(22) G. Lattanzi, *La Corte di cassazione tra vecchio e nuovo processo penale*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 454. Sul ruolo della Corte di cassazione, di recente, A. Gaito, *Il ruolo e la funzione della Cassazione penale verso nuovi equilibri*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. I, cit., p. 391 ss.; Id., *Il ruolo e la funzione del giudizio di legittimità in epoca di giusto processo (tra essere e dover essere)*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F. R. Dinacci, Milano, 2010, p. 519 ss.

(23) G. Riccio, *Il controllo della decisione*, in G. Riccio-A. De Caro-

2.2 - Ciò premesso, mentre va escluso che la definitività della pronuncia emessa in sede di riesame della misura cautelare proposta dall' A., possa esplicare una diretta efficacia preclusiva relativamente alla richiesta della M. di restituzione, anche solo parziale, dei beni sequestrati (sul punto si veda Sez. U, Sentenza n. 29952 del 24/5/2004, Rv. 228117), nessun profilo di illegittimità rilevante è invece fondatamente ravvisabile nell'ulteriore ratio decidendi dell'ordinanza impugnata secondo cui, essendo stata rigettata con provvedimento del 23 novembre 2009 una precedente istanza di revoca del sequestro proposta dalla M. all'adito GIP del tribunale di Catanzaro, la nuova istanza non prospettava quei significativi elementi di novità, pur necessari per il suo accoglimento, in quanto l'unico documento nuovo era privo di effettiva efficacia dimostrativa della legittimità dell'acquisto di quanto assoggettato a sequestro.

Sicché, la norma, fissando il principio della inderogabilità del ricorso per cassazione per violazione di legge ed i limiti applicativi dello stesso, da un lato richiama i valori dell'unità del diritto nazionale attraverso la uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale; dall'altro, prospetta l'impugnazione come strumento di garanzia e di costituzionalizzazione del principio del controllo di legittimità delle decisioni giurisdizionali. Da ciò emerge la legittimazione del ruolo che nel nostro sistema riveste la cassazione, a cui è attribuita la funzione di giudice di legittimità; il compito di regolare la giurisdizione e la competenza; quello di esprimere orientamenti giuridici che, nella specifica vicenda giudiziaria cui si riferiscono, rivestono autorità a cui il giudice di rinvio ha l'obbligo di uniformarsi (24). Quando poi il sindacato della Corte investe la motivazione, essa diventa giudice del controllo della giustezza della decisione, pur senza rivalutare gli atti del processo (25).

Perciò si dice che la motivazione «è obbligo costituzionale bifronte», perché «costituisce lo strumento di "pubblicità" della giurisdizione al doppio fine del controllo della collettività sull'operato della magistratura e del rilevamento dei vizi logici per le parti» (26).

Ora, se il significato fondamentale dell'obbligo è da rintracciare nella effettività del controllo dei provvedimenti e se tale controllo è possibile solo a condizione di conoscere l'iter logico e le considerazioni giuridiche che hanno sostenuto la decisione, è innegabile il nesso funzionale tra controllo della legalità del provvedimento giudiziale e vizi della motivazione, dal quale necessariamente consegue la impraticabilità di soluzioni che indeboliscono le garanzie connesse ai commi 6° e 7° dell'art. 111 Cost., pure prospettate dalla giurisprudenza che si commenta (27).

A ben vedere, i motivi di dissenso rispetto a quelle soluzioni giurisprudenziali derivano anche dalla lettura che si dà della formula *violazione di legge*, sulla cui valenza semantica bisogna intendersi soprattutto nell'ambito delle impugnazioni *de liberate* (28).

Prendendo le mosse dalla funzione della motivazione nel dettato costituzionale, la linea normativa degli artt. 24, 2° comma; 101, 1° e 2° comma; 27, 2° comma; 111, 6° e 7° comma; 13, 2° comma, Cost; 125 comma 3 c.p.p. dimostra la strumentalità, rispetto alla garanzia della difesa e a quelle della presunzione di non colpevolezza fino a prova contraria e della soggezione del giudice soltanto alla legge, dell'obbligo della motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali e in particolare di quelli restrittivi della libertà personale, nonché la ricorribilità in cassazione per violazione di legge di tutte le sentenze e di tutti i provvedimenti sulla libertà personale.

S. Marotta, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Napoli, 1991, p. 164.

(24) G. Riccio, *Il controllo della decisione*, cit., p. 162.

(25) F. M. Iacoviello, *Giudizio di Cassazione*, in *Trattato di procedura penale*, cit., vol. V, p. 680.

(26) G. Riccio, *La Procedura Penale. tra storia e politica*, cit., p. 229.

(27) Sull'obbligo di motivazione, in generale, da ultimo, G. Locatelli, *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali*, in *Processo penale e Costituzione*, cit., p. 437 ss.

(28) Sulla portata della locuzione «violazione di legge» nell'ambito delle impugnazioni avverso le sentenze, si rinvia a C. Iasevoli, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, p. 365 ss.: «Si tratta di garanzie che si muovono su versanti alquanto diversi: la prima, sotto il profilo della tutela, costituisce un rafforzativo della dimensione individualistica della libertà personale; la seconda rivela una simmetria interna al disposto di cui all'art. 101 comma 2 Cost., che, dal punto di vista di esercizio della funzione di *ius dicere*, statuisce il limite nell'osservanza della legge e, nell'ipotesi immediatamente speculare, di violazione della stessa, offrendo uno strumento di ripristino della legalità qualora non siano applicabili rimedi alternativi».

Ed invero, è agevole rilevare come tutte le pur articolate argomentazioni sviluppate in ricorso, dirette a sostenere che la documentazione versata in atti già al momento del riesame della misura - ed in particolare la visura del 10 settembre 2009 - era in realtà idonea a provare la legittimità degli acquisti dei beni sequestrati alla M., a prescindere dalla loro intrinseca fondatezza, si rivelano inconferenti nel presente giudizio, trattandosi di deduzioni ormai precluse dalla mancata impugnazione del provvedimento di rigetto della precedente istanza di restituzione, che su tale documentazione si fondava.

2.3 - Quanto poi all'ulteriore deduzione del ricorrente, questa si rileva in astratto ai fini del decidere, secondo cui la nuova istanza di restituzione presentava, in realtà, significativi elementi di novità - il documento delle Poste Italiane -

Rispetto all'ambito degli interventi, bisogna precisare che il principio della inderogabilità del ricorso per cassazione avverso le sentenze e la uguale inderogabilità prevista per i provvedimenti sulla libertà personale, pur riferendosi ad istituti processuali ontologicamente diversi (= la sentenza e il provvedimento incidente sulla libertà personale) assumono oggi significati simili, tanto da potersi affermare che il ricorso per cassazione si pone in rapporto al provvedimento restrittivo sulla stessa linea e con le stesse prospettive del ricorso di legittimità nei confronti della sentenza.

In questo modo, letti nel contesto della linea, quei principi dimostrano come la Costituzione sancisca l'obbligo della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, diretto a garantire la razionalità nella conoscenza giudiziale e nel processo, insieme al diritto delle parti ad una valutazione razionale degli elementi di conoscenza. In questa ottica le decisioni del giudice, alla conclusione di un ragionamento probatorio (od indiziario) corretto, devono essere adottate non solo nel rispetto della legalità, ma devono rispondere anche ai postulati della logica. E ciò, tanto se si tratta di sentenze, che di ordinanze o decreti *cautelari* (29).

L'impostazione rafforza l'idea di una duplice funzione dell'istituto della motivazione: di natura *endo-processuale*, quando garantisce il controllo sulla legittimità ed eventualmente sul merito del provvedimento impugnato ad opera delle parti processuali e del giudice investito del giudizio di impugnazione, così come si evince, sotto il profilo sistematico, dal combinato disposto dei commi 6° e 7° dell'art. 111 Cost.; e di natura *extra-processuale* o di garanzia di pubblicità (30), quando consente il controllo sui provvedimenti giudiziari all'intera collettività. Questi profili, entrambi connessi all'esigenza di poter controllare l'osservanza del principio di legalità dell'attività giurisdizionale, consentono di allontanare dal giudice ogni sospetto di arbitrio o di parzialità.

Sotto l'aspetto sistematico, poi, è possibile evidenziare come dal postulato secondo cui l'esercizio della funzione giurisdizionale è estrinsecazione della sovranità popolare cui appartiene (art. 101, 1° comma Cost.) discende che la motivazione rappresenta il mezzo mediante il quale i soggetti investiti del potere giurisdizionale rendono conto del proprio operato alla fonte da cui deriva la loro investitura. A ciò si aggiunga il complessivo quadro dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione, nonché la collocazione sistematica dell'art. 111 Cost. nelle *Norme sulla giurisdizione*: siccome il dovere di motivare è già previsto dall'art. 13 Cost. in materia di provvedimenti incidenti sulla libertà personale (ma anche dagli artt. 14 e 15 Cost. in tema di inviolabilità del domicilio e di libertà e segretezza della corrispondenza), in un

(29) Alle stesse risoluzioni è giunta la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo; che, pur in mancanza di una espressa previsione del dovere di motivare, lo ha desunto dai principi del *fair trial* (art. 6 comma 1 CEDU) e del diritto di difesa sotto il profilo del potere di impugnazione (art. 6 comma 3 CEDU). Cfr., Corte Europea, 19 aprile 1994, Van de Hurk c. Paesi Bassi, par. 61; Id., 16 dicembre 1992, Hadjianastassion c. Grecia, par. 33.

(30) Così, E. Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Varese, 1977, p. 185 ss. e M. Massa, *Motivazione; IV Motivazione della sentenza (Diritto Processuale Penale)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, p. 3 ss. In particolare, quest'ultimo A. osserva efficacemente che, se i provvedimenti in tema di libertà personale potessero essere non motivati, la garanzia del ricorso per cassazione per violazione di legge non troverebbe pratica applicazione: «non ci sarebbe infatti alcuna possibilità di stabilire, se non in macroscopici casi di abuso, l'eventuale illegittimità del provvedimento». Sul valore democratico della motivazione quale fattore di pubblicità e di responsabilità, anche M. Ramat, *Significato costituzionale della motivazione*, in *Magistrati o funzionari?*, a cura di G. Maranini, Milano, 1962, p. 236.

e che tale comunicazione non poteva sbrigativamente definirsi “assolutamente inutile” come affermato dai giudici del merito, va rilevato che le argomentazioni svolte al riguardo in ricorso, oltre a non denunciare alcuna effettiva violazione di legge, risultano comunque assolutamente generiche, non prospettando alcun specifico e verificabile elemento di prova a confutazione del rilievo svolto dai giudici di merito con una

contesto di tutela delle libertà individuali, una lettura del principio posto dall'art. 111, 6° comma Cost. in funzione di mera garanzia *endoprocedurale* farebbe di tale disposizione una inutile duplicazione di quelle precedenti.

Viceversa, la considerazione che la suddetta proposizione normativa si inserisce nella Sezione relativa alle *Norme sulla giurisdizione* consente di riconoscerle anche uno scopo di salvaguardia e promozione di interessi che fanno capo all'intera collettività in quanto tale e non agli individui *uti singuli* (31).

Muovendo dal riconoscimento del duplice valore, *endo-procedurale* ed *extra-procedurale* della motivazione, è possibile poi desumere che la stessa esprime e al tempo stesso garantisce la «natura cognitiva (32) anziché potestativa del giudizio, vincolandolo, in diritto, alla stretta legalità e in fatto alla prova dell'ipotesi accusatoria» (33).

Dunque, la coerenza ed il rigore del sistema postulano che la garanzia costituzionale prevista dal 6° comma dell'art. 111 Cost. debba coprire la motivazione nella sua unità, inscindibilmente costituita dalla soluzione delle questioni di diritto e dall'accertamento del fatto, al quale una determinata norma, e quella soltanto, deve essere applicata (34). Mentre, è compito del legislatore ordinario individuare gli ambiti (35) e le forme del controllo (36).

(31) E. Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, cit., p. 188. Nello stesso senso, M. Massa, *Motivazione; IV) Motivazione della sentenza*, cit., p. 3 ss.

(32) «Il primato della legge espresso dal principio di stretta legalità penale, richiedendo che siano punibili tutti e solo i fatti empirici legalmente previsti come reati, comporta la configurazione della giurisdizione come funzione tendenzialmente cognitiva perché vincolata al loro accertamento in base a prove e a smentite, quale solo può essere assicurata da giudici terzi ed indipendenti dagli altri poteri dello stato, e in primo luogo dal potere di governo»: L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, IX ed., Roma-Bari, 2008, p. 764.

(33) «È in forza della motivazione che le decisioni giudiziarie risultano suffragate, e quindi legittimate, da asserzioni, in quanto tali verificabili e falsificabili sia pure approssimativamente; che la “validità” delle sentenze risulta condizionata alla “verità” pur se relativa dei loro argomenti; che infine il potere giurisdizionale non è il “disumano potere” puramente potestativo della giustizia di cadì, ma è fondato sul “sapere” anche solo opinabile e probabile, ma proprio per questo confutabile e controllabile sia dall'imputato e dalla sua difesa che dalla società». Letteralmente, L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 640.

(34) Cass., SS. UU., 19 giugno 1996, Puglia, in *Cass. pen.*, 1997, p. 674: l'obbligo della motivazione in diritto «deve ritenersi assolto allorché il giudice indichi il principio di diritto applicato ed esprima la propria adesione ad esso, ritenendo, anche per implicito, che non esistano ragioni che giustificano una deviazione da indirizzi giurisprudenziali costituenti *ius receptum*». Così anche Cass., III, 11 aprile 2001, Testa, in *CED Cass.*, n. 219518.

(35) Non tutte le inadeguatezze, le difformità o le disarmonie nella spiegazione della decisione del giudice sono suscettibili di censura in sede di giudizio di legittimità, ma lo sono solamente quelle capaci di determinare esiti viziati nella lettura o nella comprensione delle proposizioni, che siano inquadrate in almeno uno dei tre profili prospettati dal legislatore nell'art. 606 comma 1 lett. e) c.p.p. E cioè: *manca*, considerata come assenza grafica di giustificazione, oppure carenza di risposta a temi rilevanti o decisivi, prospettati dalle parti o rilevabili d'ufficio; *contraddittorietà*, apprezzata come discordanza, incoerenza, disomogeneità ed inconciliabilità logica tra singole proposizioni del costruito di spiegazione e delle relative connessioni ed inferenze; *manifesta illogicità*, valutata come palese ed immediata evidenza di contrasto e/o incompatibilità, nel ragionamento e nelle sequenze narrative, la quale comporti irragionevolezza e/o conclusioni tautologiche, oppure asserzioni che risultano arbitrarie o paradossali in quello specifico e preciso contesto di spiegazione. Al di fuori di tale ventaglio di ipotesi e di categorie di vizi non possono essere oggetto di valutazione censoria da parte della Corte di cassazione ogni altra disarmonia, improprietà, scarsa incongruenza, oppure, ancora, imperfezioni della trama espositiva o delle singole proposizioni che sostanzialmente danno corpo alla motivazione, considerato che il controllo di legittimità si appunta esclusivamente sulla coerenza strutturale interna della decisione, di cui viene verificata l'oggettiva tenuta sotto il profilo logico argomentativo.

Così, da ultima, Cass., VI, 14 gennaio 2010, n. 7651, cit. Conforme, Id., VI, 16 luglio 2010, n. 32227, *inedita*. Precedentemente in tal senso, Cass., II, 26 febbraio 2009, n. 10549, in *Cass. pen.*, 2010 p. 1043; Cass., 40243/2008; 19951/2008; 3277/1999.

(36) ... che si rinviengono nella linea normativa degli artt. 111, 6°

sintonica decisione sul punto, secondo cui il documento di cui trattasi, oltre a riferirsi ad una somma assai inferiore rispetto a quella sequestrata, era privo di sottoscrizione e “risalente all'anno di percezione della pensione”, così da non consentire di desumere la “successiva destinazione” della somma.

3. - Il rigetto del ricorso comporta le conseguenze di cui all'art. 616 c.p.p., in ordine alla spese del presente procedimento.

Specificamente in tema di provvedimenti cautelari, se è vero che la motivazione, necessariamente sommaria, non può trasformarsi in una pronuncia anticipatoria del conclusivo giudizio sulla responsabilità, è anche vero che la stessa deve comunque sempre fondarsi su fatti e circostanze concrete e ragionevolmente significative nella prospettiva dell'ipotesi criminosa formulata nei confronti dell'indagato onde consentire la ricostruzione dell'*iter* argomentativo attraverso cui il giudice è pervenuto alla decisione adottata (37) e soddisfare, in tal modo, lo scopo *funzionale* per raggiungere il quale l'istituto è stato previsto.

L'assunto rinviene il suo fondamento razionale nella ricostruzione operata dalla recente dottrina (38) dei concetti di *fatto giuridico* e *fattispecie processuale*: il primo inteso come «l'attività a cui l'ordinamento riconduce la produzione di effetti e la seconda quale somma delle prescrizioni strutturali e modali che conferiscono rilevanza all'atto (...)». In sostanza – si specifica – «il primo si collega ad una norma per la produzione di un effetto più o meno immediato; la seconda si sostanzia nella configurazione dello schema tipico di quel fatto». Sicché, «l'insieme degli elementi richiesti per l'integrazione di una certa fattispecie è costruito sul “modello logico” *potere-atto-scopo*, formula che descrive l'attribuzione del potere, la tipologia dell'atto e la funzione nella progressione processuale e che attira l'attenzione sulla “perfezione dell'atto”». Di conseguenza, «qualora uno degli elementi del fatto risulti in tutto o in parte difforme dalla fattispecie, il verificarsi degli effetti tipici rimane precluso, almeno fino a che l'elemento mancante venga integrato» (39).

In questa dimensione, l'art. 292 c.p.p., in particolare nel comma 2, lett. b), c) e *c-bis*), e nel comma 2 *ter*, configura lo schema tipico della motivazione delle ordinanze impositive di misure cautelari, ovvero, il modello legale della sequenza argomentativa del provvedimento giudiziale, per cui, quella norma, pur se è collocata nel Titolo I del Libro IV dedicato alle misure cautelari personali, si estende alle misure cautelari reali, le quali, al di là dei loro specifici contenuti, non si discostano dallo schema di argomentazione previsto, appunto, da quelle disposizioni (40); che, per questi motivi, vanno lette in combinato disposto con il comma 1 dell'art. 317 c.p.p. e con il comma 1 dell'art. 321 c.p.p.

L'art. 292 comma 2 lett. b), c) e *c bis*) c.p.p. prevede che l'ordinanza contenga, a pena di nullità: la descrizione sommaria del fatto con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate (lett. b); l'esposizione delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato (lett. c); l'esposizione dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa, nonché, in caso di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, l'esposizione delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze cautelari non possono essere soddisfatte con altre misure (*c bis*); ancora la valutazione degli elementi a carico e a favore dell'imputato, di cui all'art. 358 c.p.p., nonché all'art. 327 *bis* c.p.p. Caratteristiche, queste, che devono essere rispettate anche nella motivazione dei provvedimenti *cautelari reali*, sia pure con gli adattamenti che richiede la peculiarità di quelle misure rispetto alle *cautele personali* [combinato disposto degli artt. 292 comma 2 lett. b), c), *c bis*) (273-274); 292 comma 2 *ter*; 317 (316); 321 comma 1 seconda parte (321 comma 1 prima parte) c.p.p.].

Ebbene, se si tiene conto della innovativa visione dinamica dell'atto proposta da questa recente dottrina e, dunque, del valore che l'atto assume nello sviluppo della progressione processuale e del suo raccordo con la fattispecie per il verificarsi degli effetti, nonché delle prospettive che il ricorso di legittimità *cautelare* condivide con quello nei confronti della sentenza, non può negarsi una similitudine con lo schema

comma Cost.; 125 comma 3; 292 comma 2 lett. c), *c bis*); 292 comma 2 *ter*; 317 comma 1; 321 comma 1; 409 comma 1; 546 comma 1 lett. e); 606 comma 1 lett. e), c.p.p.

(37) Così, di recente, la giurisprudenza in tema di misure cautelari personali: Cass., III, 18 gennaio 2011, n. 1081.

(38) G. Riccio, *La procedura penale. tra storia e politica*, cit., p. 58 ss.

(39) Le espressioni virgolettate sono di G. Riccio, *La procedura penale. tra storia e politica*, cit., p. 58.

(40) M. Menna, *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000, p. 93.

disciplinato in riferimento alla sentenza dibattimentale che prevede, a sua volta: 1) la individuazione della norma che deve essere applicata al caso concreto (= attività diretta alla soluzione della *quaestio iuris*); 2) l'accertamento volto a verificare se il fatto, corrispondente o sussumibile alla fattispecie astratta descritta dalla norma, si è verificato nel caso concreto (= attività diretta alla soluzione della *quaestio facti*); 3) l'enunciazione del risultato del giudizio (41).

La struttura argomentativa delineata dall'art. 292 comma 1 lett. c) e c bis) c.p.p., a grosse linee, ricalca quella configurata dall'art. 546 comma 1 lett. e) c.p.p. (42), nonostante la innegabile diversità dei modelli di ragionamento (= monologico per l'ordinanza cautelare; discorsivo per la sentenza dibattimentale (43) che dipendono dal contenuto della pronuncia cautelare; la quale, non essendo fondata su prove, ma su indizi (di colpevolezza per le misure cautelari personali; elementi idonei a suffragare il *fumus delicti* nel caso di misure cautelari reali), non tende all'accertamento della responsabilità, bensì ad una qualificata probabilità di colpevolezza (configurabilità in concreto della fattispecie di reato ipotizzata).

Sicché, nell'espone le argomentazioni giustificative della sua decisione in merito al quadro indiziario (del *fumus delicti* nel caso del sequestro preventivo), il giudice dovrà indicare analiticamente 1) l'enunciazione del fatto che si addebita al destinatario dell'ordinanza cautelare; 2) gli elementi di fatto da cui sono desunti gli indizi; 3) le regole inferenziali (= le massime di scienza e di esperienza) che sono alla base della valutazione; 4) i risultati conseguiti; 5) gli elementi contrari adottati dalla difesa o comunque desumibili dagli atti; 6) le ragioni di inattendibilità di questi ultimi; 7) il percorso logico seguito per l'individuazione della regola giuridica da applicare (44). Ogni deviazione dalle prescrizioni che connotano il modello legale di motivazione comporta un vizio di struttura del provvedimento del giudice sanzionato con la nullità – che «richiama espressamente la funzione dello schema legale dell'atto e, più specificamente, situazioni fondamentali della giurisdizione» (45) – ricorribile in cassazione in virtù dell'art. 606 comma 1 lett. c) c.p.p.

3. Rapporti tra vizio di motivazione e violazione di legge.

Il problema, allora, riguarda il sindacato della Corte sull'*error in procedendo*, rispetto al quale essa è sempre *giudice del fatto*, tanto nelle ipotesi *sub* lett. c) del comma 1 dell'art. 606 c.p.p. che in quelle *sub* lett. e): in entrambe le situazioni il controllo investe i presupposti della decisione. Fra le norme imposte a pena di nullità, infatti, figura anche l'obbligo che prescrive al giudice di motivare la decisione; perciò il controllo in cassazione investe anche gli enunciati di fatto e ciò

(41) M. Scaparone, *La motivazione della sentenza*, cit., pp. 769-770

(42) In senso contrario, G. Pierro, *Il giudicato cautelare*, cit., p. 211 ss.

(43) Nella motivazione dell'ordinanza cautelare manca un confronto di prospettive analogo a quello dei motivi della decisione dibattimentale coerentemente all'assenza di contraddittorio nell'elaborazione degli accertamenti su cui fonda, di norma, il provvedimento. Lo si deduce dal fatto che nel modulo di razionalità applicato dall'art. 292 c.p.p., alle lett. c) e c bis) non si fa riferimento a *prove dirette* o *contrarie* – come nell'art. 546 comma 1 lett. e) c.p.p. – ma ad *indizi e/o a elementi*.

Ancora. L'assenza di prospettiva contraria nel ragionamento (non nel modo di formazione del materiale decisorio) è sì rileva dalla circostanza che gli elementi adottati dalla difesa vengono discriminati in base al carattere della *irrelevanza* e non a quello della *contrarietà*, cui, invece, fa riferimento l'art. 546 comma 1 lett. e) c.p.p. a proposito delle *prove inattendibili*. M. Menna, *La motivazione*, cit., p. 93 e p. 100. Di recente il ragionamento è stato ribadito dall'A. in *Studi sul giudizio penale*, Torino, 2009, p. 233 ss.

(44) Sul punto, la giurisprudenza non solo ha ripetutamente giudicato insufficiente la semplice elencazione degli elementi dai quali sono stati desunti i gravi indizi di colpevolezza, affermando contestualmente la necessità di un'adeguata esposizione dei motivi per i quali il giudice di merito ha ritenuto nel caso di specie che le suddette fonti di prova abbiano assunto rilevanza (Cass. pen., 4 agosto 1998, Sesana, in Arch. n. proc. pen., 1999, p. 187; Cass. pen., 12 novembre 1996, Lipari, in Arch. n. proc. pen., 1997, p. 705; Cass. pen., 9 ottobre 1996, Mannolo, in C.E.D. Cass., n. 206337; Cass. pen., 19 settembre 1995, Lorenzetti, in Cass. pen., 1997, p. 459; Cass. pen., 17 febbraio 1992, Carbonaro, in Cass. pen., 1993, p. 1768; Cass. pen., 5 luglio 1990, Ranucci, in Arch. n. proc. pen., 1991, p. 124. Sul punto, anche Cass. pen., Sez. Un., 22 marzo 2000, Audino, cit.), ma ha pure sottolineato l'indispensabilità di una confutazione analitica, e fondata su un vaglio puntuale, dei dati e degli argomenti a discarico forniti dalla difesa. Corte cost., 9 febbraio 1994, n. 48, in *Giur. cost.*, 1994, p. 271. Cfr., pure Cass., IV, 9 gennaio 2001, Cianciaruso, in *Riv. pen.*, 2002, p. 85.

(45) Letteralmente, G. Riccio, *La Procedura Penale. tra storia e politica*, cit., p. 63.

a prescindere dalla collocazione sistematica dei vizi che li riguardano.

Insomma, a nulla rileva che il vizio motivativo sia previsto espressamente nell'art. 606 comma 1 lett. e) c.p.p., in quanto esso costituisce pur sempre una violazione di legge. Lì (lett. e), il legislatore ha voluto dare effettività all'obbligo del giudice di giustificare razionalmente la valutazione delle prove e di rendere controllabile le linee seguite nel ragionamento probatorio (46), mettendo in risalto quei *vizi in procedendo* «che si riferiscono alle violazioni delle norme del diritto probatorio, sia con riguardo ai criteri di ammissibilità, di acquisizione, di utilizzabilità e di valutazione delle prove, sia con riferimento alle regole che afferiscono al modello di decisione» (47); qui (lett. c), l'*error in procedendo*, dando luogo ad un sindacato tanto *in facto* quanto *in iure*, estende il controllo della cassazione all'applicazione o alla corretta applicazione delle regole sulle prove, nonché delle norme processuali in generale, oltre che alla cognizione della concreta fattispecie processuale (48), vale a dire, dello specifico atto da esaminare e sul quale compiere la verifica richiesta.

Il ragionamento è di facile intelligibilità.

Se la motivazione soddisfa l'esigenza del controllo sul giudizio, ovvero (l'esigenza del controllo) sulla «obbligazione di risultato affidata alla giurisdizione»; se permette di «ripercorrere i modi e gli strumenti del giudizio e ad individuarne oggetti e regole»⁴⁹; e cioè: se essa consente «la fondazione e il controllo delle decisioni sia *in diritto*, per violazione di legge o difetti di interpretazione o di sussunzione, sia *in facto*, per difetto o insufficienza di prove ovvero per inadeguata esplicitazione tra convincimento e prove» (50), non può dubitarsi che qualsiasi inosservanza concernente l'obbligo della motivazione – dunque, non solo i vizi motivazionali afferenti alla mancanza o alla mera apparenza, ma anche quelli concernenti la completezza e la logicità della motivazione – rappresenta un vizio strutturale dell'atto che viola l'art. 125 comma 3 c.p.p.

Di conseguenza, una volta ammesso che l'art. 111, 6° e 7° comma Cost., riferendosi alla *violazione di legge*, postula la ricorribilità in Cassazione (delle sentenze e) dei provvedimenti sulla libertà personale anche per violazione delle norme che ne disciplinano la motivazione nel suo insieme, l'interpretazione secondo cui l'art. 325 comma 1 c.p.p. (ma il ragionamento può estendersi anche al comma 2) escluderebbe del tutto la deducibilità del difetto di motivazione o, nella interpretazione meno restrittiva, quella della contraddittorietà e della manifesta illogicità della motivazione, appare di dubbia legittimità costituzionale.

A contraddire il ragionamento – come si è anticipato – non vale la diversa collocazione sistematica nella lett. e) dell'art. 606 comma 1 c.p.p. della categoria dei vizi della motivazione in fatto (= mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione), rispetto a quella della motivazione in diritto deducibile *ex* lett. c) dell'art. 606 comma 1 c.p.p.

Sicché, se è pur vero che la specificità dell'art. 606 comma 1 lett. e) c.p.p. impone di distinguere tra ipotesi di ricorso per ragioni connesse alla motivazione ed ipotesi di ricorso per violazione di regole processuali (51), è altrettanto vero che quella sistemazione non ha fatto venir

(46) T. Rafaraci, *sub art. 606*, in *Codice di procedura penale*, a cura di G. Tranchina, tomo II, Milano, 2008, p. 4449.

(47) Letteralmente, A. Bargi, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, Padova, 2004, p. 65.

(48) T. Rafaraci, *sub art. 606*, in *Codice di procedura penale*, cit., p. 4441.

(49) Le espressioni sono ancora di G. Riccio, *La Procedura Penale. tra storia e politica*, cit., p. 225 e p. 287.

(50) L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 640.

(51) Il sindacato della Corte di cassazione sulla motivazione previsto dalla lett. e) del comma 1 dell'art. 606 c.p.p. riguarda la mancanza e la manifesta illogicità della motivazione. A questi vizi, la legge n. 46 del 2006 ha aggiunto quello che deriva dalla contraddittorietà della motivazione.

Sulla riforma del 2006 i contributi della dottrina sono numerosi. Tra gli altri, Aa. Vv., *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni Unite*, a cura di L. Filippi, Padova, 2007, *passim*; A. Bargi, *I nuovi ambiti oggettivi delle impugnazioni*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, a cura di A. Gaito, Torino, 2006, p. 181 ss.; G. Canzio, *Le due riforme processuali del 2006 a confronto: vizio di motivazione, autosufficienza del ricorso e accesso agli atti nei giudizi civili e penali di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 135; G. Di Chiara, *Le modifiche allo spettro della ricorribilità per cassazione*, in *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006*, a cura di M. Bargis e F. Caprioli, Torino, 2007, p. 185; P. Moscarini, *Il sindacato della cassazione penale sulla motivazione dei provvedimenti giurisdizionali dopo la legge n. 46 del 2006*, in *Studium juris*, 2006, p. 952; A. nappi, commento all'art. 8 della l. 46/2006, in *Leg. pen.*, 2006, 134; Id., *La riforma dell'art. 606 c.p.p. e il sindacato di legittimità sulla motivazione incompleta*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2375 ss.; C. Santoriello, *Il vizio di motivazione*, Torino, 2008, *passim*.

meno la sanzione della nullità per le sentenze e le ordinanze non motivate o motivate in maniera contraddittoria o manifestamente illogica (52), dal momento che la sanzione (= la nullità) è stata prevista per l'atto-motivazione inteso nel suo complesso, senza distinguere tra tipologie di vizi.

Invero, riconosciuta all'art. 292 comma 2, lett. c) e c) bis) c.p.p. la funzione di fungere da modulo generale del percorso giustificativo che il giudice ha l'obbligo di sviluppare e al quale devono riportarsi anche i provvedimenti dispositivi delle *cautele reali* e tenendo sempre presenti quelle che sono le esigenze connaturali alla funzione della motivazione (= controllo della giustezza della decisione); non può negarsi che anche per quelle nasce l'obbligo del giudice di esporre non solo il fatto (sostanziale o processuale) posto a fondamento della sua decisione e la norma giuridica applicata, ma pure il ragionamento – che assicura il controllo di rilevanza degli elementi di fatto dai quali sono desunti gli indizi della configurabilità del *fumus delicti* – in fatto e in diritto che lo ha condotto a tale decisione.

Pertanto, anche qui il sindacato di legittimità sulla motivazione del provvedimento risponde alle esigenze di verifica che il testo dell'atto impugnato risponda a due requisiti: l'esposizione delle ragioni giuridicamente significative che lo hanno determinato e l'assenza di illogicità evidenti, ossia la congruenza tra le premesse; la rispondenza tra le premesse e la conclusione; la coerenza delle argomentazioni rispetto al fine giustificativo del provvedimento (53).

Ancora. Se la motivazione si proietta sul giudizio finale «che si forma nel contesto storico della complessiva esperienza processuale in cui si sviluppa»; se in esso «l'intersoggettività diviene lo sfondo logico e il contesto cognitivo entro cui i "fatti" risultano sottratti alla potenziale incontrollabilità di chi è chiamato a decidere», deve concludersi che non è possibile proporre distinzioni qualitative nell'ambito dei vizi della motivazione, tali da giustificare la riconducibilità alla violazione di legge solo di alcuni di essi e non di altri. Perciò è fisiologico ritenere che quando l'art. 125 comma 3 c.p.p. vi fa riferimento, esso contempli una invalidità (= la nullità) di portata generale, in quanto discendente dal sistema. Di conseguenza, se «la sintesi ragionata delle attività euristiche a cui il giudice ha assistito», ovvero, il «percorso cognitivo basato sulla applicazione dei criteri e dei concetti della logica» che rappresentano la decisione del giudice appaiono viziati perché assenti o contraddittori o manifestamente illogici, il difetto genera un vizio strutturale dell'atto che per questo è sanzionato con la nullità (54).

In quest'ottica, la previsione di cui all'art. 606 comma 1 lett. c) c.p.p., nel caso di specie, deve essere considerata assorbente rispetto a quella di carattere specifico della lett. e) (55). E ciò tanto più se si leggono le suddette norme in una visione costituzionalmente orientata dal comma 6° dell'art. 111 Cost. (e dal comma 2° dell'art. 13 Cost.) che, prevedendo il principio di completezza della motivazione del provvedimento cautelare, in virtù del quale nessuna scelta decisoria giudiziale può essere priva di un supporto giustificativo, conferisce precipuo risalto agli *errores in iudicando in facto* (56).

Del resto, va tenuto presente che la struttura normativa del motivare è descritta dal legislatore anche a *contrario*, mediante norme che prevedono i vizi dell'atto processuale: dalla contraddittorietà e dalla illogicità previste dall'art. 606 comma 1 lett. e) c.p.p., infatti, si può inferire il requisito della coerenza logica dell'*iter* argomentativo (57).

Sicché, laddove gli artt. 317 comma 1 e 321 comma 1 c.p.p. stabiliscono che rispettivamente il sequestro conservativo ed il sequestro preventivo devono essere disposti dal giudice con provvedimento motivato, inevitabilmente richiamano l'art. 125 comma 3 c.p.p. che rappresenta il *rimedio* contro l'eventuale inosservanza del *modo di essere* dell'at-

Sull'applicabilità della nuova disciplina ai ricorsi in materia cautelare, Cass., sez. II, 5 maggio 2006 n. 19584, in *CED Cass.*, n. 233773; Id., II, 23 marzo 2006, Napoli, in *Giust. pen.*, 2007, III, c. 582.

(52) In senso contrario, da ultima, Cass., II, 18 febbraio 2010, n. 22293, *inedita*.

(53) In giurisprudenza, Cass., III, 21 ottobre 2010, n. 40873, *inedita*. In dottrina, F. M. Iacoviello, *Giudizio di Cassazione*, in *Trattato di procedura penale*, cit., vol. V, p. 695.

(54) Le espressioni virgolettate sono di G. Riccio, *La Procedura Penale. Tra storia e politica*, cit., p. 288.

(55) In senso contrario, G. Della Monica, *Contributo allo studio della motivazione*, Padova, 2002, pp. 134-135 e G. G. Piero, *Il giudicato cautelare*, cit., pp. 204-205. Da ultimi, M. Scaparone, *La motivazione della sentenza*, cit., p. 790 e F. M. Iacoviello, *Giudizio di Cassazione*, in *Trattato di procedura penale*, cit., vol. V, p. 674.

(56) In tal senso G. Piero, *Il giudicato cautelare*, cit., p. 214, il quale, a *contrario*, ritiene quegli *errores* «censurabili alla stregua dell'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p.».

(57) E. Amodio, *La motivazione della sentenza penale. Struttura normativa, stile, ragionevole misura*, Incontro di studi sul tema *La motivazione della sentenza penale*, Roma, 14-16 settembre 2009.

to processuale (58). Ne consegue che una eventuale violazione del precetto che si manifesti nella mancanza di argomentazioni circa la sussistenza del *fumus delicti* (59), oppure qualora quest'ultima costituisca il risultato di ragionamenti contraddittori o manifestamente illogici, il provvedimento impugnato è nullo (= art. 125 comma 3 c.p.p.) ed il vizio è deducibile in Cassazione non a norma della lettera e) dell'art. 606 comma 1 c.p.p., bensì della lett. c).

La soluzione può essere raggiunta anche in base ad una interpretazione meramente logica che parte dalla disamina dell'obbligo di motivazione imposto al giudice negli artt. 317 comma 1 e 321 comma 1 c.p.p.

Intanto, non avrebbe senso imporre all'autorità giudiziaria la motivazione e poi, in sede di controllo, prescindervi completamente – come pure ha fatto la cassazione –. Nello stesso tempo, poi, se la cassazione ignorasse lo schermo della motivazione per considerare direttamente la situazione di fatto, essa compirebbe una valutazione sul fatto.

Ora, poiché il sindacato del giudice di legittimità – secondo un orientamento condiviso della giurisprudenza delle Sezioni Unite, sia pure in tema di misure cautelari personali (60) – non può tradursi in anticipata decisione della questione di merito concernente la responsabilità dell'indagato, essendo limitato al controllo di compatibilità fra la fattispecie concreta e quella astratta, quando il vizio riguarda un provvedimento motivato – come nel caso di specie – si deve concludere che quel giudice, una volta accertato che la motivazione non sia mancante, è tenuto ad effettuare un controllo di logicità e di non contraddittorietà.

E' questo l'aspetto che le Sezioni Unite (61) sembrano condividere, nonostante alle stesse si richiamino quelle pronunce che escludono la riconducibilità del vizio di motivazione manifestamente illogica o contraddittoria alla violazione di legge ricorribile in cassazione ai sensi del combinato disposto degli artt. 325 comma 1; 606 comma 1 lett. e) c.p.p.

A ben vedere, le stesse – ma lo si può dedurre già dalla lettura della parte motiva – riconducono alla «violazione di legge» non soltanto la motivazione mancante, ma anche l'apparato argomentativo «privo dei requisiti minimi di coerenza, completezza e ragionevolezza e quindi inidoneo a rendere comprensibile l'itinerario logico seguito dal giudice» (62).

Non v'è dubbio che l'ultimo profilo del sindacato che la Corte riconosce al giudice di legittimità nel caso di ricorso avverso un provvedimento di sequestro preventivo si riferisce al vizio di logicità della motivazione, proprio perché evidenzia la necessità che sia esplicitato il percorso argomentativo che dalle premesse conduce alle conclusioni (= coerenza); che siano enunciate le massime di esperienza adottate (= completezza) e soprattutto che il primo risponda effettivamente alle regole del comportamento razionale e le seconde siano generalmente accettate (63) (= ragionevolezza).

FABIANA FALATO

(58) L'osservazione del sistema sanzionatorio secondo una triplice dimensione – legittimazione dell'atto; tipicità dell'atto; scopo dell'atto – rispetto alla quale la sanzione entra in gioco come *strumento ripristinatorio* dell'atto qualora il difetto dello stesso non assurga a livelli di incompatibilità sistemica, nel qual caso, invece, assume un ruolo *punitivo* è di G. Riccio, *La Procedura Penale. Tra storia e politica*, cit., pp. 58-65.

In tema, ampiamente, C. Iasevoli, *La nullità*, cit., *passim*.

(59) Con l'ordinanza n. 153 del 4 maggio 2007 la Corte costituzionale ha ribadito, tra l'altro, che rispetto alle misure cautelari reali «non è richiesto il presupposto della gravità indiziaria, postulato, invece, in tema di misure cautelari personali». Anche perché «il nesso di pertinenzialità che, ai fini dell'applicabilità della cautela deve sussistere tra oggetto del sequestro e reato, può prescindere (...) da qualsiasi profilo di responsabilità del titolare del bene sequestrato». In tal senso, già, Id., 17 febbraio 1994, n. 48.

(60) Cass., SS. UU., 23 febbraio 2000, Mariano, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2225. Da ultima, conforme, Cass., IV, 22 febbraio 2011, n. 6871, *inedita*, secondo cui «in tema di impugnazione delle misure cautelari personali, il ricorso per cassazione che deduca insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, infatti, è ammissibile soltanto se denuncia la violazione di specifiche norme di legge, ovvero la manifesta illogicità della motivazione del provvedimento, secondo i canoni della logica ed i principi di diritto, ma non anche quando propone censure che riguardino la ricostruzione dei fatti ovvero che si risolvano in una diversa valutazione delle circostanze esaminate e valorizzate dal giudice di merito». Così, anche, Cass., VI, 20 ottobre 2010, Quarosi, *inedita* e Id., I, 14 gennaio 2010, n. 9097, in *Diritto & Giustizia*, 2010.

(61) Cass., SS. UU., 29 maggio 2008, n. 25932, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4533; Id., 29 maggio 2008, n. 25933; Id., 28 maggio 2005, P.; Id., 13 febbraio 2004, n. 5876, in *CED Cass.*, n. 226710; Id., 28 maggio 2003, Pellegrino, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3002.

(62) Letteralmente, Cass., SS. UU., 29 maggio 2008, n. 25932, cit.

(63) Per i relativi concetti, T. Rafaraci, sub art. 606, in *Codice di procedura penale*, cit., p. 4457.

SEZIONE IV - 22 settembre 2010

Pres. Campanato, Rel. Brusco, P.M. Gialanella (concl. conf.); Ric. P.M. in proc. Polani e altri.

Udienza preliminare - Sentenza di non luogo a procedere - Fissazione per il deposito della motivazione di un termine superiore a trenta giorni - Termine per l'impugnazione - Quarantacinque giorni (Cod. proc. pen. artt. 424, comma 4, 544, comma 3, 585, comma 1, lett. c).

Il termine di impugnazione delle sentenze di non luogo a procedere, pronunciate all'esito dell'udienza preliminare, relativamente alle quali il g.u.p. abbia fissato per il deposito della motivazione, ai sensi dell'art. 544, comma 3, Cod. proc. pen., un termine più ampio di quello ordinario (pari a trenta giorni, ai sensi dell'art. 424, comma 4, Cod. proc. pen.), è quello di quarantacinque giorni stabilito dall'art. 585, comma 1, lett. c), Cod. proc. pen. (1).

I) Con sentenza 14 ottobre 2009 il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Macerata dichiarava non luogo a procedere nei confronti di Poloni Maurizio e Mengoni Lauro, perché il fatto non sussiste, in ordine al reato di omicidio colposo in danno di Tombesi Ottorino. (*omissis*)

II) Avverso l'anzidetta sentenza ha proposto ricorso per cassazione il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Ancona chiedendone l'annullamento e deducendo il vizio di erronea applicazione della legge penale nonché la mancanza di motivazione sull'esistenza del rapporto di causalità. (*omissis*)

Entrambi gli imputati hanno depositato memorie con le quali eccepiscono la tardività dell'impugnazione proposta dal Procuratore generale e ne chiedono la dichiarazione di inammissibilità. (*omissis*)

III) Occorre esaminare preliminarmente l'eccezione di inammissibilità, per tardività, dell'impugnazione proposta dal Procuratore generale.

Va premesso che la sentenza oggetto dell'impugnazione è stata pronunciata il 14 ottobre 2009 e il giudice ha indicato come termine per il deposito della motivazione il 10 novembre 2009. La motivazione della sentenza è stata poi depositata il 7 novembre 2009 e l'avviso del deposito è stato comunicato al Procuratore generale il 17 novembre 2009 (è lo stesso Procuratore generale ad affermarlo nell'atto di impugnazione).

Poiché il ricorso è stato depositato il 12 dicembre 2009 secondo gli esponenti sarebbe stato tardivamente proposto perché il deposito dell'impugnazione è avvenuto quando erano già decorsi i termini previsti, per i provvedimenti emessi in seguito a procedimento in camera di consiglio, dall'art. 585 comma 1, lett. a) del giudice di rito non essendo applicabili, a questi procedimenti, i maggiori termini previsti dalle lett. b) e c) del medesimo articolo (in particolare quello previsto da quest'ultima lettera perché, nel caso in esame, il giudice ha indicato un termine superiore a quello ordinario per il deposito della sentenza).

Non ignora la Corte che quella prospettata è la tesi costantemente seguita dalla giurisprudenza di legittimità che, proprio con riferimento alla sentenza di non luogo a procedere in esito all'udienza preliminare, ha più volte affermato che il termine per l'impugnazione di questa sentenza è sempre di quindici giorni anche se il giudice ha irrisolvemente fissato un termine più ampio per il deposito della sentenza (v. Cass., sez. VI, 7 maggio 2008 n. 21520, ric. Formisano, in *CED Cass.*,

(1) Non risultano precedenti negli stessi termini.

In senso diverso v. Cass., 7 maggio 2008, ric. P.M. in proc. Formisano e altri, in *CED Cass.*, m. 240.076; Sez. VI, 11 ottobre 2007, ric. P.M. in proc. Lancella e altri, ivi, m. 238.156, secondo cui, il termine di impugnazione delle sentenze di non luogo a procedere, pronunciate all'esito dell'udienza preliminare, è quello di quindici giorni stabilito dall'art. 585, comma 1, lett. a), Cod. proc. pen. per i provvedimenti emessi a seguito di procedimento in camera di consiglio, essendo ininfluenza e l'irrisolvente applicazione, da parte del giudice, di un termine più ampio per il deposito della motivazione, ai sensi dell'art. 544, comma 3, Cod. proc. pen..

m. 240076; 11 ottobre 2007 n. 43609, ric. Lancella, *ivi*, m. 238156 nonché - con riferimento al termine per impugnare la sentenza di non doversi procedere in sede di appello previsto dall'art. 428 cod. proc. pen. prima che venisse modificato dall'art. 4 della 20 febbraio 2006 n. 46 - 28 novembre 2002 n. 1798, ric. Vidoni, *ivi*, m. 223281).

Il fondamento di questa tesi prende le mosse dalla circostanza che l'art. 424 Cod. proc. pen. non prevede una facoltà per il giudice, analoga a quella prevista dall'art. 544, comma 3, del Codice di rito, di fissare un termine diverso da quello legale per il deposito della sentenza.

Questo collegio ritiene che questa tesi non sia condivisibile. Il mancato richiamo, nell'art. 424, della disciplina dell'art. 544 è privo di rilievo perché la disciplina prevista dall'art. 585 già citato si applica sia alle sentenze pronunziate in dibattimento che a quelle in esito alla camera di consiglio e quindi ha carattere di disciplina generale idonea a ricomprendere le ipotesi che non hanno una disciplina specifica. Va ancora premesso che alcun problema si pone per quanto riguarda i casi previsti dal comma 1 lett. b), perché la disciplina relativa al caso, fisiologico, del deposito nei termini della sentenza pronunciata in camera di consiglio è contenuta nella lett. a).

Il problema si pone invece con riferimento alla possibilità per il giudice che pronunci una sentenza all'esito di un'udienza tenuta in camera di consiglio di indicare un termine più lungo di quello ordinario e, conseguentemente, di applicare a questi procedimenti il termine per impugnare previsto dalla lett. c) dell'art. 585.

Anche in questo caso la tesi che esclude questa possibilità si fonda su un argomento formale: il richiamo espresso che la lett. c) fa all'art. 544, comma 3, del Codice di rito. Da questo richiamo si è tratta la conclusione che non possa questa disciplina applicarsi alle sentenze pronunziate in camera di consiglio.

Ma l'argomento non sembra decisivo. Il richiamo dell'art. 585 è infatti riferito ad una norma (il comma 3 dell'art. 544) che, pur inserita nella parte del giudizio, non contiene alcuno specifico riferimento al giudizio (ed anzi ha una formulazione di carattere generale) e non disciplina la materia relativa ai termini del deposito delle sentenze con modalità incompatibili con quelle della camera di consiglio o che comunque possa comportare difficoltà di adattamento a questa disciplina.

Esclusa dunque ogni incompatibilità formale - tra la tesi respinta dalla giurisprudenza di legittimità e le norme in precedenza indicate - a sostegno dell'applicabilità della disciplina prevista dal comma 3 dell'art. 544 deve richiamarsi l'evidente identità di *ratio*: non esiste alcuna ragione di carattere logico che sia idonea a fondare una diversità di disciplina tra il caso della sentenza dibattimentale e la sentenza pronunciata all'esito dell'udienza preliminare.

Tutti i presupposti previsti dal comma 3 dell'art. 544 (particolare complessità della motivazione per il numero delle parti o per il numero e la gravità delle imputazioni) possono essere infatti presenti nei casi in cui l'udienza preliminare si concluda con la sentenza di non luogo a procedere che spesso può avere caratteristiche di complessità anche superiore rispetto alla sentenza dibattimentale.

In conclusione deve ritenersi che, nel caso in esame, fosse applicabile il termine previsto dall'art. 544, comma 3, e che dunque il ricorso proposto sia ammissibile.

IV) Prima di affrontare i temi oggetto dell'impugnazione proposta è necessario svolgere alcune considerazioni sulla natura e sull'inquadramento sistematico della sentenza di non luogo a procedere pronunciata all'esito dell'udienza preliminare.

È nota l'evoluzione legislativa verificatasi su questo tema negli anni successivi all'approvazione del nuovo codice di procedura penale.

L'udienza preliminare nasce con funzione di filtro per evitare i dibattimenti inutili ma le maglie di questo filtro erano originariamente così larghe che in realtà nella prima versione del nuovo codice di rito - con la previsione che la sentenza di non luogo a procedere doveva essere pronunciata "quando risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non

lo ha commesso" ecc. - questa funzione non poteva essere convenientemente svolta; con la singolare anomalia che la sentenza di n.l.p. doveva ritenersi preclusa quando era invece ammessa l'archiviazione perchè questa sentenza era consentita solo quando era evidente l'innocenza dell'imputato; evidenza che non era (e non è) richiesta per l'archiviazione.

La situazione cambia con l'approvazione della l. 8 aprile 1993 n. 105 il cui art. 1 elimina l'aggettivo "evidente" con ciò introducendo una diversa regola di giudizio che rende maggiormente efficace la funzione di filtro che, dopo la modifica, non rimane ancorata a quel vincolo così rigido consentendo la conclusione liberatoria da responsabilità nell'udienza preliminare anche nel caso in cui non esista quell'evidenza dell'innocenza richiesta dalla precedente normativa.

Passando ai mutamenti normativi successivi può osservarsi che, pur in un profondo mutamento della struttura e della disciplina dell'udienza preliminare (soprattutto con l'ampliamento dei poteri istruttori del giudice: si veda in particolare la modifica dell'art. 422) la l. 16 dicembre 1999 n. 479, all'art. 23 comma 1°, che modifica l'art. 425 c.p.p., non muta sostanzialmente la regola di giudizio finale dell'udienza preliminare; la sentenza di non luogo a procedere deve essere pronunciata, in buona sostanza, in presenza dei medesimi presupposti previsti dopo l'entrata in vigore della l. 105/1993.

V) All'esito di queste profonde modificazioni non può peraltro ritenersi - pur essendo parzialmente mutata la regola di giudizio - che l'udienza preliminare abbia subito una modifica della sua originaria natura che era e resta (prevalentemente) di natura processuale e non di merito.

È vero che le modifiche riassuntivamente riportate hanno connotato l'udienza preliminare di aspetti maggiormente attinenti al merito dell'azione penale - in particolare per l'ampliamento dei poteri officiosi relativi alla prova (il vecchio testo della rubrica dell'art. 422 c.p.p. parlava di sommarie informazioni; adesso si parla di integrazione probatoria) - ma è altrettanto vero che identico è rimasto lo scopo cui l'udienza preliminare è preordinata: evitare i dibattimenti inutili, non accertare se l'imputato è colpevole o innocente. E dunque i più ampi spazi per l'integrazione probatoria devono essere esercitati non per anticipare l'esito del dibattimento ma per verificare la sua inutilità.

Non è ovviamente irrilevante se, all'udienza preliminare, emergano prove che, in dibattimento, potrebbero ragionevolmente condurre all'assoluzione dell'imputato ma la sentenza di non luogo a procedere deve essere, dal giudice dell'udienza preliminare, pronunciata solo se ed in quanto questa situazione di innocenza sia ritenuta non superabile in dibattimento dall'acquisizione di nuove prove o da una diversa e possibile rivalutazione degli elementi di prova già acquisiti. Insomma il quadro probatorio e valutativo delineatosi all'udienza preliminare deve essere ragionevolmente ritenuto immutabile.

Non si tratta quindi di accettare o richiedere uno standard probatorio meno rigoroso ma di verificare la possibilità di una evoluzione del quadro probatorio: in questo senso va intesa la qualificazione, sostanzialmente da tutti condivisa, come sentenza di natura processuale della sentenza di non doversi procedere.

Il giudice dell'udienza preliminare ha dunque il potere di pronunciare la sentenza di non luogo a procedere - oltre che nei casi nei quali esista già la prova indiscussa dell'innocenza o appaia evidente l'inconferenza degli elementi di accusa - non quando effettui un giudizio prognostico in esito al quale pervenga ad una valutazione di innocenza dell'imputato ma in tutti quei casi nei quali, fermo questo giudizio prognostico, non esista una prevedibile possibilità che il dibattimento possa invece condurre ad una diversa soluzione.

Non contrasta con questa ricostruzione il tenore del nuovo comma 3 dell'art. 425 Cod. proc. pen. che prevede la pronuncia della sentenza di non doversi procedere quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio". "La norma - che riecheggia la regola di giudizio prevista dall'art. 530 Cod. proc. pen. conferma infatti quanto si è in precedenza espresso: il parametro non è l'innocenza ma l'impossibilità di sostenere l'accusa in giudizio.

L'insufficienza e la contraddittorietà degli elementi devono quindi avere caratteristiche tali da non poter essere ragionevolmente considerate superabili nel giudizio, la situazione deve essere cristallizzata e non deve poter essere considerata suscettibile di chiarimenti o sviluppi nel giudizio; questo giudizio prognostico vale sia per l'ipotesi dell'insufficienza che per quella della contraddittorietà e queste caratteristiche legittimeranno la pronuncia della sentenza di n.l.p. - è opportuno ribadirlo - solo se non appariranno superabili nel giudizio. Valutazione che il gup può adottare, nel caso di incompletezza delle indagini preliminari, dopo l'adozione delle misure integrative delle indagini oggi previste dall'art. 421 bis del codice di rito.

In conclusione, a meno che ci si trovi in presenza di elementi palesemente insufficienti per sostenere l'accusa in giudizio per l'esistenza di prove positive di innocenza o per la manifesta inconsistenza di quelle di colpevolezza, la sentenza di non luogo a procedere non è consentita quando l'insufficienza o contraddittorietà degli elementi acquisiti siano superabili in dibattimento. Come è stato affermato in dottrina "sfuggono all'epilogo risolutivo i casi nei quali, pur rilevando incertezze, la parziale consistenza del panorama d'accusa è suscettibile di essere migliorata al dibattimento."

Quello indicato è del resto l'orientamento, oltre che della prevalente dottrina, della giurisprudenza di legittimità che, dopo la riforma del 1999, ha ribadito i principi indicati (si vedano in questo senso Cass., sez. VI, 16 novembre 2001 n. 42275, ric. Acampora, in *CED Cass.*, m. 221303; 6 aprile 2000 n. 1662, ric. Pacifico, *ivi*, m. 120751)

In precedenza peraltro questi principi erano stati riaffermati anche dalla Corte costituzionale; si veda la sentenza 15 marzo 1996 n. 71 che così si esprimeva su questo punto: "l'apprezzamento del merito che il giudice è chiamato a compiere all'esito della udienza preliminare non si sviluppa, infatti, secondo un canone, sia pur prognostico, di colpevolezza o di innocenza, ma si incentra sulla ben diversa prospettiva di delibare se, nel caso di specie, risulti o meno necessario dare ingresso alla successiva fase del dibattimento: la sentenza di non luogo a procedere, dunque, era e resta, anche dopo le modifiche subite dall'art. 425 c.p.p., una sentenza di tipo 'processuale', destinata null'altro che a paralizzare la domanda di giudizio formulata dal pubblico ministero".

Dopo l'entrata in vigore della legge n. 479 del 1999 (ma anche della legge n. 387 del 2000 in tema di indagini difensive) il giudice delle leggi ha sottolineato come la decisione in esito all'udienza preliminare abbia sempre più acquisito caratteristiche di merito senza però perdere la connotazione prognostica che in precedenza la caratterizzava (si vedano, in tema di incompatibilità, le ordinanze 6 luglio 2001 n. 224 e 12 luglio 2002 n. 335; in particolare quest'ultima così si esprime: "il nuovo art. 425 del codice, in questo modo, chiama il giudice a una valutazione di merito sulla consistenza dell'accusa, consistente in una prognosi sulla sua possibilità di successo nella fase dibattimentale") mentre, più di recente, la Corte (v. ordinanza 9 marzo 2004 n. 90) ha ribadito la natura processuale dell'udienza preliminare.

E le sezioni unite di questa Corte (v. sentenza 29 maggio 2008 n. 25695, ric. D'Eramo, in *CED Cass.* m. 239701), hanno ribadito che "la fondamentale regola di giudizio per la sentenza di non luogo a procedere, nonostante l'obiettivo arricchimento, qualitativo e quantitativo, dell'orizzonte cognitivo del giudice, resta tuttavia qualificata da una delibazione, di tipo prognostico, di sostenibilità dell'accusa in giudizio, con riferimento al maggior grado di probabilità logica e di successo della prospettazione accusatoria ed all'effettiva utilità della fase dibattimentale, priva quindi di effetti irrevocabili sul merito della controversia circa l'accertamento della colpevolezza o dell'innocenza dell'imputato, essendo essa revocabile nei casi e alle condizioni stabilite dagli artt. 434 ss. Cod. proc. pen.

È stato autorevolmente obiettato a questa ricostruzione per un verso che questa impostazione richiederebbe che il giudice dell'udienza preliminare sia dotato di "poteri divinatori"; per altro verso che la soluzione vanificherebbe la funzione di "filtro delle imputazioni azzardate" e quindi la funzione deflattiva dell'udienza preliminare.

Le preoccupazioni espresse con queste critiche sono condivisibili.

E' però da osservare che un altro rischio - contrapposto - è da evitare: quello di una duplicazione dei giudizi di merito di primo grado. Se la regola di giudizio dell'udienza preliminare è la stessa del giudizio di primo grado questa duplicazione si verifica con l'ulteriore negativa conseguenza di attribuire al rinvio a giudizio un connotato di presunzione di colpevolezza che è invece del tutto estraneo all'assetto processuale esistente. Come del resto è confermato anche dalla giurisprudenza di legittimità, (v. Sez. Un., 30 ottobre 2002 n. 39915, ric. Vottari, in CED Cass., m. 222602) che ha escluso che il rinvio a giudizio precluda al giudice cautelare il riesame della gravità indiziaria).

Questa ricostruzione è poi avvalorata dalla circostanza che, ai fini dell'applicazione della norma transitoria contenuta nell'art. 10 della legge n. 46 del 2006, è stato escluso che la sentenza di non doversi procedere prevista dall'art. 428 Cod. proc. pen. possa essere considerata sentenza "di proscioglimento" (v., tra le altre, Cass., sez. VI, 9 aprile 2008 n. 16365, ric. Roiati, rv. 239645; sez. V, 24 ottobre 2007 n. 46800, Piscitelli, rv. 238883; sez. I, 2 ottobre 2007 n. 40251, Scuto, rv. 238051; sez. V, 21 settembre 2007 n. 39019, Nesci, rv. 238204).

Se il fine deve essere quello di evitare i dibattimenti inutili, cioè quelli destinati ragionevolmente (il giudizio prognostico non può andare oltre) a concludersi con l'assoluzione dell'imputato il criterio dell'intangibilità del quadro probatorio e della non superabilità in dibattimento sembra dunque quello più idoneo a salvaguardare le contrapposte esigenze: evitare i dibattimenti inutili e "non pregiudicare invece l'evoluzione di situazioni che immutabili non sono.

Per esemplificare: se i testimoni del fatto hanno reso dichiarazioni divergenti il giudice dell'udienza preliminare, anche se ritiene maggiormente attendibili quelli che hanno reso una versione favorevole all'imputato, non può pronunciare sentenza di non doversi procedere se non può ragionevolmente escludere che in dibattimento l'esame dei testimoni porti ad un mutamento del quadro probatorio.

E lo stesso dovrà avvenire nel caso di acquisizione di prove scientifiche con conclusioni controverse come si preciserà meglio più avanti.

In conclusione: le innovazioni legislative ricordate hanno accentuato le caratteristiche di completezza dell'udienza preliminare e la natura di valutazione di merito del suo esito conclusivo. Senza però incrinare la valutazione solo prognostica di tale esito diretto ad evitare i dibattimenti superflui ma non quelli che, in astratto, potrebbero risolversi in modo diverso da quello dell'udienza preliminare.

VI) L'esame della sentenza impugnata dimostra che il giudice di merito non si è attenuto ai principi indicati e che deve dunque ritenersi fondato il motivo di ricorso nella parte in cui si riferisce alla non corretta applicazione della regola di giudizio che deve essere adottata all'esito dell'udienza preliminare.

Non è in discussione, nel presente processo, l'esistenza della colpa degli imputati ravvisata, dal giudice dell'udienza preliminare, nella tardività, insufficienza e inidoneità degli interventi terapeutici praticati al paziente. Il problema riguarda invece il tema del rapporto di causalità avendo ritenuto, il giudice di merito, che non potesse ritenersi accertato che gli interventi terapeutici tempestivi e corretti avrebbero salvato la vita del paziente.

Il primo rilievo da compiere sul tema della causalità è quello che riguarda l'ipotesi, formulata dal ricorrente secondo cui, se tempestivamente affrontata, la patologia le conseguenze avrebbero potuto essere meno gravi.

Il rapporto causale, sia nella causalità commissiva che in quella omissiva, va infatti riferito non solo al verificarsi dell'evento prodottosi ma anche in relazione alla natura e ai tempi dell'offesa nel senso che dovrà riconoscersi il rapporto in questione non solo nei casi in cui sia provato che l'intervento doveroso omissivo (o quello corretto in luogo di quello compiuto nella causalità commissiva) avrebbe evitato il prodursi dell'evento in concreto verificatosi, o ne avrebbe cagio-

nato uno di intensità lesiva inferiore, ma altresì nei casi in cui sia provato che l'evento si sarebbe verificato in tempi significativamente (non minuti od ore) più lontani ovvero ancora quando, alla condotta colposa omissiva o commissiva, sia ricollegabile un'accelerazione dei tempi di latenza di una malattia provocata da altra causa (o che non sia possibile ricollegare eziologicamente alla condotta in questione).

Questa indagine è stata completamente omessa dal giudice nella sentenza impugnata.

V'è poi da rilevare che la sentenza impugnata ha richiamato i pareri degli esperti che fanno riferimento ad un criterio di certezza (v. p. 5) piuttosto che al criterio di probabilità logica - al fine di pervenire ad una valutazione che deve essere espressa in termini di elevata credibilità razionale cui hanno fatto riferimento le sezioni unite di questa Corte nella sentenza 10 luglio 2002 n. 30328, Franzese - limitandosi ad enunciare i criteri di riferimento (età, stato di salute del paziente, gravità della patologia) senza però spiegare come questi criteri fossero idonei ad influire sul giudizio di probabilità logica.

Il giudice dell'udienza preliminare ha quindi sostanzialmente eluso i problemi indicati e in particolare la natura apodittica delle risposte date non ha consentito di fornire una risposta inequivocabile al quesito se le valutazioni del consulente tecnico del pubblico ministero e dei periti costituissero un punto di arrivo immodificabile ovvero se ulteriori accertamenti da eseguire in dibattimento avrebbero potuto fornire ricostruzioni alternative e risposte diverse ai quesiti proposti.

A fronte di risposte problematiche fornite dagli esperti nella fase delle indagini preliminari e nell'udienza preliminare il giudice può definire il processo solo se dispone di dati scientifici inequivocabili per fondare la tesi condivisa (per es. studi scientifici condivisi dalla comunità scientifica nazionale o internazionale; ricerche scientifiche che abbiano trovate conferme indiscutibili o comunque non siano state oggetto di serie e motivate critiche nella comunità scientifica di riferimento) ovvero la diversa tesi sia stata contrastata in modo inequivoco e definitivo.

Se invece permane una situazione di incertezza che non appaia insuperabile il giudice non può troncare l'accertamento della eventuale responsabilità facendo esclusivo riferimento alla tesi che ritiene maggiormente condivisibile senza univoci supporti scientifici di conferma che dimostrino la palese erroneità della tesi contraria e dunque l'inutilità del dibattimento.

Deve dunque ritenersi erronea la regola di giudizio utilizzata dal giudice dell'udienza preliminare che sembra riecheggiare quella del giudizio di merito.

XI) In virtù delle considerazioni esposte la sentenza impugnata deve quindi essere annullata - per violazione della regola di giudizio per la sentenza di non luogo a procedere - con rinvio al Tribunale cui appartiene il giudice per l'udienza preliminare che ha emesso la sentenza impugnata.

SEZIONE III - 7 luglio 2010

Pres. Onorato - Rel. Squassoni - P.M. Passancantando (concl. conf.) - Ric. P.M. in proc. L. e altro.

Prove - Videoriprese di atti non comunicativi nel corso del procedimento - Prova atipica - Configurabilità - Autorizzazione del giudice - Necessità - Esclusione - Videoriprese di atti comunicativi - Autorizzazione del giudice - Necessità - Fattispecie relativa a riprese di mere condotte all'interno del comune studio professionale della persona offesa di atti sessuali violenti compiuti dal datore di lavoro (Cod. proc. pen. artt. 189, 266).

Le videoriprese di atti non aventi contenuto comunicativo effettuate, nel corso del procedimento penale, all'interno del domicilio lavorativo dell'autore delle stesse, costituiscono una prova atipica ex art. 189 Cod. proc. pen., non necessitando quindi, ai fini dell'utilizzabilità, di autorizzazione del giudice.

(*Fattispecie di riprese effettuate, d'intesa con la polizia, dalla vittima di atti sessuali posti in essere dal datore di lavoro della stessa all'interno del comune studio professionale; in motivazione la Corte ha precisato che la predetta autorizzazione sarebbe stata necessaria ove le videoriprese avessero riguardato "atti comunicativi"*) (1).

Motivi della decisione. Con querele del 9 agosto e 10 ottobre 2007, D. I. esponeva di essere oggetto di vessazioni, molestie, complimenti lascivi e costretta a subire atti sessuali da parte del proprio datore di lavoro, L. C., sotto la minaccia di perdere il posto.

In esito a tali querele, si instaurava un procedimento terminato con la sentenza 21 gennaio 2010 con la quale il giudice per la udienza preliminare del Tribunale di Trani dichiarava non luogo a procedere nei confronti di L. C. (in relazione ai reati continuati di violenza privata aggravata a violenza sessuale) con la formula "perché i fatti non sussistono".

A sostegno della conclusione il giudice ha rilevato:

- che la videoregistrazione ambientale 4 ottobre 2007, effettuata dalla donna su accordo della Polizia, era inutilizzabile perché compiuta oltre il termine della autorizzazione e non considerabile come prova atipica; (*omissis*)

Per l'annullamento della sentenza, ha proposto ricorso per Cassazione il Procuratore della Repubblica e la D. deducendo difetto di motivazione e violazione di legge.

Nei ricorsi, parzialmente di contenuto comune, è stato dedotto:

- che la inutilizzabilità degli atti disposti dopo la scadenza delle indagini non è rilevabile di ufficio e nessuna parte ha sollevato la relativa eccezione;

- che la videoregistrazione del 4 ottobre 2007, effettuata da un soggetto non estraneo al colloquio, è da considerarsi come prova documentale: comunque, l'accertamento del reato sessuale commesso in quel giorno è recuperabile dalle dichiarazioni della parte lesa;

- che il Pubblico Ministero ha promosso l'azione penale, a sensi degli artt. 408 e 417 Cod. proc. pen., per cui tutte le investigazioni effettuate erano utilizzabili; (*omissis*)

Le conclusioni del giudice non sono condivisibili pur se per ragioni parzialmente diverse da quelle prospettate negli atti di ricorso.

L'udienza preliminare, nella configurazione assunta per effetto delle innovazioni introdotte con la legge 479 del 1999, ha modificato, ma non perduto, la sua originaria funzione di filtro; l'art. 425., comma 3, Cod. proc. pen. prevede che il giudice sia tenuto a pronunciare una sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi acquisiti risultino insufficienti, contraddittori oppure non idonei a sostenere l'accusa in giudizio.

(1) Non risultano precedenti negli stessi termini.

Per utili riferimenti v. Sez. Unite, 28 marzo 2006, ric. Prisco, in questa *Rivista* 2007, III, 566, con motivazione e nota redazionale, secondo cui le riprese video di comportamenti "non comunicativi" non possono essere eseguite all'interno del "domicilio", in quanto lesive dell'art. 14 Cost.: ne consegue che è vietata la loro acquisizione ed utilizzazione anche in sede cautelare, e, in quanto prova illecita, non può trovare applicazione la disciplina dettata dall'art. 189 Cod. proc. pen.; le videoregistrazioni in luoghi pubblici ovvero aperti o esposti al pubblico, non effettuate nell'ambito del procedimento penale, vanno incluse nella categoria dei "documenti" di cui all'art. 234 Cod. proc. pen.; le medesime videoregistrazioni eseguite dalla polizia giudiziaria, anche d'iniziativa, vanno invece incluse nella categoria delle prove atipiche, soggette alla disciplina dettata dall'art. 189 Cod. proc. pen. e, trattandosi della documentazione di attività investigativa non ripetibile, possono essere allegate al relativo verbale e inserite nel fascicolo per il dibattimento.

v. anche Sez. II, 13 dicembre 2007, ric. Napolano, in questa *Rivista* 2008, III, 532, 230, secondo cui il risultato di riprese visive di comportamenti non comunicativi, effettuate in ambito domiciliare, è probatoriamente utilizzabile se le riprese sono state eseguite con il consenso del titolare del domicilio, senza che sia necessaria la preventiva autorizzazione dell'autorità giudiziaria (fattispecie in cui le riprese visive erano state effettuate all'interno di una camera d'albergo, con il consenso della persona che ne aveva la disponibilità, ed avevano sorpreso l'autore della donazione della carta di credito ivi custodita).

A tale fine, deve essere effettuata una prognosi sulla superfluità del dibattimento avendo come referente non solo le emergenze agli atti, ma quelle presumibilmente acquisibili nella fase dibattimentale e valutare se gli elementi probatori, insufficienti o contraddittori dei quali si dispone, possano trasformarsi in piene prove all'esito della dialettica tra le parti processuali.

Se tale prognosi è negativa, per esigenze di tutela dell'imputato e per ragioni di economia processuale, deve essere pronunciata sentenza a sensi dell'art. 425 Cod. proc. pen. .

Nel caso in esame, il giudice ha articolato la sua motivazione non dando conto, in modo esaustivo e congruo, delle ragioni che rendevano inutilizzabile parte del compendio istruttorio acquisito e dei motivi che inibivano il vaglio della fase dibattimentale in relazione alla fonte di prova dichiarata utilizzabile. Di conseguenza, il Giudice non ha correttamente effettuato il ruolo di controllo che la legge gli demanda. (*omissis*)

In merito alla videoregistrazione, le decisioni della Corte Costituzionale (n. 135 del 2002, n. 149 del 2008, n. 320 del 2009) e delle Sezioni Unite (n. 36747 del 2003, n. 26795 del 2006) forniscono i parametri ermeneutici per la risoluzione del caso.

Deve, innanzi tutto, puntualizzarsi che la registrazione – effettuata d'intesa con la polizia non fuori, ma nello ambito del procedimento ed in funzione dello stesso – non costituisce un documento a sensi dell'art. 234 Cod. proc. pen. .

Per verificare se la registrazione contrasti con l'assetto normativo o con diritti fondamentali, necessita fondarsi sulla differenza tra riprese visive di atti non comunicativi e di atti comunicativi; questi ultimi sono finalizzati a trasmettere il contenuto di un pensiero con la parola, i gesti, le espressioni fisiognomiche o altri atteggiamenti idonei a manifestarlo.

Le riprese di comportamenti comunicativi costituiscono una forma di captazione di messaggi tra presenti e, pertanto, devono considerarsi intercettazioni e ne ricalcano analogicamente la relativa disciplina pena la elusione di formalità stabilite a garanzia di diritti costituzionalmente garantiti.

Le videoregistrazioni di immagini non comunicative (mere condotte) disposte dalla polizia nel corso delle indagini in luoghi non fruenti di particolare protezione (pubblici, aperti o esposti al pubblico) devono essere qualificate come documentazione dell'attività investigativa, che non richiede un provvedimento dell'autorità giudiziaria, e sono utilizzabili come prove atipiche disciplinate dall'art. 189 Cod. proc. pen.

Tale conclusione non vale (per l'assenza di una normativa che lo consenta) per le videoregistrazioni effettuate in luoghi riconducibili al concetto di domicilio e meritevoli di tutela a sensi dell'art. 14 della Costituzione.

Nella ipotesi concreta, vi è stata una ripresa di immagini comunicative (inutilizzabili per carenza del necessario provvedimento autorizzatorio) e non comunicative captate in un appartamento (adibito a studio professionale) dove si svolgevano manifestazioni di vita privata e che è ricompreso nell'ambito della nozione di domicilio. La singolarità che il caso introduce si incentra nella circostanza che le riprese sono state effettuate da persona che era protagonista dell'episodio, verso la quale il suo interlocutore non aveva lo *ius excludendi*, perché si trovava nel suo abituale ambiente di lavoro che costituiva il suo domicilio per un periodo di tempo limitato della giornata (nell'arco del quale sono stati commessi i fatti).

Con la ripresa visiva, sia pure eseguita furtivamente, la persona offesa non ha violato con interferenze indebite l'intangibilità del domicilio né la necessaria riservatezza su attività che si devono mantenere nell'ambito privato, essendo, si ripete, nel suo domicilio e riprendendo illeciti che la riguardavano.

La mancata violazione della tutela prevista dall'art. 14 della Costituzione supera la problematica, sulla quale esistono variegate opinioni, inerente alla necessità di un provvedimento autorizzatorio anche per le riprese visive di comportamenti non comunicativi in luoghi di privata dimora. Consegue che, nella specie, non essendo configurabile alcuna intrusione nell'altrui domicilio, la videoripresa, almeno per quanto concerne la fissazione degli atti non comunicativi, è

da considerarsi prova atipica; la conclusione del gravato provvedimento sulla totale inutilizzabilità della videoregistrazione non è condivisibile. (*omissis*)

B) MASSIMARIO (*)

158. Cassazione (Ricorso per) - Ricorso del P.M. - Sentenza di assoluzione - Denuncia della mancanza assoluta della motivazione senza specificazione dell'erroneità della decisione - Inammissibilità del ricorso - Fattispecie relativa a ricorso contro sentenza comprendente soltanto l'intestazione, le conclusioni delle parti e il dispositivo (Cod. proc. pen. artt. 606, 570, 568, comma 4, 546, comma 1, lett. a), d), f).

In tema di impugnazioni, è inammissibile il ricorso per cassazione del P.M. con il quale si denunci la nullità di una sentenza di assoluzione per mancanza assoluta della motivazione, non sussistendo alcun interesse all'impugnazione in difetto di qualsiasi specificazione delle ragioni della erroneità della decisione, ovvero dell'indicazione dello specifico vantaggio perseguito con l'annullamento della medesima.

(Fattispecie in cui la sentenza era costituita dall'intestazione, dalle conclusioni delle parti e dal dispositivo) (1).

Sez. VI, 14 ottobre 2010, Pres. De Roberto, Rel. Citterio, P.M. Di Casola (concl. diff.); Ric. P.M. in proc. Berforini.

(1) Giurisprudenza contrastante.

Nello stesso senso v. Cass., Sez. III, 14 ottobre 2008, ric. P.M. in proc. Locato, in *CED Cass.*, m. 241.786, secondo cui, in tema d'impugnazioni, è inammissibile il ricorso per cassazione del P.M. con cui si denunci la nullità di una sentenza di condanna per mancanza grafica della motivazione, non sussistendo alcun interesse all'impugnazione in difetto di qualsiasi specificazione delle ragioni dell'illegittimità della decisione ovvero dell'indicazione del vantaggio pratico perseguito con l'annullamento della medesima (fattispecie nella quale la sentenza era costituita dall'intestazione con allegata una fotocopia del dispositivo di condanna. letto in udienza).

In senso contrario v. Sez. II, 9 aprile 2008, ric. P.M. in proc. Blaise, in *CED Cass.*, m. 239.786, secondo cui è nulla la sentenza del giudice monocratico del tutto priva di motivazione, ancorché consti del dispositivo letto in udienza; alla declaratoria di nullità consegue la trasmissione al giudice di primo grado e non a quello di appello, in quanto quest'ultimo ha il potere di completare o integrare la motivazione, mentre nell'ipotesi in cui la motivazione manchi, egli dovrebbe sostituirsi al primo giudice, redigendo la motivazione in sua vece e privando l'imputato di un grado del giudizio; Sez. VI, 24 marzo 2005, ric. P.M. in proc. Morelli, in questa *Rivista* 2005, III, 319, 155, con indicazione di altro precedente secondo cui, in tema di requisiti della sentenza, il dispositivo totalmente privo della motivazione (essendosi, nella specie, il giudice unico del tribunale rifiutato di redigere), è provvedimento abnorme che crea una irresolubile situazione di stallo processuale, e che pertanto deve ritenersi suscettibile di autonoma impugnabilità con il ricorso per cassazione (in applicazione del principio la Corte ha accolto il ricorso del P.M. affermando la sussistenza dell'interesse sotto il profilo della garanzia dell'esercizio dell'azione penale); Sez. V, 15 ottobre 2004, ric. P.M. in proc. Serravalle e altro, in *CED Cass.*, m. 231.248, secondo cui in tema di requisiti della sentenza, la mancanza assoluta della motivazione (nella fattispecie il provvedimento risulta composto dell'imputazione e del dispositivo) non determina l'inesistenza della pronuncia - posto che il dispositivo letto in udienza è *ex se* provvedimento decisorio idoneo a passare in giudicato se non impugnato - bensì determina la

(*) A cura di Corrado Carnevale.

È vietata, per le norme di legge sui diritti di autore e del codice civile, la riproduzione totale o parziale di questo massimario anche ove se ne indichi la fonte.

sua nullità; Sez. V, 17 dicembre 2003, ric. P.M. in proc. Esposito, in *CED Cass.*, m. 228.741, secondo cui, in tema di requisiti della sentenza, la totale omissione della motivazione non determina l'inesistenza della pronuncia, in quanto il dispositivo letto in udienza è provvedimento decisorio con effetti propri, idoneo a passare in giudicato se non impugnato, di guisa che, nel caso di impugnazione, la sentenza deve essere annullata per mancanza di motivazione ed il giudice che deve procedere al nuovo giudizio è quello di primo grado.

159. Cassazione (Ricorso per) - Interesse all'impugnazione - Omessa pronuncia da parte del giudice d'appello su motivo concernente la mancata applicazione della continuazione - Sussistenza (Cod. proc. pen. artt. 606, comma 1, lett. b), 568, comma 4; Cod. pen. art. 81, secondo comma).

Nell'ipotesi in cui il giudice d'appello abbia omesso di provvedere sulla richiesta di applicazione della continuazione formulata con specifico motivo d'impugnazione, sussiste l'interesse dell'imputato al ricorso per cassazione per la mancata pronuncia sul punto, non potendo il giudice d'appello esimersi da tale compito, riservandone la soluzione al giudice dell'esecuzione (1).

Sez. VI, 30 settembre 2010, Pres. De Roberto, Rel. Fazio, P.M. Fodaroni (concl. parz. diff.); Ric. Cosentino e altro.

(1) Nello stesso senso v. Cass., Sez. IV, 28 settembre 2006, ric. D'Andrea, in *CED Cass.*, m. 236.008, secondo cui sussiste l'interesse dell'imputato al ricorso per cassazione per la omessa pronuncia sullo specifico motivo di gravame relativo alla mancata applicazione della continuazione, qualora il giudice di appello abbia omesso di pronunciare sullo stesso (la Corte ha precisato che, in presenza di correlazione tra motivi di impugnazione e ambito della cognizione e della decisione, non è ammissibile che il giudice possa esimersi da tale compito, riservandone la soluzione al giudice dell'esecuzione e possa, così, sovrapporre all'iniziativa rimessa al potere dispositivo della parte la propria valutazione circa l'opportunità di esaminare o non l'istanza dell'impugnante); Sez. VI, 23 gennaio 2001, ric. Rubino, in questa *Rivista* 2001, III, 587, 289, con indicazione di altri precedenti compreso uno delle Sezioni Unite edito nella *Rivista* con motivazione e nota redazionale, secondo cui il giudice di appello cui sia espressamente richiesta l'applicazione della continuazione con altri fatti già coperti da giudicato, non può rimettere la decisione al giudice dell'esecuzione, né può sottrarsi alla decisione affermando che la precedente sentenza, in quanto emessa a seguito di patteggiamento, sarebbe inidonea a consentire l'accertamento del nesso di continuazione fra i diversi fatti, ma deve provvedere sulla richiesta, atteso che il giudice dell'esecuzione non potrebbe disporre, in concreto, di elementi diversi o più perspicui di quelli già noti al giudice della cognizione.

160. Cassazione (Ricorso per) - Poteri della Corte di Cassazione - Mancanza di querela - Deducibilità per la prima volta davanti alla Corte di Cassazione - Esclusione (Cod. proc. pen. artt. 606, 336; Cod. pen. art. 120).

La questione improcedibilità del reato per mancanza di querela non può essere dedotta per la prima volta in sede di legittimità (1).

Sez. III, 14 ottobre 2010, Pres. e Rel. Petti, P.M. D'Ambrosio (concl. conf.); Ric. S. e altri.

(1) Non risultano precedenti negli stessi termini.

Per utili riferimenti v. Cass., Sez. II, 20 settembre 2006, ric. Allegretti, in *CED Cass.*, m. 235.314, secondo cui in tema di procedimento cautelare, la questione della improcedibilità per difetto di querela resta estranea all'ambito del giudizio della Corte di cassazione sulla decisione di riesame del provvedimento applicativo della misura cautelare perché è questione che attiene al merito, mentre il controllo di legittimità è limitato alle ragioni giustificatrici della misura adottata; Sez. I, 9 maggio 1994, ric. Tarek, in questa *Rivista* 1995, III, 220, 116, secondo cui tra le cause di punibilità la cui emergenza (in termini di certezza e non di mera possibilità) importa l'inapplicabilità delle misure cautelari, giusto il disposto del comma 2

dell'art. 273 Cod. proc. pen., rientra anche il difetto di una condizione di procedibilità, come è dato da argomentare anche da quanto previsto dall'art. 129, comma 1, dello stesso Codice, che, nello stabilire l'obbligo della immediata declaratoria di determinate "cause di non punibilità", ha riguardo anche alla mancanza di una condizione di procedibilità: ne consegue che il giudice, investito del controllo di un'ordinanza in materia cautelare, ha il potere-dovere di, sindacare anche l'esistenza della condizione di procedibilità eventualmente necessaria, disponendo la caducazione della misura ove accerti la mancanza della condizione in parola.

161. Chiamata di correo - Chiamata in reità *de relato* - Riscontri - Altra dichiarazione *de relato* - Esclusione - Natura e carattere del riscontro (Cod. proc. pen. art. 192, comma 3)

La chiamata in reità *de relato* non può essere riscontrata da altra dichiarazione *de relato*, in quanto la ricerca di riscontri, a conferma di dichiarazioni caratterizzate da credibilità congenitamente carente, affine a quella della testimonianza indiretta, deve essere particolarmente rigorosa e può costituire prova solo se sorretta da riscontri estrinseci, obiettivi ed individualizzanti, tra i quali non sono ricomprese altre dichiarazioni indirette (1).

Sez. V, 9 luglio 2010, Pres. Calabrese, Rel. Bevere, P.M. Monetti (concl. conf.); Ric. P.M. in proc. Canale e altri.

(1) Nella medesima ottica v. *Sez. V, 9 maggio 2002, ric. P.M. in proc. Pinto e altri, in CED Cass., m. 223.544*, secondo cui la chiamata in reità *de relato*, affine nella struttura alla testimonianza indiretta, può costituire, prova della responsabilità penale solo se sorretta da adeguati riscontri estrinseci obiettivi ed individualizzanti, in relazione alla persona incolpata e al fatto che forma oggetto dell'accusa, non essendo sufficiente il controllo sulla mera attendibilità intrinseca del collaborante (nell'affermare tale principio, la Corte ha escluso che una chiamata in reità *de relato* possa essere riscontrata da altra chiamata in reità anche essa *de relato* e, inoltre, ha ritenuto che il ritardo notevole con cui il collaborante rende le sue dichiarazioni può giustificare una valutazione negativa della genuinità delle dichiarazioni stesse).

162. Competenza - Competenza per materia - Corte d'Assise - Delitti di tratta di persone e di acquisto ed alienazione di schiavi aggravati dalle circostanze speciali di cui al secondo comma dell'art. 601 e al secondo comma dell'art. 602 Cod. pen. - Competenza della Corte d'Assise anche dopo la modifica dell'art. 5 Cod. proc. pen. ad opera del decreto legge n. 10 del 2010 convertito con la legge n. 52 del 2010 - Fattispecie relativa a processo iniziato prima dell'entrata in vigore del detto decreto legge (Cod. proc. pen. art. 5; l. 11 aprile 2003, n. 228, art. 6; d. l. 12 febbraio 2010, n. 10, conv. con l. 6 aprile 2010, n. 52; Cod. pen. artt. 601, secondo comma, 602, secondo comma).

È ancora attribuita alla Corte di assise, pur dopo la modifica dell'art. 5 Cod. proc. pen. per effetto della novella di cui alla legge n. 228 del 2003, la competenza per i reati di tratta di persone e di acquisto ed alienazione di schiavi, nel caso di concorso delle circostanze aggravanti ad effetto speciale previste dagli artt. 601, secondo comma, e 602, secondo comma, Cod. pen.

(Fattispecie relativa a procedimento in cui l'azione penale era stata esercitata anteriormente all'entrata in vigore del decreto legge 2 febbraio 2010, n. 10, convertito con la legge 6 aprile 2010, n. 52, che ha ulteriormente modificato l'art. 5 Cod. proc. pen. (1).

Sez. I, 29 settembre 2010, Pres. Silvestri, Rel. Vecchio, P.M. Fraticelli (concl. conf.); conf. comp. in proc. Zebet e altri.

(1) Non risultano precedenti negli stessi termini.

Per utili riferimenti v. *Cass., Sez. I, 20 gennaio 2010, ric. Ahmed e altri, in CED Cass., m. 216.114*, secondo cui per il delitto di riduzione in schiavitù la cui permanenza sia cessata anteriormente alla data di entrata in vigore della legge 8 agosto 2003, n. 228 (misure contro la tratta di persone) la quale ne ha devoluto la cognizione al

giudizio del tribunale in composizione collegiale in relazione ai fatti commessi successivamente a quella data, la competenza in appello, che ha carattere funzionale, appartiene alla Corte d'assise d'appello anche quando il giudizio di primo grado sia stato celebrato con il rito abbreviato dinanzi al giudice dell'udienza preliminare.

163. Impugnazioni - Revisione - Richiesta - Omissione della declaratoria di prescrizione nel giudizio di appello - Sentenza passata in giudicato - Richiesta di revisione (Cod. proc. pen. art. 637; Cod. pen. art. 157).

L'omissione della declaratoria di prescrizione in sede di giudizio di appello non può essere fatta valere come causa di revisione della sentenza in quanto il giudicato copre il dedotto e il deducibile con la conseguenza che, in tal caso, in assenza di elementi di novità, la richiesta di revisione è inammissibile (1).

Sez. V, 15 giugno 2010, Pres. Ambrosini, Rel. Oldi, P.M. (concl. conf.); Ric. Caruson.

(1) Giurisprudenza costante.

Ex plurimis, v. Cass., Sez. VI, 9 gennaio 2003, ric. Piscicelli, in CED Cass., m. 226.419, secondo cui in tema di revisione, è inammissibile la richiesta mirata a far valere una causa di estinzione del reato già risultante dagli atti del procedimento prima della formazione del giudicato di condanna e non rilevata dal giudice; *Sez. I, 27 novembre 1996, ric. Poscio, ivi, m. 206.449*, secondo cui è inammissibile la richiesta di revisione intesa a far valere una causa estintiva del reato (nella specie, prescrizione) già verificatasi anteriormente alla decisione di condanna, ove la causa stessa fosse già deducibile o rilevabile nella competente sede processuale.

v. anche *Sez. Unite, 11 maggio 1993, ric. Ligresti e altri, ivi, m. 193.421*, secondo cui deve escludersi che la disciplina della revisione prevista dal nuovo Cod. proc. pen. consenta di rilevare cause di estinzione del reato già risultanti dagli atti e "sfuggite" al controllo della Cassazione, non potendosi intendere la "novità" della prova diretta a dimostrare la causa estintiva nel senso di ricomprendere anche gli elementi probatori già acquisiti agli atti ma non valutati dal giudice prima del giudicato; l'istituto della revisione, invero, è diretto a che al giudicato sia sostituita una nuova, diversa pronuncia, all'esito di un nuovo, diverso, giudizio; ma, perché il giudizio sia "nuovo", esso deve necessariamente fondarsi su elementi di indagine diversi da quelli compresi nel processo conclusosi con il giudizio precedente, (la Corte ha altresì evidenziato che per quel che attiene ai casi ed ai limiti della revisione - ed in particolare al concetto di "novità" della prova - la disciplina del nuovo cod. proc. pen. è sostanzialmente quella già prevista dal codice abrogato).

164. Misure cautelari reali - Principi di proporzionalità ed adeguatezza - Applicabilità (Cod. proc. pen. artt. 316, 321, 295).

I principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità, dettati dall'art. 275 Cod. proc. pen. per le misure cautelari personali, sono applicabili anche alle misure cautelari reali, dovendo il giudice motivare adeguatamente sulla impossibilità di conseguire il medesimo risultato della misura cautelare reale con una meno invasiva misura interdittiva (1).

Sez. III, 7 ottobre 2010, Pres. Altieri, Rel. Franco, P.M. De Santis (concl. diff.); Ric. Isabella Valenzi.

(1) Giurisprudenza contrastante.

Nello stesso senso v. *Cass., Sez. V, 21 gennaio 2010, ric. Magnano, in CED Cass., m. 246.103*, secondo cui i principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità, dettati dall'art. 275 Cod. proc. pen. per le misure cautelari personali, sono applicabili anche alle misure cautelari reali e devono costituire oggetto di valutazione preventiva e non eludibile da parte del giudice nell'applicazione delle cautele reali, al fine di evitare un'exasperata compressione del diritto di proprietà e di libera iniziativa economica privata.

Ne consegue che, qualora detta misura trovi applicazione, il giudice deve motivare adeguatamente sulla impossibilità di conseguire il medesimo risultato della misura cautelare reale con una meno invasiva misura interdittiva.

(In applicazione di questo principio la Corte ha censurato la decisione con cui il tribunale della libertà ha rigettato l'istanza di riesame avverso il decreto di sequestro preventivo - emesso nei confron-

ti degli indagati in ordine ai reati di cui agli artt. 81, 110 e 479 Cod. pen. perché in concorso attestavano falsamente l'avvenuta revisione di vari automezzi - avente per oggetto due centri di revisione e le relative dotazioni aziendali, con la seguente motivazione: la misura è "adeguata al contesto generale della vicenda", motivazione che la Corte ha ritenuto non appagante); Sez. I, 5 aprile 1996, ric. Baldassar, *ivi*, m. 204.819, secondo cui il principio di proporzionalità e adeguatezza delle misure cautelari - operante anche con riferimento alle cautele reali - deve costituire oggetto di valutazione preventiva e non eludibile da parte del giudice che le disponga e di quello che sia investito di istanza di riesame: pertanto indipendentemente dalla (e prima della) verifica di congruità della cauzione eventualmente proposta con l'istanza di riesame del provvedimento di sequestro conservativo, il giudice del riesame ha l'obbligo di esaminare se vi siano elementi per accedere a una revoca anche parziale del sequestro, sicuramente rientrando nei suoi poteri, stante il richiamo che l'art. 324, comma 7, Cod. proc. pen., fa all'art. 309, comma 9 stesso Codice.

In senso contrario v. Sez. III, 16 gennaio 2007, ric. Rosato e altri, in questa *Rivista* 2008, III, 122 con motivazione e nota redazionale, secondo cui in tema di misure cautelari reali non sono applicabili i principi di adeguatezza e proporzionalità previsti dall'art. 275 Cod. proc. pen., atteso che per tali misure non ricorre la necessità di scegliere tra diverse misure possibili come in materia di misure cautelari personali (fattispecie nella quale la Corte era chiamata a valutare il sequestro preventivo di un impianto in relazione all'ipotizzata violazione dell'art. 674 Cod. pen. per l'emissione di fumi e polveri).

165. Misure cautelari reali - Sequestro preventivo - Apertura e coltivazione abusiva di cava - Successivo rilascio di autorizzazione regionale in variante - Periculum in mora - Cessazione - Caducazione del sequestro - Fattispecie relativa ad autorizzazione regionale in variante concernente un impianto di frantumazione (Cod. proc. pen. art. 321; D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 44).

Il sopravvenuto rilascio di un'autorizzazione regionale in variante per l'esercizio dell'attività di cava, pur non determinando il venir meno del reato edilizio commesso sino al conseguimento del titolo abilitativo regionale, comporta la caducazione delle condizioni di applicabilità del sequestro preventivo *medio tempore* disposto, attesa la cessazione del *periculum in mora*.

(Nella specie, l'autorizzazione regionale in variante riguardava un impianto mobile di frantumazione che determinava un'alterazione del suolo utilizzato come cava, insita nell'attività estrattiva) (1).

Sez. III, 6 ottobre 2010, Pres. e Rel. Squassoni, P.M. Montagna (conc. diff.); Ric. P.M. in proc. Bartolini.

(1) Non risultano precedenti negli stessi termini.

DIBATTITI

La prova nel giudizio abbreviato

SOMMARIO: *Rito abbreviato ed investigazioni difensive*: 1.1. Descrizione dell'oggetto della speculazione - 1.2. Il contraddittorio: tra diritto e metodo - 1.3. Riflessione attraverso il percorso argomentativo delle Corti - 1.4. Lo scontro "ideologico" nella dottrina - 1.5. Le ricadute dell'affermazione della Consulta nel giudizio abbreviato richiesto all'esito di decreto di giudizio immediato o di decreto penale di condanna; *Rito abbreviato e diritto alla prova della parte civile*: 2.1. Accettazione del rito e ricadute sul diritto di prova sull'*an* e sul *quantum* della pretesa risarcitoria - 2.2. Diritto della parte civile all'allegazione delle investigazioni difensive e dei documenti; *Rito abbreviato e forme d'ingresso dell'atto probatorio*: 3.1. Diritto di allegazione di prove atipiche: la consulenza tecnica. 3.2.

Rinnovazione in sede d'integrazione probatoria della dichiarazione dell'imputato di reato connesso ed esercizio del diritto al silenzio. - 3.3. La giurisprudenza di legittimità sulla rilevanza endodibattimentale del divieto di cui all'art. 111 comma IV Costituzione e del suo duplicato processuale. - 3.4. Rilevanza della questione alla luce della sentenza delle Sezioni Unite n. 44711 del 27/10/2004. - 3.5. Diritto a confrontarsi con il proprio accusatore alla luce della sentenza CEDU 18/5/2010 Ogaristi contro Italia - 3.6. Le ricadute delle pronunce CEDU d'iniquità del processo e la sentenza della Corte costituzionale 4 aprile 2011 n. 113.

Rito abbreviato ed investigazioni difensive

1.1. Descrizione dell'oggetto della speculazione.

Il tema attorno al quale, in apertura, intendo soffermarmi trae spunto dall'ormai nota sentenza della Corte Costituzionale n. 184 del 26 giugno 2009 con cui la Consulta ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 442 comma *1bis* c.p.p., richiamato dall'art. 556 comma 1 del medesimo codice, in relazione agli artt. 3 e 111 Cost. (1).

La questione riguarda la definizione dei confini del materiale conoscibile dal giudice del rito abbreviato.

Più specificamente essa riguarda l'utilizzabilità ai fini della decisione degli atti contenuti nel fascicolo delle investigazioni difensive (il tema non si esaurisce, ovviamente, nel solo richiamo alle prove dichiarative).

La soluzione della questione presenta aspetti di evidente rilevanza pratica, oltre ad essere un tema decisamente interessante per i suoi presupposti teorici.

Le situazioni che nella pratica possono verificarsi sono le seguenti:

1. deposito del fascicolo delle investigazioni difensive già nella fase terminativa delle indagini preliminari (art. 415*bis* comma III c.p.p.) e successiva richiesta di giudizio abbreviato incondizionato formulata in udienza preliminare o nella fase degli atti introduttivi al dibattimento nei casi di citazione diretta a giudizio;

2. deposito del fascicolo delle investigazioni difensive in udienza preliminare o nella fase degli atti introduttivi al dibattimento a seguito di citazione diretta e contestuale richiesta di giudizio abbreviato incondizionato;

3. medesima situazione considerata nel punto precedente e richiesta di giudizio abbreviato subordinata ad ulteriore integrazione probatoria.

Come sempre, il punto di partenza più semplice per affrontare la questione è il dato normativo di raffronto che, nel caso che ci occupa, è da individuarsi nel combinato disposto degli artt. 442 comma *1bis*, 416 comma II, 419 comma III, 327 *bis* comma II e 391*octies* c.p.p..

In realtà l'affermazione secondo cui le investigazioni difensive sarebbero "geneticamente" incluse nel materiale conoscibile dal giudice dell'abbreviato ai sensi dell'art. 442 comma *1bis* c.p.p. non sembra trovare riscontro nell'esame diretto del solo dato letterale; tuttavia essa fonda su un'interpretazione giurisprudenziale della Corte costituzionale e della Cassazione sviluppatasi già prima dell'introduzione nel codice di rito degli artt. 391*bis* e seguenti.

L'art. 442 comma *1bis* c.p.p. fa riferimento a tre gruppi di "materiali": A) gli atti contenuti nel fascicolo di cui all'art. 416 comma II c.p.p. (notizia di reato, documentazione relativa alle indagini espletate e verbali degli atti compiuti dinanzi al gip, corpo del reato e cose pertinenti al reato se allegabili); B) la documentazione di cui all'art. 419 comma III c.p.p. (cioè quella relativa alle indagini eventualmente compiute dopo la richiesta di rinvio a giudizio e che sia stata trasmessa al Gup) C) le prove assunte nell'udienza.

(1) Si segnala come pronuncia successiva sul tema: Corte Cost. n. 117 del 9-02/7-04-2011 di declaratoria d'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale degli artt. 391*octies* e 442 comma *1bis* c.p.p. «nella parte in cui non prevedono, nell'ipotesi di deposito del fascicolo delle investigazioni difensive e richiesta di giudizio abbreviato, un termine processuale per il deposito del predetto fascicolo con la facoltà del pubblico ministero di esercitare il diritto alla controprova».

La modifica dell'art. 419 comma III, introdotta proprio dalla legge sulle investigazioni difensive (art. 13 della L. 397/2000), unitamente alla soppressione dell'art. 38 delle disp. att. c.p.p., avrebbe normativizzato il principio secondo cui con l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare il giudice richiede al pubblico ministero ed alle parti private di trasmettere la documentazione relativa alle "indagini eventualmente espletate dopo la richiesta di rinvio a giudizio". Sul punto ci si permette solo di osservare che – senza voler contestare l'esito ermeneutico sicuramente conforme all'intenzione del legislatore – l'aggiornamento della disposizione così realizzato appare discutibile almeno dal punto di vista stilistico. Infatti non sfugge che l'espressione "indagini" è, nel codice di rito, collegata solo all'attività del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, mentre per le parti private la locuzione utilizzata è quella di "investigazioni".

In secondo luogo, il richiamo alla richiesta di rinvio a giudizio come momento procedurale che "marca" il *dies ad quem* dell'attività suppletiva ha un senso se collegato al soggetto da cui proviene l'atto di esercizio dell'azione penale, mentre meno si presta a qualificare le investigazioni delle parti private, in quanto queste vengono a conoscenza della richiesta di rinvio a giudizio solo con la notifica del decreto di fissazione dell'udienza preliminare (cronologicamente successivo, talora anche in maniera significativa, a causa della non perentorietà del termine di cui all'art. 418 c.p.p.).

Infine, la soluzione interpretativa ricavata dalla modifica dell'art. 419 comma III c.p.p. non è evocabile nei casi di citazione diretta a giudizio. Qui non risulta essere individuabile nel codice un momento per il deposito ulteriore rispetto a quello dell'art. 415bis c.p.p..

Sul punto mi permetto di segnalare un errore in cui è incorso la Suprema Corte in una recente pronuncia del 2009 (sez. III n. 15236) in cui s'individua nell'espressione "prove assunte in udienza" contenuta nell'art. 442 comma 1bis l'aggancio normativo che consentirebbe, per il giudizio abbreviato incondizionato, l'acquisizione del fascicolo difensivo nella fase degli atti introduttivi al dibattimento attivato su citazione diretta.

Appare evidente che "prove assunte in udienza" sono solo quelle formate in udienza (quella del giudizio abbreviato) e non quegli atti formati anteriormente e fuori dal contraddittorio e poi acquisiti all'udienza.

Le prove assunte in udienza cui fa riferimento l'art. 442 sono, in altri termini, solo quelle conseguenti all'integrazione probatoria condizionante il rito o quelle disposte dal giudice d'ufficio.

Infine, personalmente non mi convince nemmeno il ragionamento secondo cui il "principio di continuità investigativa" – affermato nelle pronunce della Corte costituzionale (*ex plurimis* si ricordi la sentenza n. 16/94) e più volte richiamato dalla stessa Consulta e dalla Cassazione anche con riguardo alle investigazioni difensive – giustificerebbe l'esistenza di una facoltà "senza termini" di produzione del fascicolo delle investigazioni difensive.

Coloro che sostengono la tesi positiva fondano il loro convincimento sostanzialmente su due disposizioni: l'art. 327-bis e l'art. 391-octies c.p.p.

Secondo quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria la prima norma legittimerebbe l'opinione dell'inesistenza di un termine di conclusione delle investigazioni difensive.

Ai sensi del comma 1 della norma in commento "fin dal momento dell'incarico professionale, ..., il difensore ha la facoltà di svolgere investigazioni".

Il capoverso poi soggiunge "la facoltà indicata al comma 1 può essere attribuita per l'esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione".

Orbene, se l'attribuzione al difensore della facoltà di svolgere investigazioni, anche finalizzate al giudizio di revisione, rende incontestabile che questi possa essere autorizzato a compierle durante tutta la durata della vicenda processuale, altrettanto indubbio è però che l'art. 327-bis c.p.p. è una disposizione che attiene al rapporto professionale tra difensore ed assistito, tant'è che la norma parla dell'attribuzione della facoltà compiuta col mandato conferito dal secondo al primo.

Essa, però, non stabilisce anche che gli esiti delle investigazioni compiute possano essere rappresentati al giudice in qualunque momento del percorso procedimentale.

Anche con specifico riferimento alla fase predibattimentale (cui si richiama espressamente l'art. 391-octies), in virtù della disciplina introdotta dalla L. n. 397/2000, i difensori di tutte le parti possono svolgere attività investigativa non solo durante le indagini preliminari ma anche prima dell'instaurazione di un procedimento penale (cfr. art. 391-novies c.p.p.); inoltre i difensori possono, al pari del pubblico ministero, svolgere, dopo la presentazione della richiesta di rinvio a giudizio, attività investigativa cd. "suppletiva" (cfr. art. 419 co. III c.p.p.) e, dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio, attività investigativa cd. "integrativa" (cfr. art. 430 c.p.p.).

Tuttavia, la facoltà riconosciuta dall'art. 391-octies c.p.p. al difensore di presentare direttamente "all'udienza preliminare" gli elementi di prova a favore del proprio assistito va contemplata con il profilo strutturale dell'udienza preliminare, caratterizzata da due fasi (costituzione delle parti e discussione).

Dal combinato disposto degli artt. 419, co. III, c.p.p. e 421, co. III, c.p.p. si desume che la documentazione relativa alle indagini espletate da tutte le parti (l'art. 12 della L. n. 397/00 ha soppresso come detto il riferimento, all'interno del co. III dell'art. 419 c.p.p., al solo pubblico ministero) dopo la richiesta di rinvio a giudizio va ammessa dal giudice "prima dell'inizio della discussione".

A contrario, dalle norme appena richiamate si evince che dopo l'inizio della discussione le parti non possono chiedere l'ammissione di atti o documenti non prodotti prima.

Pertanto, l'inizio della discussione segna il limite per l'ammissione della documentazione relativa alle indagini espletate dal pubblico ministero e dalle altre parti dopo la richiesta di rinvio a giudizio.

In questo senso si è espressa di recente anche la Consulta nella sentenza n. 117/2011 allorquando ha segnalato che "sono certamente riconoscibili talune previsioni dirette a procurare una anticipata presentazione di questo materiale documentale: il fascicolo delle indagini compiute dal pubblico ministero deve essere trasmesso unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio (art. 416, comma 2, cod. proc. pen.); la documentazione delle eventuali indagini "suppletive", prima dell'udienza, al pari dei documenti difensivi (art. 419, commi 2 e 3); quella delle eventuali indagini difensive, «in vista» di una decisione anche interlocutoria nell'udienza (art. 391-octies, comma 1). Tuttavia, fuori di questi casi, per detta presentazione è pure riconoscibile un favor nella norma che la consente «fino all'inizio della discussione» (art. 421, comma 3), come implicazione della continuità delle indagini che si è inteso assicurare prima della decisione sul rinvio a giudizio (*ex plurimis*, la sentenza n. 16 del 1994) ... **Una volta iniziata la discussione, non sono più ammesse produzioni**".

In sintesi, se con riferimento alla fase delle indagini preliminari ed a quella dell'udienza preliminare è rintracciabile un dato normativo utilizzabile per individuare l'occasione di produzione del fascicolo delle investigazioni difensive, altrettanto non può dirsi per la fase del dibattimento attivato a citazione diretta.

In questo caso (ma lo stesso si cercherà di argomentare anche con riferimento al rito abbreviato attivato all'esito di decreto di giudizio immediato o in sede di opposizione a decreto penale di condanna) il fondamento va rintracciato in termini di lettura costituzionalmente orientata (il parametro sono gli artt. 3, 24 e 111 Cost.) delle norme sul giudizio abbreviato ed, in particolar modo, dell'art. 442 nel richiamo operato agli artt. 416 e 419 c.p.p. alla luce degli approdi di sistema contenuti nella sentenza della Consulta n. 184 del 2009.

La mancanza di una base normativa espressa si spiega, d'altronde, in considerazione del fatto che non avrebbe avuto senso collegare una produzione di atti d'indagine alla fase del giudizio (tal è sia quello ordinario che quello premiale), eccezione fatta per i documenti che entrano nel materiale di cognizione attraverso i canali predeterminati per la fase.

Se, quindi, questo percorso ricostruttivo risulta condivisibile, si potrà allora alla sua stregua affrontare in maniera forse meno emotiva il tema che è sotteso alla sentenza del giudice delle

leggi ora citata e che ha visto confrontarsi in maniera veemente due Autori come Grevi ed Amodio.

1.2. Il contraddittorio: tra diritto e metodo.

Nella sentenza n. 184 del 2009 la Corte costituzionale, per argomentare la compatibilità con l'art. 111 della Costituzione della produzione delle investigazioni difensive in costanza di richiesta di abbreviato incondizionato, giunge ad una lettura del parametro costituzionale in cui le tradizionali accezioni del contraddittorio ivi richiamate (in senso oggettivo – comma 2- ed in senso soggettivo – comma 4) non risultano rivolte alla tutela di valori disgiunti ma costituiscono entrambe “un aspetto del diritto di difesa”.

Appare imprescindibile il richiamo a quelli che sono i passaggi centrali 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. Profilo in rapporto al quale viene in precipuo rilievo proprio la previsione derogatoria di cui alla prima parte del quinto comma dello stesso art. 111 e che la citata sentenza n. 440 del 2000 non mancò di ricordare, pur senza approfondirne la valenza.

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 pretende 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).

Nelle previsioni dell'art. 111 Cost. è stata delineata una protezione costituzionale specifica per l'imputato, particolarmente in tema di prove: insieme al suo diritto (storico connotato della difesa dell'accusato) di confrontarsi con le fonti di prova a carico e di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa (terzo comma), insieme altresì al divieto di provare la sua colpevolezza sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte sua o del suo difensore (quarto comma, secondo periodo), si è infine riconosciuta la sua facoltà di rinunciare unilateralmente all'assunzione delle prove in contraddittorio (quinto comma).”

Sintetizzando – e probabilmente banalizzando – il complesso

ragionamento argomentativo della Consulta si può dire che con tale pronuncia la Corte ha voluto porre l'accento sul dato che il valore attorno al quale l'intero art. 111 Cost. è costruito è quello della tutela dei diritti dell'imputato, tutela che si esprime in termini oggettivi attraverso la garanzia del contraddittorio come metodo di ricostruzione dei fatti (comma 2) e che si soggettivizza attraverso la sua specificazione (comma 4) in termini di prerogative dell'imputato con la prescrizione ineludibile del metodo (derogabile solo nelle situazioni considerate dal comma 5) e con il divieto di affermazione della responsabilità in assenza della garanzia del *right of confrontation*.

1.3. Riflessione attraverso il percorso argomentativo delle Corti.

Questa ricostruzione del sistema costituzionale, fortemente criticata da una parte rilevante della dottrina, in realtà non appare così *eversiva* (mi si perdoni l'uso dell'abusato aggettivo) se si tiene conto di **due aspetti**:

il primo attiene ai prodromi ermeneutici di questo autorevole assunto. **Il secondo** al “contesto di rito” nel quale si colloca l'affermazione.

Per il primo profilo mi rifaccio alla riflessione compiuta dal mio Maestro, Prof. Giuseppe Riccio, nel suo saggio la “Procedura penale tra storia e politica”.

In questo scritto si sintetizza il percorso coerente della Corte costituzionale, compiuto già prima dell'innovazione dell'art. 111 Cost., che trovava il suo esclusivo referente normativo nell'art. 24, comma 2 della carta costituzionale.

Su questa disposizione “*si è incentrato il dibattito quanto al contenuto ed ai limiti del diritto di difesa, ma anche in quanto strumento del metodo gnoseologico riconosciuto tra i principi naturali del processo*”

Come lì si osserva, “*sin dall'inizio, il diritto di difesa si proiettò oltre il profilo della tutela dell'imputato e s'insinuò nell'esercizio della giurisdizione, alla quale assicura legittimità, dal momento che la “parità delle armi” implica l'obbligo di offrire a ciascuna parte una ragionevole opportunità di presentare la sua causa in condizioni che non la pongano in una situazione di netto svantaggio rispetto alla controparte. ... Su questi presupposti si è sperimentata l'ideologia del processo accusatorio e l'aggancio della difesa e della parità al contraddittorio per la prova. Questa reciprocità strumentale è oggi espressa nel raccordo tra art. 24 comma 2 ed art. 111*”.

In tale ottica non v'è dubbio che il “doppio binario investigativo” introdotto dalla legge del 2000 non realizza la parità delle parti né il contraddittorio, essendo quest'ultimo estraneo al procedimento per l'azione (*sic* Riccio).

Dunque, secondo questo Autore l'opzione originaria del Costituente, che si coglieva nei connotati essenziali del sistema (onere della prova e presunzione di non colpevolezza), non è stata rinnovata dall'art. 111.

“*Il contraddittorio per la prova è il modo di esercizio del diritto delle parti alla prova; è, nell'ottica dell'imputato, la forma attraverso cui la difesa fornisce al giudice elementi conoscitivi. Non tutti gli stadi del procedimento probatorio si realizzano però in contraddittorio*”. La Corte ha mantenuto fede a questo orientamento ricostruttivo ribadendo il rapporto di strumentalità tra difesa e contraddittorio.

Dunque, la presa d'atto della Consulta è che “**parità delle parti” non vuol dire simmetria costante delle stesse nella vicenda procedimentale**, bensì garanzia di tutela del diritto all'ascolto, anche attraverso meccanismi di correzione, nei canoni della ragionevolezza delle situazioni di squilibrio.

In questo senso il contraddittorio non è valore in sé ma strumento servente dell'effettività della giurisdizione che si specifica, nel processo penale, mediante le regole di tutela della posizione dell'imputato.

Il secondo punto richiede, invece, il richiamo di un passaggio della sentenza della Consulta sulla quale gli opposti fronti dottrinali sembrano essersi poco soffermati.

Si allude a quel “contesto di rito” prima menzionato.

La Corte, infatti, nell'affermare i surriportati principi, ha ben chiara la distinzione di contesto tra “giudizio ordinario” e “giudizio abbreviato”

Infatti, questa distinzione viene usata come argomento di contraddizione alle osservazioni del giudice remittente.

Questi ha sostenuto che le disposizioni del codice che esigono il consenso delle parti per rendere utilizzabile atti per la decisione risulterebbero incostituzionali laddove si ritenesse bastevole a tal fine il solo assenso dell'imputato. Ciò in quanto aggraverebbero il dato normativo fissato nel comma V dell'art. 111 Cost.

La Corte, argomentando *a contrario*, evidenzia come quell'argomento valga a sostenere la tesi opposta in quanto si tratta di previsioni normative coerenti con la fase dibattimentale in cui si collocano, destinata al pieno sviluppo del contraddittorio attraverso l'assunzione dialettica della prova. «*Onde si giustifica che una deroga a esso possa fondarsi solo sulla rinuncia "incrociata" delle parti, a fronte di una regola generale – discendente dal principio della separazione delle fasi – di inutilizzabilità, se non per le contestazioni, degli atti di indagine, sia del pubblico ministero che del difensore.*»

Ciò non avviene nel giudizio abbreviato «*ove gli atti di investigazione difensiva acquistano valore solo come effetto della più generale rilevanza probatoria riconosciuta all'intera indagine preliminare, alla pari con quelli dell'indagine del pubblico ministero e quindi con rinuncia generalizzata al contraddittorio per la formazione della prova.*»

Quindi, in questo contesto il principio di parità delle parti, sancito dal secondo comma dell'art. 111 Cost., viene in rilievo non nel senso che sia richiesto sempre e comunque il consenso del pubblico ministero e delle altre parti, bensì in quello d'impegnare il legislatore (e soggiungo l'interprete) 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.»

Di qui la conclusione per cui l'utilizzo degli atti d'indagine difensiva per effetto del consenso del solo imputato non può ritenersi lesiva del principio di parità delle parti (che non implica identità delle posizioni processuali) e la disparità di trattamento è giustificata, nei limiti della ragionevolezza, dalla peculiare posizione del pubblico ministero (2), «*sia dalla funzione allo stesso affidata, sia da esigenze di funzionale e corretta amministrazione della giustizia; e ciò anche in una prospettiva di complessivo riequilibrio dei poteri dei contendenti, avuto riguardo alle disparità di segno opposto riscontrabili in fasi del procedimento distinte da quella in cui s'innesta la singola norma discriminatrice avuta di mira (tra le molte, sentenze n. 320 e n. 26 del 2007).*»

Rispetto a questa impostazione non è distonica l'affermazione contenuta nel precedente costituzionale della sentenza n. 32 del 2002, secondo cui dal principio enunciato nel primo periodo del comma IV dell'art. 111 Cost discende quale corollario «*il divieto di attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi (ed evidentemente anche dal difensore).*» Non può, infatti, non evidenziarsi il diverso "contesto di rito" in cui si muove quella pronuncia, cioè quello della legittimità della testimonianza indiretta degli ufficiali ed agenti di p.g.. Dunque, siamo nella fase del dibattimento (e si tratta di prove a carico) in cui il momento della formazione e quello della rappresentazione della prova coincidono e con un equilibrio dei poteri probatori delle parti innanzi al giudice differente da quello considerato in sede di giudizio abbreviato.

Infatti, la stessa **Consulta nell'ordinanza n. 57/2005** sottolinea come, anche dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 479/99, il carattere essenziale dell'abbreviato continui ad essere l'utilizzazione probatoria degli atti assunti unilateralmente nel corso delle indagini preliminari (sul punto pure **C. Cost. n. 115/2001**); tale connotazione non è messa in crisi dall'eventuale integrazione probatoria -cui deve procedersi comunque nelle

(2) «In primo luogo, dovere specifico del pubblico ministero è quello della completezza delle proprie indagini, che, dunque, dovrebbero includere anche la puntuale e rigorosa verifica e "tenuta" degli elementi "a carico" nel riscontro con quelli eventualmente "a discarico".» Così nella sentenza in commento.

forme previste dall'art. 422 commi 2, 3 e 4 c.p.p. (che limita l'esame incrociato al solo interrogatorio dell'imputato) e non in quelle del dibattimento- per cui l'imputato rinuncia comunque alla garanzia della formazione della prova in contraddittorio (così nella citata ordinanza).

Né infine elementi di contraddizione sono rintracciabili nella **sentenza n. 26/2007**, che si limita a sottolineare come l'includibile vaglio di ragionevolezza della disparità di trattamento vada condotto «sulla base del rapporto comparativo tra la *ratio* che la ispira e lo "scalino" da essa creato tra le posizioni delle parti».

La costanza della Corte costituzionale si manifesta anche nell'indicare i meccanismi di compensazione al potere di allegazione probatorio riconosciuto alla difesa, attraverso l'affermazione della rintracciabilità nel sistema processuale degli strumenti di riconduzione a ragionevolezza del disequilibrio.

Questi, infatti, consistono nel **riconoscimento di congrui rinvii** per consentire al pubblico ministero di esaminare le risultanze "a sorpresa" delle investigazioni difensive ed effettuare indagini suppletive con attitudine dimostrativa di prova contraria (così Corte Cost. ordinanza n. 245/2005 e, prima ancora, sentenza n. 203/1992) e nella sollecitazione del giudice all'esercizio dei poteri/doveri d'integrazione officiosa che questi è chiamato ad attivare a tutela dei valori costituzionali che presiedono l'esercizio della funzione giurisdizionale (sempre l'ordinanza n. 245/2005 e così anche la sentenza della Cassazione, sez. III n. 15236 dell'11/2/2009). Pur non esplicitamente ribadendo il medesimo concetto, si pongono sulla linea di queste considerazioni anche le sentenze della Consulta n. 184/2009 e 117/2011.

1.4. Lo scontro "ideologico" nella dottrina.

Alla luce di queste considerazioni una critica alla pronuncia 184 del 2009 avrebbe potuto apparire comprensibile se volta a contestare quella ricostruzione dello statuto penale costituzionale, mentre non appare condivisibile nel momento in cui si vuole affermare che costituisca un enunciato nuovo (quasi eversivo, nel senso prima detto), tendente cioè a destabilizzare l'architettura dell'art. 111 Cost. In realtà, come si è visto, i principi ermeneutici che muovono la Corte sono quelli di sempre, se letti alla luce dello sviluppo diacronico della giurisprudenza costituzionale e prestando attenzione al "contesto di rito" con cui si confrontano. Eppure, lo scontro tra illustri esponenti della dottrina è andato oltre la divisione sulla lettura dell'art. 111 Cost, spingendo entrambi ad intingere la penna nell'inchiostro dell'invettiva e, in alcuni passaggi, del diletto.

Ciò ha causato un'enfaticizzazione eccessiva della propria e della contrapposta posizione, fino al punto di condurre l'uno e l'altro (*come amanti feriti*) a qualche affermazione poco sostenuta da un sereno ragionamento. Ma appare preferibile sul punto rimandare chi ascolta alla lettura dei due articoli di Grevi ed a quello di Amodio editi da Cassazione penale del 2010.

1.5. Le ricadute dell'affermazione della Consulta nel giudizio abbreviato richiesto all'esito di decreto di giudizio immediato o di decreto penale di condanna.

Nell'illusione che la ricostruzione espressa si presti ad essere preferita rispetto a quelle contrapposte (riemerge lo spirito di *tertium datur*), vanno ora esposti i corollari logici del pronunciamento della Consulta.

In precedenza si è detto che il caso in cui la Corte costituzionale ha affermato l'utilizzabilità delle investigazioni difensive depositate contestualmente alla richiesta di abbreviato incondizionato è quello dell'istanza di giudizio avanzata nella fase degli atti preliminari all'apertura del dibattimento a citazione diretta.

Altrettanto già si è premesso che per i giudizi derivanti da citazione diretta non è possibile rintracciare un fondamento normativo che in via immediata consenta questo risultato.

È evidente che, per ammettere questa possibilità occorra accedere ad una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 556 c.p.p. che, non potendo far direttamente rinvio alla norma dell'art. 419 comma III (per incompatibilità), apra alla possibilità delle produzioni difensive allo scopo di scongiurare una disparità di trattamento di situazioni omogenee.

Diversamente opinando, infatti, si farebbe dipendere dalla tipologia di rito l'ampiezza delle possibilità di allegazione probatoria in sede di abbreviato.

Se, quindi, la "strada" alla tutela offerta dalla Consulta è di tipo interpretativo, occorre coerentemente ammettere che analoga tutela vada riconosciuta anche nei casi in cui la richiesta di rito abbreviato consegua all'emissione del decreto di giudizio immediato od a quello penale di condanna.

Per entrambi, inoltre, non è prevista nemmeno la facoltà di deposito del fascicolo delle investigazioni di cui all'art. 415bis comma III c.p.p., consentita per i procedimenti a citazione diretta.

Inoltre per "l'immediato" (uso l'espressione per sintesi) la sperequazione risulterebbe ancor più evidente con riferimento ai casi di attivazione del rito ai sensi dell'art. 453 comma 1bis c.p.p., in cui non è condizionante l'evidenza della prova bensì il solo stato custodiale dell'imputato.

Se poi si riflette sulla circostanza che, come ulteriormente chiarito di recente dalla Suprema Corte (sez. IV sent. n. 41073 del 3/11/2010), il giudizio immediato può riguardare solo i reati per i quali è prevista l'udienza preliminare, appare ancora più chiaro come dalla scelta del tipo di azione effettuata dal pubblico ministero si farebbe discendere una ingiustificata restrizione delle possibilità di difesa dell'imputato con il rito alternativo dell'abbreviato.

Analoghe considerazioni valgono, ovviamente, con riferimento all'abbreviato "da decreto penale di condanna".

Deve, quindi, coerentemente ammettersi la possibilità che, nelle more della celebrazione del rito abbreviato, la difesa dell'imputato depositare il fascicolo delle investigazioni difensive presso la cancelleria del giudice per le indagini preliminari.

Analogamente opererebbero, per converso, i meccanismi compensativi dello squilibrio prima segnalati.

Rito abbreviato e diritto alla prova della parte civile.

2.1. Accettazione del rito e ricadute sul diritto di prova sull'an e sul quantum della pretesa risarcitoria

Altro percorso che mi sembra poco tracciato concerne i poteri probatori del danneggiato dal reato che si costituisca parte civile.

Anche in questo caso, vi possono essere situazioni differenti, a seconda del rito in cui l'evenienza si verifica:

1. la costituzione può avvenire in udienza preliminare o nella fase degli atti introduttivi al dibattimento prima che sia avanzata richiesta di giudizio abbreviato. A questo punto la parte civile dovrà dichiarare, ai sensi dell'art. 441 comma IV c.p.p. se accetta il rito abbreviato;

2. la costituzione può avvenire all'udienza fissata per la celebrazione del rito abbreviato conseguente a decreto di giudizio immediato, di decreto penale di condanna o prima dell'apertura del dibattimento a citazione diretta ma successivamente al deposito della richiesta di rito alternativo. In tal caso la costituzione di p.c. equivale ad accettazione del rito.

L'unica questione di cui ho trovato traccia al riguardo è stata sollevata innanzi alla Consulta dal Tribunale di Pescara nel 2005 ed ha condotto soltanto ad una pronuncia d'inammissibilità con sentenza n. 101 del 2/4/2008.

La questione concerneva la legittimità dell'art. 438 comma V c.p.p. nella parte in cui non contempla, anche per la parte civile, la possibilità di richiedere l'ammissione di prova contraria nei casi di abbreviato condizionato.

La mancata prospettazioni delle ragioni di rilevanza della questione ha impedito di conoscere quale sarebbe stata la posizione della Corte.

2.2. Diritto della parte civile all'allegazione delle investigazioni difensive e dei documenti.

Alla luce delle riflessioni finora svolte può, però, ritenersi che la questione sarebbe stata risolvibile proprio riflettendo sulla circostanza che anche la parte civile, come il difensore dell'imputato, ha la possibilità di svolgere investigazioni difensive e – in ogni caso – può attivare i poteri officiosi del giudice ai sensi dell'art. 441 comma V c.p.p.. Va, infine, considerato che, essendo quella della parte civile, posizione adesiva a quella del pubblico ministero, il potere di allegazione probatoria contraria

di quest'ultimo finisce per tutelare adeguatamente la posizione della parte civile sotto questo profilo.

Questione che rimane, invece, "scoperta" è quella relativa alla possibilità di allegazione probatoria in relazione al profilo del *quantum debeatur*.

Infatti, l'azione risarcitoria può tendere non solo al riconoscimento dell'an della pretesa risarcitoria ma anche della sua quantificazione, ancorché nella forma parziale della provvisoria.

Il confronto probatorio che si svolge sul piano del contraddittorio per la prova della responsabilità penale male si presta a soddisfare questo profilo della domanda civile.

Mentre in sede di giudizio ordinario l'onere probatorio sul punto è nel dominio della parte interessata, la scelta di un giudizio abbreviato che sorpassi quella prevista per la parte civile potrebbe finire per pregiudicare la possibilità di contenere nel solo processo penale l'azione giudiziaria da questa promossa.

Appare, quindi, necessario che la parte civile – ove lo ritenga – si prefiguri anche l'ipotesi che la vicenda processuale si possa sviluppare nei binari di un rito alternativo e, conseguentemente, si attrezzi per tale eventualità.

Sotto tale profilo, se si verte in tema di processi con udienza preliminare sarà opportuno che anche la parte civile risponda fattivamente alla richiesta del gup di trasmissione degli atti d'investigazione compiuti dopo la richiesta di rinvio a giudizio ex art. 419 comma III c.p.p. o che provveda al deposito degli stessi nella fase di costituzione all'udienza preliminare. Non v'è dubbio, invero, che dette facoltà debbano essere riconosciute anche alla parte civile, stante la lettera della norma.

Analogha facoltà potrebbe riconoscersi per il caso di procedimenti a citazione diretta. Anche in tal caso non apparirebbe contrario al sistema ricostruito dalla Consulta che la parte civile depositi il fascicolo delle investigazioni difensive presso la cancelleria del giudice monocratico, condizionandone l'utilizzabilità alla sola evenienza della presentazione di una richiesta di giudizio abbreviato (incondizionato o condizionato).

Il fondamento costituzionale di tale estensione potrebbe, del resto, rinvenirsi nella previsione del II comma dell'art. 111 Cost., laddove almeno si voglia considerare il vincolo del contraddittorio fissato nel quarto comma rivolto alla sola formazione della prova della responsabilità penale (come detto, non coinvolgente anche il profilo del *quantum* della domanda di risarcimento).

Diverso è il caso in cui la richiesta di giudizio abbreviato prevenga la costituzione di parte civile.

In tal caso la parte civile è consapevole d'intervenire in un giudizio "a prova contratta" e la sua possibilità di esercizio in sede civile dell'azione (peraltro senza la sospensione del processo civile, esclusa dalla previsione del art. 441 comma IV c.p.p.) renderebbe compatibile con il sistema questa scelta di fuoriuscita dalla vicenda processuale penale.

Analogha risposta dovrebbe fornirsi nell'ipotesi in cui la modifica dell'imputazione ex art. 441 bis c.p.p. riapra i poteri probatori dell'imputato.

Un profilo non chiarito a livello legislativo è quello delle spese processuali, non riconosciute alla parte civile in caso di rinuncia al prosieguo della sua azione in sede penale.

Rimane, poi, sullo sfondo un ulteriore addentellato delle questioni ora poste: spetta all'imputato, nell'ipotesi in cui si ammetta la produzione probatoria della parte civile, il diritto/facoltà di richiedere l'ammissione di una prova contraria?

Rito abbreviato e forme d'ingresso dell'atto probatorio.

3.1. Diritto di allegazione di prove atipiche: la consulenza tecnica.

Altro profilo afferente al tema è quello delle prove acquisite in modo atipico rispetto alle stesse forme prescritte per il rito abbreviato

Come prima enunciato, la prova assunta nel giudizio abbreviato non segue gli standards acquisitivi previsti per il dibattimento, bensì quelli indicati dall'art. 422 commi 2, 3 e 4 c.p.p..

Spesso però capita che la difesa dell'imputato chieda di

acquisire, ex art. 438 comma V c.p.p., la consulenza tecnica redatta nell'interesse del suo assistito senza contemporaneamente chiedere l'audizione dell'esperto che l'ha redatta.

Allo stesso modo capita spesso che questa richiesta venga accolta dal giudice senza troppi approfondimenti sul rispetto delle formalità d'ingresso di quella prova

Nessuna questione particolare sembrerebbe porsi nel caso in cui non vi sia opposizione del Pubblico Ministero e della eventuale parte civile.

Diverso è il discorso, invece, laddove quell'opposizione vi sia.

La consulenza tecnica, infatti, non può essere acquisita senza che vi sia stata la preventiva audizione di chi l'ha redatta, non trattandosi di documento ed essendo chiara l'indicazione fornita dall'art. 422 comma II c.p.p. che prevede la citazione del consulente tecnico.

Pertanto, quand'anche tra gli atti del Pubblico Ministero vi sia una consulenza tecnica, mentre quest'ultima è direttamente utilizzabile per la decisione (senza preventiva audizione del consulente) in virtù del consenso dell'imputato espresso attraverso la scelta del rito, quella di segno opposto effettuata come integrazione probatoria ex art. 438 comma V c.p.p. non potrebbe essere acquisita senza l'audizione del consulente in assenza di accordo di tutte le parti. Si segnala, infatti, che in tal caso sarebbe necessario anche l'assenso della parte civile. Se quest'ultima è limitata (salvo quanto si è detto) nell'allegazione probatoria ha, invece, gli stessi poteri d'interdizione delle altre parti quanto all'ingresso in forma atipica delle prove eteroin-trodotte.

3.2. Rinnovazione in sede d'integrazione probatoria della dichiarazione dell'imputato di reato connesso ed esercizio del diritto al silenzio

È stata sottoposta più volte al vaglio della giurisprudenza di legittimità la questione concernente l'utilizzabilità delle dichiarazioni rese, durante le indagini preliminari, da soggetto indagato di reato connesso che, risentito in fase d'integrazione probatoria ex art. 438 comma V c.p.p., si avvalga della facoltà di non rispondere.

Il quesito concerneva l'operatività della regola dell'art. 526 comma *1bis* c.p.p. anche in sede di abbreviato.

Ovviamente, la questione, per porsi, richiede come presupposto che l'imputato abbia condizionato la scelta del rito all'audizione del dichiarante.

3.3. La giurisprudenza di legittimità sulla rilevanza endodibattimentale del divieto di cui all'art. 111 comma IV Cost e del suo duplicato processuale.

La Corte di Cassazione è, in più occasioni, intervenuta sull'argomento affermando che in queste ipotesi rimangono comunque utilizzabili, in virtù del rito richiesto dall'imputato, anche le dichiarazioni rese nella fase delle indagini preliminari, dal momento che l'art. 526 comma *1bis* c.p.p. si riferisce esclusivamente al giudizio dibattimentale e non anche a quello a prova contratta. Ciò non contrasterebbe con l'art. 111 Cost. in virtù della deroga contenuta nel comma V della disposizione.

Inoltre, lo stesso comma V dell'art. 438 c.p.p. fa salvi gli atti già acquisiti ed utilizzabili per la valutazione. Dunque, l'integrazione in argomento può incidere sulla valenza probatoria degli elementi acquisiti ma non sulla loro utilizzabilità.

Questa soluzione, radicata nella giurisprudenza (cfr. Cass. V, 23/9/2002 n. 40580; Cass. III 15/01/2002 n. 7432, Cass. IV 2/10/2001 n. 1694; Cass. IV 2/10/2001 n. 42494), non risolve, tuttavia, il problema del rapporto con il secondo periodo del comma IV dell'art. 111 Cost. che, nell'anticipare la previsione poi trasfusa nel comma *1bis* dell'art. 526 c.p.p., non restringe l'ambito della regola di esclusione alla fase dibattimentale.

Rispetto a questa statuizione appare assai meno rinfrancante la deroga del comma V della stessa disposizione costituzionale; deroga che sicuramente si riferisce alla previsione del primo periodo del IV comma dell'art. 111 Cost. Non può, invece, affermarsi con altrettanta certezza che essa superi anche il divi-

eto del secondo periodo.

Su questo profilo la Corte regolatrice non è intervenuta lasciando aperta la questione che, a parere mio, può prestarsi a censure di legittimità costituzionale ove non s'intenda ristretta la valenza probatoria delle dichiarazioni predibattimentali alle sole parti *pro reo*.

3.4. Rilevanza della questione alla luce della sentenza delle Sezioni Unite n. 44711 del 27/10/2004.

La valenza pratica della questione sembrerebbe, tuttavia, scemare ove la si rilegga alla luce dei principi affermati dalle Sezioni unite nella sentenza n. 44711 del 2004 in cui, tra gli altri principi, la Cassazione afferma che la prova sollecitata dall'imputato con la richiesta condizionata di accesso al rito deve essere **integrativa e non sostitutiva rispetto al materiale già raccolto ed utilizzabile**.

Da quest'assunto ne discenderebbe che la richiesta di riascolto in contraddittorio del chiamante in correità dovrebbe essere dichiarata inammissibile (con conseguente rigetto della richiesta di rito) ove volta a riprodurre l'oggetto delle dichiarazioni rese nella fase delle indagini.

Ciò indurrebbe a risolvere all'origine il problema di un confronto con la previsione dell'art. 111 comma IV secondo periodo cost.

3.5. Diritto a confrontarsi con il proprio accusatore alla luce della sentenza CEDU 18/5/2010 Ogaristi contro Italia.

Anche quest'approdo –per quanto rinfrancante– non può darsi dirimente e definitivo.

Infatti, occorre tener conto dell'architettura del nostro sistema delle fonti che –a seguito della modifica dell'art. 117 Cost– prevede ora la Convenzione europea dei diritti dell'uomo come disciplina interposta (sul punto si ricordano le sentenze della Consulta n. 348 e 349 del 2007) che integra, appunto, il comma primo della citata disposizione.

L'art. 46 paragrafo 1 della Cedu fissa, poi, l'obbligo delle Parti contraenti di conformarsi alle sentenze della Corte di Strasburgo.

Orbene anche le soluzioni giurisprudenziali ora richiamate devono essere sottoposte alla "prova di resistenza" dell'art. 6 della Convenzione ed è notorio che spesso l'Italia si trovi ad essere condannata per "processo iniquo" dalla Corte EDU.

Un recente caso che potrebbe mettere in crisi la validità del ragionamento giurisprudenziale ora riportato è quello che ha visto esprimersi la corte di Strasburgo nei confronti dell'Italia (sentenza 18 maggio 2010) a seguito del ricorso proposto da Alberto Ogaristi avverso la sentenza della Corte d'Assise di Appello di Napoli del 3/11/2005, divenuta irrevocabile in data 20/6/2006 a seguito del rigetto, da parte della cassazione, del ricorso dell'imputato.

In sintesi la vicenda:

La sera del 18 febbraio 2002, a Villa Literno (Caserta) un cittadino italiano ed uno albanese, furono vittime di un attentato armato da parte di tre persone a bordo di una vettura. Al termine dell'agguato, l'italiano veniva ucciso mentre il cittadino albanese rimaneva gravemente ferito.

Il 19 febbraio 2002, durante il suo ricovero in ospedale, il ferito dichiarava di riconoscere su due foto il ricorrente ed un'altra persona, rispettivamente come colui che aveva sparato e come il conducente della vettura utilizzata nell'imboscata.

Durante alcune conversazioni svoltesi all'interno della sua stanza d'ospedale ed intercettate dalla polizia, la vittima manifestava più volte l'intenzione di tornare in Albania il più presto possibile. Nelle conversazioni egli affermava altresì di essere riuscito a riconoscere gli autori dell'attentato, in particolare chi aveva sparato, e di temere ritorsioni a causa della sua testimonianza.

In data 8 marzo 2002, effettuava il riconoscimento *de visu* del ricorrente.

In data imprecisata, il teste oculare beneficiava di un programma di protezione testimoni, in quanto le autorità ritenevano che l'imboscata, di cui il medesimo era stato vittima, fosse legata alle lotte intestine tra clan di Villa Literno.

Il 23 settembre 2002, tenuto conto del rischio che l'ac-

cusatore lasciasse il territorio, **il ricorrente** chiedeva l'incidente probatorio al fine di procedere all'audizione del cittadino albanese ed al riconoscimento personale. Detta richiesta veniva rigettata.

In data 5 ottobre 2002, il teste d'accusa che nel frattempo si era recato in Albania per un periodo di vacanze, comunicava per telefono al responsabile del programma di protezione che egli non sarebbe rientrato in Italia, senza fornire ulteriori dettagli al riguardo.

In primo grado la Corte di Assise di S. Maria Capua Vetere, non essendo possibile ottenere la presenza del cittadino albanese, decideva inizialmente di acquisire ai sensi dell'art. 512 c.p.p. le dichiarazioni rese dallo stesso nella fase delle indagini. Successivamente in applicazione degli artt. 111 della Costituzione e 526 c.p.p. dichiarava dette dichiarazioni inutilizzabili e mandava assolti entrambi gli imputati.

La Corte di assise d'appello, accogliendo il gravame proposto dalla procura, condannava all'ergastolo il ricorrente, sostenendo che non fosse stata provata la volontà dell'accusante di sottrarsi all'esame richiesto dall'imputato. Inoltre concludeva per l'attendibilità delle dichiarazioni d'accusa (ed in particolare del riconoscimento) confermate dal verbale d'ispezione dei luoghi redatto dai carabinieri.

Il 5 febbraio 2008, un collaboratore di giustizia rendeva dichiarazioni spontanee sull'omicidio. Egli affermava di aver partecipato all'agguato insieme al coimputato assolto e ad altre tre persone. In particolare, indicava in un terzo diverso dall'Ogaristi colui che aveva sparato, uccidendo e ferendo, le due persone. Forniva ulteriori dettagli sulla dinamica dei fatti a sostegno della sua versione. Le circostanze riferite venivano successivamente confermate, sebbene in modo indiretto, da altri due collaboratori di giustizia.

Sulla base di tali dichiarazioni, in data 19 maggio 2008, il procuratore generale presso la corte d'appello di Napoli chiedeva alla corte d'appello di Roma la revisione del processo a carico del ricorrente.

Con ordinanza del 29 maggio 2008, la corte d'appello di Roma dichiarava inammissibile la richiesta, in quanto le circostanze citate non rientravano nei casi previsti dalla legge ai fini della revisione del processo penale.

Il ricorrente proponeva ricorso per cassazione.

Frattanto, il 22 gennaio 2009, il giudice per le indagini preliminari presso il tribunale di Napoli disponeva la custodia cautelare a carico dei tre soggetti accusati dal collaboratore di giustizia.

Con sentenza del 4 febbraio 2009, depositata in cancelleria il 27 febbraio 2009, la Corte di cassazione annullava la decisione in questione e rinviava il procedimento alla corte d'appello di Perugia. Essa riteneva che la richiesta fosse basata su un'ipotesi di revisione prevista dalla legge e che la corte d'appello di Roma avrebbe dovuto di conseguenza valutare se le nuove dichiarazioni fossero tali da condurre all'assoluzione del ricorrente.

Con ordinanza del 26 maggio 2009, la corte d'appello di Perugia riteneva che le dichiarazioni in questione potessero in linea di principio condurre alla revisione della sentenza di condanna emessa a carico del ricorrente. Tuttavia, essa osservava che l'assoluzione di quest'ultimo dipendeva dal definitivo accertamento della responsabilità penale del soggetto individuato come esecutore materiale dell'attentato, mentre non era ancora stata pronunciata a carico del medesimo nessuna condanna definitiva. Pertanto, la corte d'appello dichiarava inammissibile allo stato la richiesta di revisione.

Con due ordinanze del 9 ottobre e 10 dicembre 2009, il giudice per le indagini preliminari del tribunale di Napoli ordinava il rinvio a giudizio, separatamente, del collaboratore di giustizia e dei correi da lui indicati dinanzi alla corte d'assise di Santa Maria Capua Vetere per l'omicidio ed il tentativo di omicidio. Al momento della proposizione del ricorso innanzi alla Cedu i giudizi erano ancora pendenti.

Così sintetizzata la complessa vicenda processuale, va rilevato che la Cedu – richiamando il precedente della causa Craxi contro Italia – ha affermato che la possibilità prevista dall'art. 512 c.p.p. non può privare l'imputato del diritto (riconosciuto

dall'art. 6 § 3D) di esaminare o far esaminare in contraddittorio ogni elemento di prova sostanziale a carico.

Come precisa la Corte di Strasburgo «*nella presente causa, non è stato possibile procedere ad un confronto diretto tra il ricorrente ed il suo accusatore né durante il processo pubblico, né durante le indagini preliminari. In particolare, nel corso di queste ultime, le autorità giudiziarie interne hanno rigettato la domanda del ricorrente, volta ad ottenere la fissazione di una udienza ad hoc dinanzi al giudice per le indagini preliminari, in presenza degli avvocati della difesa (incidente probatorio), al fine di interrogare la fonte d'accusa e di procedere ad una ricognizione personale. In seguito, il teste rientrava in Albania e si rendeva irripetibile.*

D'altronde, poiché la Convenzione impone di concedere all'imputato occasione adeguata e sufficiente di contestare una testimonianza a carico e di interrogarne l'autore, la Corte non può formulare a priori ipotesi sull'esito dell'eventuale confronto».

La Corte Edu ha tenuto conto del fatto che le autorità giudiziarie nazionali, oltre che sulle dichiarazioni in questione, hanno basato la condanna del ricorrente su altri elementi che tuttavia sono stati idonei solo a corroborare le dichiarazioni della fonte d'accusa, decisive per la condanna.

Inoltre, la stessa corte d'assise di Santa Maria Capua Vetere, in occasione della sentenza di assoluzione di primo grado, ha osservato che, oltre alle dichiarazioni del cittadino albanese, il fascicolo non conteneva nessun altro elemento atto a dimostrare la responsabilità penale degli imputati.

In queste condizioni, la Corte Edu ha ritenuto che i giudici nazionali abbiano basato la condanna del ricorrente esclusivamente o almeno in misura determinante sulle dichiarazioni rese dall'accusante prima del processo (si vedano, *mutatis mutandis*, *Jerinò c. Italia* (dec.), no 27549/02, 7 giugno 2005; *Bracci c. Italia*, cit., §§ 57 e 58; *Majadallah c. Italia*, cit.; *a contrario*, *Carta c. Italia*, no 4548/02, 20 aprile 2006, § 52).

Alla stregua di queste considerazioni, la Corte è giunta alla conclusione che il ricorrente non abbia beneficiato di un equo processo in violazione dell'articolo 6 §§ 1 e 3 d) della Convenzione.

Non sfugge l'influenza che sicuramente la peculiarità del caso può aver esercitato sulla sensibilità dei giudici della corte sovranazionale (tanto che nella motivazione della sentenza si richiama a mò di censura il rigetto della richiesta di incidente probatorio), tuttavia, il punto nodale è l'affermazione dell'ineludibilità della garanzia di un confronto diretto con la propria fonte d'accusa.

Se, quindi, questo confronto venga assunto come condizione per la richiesta di giudizio abbreviato il principio enunciato dalla sezioni unite nella riportata sentenza del 2004 può dirsi ancora invocabile? Oppure deve ritenersi che il principio generale affermato dalla corte di Strasburgo è destinato a prevalere nonostante la natura del rito e il consenso dell'imputato all'utilizzazione degli atti d'indagine?

Terzo quesito: se così fosse, la richiesta di rinnovazione dell'esame della fonte d'accusa in contraddittorio potrà essere ancora rigettata in quanto sostitutiva e non innovativa?

Offro le questioni al dibattito che spero seguirà ai nostri interventi.

3.6. Le ricadute delle pronunce CEDU d'iniquità del processo e la sentenza della Corte costituzionale 4 aprile 2011 n. 113.

In chiusura di questo mio intervento, mi preme solo sottolineare come le pronunce di "processo iniquo" formulate dalla CEDU sono destinate a produrre effetti non più solo di riparazione in termini economici nel nostro ordinamento.

Infatti, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 4-7/4/2011 - che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non contempla come caso di revisione la necessità di dare esecuzione ad una sentenza definitiva della CEDU di condanna per processo iniquo - è ora possibile **la riapertura del processo**, intesa anche come rinnovazione o, addirittura, sua ripetizione integrale, quando ciò sia necessario a dare attuazione a quelle decisioni. L'obiettivo dichiarato dello strumento della revisione sarà quel-

lo di porre l'interessato nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della violazione accertata.

NICOLA RUSSO

Sulla necessità di riformare la disciplina delle intercettazioni prendendo le mosse dalle esitazioni applicative già note.

SOMMARIO: 1. Le ragioni. - 2. Le intercettazioni come fenomeno fattuale con rilevanza giuridica, processuale e probatoria. - 3. Presupposti teorico-pratici (e *procedural bugs*) della disciplina vigente: la pluririlevanza del fenomeno autorizzativo e l'efficacia motivazionale. - 4. Dubbi frequenti e presupposti teorico-normativi: produzione della "documentazione", fase cautelare, impianti utilizzabili ed altre questioni. - 5. La disciplina dell'utilizzazione "ultrattiva" delle captazioni tra esigenze investigative e diritto di difesa. - 6. Cenni sui divieti di utilizzazione e sulle intercettazioni incostrutturali. - 7. Una ragionevole prospettiva di riforma.

1. Le ragioni.

Le ragioni dello scritto nascono dall'esigenza di indicare quali siano i reali quesiti irrisolti in materia di intercettazioni telefoniche, dal momento che – così ci è sembrato – il progetto di riforma pendente (1) ha trascurato di toccare taluni punti che, viceversa, la prassi applicativa indica da tempo come nodi da sciogliere, giacché toccano i gangli vitali della materia.

Una particolare attenzione – a nostro avviso – meritano, prima ancora che i problemi correlati alla tutela della *privacy* ed al bilanciamento di essa con il diritto di cronaca, i diritti del soggetto nei confronti del quale le captazioni saranno utilizzate; e ciò perché il diritto di difesa in materia di intercettazioni interviene in un momento successivo all'esecuzione di esse, perciò è ancor più necessario che vi sia un ossequioso e concreto rispetto delle regole poste in materia e, soprattutto, che si evitino interpretazioni abroganti o, comunque, mosse da esigenze di economia processuale. Quest'ultima, invero, non potrà mai essere privilegiata rispetto ad un consapevole spiegarsi dei diritti della difesa.

Lungi da qualsiasi pretesa di completezza (o di scientificità) ci piace, perciò, indicare quali siano i punti della disciplina delle intercettazioni che – secondo noi – una attenta riforma dovrebbe toccare; ed all'indicazione del punto seguirà una nostra piccola soluzione (quantomeno di metodo), nonché la verifica del se la riforma pendente abbia lambito, o meno, il problema.

È chiaro che, nella consapevolezza delle tante autorevoli voci che si sono spese in argomento e per non far torto ad alcuno, ci limiteremo ad indicare solo pochissimi riferimenti normativi o giurisprudenziali che riteniamo fondamentali per lo svolgimento del nostro ragionamento, teso all'indicazione di spunti coltivabili in prospettiva di riforma dell'istituto; evitando così di ribadire (per quanto possibile) altrui concetti ed altrui idee originali (meglio specificati da altri e più autorevoli studiosi del processo penale) ed evitando, perciò, citazioni dottrinarie.

2. Le intercettazioni come fenomeno fattuale con rilevanza giuridica, processuale e probatoria.

Nell'osservare il fenomeno delle intercettazioni telefoniche la prima emergenza – che colpirebbe anche il più distratto degli

(1) Ci riferiamo al testo del disegno di legge S. 1611, approvato con modificazioni dal Senato della Repubblica il 10 giugno 2010, durante la XVI Legislatura, intitolato «Norme in materia di intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali. Modifica della disciplina in materia di astensione del giudice e degli atti di indagine. Integrazione della disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche», reperibile in www.senato.it.

studiosi – è la *doppia riserva*, di legge e di giurisdizione, che domina le dinamiche della disciplina. Essa duplice copertura è il riflesso della esigenza di fornire regole certe e chiare affinché tutti possano aver presente la dimensione della violazione/violabilità della segretezza, propria ed altrui, da parte della pubblica autorità (2).

Ovviamente, a monte della citata esigenza v'è la condivisa tutela della c.d. vita privata (ivi comprese anche le comunicazioni e la corrispondenza) dalle ingerenze esterne, necessità che nasce dal sentimento comune della riservatezza ed è sancita da fonti di altissimo rango (3).

Varie volte è stata ripetuta, in particolare dalla Consulta, l'esigenza di contemperare la necessità di prevenzione e di repressione dei reati con il bisogno di tutelare la vita privata da "intrusioni" (4), e detta "tutela" ci sembra strettamente collegata alla "nozione" di intercettazione, poiché la dimensione del fenomeno ne indica inevitabilmente i "contenuti", o forse ne è da questi indicata.

Appare, probabilmente, un buon punto di partenza il considerare l'intercettazione come una captazione occulta e contestuale, con strumenti tecnici idonei, di una conversazione tra persone che vogliano escludere altri dall'ascolto (5). Su tali basi sarebbero, perciò, escluse sia le intercettazioni "ad orecchio nudo", sia l'ascolto di conversazioni in luogo pubblico, sia le irradiazioni circolari; ed esclusa anche sarebbe la c.d. registrazione tra presenti, poiché costituente una forma di documentazione fonica di un fatto/dialogo allorché uno dei due interlocutori sia consapevole/registrante e l'altro, pur se inconsapevole della registrazione, stia liberamente comunicando (e, perciò, rinunciando alla segretezza della propria conversazione a beneficio del registrante).

Chiaramente dal fenomeno appena descritto esula il caso in cui il registrante consenta il contestuale ascolto da parte della polizia giudiziaria, in tale ipotesi, infatti, la disciplina applicabile deve senza dubbio essere quella dettata per le intercettazioni telefoniche. Il tema appare strettamente collegato a quello del c.d. agente segreto attrezzato per il suono (che può essere anche un privato cittadino che operi in accordo con la p.g.); pure in tale ipotesi se fosse consentito il contestuale ascolto degli investigatori sarebbe da applicare la disciplina ordinaria delle intercettazioni telefoniche. E tuttavia, sul tema in questione non appare raggiunta una univocità di vedute; basti, da un lato, pensare agli interventi della Corte europea che hanno indicato la violazione degli articoli 6 ed 8 della Convenzione (6), e simmetricamente, dall'altro lato, alla posizione delle Sezioni Unite che, forse, hanno cercato di ridimensionare (nel senso di dargli una "dimensione operativa") il problema dell'inutilizzabilità delle captazioni raccolte in tal modo (7).

Incertezze vi sono, altresì, in tema di intercettazioni ambientali (anche definite come intercettazioni di conversazioni tra persone presenti), le quali – com'è noto – hanno disciplina identica alle intercettazioni telefoniche con in più il limite della possibilità di violare il *domicilio fonico*, ovvero di effettuare una *violazione fonica* del domicilio captando i dialoghi che ivi avvengono, e soltanto nella misura in cui in quel luogo si stia svolgendo una attività criminosa.

(2) In argomento, ancor di recente, Corte e.d.u., 10 febbraio 2009, Iordachi c. Moldavia, in Cass. pen., 2009, 4021, ma si veda anche Corte e.d.u., 10 aprile 2007, Panarisi c. Italia, in Dir. pen. proc., 2007, 831; ancor più chiara sulla finalità della disciplina interna, tra le altre, Corte e.d.u., 26 marzo 1987, Leander c. Svezia, in www.echr.coe.int.

(3) Si pensi all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed agli articoli 14 e 15 della Costituzione.

(4) Sul punto sovente citate sono Corte cost., 4 maggio 1972, n. 77, in Giur. cost., 1972, 1069, e Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, in Giur. cost., 1973, 326.

(5) Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, Torcasio, in Cass. pen., 2004, 2094.

(6) Ad esempio, Corte e.d.u., 23 novembre 1993, A. c. Francia, in www.echr.coe.int.

(7) Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, Torcasio, cit., per le quali v'è utilizzabilità salvo si tratti di dichiarazioni indizianti in violazione dell'art. 63 c.p.p., o di informazioni confidenziali inutilizzabili ex art. 203 c.p.p., oppure di dichiarazioni sulle quali non può aversi testimonianza ex art. 62 c.p.p. e art. 195 comma 4 c.p.p.

Di qui le problematiche nascenti su cosa significhi e su come si debba accertare il contestuale svolgimento di reati, requisito idoneo a sancire il contemperamento tra le norme di cui agli articoli 14, 15 e 112 Cost., e su quali possano essere considerati i luoghi di c.d. privata dimora, tutelati da una più accorta disciplina del fenomeno captativo. Su tale ultimo tema, ad esempio, la giurisprudenza sembra orientata ad escludere l'autovettura dalla garanzia normativa, poiché si sostiene che ivi (= al suo interno) non si "vive" (8) e – si potrebbe aggiungere – che essa sovente si trova in luogo pubblico e, perciò, resta esposta al pubblico; ma dette eccezioni sarebbero facilmente aggirabili nei casi in cui il soggetto intercettato, per scelta strategica o per mera indigenza, "viva" all'interno dell'autovettura o la tenga ricoverata in un garage od in altra struttura domiciliare. Si pensi, inoltre, ai casi in cui ci si trovi a dover intercettare una conversazione tra presenti che avvenga in un camper ovvero in una roulotte; non crediamo si possa sostenere che quelli siano luoghi esclusi dalla tutela del domicilio, così come ci appare strano l'orientamento giurisprudenziale che esclude trattarsi di luogo di privata dimora l'ambiente carcerario dal momento che, si sostiene, il detenuto non avrebbe uno *ius excludendi alios* (9). Francamente ci pare dubbio che con la reclusione si venga privati oltre che della libertà personale anche della segretezza/riservatezza delle proprie comunicazioni, insomma non ci convince l'idea che la detenzione sia una cessione totale di diritti costituzionalmente garantiti ai soli uomini liberi (qual è, ad esempio, la tutela del luogo in cui si vive o la possibilità di tenere segreto un proprio dialogo alla pubblica autorità).

Nei sopra citati esempi, a nostro avviso, la *disciplina* non può che essere quella *normativa*, e cioè, della preventiva verifica del se ivi si stia commettendo un reato (*rectius*: si stia svolgendo una attività criminosa).

Necessario sarebbe, quindi, un intervento normativo maggiormente chiarificatore, che ponesse un freno alla interpretazione limitante la portata del concetto di "dimora", onde riprendere, così, l'applicazione di una disciplina delle captazioni costituzionalmente orientata.

Ancora irrisolto ci sembra, poi, il tema della conversazione telefonica che avvenga, in tutto od in parte, su suolo estero.

La dimensione del fenomeno è ampia poiché comprende tutte le possibili ipotesi ed i casi di incroci per i quali una conversazione "tocchi", a cagione della natura del telefono o del rimbalzamento del segnale, uno Stato che non sia l'Italia. In tali casi ci sembra irrinunciabile l'applicazione della disciplina delle c.d. rogatorie internazionali.

Epperò, il meccanismo dei ripetitori, il *roaming*, la triangolazione, l'instradamento dei segnali e dei flussi hanno consentito alla vigente giurisprudenza di valorizzare, di volta in volta, un qualsiasi elemento di collegamento della telefonata col territorio italiano per ritenere vigente/operativa la sola disciplina ordinaria italiana (10); senza, perciò, attivare le procedure formali di collaborazione con la magistratura e la polizia estera e, quindi, disapplicando la disciplina prevista dal codice di rito per le rogatorie internazionali.

In verità, non ci convince molto questa interpretazione abrogante *in parte qua*, salvo voler teorizzare che la disciplina delle rogatorie sia una forma di collaborazione da attivare solo e nella misura in cui se ne senta il bisogno per esigenze investigative; e, per tale via, nessun rilievo spiegherebbe detta normativa nei confronti dei diritti difensivi. Dal che dovrebbe derivare, quale corollario, che la mancata applicazione di essa non determina violazione alcuna nei confronti dei soggetti verso i quali la captazione internazionale sarà utilizzata.

Quindi, riteniamo che un chiarimento normativo potrebbe rendere (o meno) accettabile l'abrogazione tacita del meccanismo delle rogatorie internazionali in materia di intercettazioni telefoniche.

(8) Si veda, tra le tante, Cass., sez. VI, 15 gennaio 2009, Pagano, in Guida dir., 2009, 15, 88.

(9) Così, ad esempio, Cass., sez. I, 6 maggio 2008, Sapone, in Cass. pen., 2009, 2533.

(10) Sulla sufficienza dell'instradamento per escludere la disciplina della rogatoria internazionale cfr., tra le altre, Cass., sez. IV, 28 marzo 2008, Volante, in Giur. it., 2008, 2301.

Problematiche ancora aperte restano, inoltre, da dissipare in tema di videoriprese, dal momento che la difficile disciplina del fenomeno giuridico deriva dalla difficoltà di distinguere lo stesso sotto un profilo fattuale.

Talune videoriprese consistono indubbiamente in una prova documentale, e tali sono quelle che siano state realizzate, e siano perciò storicamente nate, prima del procedimento penale; ma affinché si possa a queste applicare la disciplina di cui all'art. 234 c.p.p. è necessario che la genesi sia extraprocedimentale, ovverosia che le stesse non siano state realizzate in funzione di un instaurando procedimento penale. Un esempio di videoripresa/documento è quella della telecamera di sicurezza di una banca, la quale riprende i luoghi sempre ed a prescindere da eventuali reati ivi commessi, e la cui registrazione certamente sarà utilizzabile come documento, ad esempio, nel processo penale a carico dei rapinatori per fatti verificatisi in quei luoghi e ricadenti nell'occhio elettronico.

Invece, le videoriprese effettuate dalla polizia giudiziaria e finalizzate al procedimento/processo sarebbero ad avviso della giurisprudenza da considerarsi alla stregua di una prova atipica, e quindi ricadenti nella disciplina di cui all'art. 189 c.p.p. (11); ma sul punto nutriamo dubbi derivanti dal necessitare la disciplina indicata dell'audizione delle parti sulle modalità di assunzione della prova. Audizione che nel caso di specie non sarebbe possibile proprio perché la prova è stata preformata dagli investigatori.

Pertanto, ci sembra che debba essere estesa la disciplina autorizzativa delle intercettazioni telefoniche anche alle captazioni video preventivamente e strumentalmente realizzate in fase di indagini preliminari, dal momento che – così ci pare – le videoriprese possono violare la riservatezza del privato cittadino ai pari dell'audizione delle sue parole.

Certamente da sottoporre alla ordinaria disciplina delle intercettazioni telefoniche sono, poi, le riprese video di comportamenti comunicativi; fenomeno non raro che si verifica allorché dalla visione del video sia possibile comprendere i dialoghi dei soggetti ripresi. In tali ipotesi siamo in presenza – chiaramente – di una captazione del dialogo legislativamente tutelata con forme e modi di acquisizione che dovranno trovare, perciò, concreta applicazione.

Questo si comprende ancor di più quando tali riprese siano effettuate direttamente in fase di indagine ed in vista del procedimento instaurato od instaurando, dal momento che in tali ipotesi – anche e soprattutto a tutela della utilizzabilità del materiale probatorio – ci pare necessario il rispetto della normativa ordinaria, ivi compresi i suoi limiti; si pensi, ad esempio, ai casi di riprese video in luoghi di privata dimora. Tali violazioni di domicilio commesse a mezzo di videoripresa dovranno essere possibili solo se espressamente autorizzate ed in quanto in quei luoghi si stia commettendo un reato; diversamente realizzate ci troveremo in presenza, addirittura, di un comportamento costituente reato (pensiamo alla fattispecie astratta prevista dall'art. 615 *bis* c.p.).

Quesiti irrisolti ci sembrano, altresì, derivare dalla disciplina acquisitiva, e dalla valenza probatoria, dei c.d. tabulati telefonici e/o telematici; ci riferiamo cioè a tutti quei dati "esteriori" al contenuto della comunicazione (ad esempio: numeri di telefono, riferimenti delle utenze, orari delle chiamate e delle comunicazioni, durata delle stesse, etc.). I dubbi si alimentano sulla base delle indicazioni fornite dalla Corte europea (12), che ha più volte richiamato l'esigenza, in termini di irrinunciabilità, di una maggiore tutela di tali dati, poiché essi sono strettamente collegati alla *privacy* del cittadino e, pertanto, occorrerebbe probabilmente una disciplina processuale specifica.

Sul punto è dato registrare l'intervento della Consulta (13), la quale, pur rinvenendo in materia l'operatività/efficacia dell'art. 15 Cost., ritenne, però, fosse impossibile una sen-

(11) Si veda sul punto Cass., Sez. Un., 28 luglio 2006, Prisco, in Cass. pen., 2006, 4344, che sembra solo rimandare il problema al momento della ammissione della prova.

(12) La più nota è Corte e.d.u., 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito, in www.echr.coe.int.

(13) Corte cost., 17 luglio 1998, n. 281, in Giust. pen., 1998, I, 353.

tenza additiva che estendesse la disciplina delle intercettazioni all'attuale (o forse apparente) "vuoto" di tutela.

Ma l'odierna struttura procedimentale, derivante dall'inapplicabilità delle norme di cui agli artt. 266-271 c.p.p., appare simile alla disciplina del dovere di esibizione (di cui all'art. 256 c.p.p.) e, forse, si potrebbe pensare che l'attuale sia una procedura incostituzionale; dal momento che la normativa che oggi disciplina il fenomeno – e cioè l'art. 132 del Codice della *privacy* (14) – consente l'acquisizione dei dati relativi alle comunicazioni con un mero decreto del pubblico ministero e, quindi, con una procedura meno garantita/controlata di quella prevista per le intercettazioni telefoniche.

Insomma, in noi permane il dubbio sul se essa dinamica acquisitiva sia bilanciata dalla minore intrusività dell'accertamento nella sfera dei diritti garantiti (ad esempio, la riservatezza delle comunicazioni), e se tale procedura sia legittima dal momento che, a nostro avviso, quegli accertamenti potranno essere inseriti nel fascicolo del dibattimento quale prova documentale ovvero (forse) anche attraverso la deposizione della polizia giudiziaria in punto di contenuti dell'atto acquisito presso la società di gestione del servizio telefonico e/o telematico.

Le incertezze appena manifestate sono alimentate da un argomento affine, e spesso collegato, a quello in questione: i temi, cioè, della "localizzazione" e del "tracciamento". Il primo è (prevalentemente) il mezzo investigativo attraverso cui si individua la posizione geografica di una utenza, mentre il secondo è quello mediante il quale si disegnano gli spostamenti, in termini di itinerario, di una utenza ovvero di un soggetto od un veicolo.

Tali strumenti di indagine potrebbero essere considerati una sorta di *pedinamento elettronico* (quindi eseguito ai sensi degli articoli 55, 347 e 370 c.p.p.) e, perciò, potrebbero avere dignità di mezzo di ricerca della prova atipico. Stabilito ciò, occorre dare conto del fatto che, però, successivamente la localizzazione ed il tracciamento potranno diventare una prova atipica in dibattimento; e di qui si apre un vero e proprio vuoto normativo circa le forme in cui ciò possa avvenire.

Ad esempio, è lecito chiedersi se sia sufficiente far ricorso alle annotazioni di servizio ed alle relative deposizioni testimoniali che sintetizzano l'attività svolta o, invece, se sia opportuno acquisire il documento contenente i tracciati originali onde poter controllare l'eventuale errore tecnico od interpretativo di essi; metodologia quest'ultima che ci pare più idonea all'esercizio pieno e consapevole dei diritti difensivi. Così come non ci sembra ancora chiaro se, sempre ad esempio, il decreto con il quale il pubblico ministero disponga l'installazione del c.d. *gps* necessiti di una convalida da parte del giudice; influendo, invero, detta installazione in maniera penetrante in diritti costituzionalmente tutelati.

Ed infine, un ulteriore dubbio ci resta sulla trasformazione del pedinamento elettronico da *atto investigativo a prova atipica* in dibattimento, e la perplessità è alimentata dalla circostanza che l'art. 189 c.p.p. presuppone l'ammissione e, soprattutto, l'assunzione della prova "sentite le parti" sulle modalità; evenienza non realizzabile nel concreto, laddove la prova sarebbe preformata in luogo extradibattimentale.

Il ragionamento sinora condotto sembra trovare una conferma indiretta se si pensa alla disciplina riguardante l'intercettazione delle comunicazioni scritte, ed in particolare quelle che avvengono attraverso *sms* od *email*; casi, questi, in cui il combinato disposto degli articoli 15 Cost. e 266 *bis* c.p.p. conduce a ritenere irrinunciabile la doppia riserva (di legge e di giurisdizione) al fine di acquisire probatoriamente il dato comunicativo.

Seguendo tale discorso, e quindi ritenendo di dover applicare la disciplina delle intercettazioni ad ogni flusso di *bit*, ci sembra si possa giungere – pur nella consapevolezza della forzatura esegetica – all'applicazione della disciplina autorizzatoria delle intercettazioni telefoniche anche al c.d. *pedinamento elettronico* di cui sopra.

È ovvio che l'interpretazione estensiva delle norme sulle intercettazioni nasce da una ritenuta esigenza di rafforzamento *pro bono* delle garanzie, e perciò sarebbe auspicabile un chiarimento

(14) Decreto legislativo del 30 giugno 2003, n. 196, in Gazz. Uff. n. 174 del 29 luglio 2003, S.O. n. 123.

normativo in materia ovvero una pronuncia additiva da parte della Corte costituzionale sul punto.

3. Presupposti teorico-pratici (e procedural bugs) della disciplina vigente: la pluririlevanza del fenomeno autorizzativo e l'efficacia motivazionale.

V'è una certa concordia, ed una probabile astratta concordanza con gli insegnamenti della Corte europea (15), nel ritenere che i "gravi indizi" vadano riferiti ad una reale fattispecie storica rientrando in uno dei reati per i quali è consentito intercettare; ed altresì, concordia v'è nel ritenere che la gravità indiziaria vada riferita ad una notizia di reato preesistente all'atto captativo, e sulla base della quale questo è fondato anche in termini motivazionali (16).

Ovviamente tra le problematicità da risolvere sul punto rimane la questione del se sia (o meno) possibile che la notizia di reato risulti il frutto di intercettazioni preventive e/o inutilizzabili; insomma, non siamo certi del fatto che intercettazioni (tutto sommato) inesistenti processualmente possano dar luogo – in quanto presupposti formali in termini di gravità indiziaria – ad un mezzo di ricerca della prova valido e che, altrettanto validamente, potrà divenire prova nel giudizio di merito.

La situazione ci appare, invero, molto simile a quella della c.d. fonte anonima, la quale non sembra un possibile e valido tassello sul quale ancorare il mezzo di ricerca della prova proprio a cagione della sua "inesistenza processuale". Analoghe conclusioni merita, perciò, la questione riguardante le intercettazioni preventive e/o inutilizzabili, e ciò non può che condurre alla presa d'atto della inidoneità di esse quale parametro cui riferire la gravità indiziaria.

Ancor più netto deve essere, poi, il chiarimento circa il riferimento/oggetto della gravità indiziaria: un illecito penale.

Superati devono, perciò, essere i dubbi circa la possibilità di riferire alla colpevolezza la gravità indiziaria foriera di legittime intercettazioni (17). È chiaro, infatti, che la colpevolezza deve essere l'oggetto della ricerca (*recte*: del mezzo di) e non può costituirne il presupposto, essendo questo costituito, invece, dalla notizia della consumazione di un reato ovvero da sintomi di un reato in divenire; sempre che, ovviamente, vi sia un collegamento tra l'intercettato e la fattispecie storico-giuridica di riferimento.

Quanto al requisito della assoluta indispensabilità del mezzo di ricerca della prova, invece, ci sembra sinceramente sufficiente la mera valutazione "di merito" circa l'impossibilità di assumere *aliunde* l'elemento probatorio ricercato attraverso le captazioni, e ciò in ragione delle concrete tecniche investigative utilizzabili nel caso concreto.

Una presa di posizione normativa – e definitivamente chiarificatrice – meriterebbero le dinamiche autorizzative della captazione, con particolare riferimento al contenuto e, soprattutto, alle tecniche di redazione della motivazione del decreto del giudice per le indagini preliminari che attribuisce la legittimità (e quindi l'utilizzabilità) all'intercettazione.

Sul tema in questione lo stato dell'arte è passato da un iniziale rifiuto della c.d. motivazione *per relationem* (18) al successivo possibile ricorso ad essa (19), seppur con tutte le cautele del caso. In primo luogo, ci sembra opportuno ribadire che, affinché ciò possa avvenire, è necessario che l'atto incorporato abbia i contenuti idonei a completare l'atto incorporante con

(15) Si vedano le già citate pronunce, ma anche tutte le altre intervenute in materia, nelle quali sarà facile rinvenire la sensibilità al tema del rispetto della legalità formale quale presupposto della tutela dei diritti convenzionali.

(16) Ad esempio, Cass., sez. IV, 18 gennaio 2006, Bruzzese, in Guida dir., 2006, 31, 80, che ha ribadito il condivisibile principio che la gravità indiziaria debba riferirsi all'esistenza del reato e non alla colpevolezza del soggetto.

(17) Avanzati, talvolta, nelle prospettive di riforma; si veda il medesimo disegno di legge n. 1611, sopra cit., nel testo, però, approvato dalla Camera dei Deputati l'11 giugno 2009, nel corso della stessa XVI Legislatura, reperibile in www.camera.it.

(18) Che si deve a Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, cit.

(19) Ad esempio, Corte e.d.u., 10 aprile 2007, Panarisi c. Italia, cit., e Cass., Sez. Un., 26 febbraio 1991, Bruno, in Cass. pen., 1991, 490.

particolare riferimento ai gravi indizi di reato, alla assoluta indispensabilità delle intercettazioni per la prosecuzione delle indagini, alla specificazione del rapporto/collegamento tra il soggetto/utenza intercettato ed il reato per cui si procede (e cioè, ovviamente, in relazione al mezzo di ricerca della prova prescelto ed ai suoi presupposti normativi); è essenziale, inoltre, che gli atti richiamati siano conosciuti o conoscibili (in quanto accessibili) alle parti processuali, primo fra tutti il soggetto contro il quale l'intercettazione dovrà essere utilizzata, sia per il giudizio di merito e sia, ad esempio, per una misura cautelare.

Ancora maggiori perplessità suscita, perciò, la motivazione *per relationem* di secondo grado; e cioè, il caso in cui il decreto autorizzativo del giudice per le indagini preliminari richiami in motivazione la richiesta del pubblico ministero che, a sua volta, incorporava l'atto di polizia giudiziaria. Pratica motivazionale, questa, consentita da larga parte della giurisprudenza (20).

Detta abitudine potrebbe ritenersi ammissibile solo teorizzando che il giudice per le indagini preliminari, nell'autorizzativa, intendesse recepire consapevolmente gli atti di polizia giudiziaria per come concretamente valutati e condivisi; e sempre che in essi siano riscontrabili le ragioni di indispensabilità del mezzo e di concreta gravità indiziaria (oltre a tutti gli altri presupposti delle intercettazioni). Epperò, permane il dubbio su come ciò possa avvenire se solo si considera la diversa tecnica di redazione dell'atto di polizia giudiziaria rispetto al provvedimento giudiziale, essendo il primo – per sua natura – diversamente composto proprio per la diversa finalità perseguita (l'attività di indagine) rispetto al provvedimento giudiziale, il quale ha finalità di legittimazione del mezzo di ricerca della prova che, peraltro, diverrà – con l'incedere di stati e fasi processuali – un vero e proprio mezzo di prova.

Tutte le suesposte problematiche, invero, devono essere risolte anche perché si riflettono sui provvedimenti di proroga delle intercettazioni, oltre che sul decreto genetico di esse, generando analogo disorientamento ed analoga possibilità di violazione dei diritti difensivi; e per giungere a tali conclusioni basti pensare che la motivazione del decreto autorizzativo (o di proroga) è l'unico parametro per valutare (e quindi, eventualmente, censurare) la legittimità delle già disposte e già eseguite intercettazioni, dal momento che – com'è noto – il diritto di difesa su di esse si esercita solo successivamente alla genesi delle stesse.

Sarebbe, forse, opportuna una rimediazione del problema nei termini indicati dalla Consulta, alcuni decenni fa (21), allorché teorizzava una “costituzionalità” delle intercettazioni in funzione del controllo giudiziale.

Strettamente collegato alle problematiche analizzate è il tema riguardante la patologia processuale del difetto motivazionale.

Ed infatti se, per un verso, la radicale mancanza fisica della motivazione determina l'inutilizzabilità delle intercettazioni; per altro verso, sembrano sussistere indecisioni circa il vizio ricollegabile alla carenza/insufficienza motivazionale. L'incer-

tezza è ancor più alimentata dalla circostanza che la sussistenza di detto vizio è rimessa alla discrezionale valutazione del giudice che deve utilizzare le intercettazioni ai fini del decidere (nel merito della regudicanda o, prima ancora, in sede di cautela), cui spetterà in prima battuta (e salve le impugnazioni possibili) il controllo sul se sia (o meno) idoneamente motivato l'atto dispositivo del mezzo di ricerca della prova; il giudicante nel fare ciò dovrebbe il più possibile tenersi ancorato agli unici binari noti (= i requisiti di legge) e non, viceversa, fornire personali valutazioni in punto di idoneità/completezza motivazionale del decreto.

Il maggiore disorientamento giurisprudenziale sembra, però, insistere sul genere di vizio processuale nascente dal difetto motivazionale, dal momento che non pare esservi unanimità di vedute circa l'essere l'inutilizzabilità – ai sensi dell'art. 271 c.p.p. in relazione all'art. 267, comma 1, c.p.p. – l'invalidità che assale l'atto processuale in analisi.

Non di rado, infatti, si legge in giurisprudenza che in caso di motivazione carente (quindi non del tutto mancante) del decreto autorizzativo delle captazioni saremmo al cospetto di una nullità relativa, e come tale sanabile in caso di mancata tempestiva eccezione (quindi, ad esempio, non deducibile per la prima volta in Cassazione); in tale novero rientrerebbero, tra gli altri, in numerosi casi di malgoverno della sopra citata motivazione *per relationem*.

Sul tema indicato, però, noi rimaniamo dell'idea che la patologia dell'atto con valenza probatoria rimanga – in ogni caso – l'inutilizzabilità, e di conseguenza pensiamo che non vi siano limiti di rilevanza del vizio; soprattutto nei casi (quale è la carenza motivazionale) in cui la patologia dell'atto si evidenzia solo a seguito di una attenta valutazione del giudicante. Vaglio quest'ultimo che può, pertanto, essere diverso nel corso delle fasi e dei gradi di giudizio.

Ed anzi, sul punto ci sia consentito chiarire, per un verso, che mai potrà dirsi avere contenuto motivazionale la semplice ripetizione della norma, o frasi stereotipate del genere “visto si autorizza” ovvero meri ed insignificanti analoghi grafismi (22); e come, per altro verso, riteniamo che mai la motivazione carente del decreto emesso dal giudice per le indagini preliminari possa essere integrata dal giudice che dovrà utilizzare le intercettazioni (23).

L'importanza del contenuto motivazionale rileva ancor di più nelle intercettazioni ambientali che ricadano in luoghi di privato domicilio, laddove, infatti, il decreto autorizzativo deve arricchirsi dell'ulteriore elemento motivo riguardante la circostanza che ivi si stia svolgendo una attività criminosa; solo tale evidenza consentirà di violare il domicilio mediante l'audizione delle conversazioni che si tengono in quel luogo. Il rigore motivazionale, però, ci sembra temperato dal fatto che la valutazione sull'attività delittuosa *in itinere* (giustificativa dell'intercettazione ambientale) non può essere successivamente rimessa in discussione laddove successivamente si accerti (ad intercettazioni espletate) la effettiva mancanza del presupposto; insomma, la valutazione che viene fatta necessariamente *ex ante*, al momento cioè della decisione sulla instaurazione del mezzo di ricerca della prova, mantiene la sua efficacia/ultrattività anche se erranea nei contenuti e purché corretta sotto un profilo formale/motivazionale. Cosa che ci sembra giusta, dal momento che la valutazione in esame non può che farsi sulla base delle precarie conoscenze che gli investigatori hanno in quel momento e, perciò, uno sbaglio sul punto sarebbe “perdonabile” in quanto imprevedibile (24).

Se tale è la disciplina di favore che può utilizzarsi al fine di “salvare” le intercettazioni ambientali, e ciò anche laddove *ex*

(20) Si veda, per tutte, Cass., sez. III, 15 ottobre 2001, Sailis, in Guida dir., 2002, 8, 110, ed ancor di recente Cass., sez. IV, 7 aprile 2011, R.L., in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>. Contra, e per noi maggiormente condivisibile, Cass., sez. VI, 12 febbraio 2009, p.m. in proc. Lombardi, in Giust. pen., 2009, III, 269, ad avviso della quale, invece, «appare inaccettabile la richiesta del ricorrente di legittimare, delineando una ulteriore forma di motivazione per relationem di secondo grado, il “richiamo del richiamo”, ossia il rinvio all'atto di polizia giudiziaria, come se l'autorità giudiziaria potesse sostanzialmente rimettersi alla valutazione di polizia giudiziaria per l'apprezzamento della sussistenza dei gravi indizi di reato e dell'assoluta indispensabilità dell'intercettazione ai fini della prosecuzione delle indagini. Una tale legittimazione finirebbe per svilire e vanificare la garanzia di inviolabilità che la Costituzione ha apprestato con presbrite lungimiranza, considerate le possibili e molteplici aggressioni alla sfera della riservatezza della persona che gli sviluppi tecnologici consentono sempre più agevolmente».

(21) Cioè, assecondando Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, cit.; e ripudiando posizioni “semplificatrici” del problema, basate sull'idea che la motivazione dei decreti concernenti le intercettazioni telefoniche possa essere “la minima indispensabile” come, invece, indicato da Cass., sez. VI, 11 maggio 1999, Belocchi, in Riv. pen., 2000, 188.

(22) Come già autorevolmente osservato: «Non bastano dei grafismi qualunque, corrispondenti al modello lessicale-ortografico italiano», v. Cordero, Procedura penale, settima ed., Milano 2003, 855.

(23) Come, invece, talvolta improvvidamente sostenuto, v. Cass., sez. I, 6 febbraio 1998, Chiochia, in C.E.D. Cass. n. 209463, pronuncia che, in punto di metodo, ha confuso controllato e controllore, oltre a fraintendere la disciplina codicistica in materia.

(24) Cosa diversa, invece, è (come innanzi vedremo) la erronea qualificazione giuridica del fatto; e questo perché un (erroneo) titolo di reato non può essere utilizzato quale strumento di aggiramento dei divieti di intercettare.

post si accertasse il mancato svolgimento dell'attività criminosa negli ambienti domiciliari captati, appare di converso possibile pretendere, perciò, che vi sia un rigore motivazionale nel decreto dispositivo delle intercettazioni (rifuggendo da motivazioni per relationem di secondo grado); e tanto appare necessario al fine di bilanciare, con questa garanzia minima, il favor captationis.

L'importanza della motivazione del decreto che dispone l'intercettazione deriva, poi, dal fatto che detto provvedimento autorizzativo (ma anche quello di proroga e quello di negazione) risulta, allo stato, autonomamente inoppugnabile. Non impugnabilità che deriva invero, da un lato, dalla tassatività regnante in tema di impugnazioni e, dall'altro lato, dal fatto che l'atto in questione è sempre rivalutabile nelle fasi e nei gradi successivi da parte del giudice che dovrà utilizzare le captazioni raccolte per decidere la regudicanda (sia essa il giudizio di merito, una porzione di esso od un procedimento incidentale).

Discorso identico a quello sin qui condotto meritano le c.d. intercettazioni urgenti, ossia quei "casi di urgenza" in cui è il pubblico ministero a disporre l'inizio delle captazioni salvo il dover richiedere (ed ottenere nelle quarantotto ore) la convalida al giudice per le indagini preliminari.

In tale caso di intercettazioni "a struttura invertita" la stringenza dell'obbligo motivazionale deriva dalla circostanza che incerto appare il presupposto sulla base del quale si inverte la procedura autorizzativa; non v'è, infatti, una nozione certa dell'urgenza e dei "casi" in questione, e tanto ciò è vero che sovente si è cercato un parallelo con le "eccezionali ragioni di urgenza" che autorizzano l'utilizzo di impianti esterni alla procura.

Probabilmente il discrimine per statuire se ci si trovi in un caso di urgenza risiede nella verifica del se le captazioni rilevanti (anticipando una sorta di valutazione sulla prova) siano quelle raccolte nelle quarantotto ore intercorse tra l'atto del pubblico ministero e la sua convalida da parte del giudice per le indagini preliminari (cioè con una valutazione ex post quasi anticipativa delle valutazioni che è possibile fare nel giudizio di merito) ovvero se sulla base degli elementi a disposizione del pubblico ministero al momento in cui disponeva l'intercettazione urgente fosse l'unico atto possibile per non perdere definitivamente conoscenze utili alle indagini (quindi, esercitando un giudizio ex ante in termini di probabilità sulla base di ciò che era ragionevole pensare, preso atto di quanto già si sapeva, si sarebbe potuto raccogliere mediante l'intercettazione).

Insomma, vincolando l'urgenza ad un termine temporale sembra aversi la possibilità di partire da un dato certo, che costituirà il grimaldello anche per verificare la correttezza della motivazione del provvedimento di convalida con riferimento ai contenuti della non rinviabilità dell'inizio delle operazioni.

Peraltro, sul tema in analisi, ci restano dei dubbi sul se il decreto di convalida da parte del giudice per le indagini preliminari sia atto idoneo a sanare eventuali vizi formali o contenutistici del decreto emesso d'urgenza dal pubblico ministero (25). A nostro avviso, infatti, eventuali vizi dell'atto del pubblico ministero, se non rilevati dal g.i.p., si estendono al decreto di convalida "infettandolo", e, per tale via, detto provvedimento potrà essere soggetto a impugnazione/rivalutazione negli stati e gradi successivi. Ed il successivo vaglio ad opera dei giudicanti, transitando attraverso il decreto del giudice per le indagini preliminari, potrà raggiungere il provvedimento del pubblico ministero (che ne è il presupposto fattuale e giuridico) e, laddove lo si ritenesse "viziato", si potrebbe privare di pregio (= dichiarare l'inutilizzabilità) di un mezzo di prova nato da un atto del pubblico ministero già ratificato dal giudice funzionalmente competente.

Insomma, a nostro avviso, la convalida del g.i.p. non è atto idoneo a "sanare" definitivamente i vizi del decreto del pubblico ministero.

L'importanza della precisa valutazione del decreto del giudice per le indagini preliminari, e suo tramite del decreto presupposto emesso dal pubblico ministero, assume rilevanza peculiare nei casi in cui l'intercettazione d'urgenza avviata dal p.m. sia

quella ambientale. In tale caso, a nostro avviso, il decreto d'urgenza dovrà contenere esplicitati: 1. le ordinarie ragioni di urgenza; 2. le ragioni che portano a ritenere che ivi si stia svolgendo una attività criminosa; 3. le eccezionali ragioni di urgenza unite ad insufficienza ed inidoneità degli impianti interni alla procura, laddove, come di solito accade per le ambientali, si utilizzino impianti esterni.

Dei suesposti elementi motivi nessuno può essere "presunto" ovvero inteso implicitamente richiamato nel decreto d'urgenza, che, pertanto, dovrà essere puntualmente scandagliato e non potrà dirsi in alcun modo sanato (nelle eventuali sue carenze) dalla ratifica del g.i.p.; la quale, secondo noi, è sempre esposta alle rivalutazioni dei giudicanti successivi che si troveranno nella condizione di dover utilizzare quelle captazioni per decidere e perciò, prima ancora, a dover essere giudici della legittimità di esse.

Anche su tali dinamiche il rigore motivazionale e la severa verifica dei presupposti di straordinarietà devono guidare una interpretazione giurisprudenziale rigorosa, se non, addirittura, una esplicita novella normativa che recepisca i contenuti nell'ordine da noi sopra indicato.

Il metodo di rigore motivazionale, e di "perenne" esposizione al controllo di legittimità della prova, probabilmente consente di risolvere anche la questione delle c.d. captazioni fortuite; fenomeno non raro e non disciplinato, e sul quale, perciò, persiste il disorientamento degli operatori del diritto portati sovente a prendere o subire decisioni frutto della sensibilità al problema del giudicante del momento.

Una prima categoria di intercettazioni fortuite raggruppa i fenomeni in cui si trasforma una intercettazione telefonica in ambientale, con conseguente violazione del "domicilio fonico"; si pensi, ad esempio, al caso in cui una cornetta venga alzata o lasciata fuori posto ovvero al caso in cui si possa udire una voce (appartenente ad altro soggetto) esterna al dialogo in corso intercettato.

Chiaramente il fatto che esse captazioni esulino dall'originaria autorizzazione (perché imprevedibili) non impedisce l'utilizzabilità di esse; e ciò, non tanto perché gli interlocutori captati accidentalmente siano stati imprudenti e poco attenti a tutelare la propria voce da possibili captazioni accidentali, ma, soprattutto, perché ai fini della valutazione di utilizzabilità della captazione accidentale è sufficiente – a nostro avviso – solo verificare la legittimità dell'intercettazione telefonica "originaria".

Secondo noi, cioè, il discrimine tra l'utilizzabilità della intercettazione fortuita e la sua inutilizzabilità risiede nell'essere legittima, oppure no, la intercettazione telefona di base; e tale verifica andrà condotta alla luce dei parametri ordinari (= normativi) previsti in materia di intercettazioni.

Simmetricamente, e sulla base dei medesimi presupposti, riteniamo possa utilizzarsi la captazione di una telefonata (ovvero di parte di essa) avvenuta nell'ambito (rectius: nel corso) di una intercettazione ambientale; essendo, a nostro avviso, possibile pensare che la porzione di telefonata intercettata sia utilizzabile poiché raccolta in un "ambiente" legittimamente intercettato.

Sugli argomenti sinora trattati la riforma pendente (26) vorrebbe inserire delle modifiche che partono con l'appesantimento dell'autorizzazione delle intercettazioni da parte del tribunale collegiale, che si unisce all'ulteriore appesantimento costituito dall'assenso del procuratore capo alla richiesta di intercettare; ma di queste modifiche procedurali – riteniamo – davvero non si avvertiva il bisogno.

Ci convince, invece, maggiormente l'idea di stabilire espressamente la non modificabilità del provvedimento autorizzativo delle intercettazioni, e ciò sembra avere il fine di evitare una "sanabilità" ovvero delle "correzioni successive" al presupposto legittimante il mezzo di ricerca della prova; insomma, l'idea ci piace perché sembra una risposta a quella giurisprudenza che appariva consentire adeguamenti motivazionali, da ritenersi, invece, impossibili.

Ci piace, poi, la prospettiva di stabilire la necessità di un

(25) Come sostiene Cass., sez. I, 17 novembre 2009, Pezzella, in Guida dir., 2010, 9, 86.

(26) In particolare, il disegno di legge S. 1611, approvato con modificazioni dal Senato della Repubblica il 10 giugno 2010, cit.

legame tra l'utenza intercettata e l'indagato (ed analoghe esigenze richiama la disciplina delle videoriprese) e, tuttavia, la bontà dell'idea sembra vanificata dalla previsione della possibilità di intercettare persone comunemente "a conoscenza dei fatti". Quindi sarebbe forse il caso di spingersi con maggior sicurezza, in sede di riforma, sul legame indagato/intercettato.

Altresì, positivo ci pare l'inserimento di un espresso chiarimento circa la necessità che la motivazione del provvedimento autorizzativo della captazione debba essere compilata in maniera chiara e "propria" dal tribunale autorizzante, in particolare con riferimento agli elementi che giustificano l'intercettazione, che devono essere "espressamente ed analiticamente indicati". E perciò, questo ci sembra un positivo ed auspicabile ripudio – per il futuro – della motivazione *per relationem*.

Problematico ci appare, invece, l'inserimento delle regole di valutazione di cui all'art. 192 c.p.p. alla gravità indiziaria foriera di legittime captazioni; detti parametri, invero, sono indicati per fini eterogenei rispetto alle intercettazioni (*rectius*: ai presupposti di esse) e, perciò, sono forse troppo stringenti per divenire premesse normative ad un mezzo di ricerca della prova. Insomma, a nostro avviso, dalla eterogeneità dei fini si ricava l'impossibilità del prospettato presupposto normativo.

Altrettanto problematica ci sembra la limitazione temporale che si vorrebbe introdurre alla durata delle intercettazioni, e ciò ancorché si preveda la possibilità che esse siano sospendibili e riavviabili; non ci convince, in particolare, la scansione temporale modulata su termini fissi (27). Complicato e pericoloso, ai fini della possibile perdita di materiale di indagine utile, è il metodo scelto; e ciò, nella misura in cui si vorrebbe limitare temporalmente (con durata inferiore a quella delle indagini preliminari) una attività investigativa su di un comportamento umano, che come tale non è incasellabile in limiti temporali stringenti e/o stringibili.

Sarebbe, perciò, auspicabile un ripensamento nel senso avanzato dal medesimo progetto di riforma riguardo ai reati di criminalità; l'investigazione dei quali con lo strumento delle intercettazioni si vorrebbe possibile per la durata di giorni quaranta prorogabili di venti in venti per tutta la durata delle indagini.

4. Dubbi frequenti e presupposti teorico-normativi: produzione della "documentazione", fase cautelare, impianti utilizzabili ed altre questioni.

L'esecuzione delle operazioni è un tema che pure merita particolare attenzione, poiché lo svolgersi del "fenomeno" secondo talune direttrici (piuttosto che altre) potrebbe portare ad una maggiore (o minore) presa in considerazione dei diritti difensivi del soggetto nei confronti del quale il mezzo di prova sarà utilizzato, che tradotto significa: la tutela dei diritti allorché si dà esecuzione al mezzo di ricerca della prova renderà "maggiormente legittimo" il transito in mezzo di prova dell'intercettazione "costituzionalmente eseguita".

Un primo accenno meritano le forme di verbalizzazione del materiale captato, e tra queste va senza dubbio ribadita la totale assenza di valenza probatoria dei c.d. brogliacci; e ciò sulla base della considerazione che in tema di intercettazioni tutto ciò che non è intercettato non solo è inutilizzabile ma – riteniamo – del tutto inesistente, dal momento che non è mai surrogabile con annotazioni o testimonianze che (in quanto narrazioni personali) sono comunque contagiate (spesso involontariamente) da un giudizio valutativo del narrante, laddove, viceversa, la utilizzabilità della intercettazione non può che derivare dalla presenza del dato oggettivo sul quale si formerà la valutazione del giudice a seguito del contraddittorio tra le parti processuali su di un "fondamento certo".

Sul tema il problema si crea allorché il supporto contenente la captazione fonica era *ab initio* esistente ed è successivamente venuto meno per logorio o smarrimento; è chiaro che questi sono casi patologici di negligenza nella conservazione della prova ma la patologia della situazione fattuale, pur possibile nella prassi quotidiana, è risolvibile – secondo noi – sulla

(27) Trenta giorni più quindici giorni, più eventuali quindici se si ravvisino dei "nuovi elementi" ovvero altri quindici giorni per evitare reati in divenire.

base del rispetto dei diritti difensivi. Ed infatti, la risposta al quesito che si potrebbe porre sulla possibilità di recuperare con mezzi alternativi le conoscenze raccolte nel supporto smarrito o deteriorato potrebbe risolversi sulla base della verifica del se l'imputato (o l'indagato) avesse avuto modo di conoscere (ed eventualmente duplicare) quelle captazioni prima dello smarrimento o del deterioramento; ed infatti, in questo caso il soggetto, nei confronti del quale le intercettazioni (*rectius*: i contenuti di esse) saranno utilizzate, era a conoscenza delle stesse ed avrebbe potuto addirittura duplicare il supporto sul quale erano riversate. E perciò ci sembra che possa condividere l'eventualità dello smarrimento o del deterioramento con l'accusa, dal momento che l'accadimento imprevedibile non è stato preservato neppure dall'indagato/imputato, il quale bene avrebbe potuto/dovuto conservare (sebbene a fini difensivi) una copia delle captazioni.

Fenomeno differente è quello in cui le registrazioni delle intercettazioni non si abbiano per effetto di un originario difetto in fase di incisione ovvero per un immediato (o contestuale alla registrazione) smarrimento del supporto informatico; in tali casi l'insurrogabilità della intercettazione, mediante il recupero *aliunde* dei suoi contenuti, ci sembra non potersi avere a cagione della sostanziale inesistenza processuale della stessa per mancata genesi in fase procedimentale.

Le questioni attinenti alla documentazione delle intercettazioni telefoniche spiegano una ancor più rilevante efficacia nell'interazione con il procedimento cautelare. Ivi, infatti, si apprezza l'importanza del fenomeno nel momento in cui si verifica la trasmissione/deposito di decreti, verbali e trascrizioni dal pubblico ministero al giudice per le indagini preliminari e successivamente al tribunale del riesame; tale "messa a conoscenza" consente al giudice, e prima ancora a colui verso il quale la misura cautelare vuole dirigersi, la valutazione sulla regolarità delle intercettazioni e, quindi, sull'apprezzamento della idoneità formale (prima ancora che contenutistica) di esse a costituire presupposto del vincolo cautelare.

Si noti che quanto appena indicato è stato per lungo tempo ritenuto quasi opzionale (28), non ritenendosi sussistente per il pubblico ministero un obbligo di produzione della documentazione attestante la regolarità delle captazioni allorché richiedeva applicarsi una misura cautelare. E chiaro, tuttavia, che si verificano violazioni evidenti dell'art. 24 Cost. in tutte quelle ipotesi in cui il "ristretto" non possa interloquire sulla legittimità della misura in ragione della impossibilità di interloquire sull'elemento probatorio presupposto di essa; e la violazione ci appare ancor più evidente se solo si considera che la inutilizzabilità della prova è categoria rilevante già in fase cautelare, e, per tale via, dobbiamo constatare che (verosimilmente) si sono consumate delle "illiceità cautelari" nei primi anni di vigenza del c.p.p. (29) nella misura in cui si è consentito al richiedente di non concedere al sottoposto di verificare la legittimità formale di un elemento posto a supporto di un vincolo cautelare.

Ma le "illiceità cautelari" vanno tuttora evitate, in via legislativa ovvero giurisprudenziale, superando le incertezze permanenti sulle conseguenze della mancata trasmissione al g.i.p. o successivamente al tribunale del riesame della documentazione attestante la liceità della intercettazioni.

A nostro parere si deve sancire – senza più dubbio alcuno – che la mancata trasmissione al giudice per le indagini preliminari della citata documentazione determini l'"inesistenza" (intesa come inutilizzabilità) di esse, da escludersi, perciò, del bolo cognitivo del giudicante al momento della valutazione degli indizi; e che, come conseguenza estrema, si avrà l'implicabilità della misura laddove questa sia fondata prevalentemente sul mezzo di ricerca della prova estromesso. Omologamente, la mancata trasmissione al tribunale del riesame della documentazione attestante la liceità della intercettazioni dovrà comportare il decadimento ovvero l'inefficacia dell'ordinanza di custodia cautelare laddove questa fosse basata

(28) Orientamento partito con Cass., sez. VI, 10 ottobre 1992, Bruzese, in Arch. n. proc. pen., 1994, 172, e seguito per lungo tempo dalla giurisprudenza di legittimità sino a Cass., Sez. Un., 27 marzo 1996, Monteleone, in Cass. pen., 1996, 2913.

(29) Segnatamente sino all'intervento di Cass., Sez. Un., 27 marzo 1996, Monteleone, cit.

prevalentemente ovvero esclusivamente su delle intercettazioni di cui nulla si può valutare in punto di legalità formale.

È chiaro che su entrambi i cennati punti andrebbe sciolto il dubbio della integrabilità/inoltro postumo degli atti mancanti e supportanti la richiesta cautelare.

Ci sembra che prima della decisione del giudice per le indagini preliminari il pubblico ministero possa senz'altro integrare la documentazione mancante; laddove, invece, non è certamente possibile inviare al tribunale del riesame quella documentazione che il pubblico ministero già possedeva per comprovare la legalità delle intercettazioni, dal momento che su questa mancherebbe sia il doppio vaglio di giudizio e sia la possibilità (nei casi di tardivo inoltro a ridosso della data di udienza e successivamente alla proposizione del gravame) per il ricorrente di prendere in dovuto esame il bolo documentativo, il quale perciò – secondo noi – non sarà idoneo ad evitare la decadenza di una ordinanza che sia basata prevalentemente sulle intercettazioni mal documentate.

La nostra posizione ci consente di risolvere anche la questione riguardante la riproponibilità di una richiesta cautelare rigettata od annullata a cagione del fatto che le intercettazioni poste a base di essa siano state “scarsamente documentate” o mancanti del supporto formale idoneo a legittimarle.

In tali casi, a nostro avviso, potrà essere richiesta nuovamente – e sulla base delle medesime intercettazioni – la misura cautelare, poiché non matura alcun *bis in idem*, dal momento che la precedente richiesta ed il precedente rigetto non avevano consumato il potere di decidere su quell'elemento di prova che, in quanto mal documentato, è stato – sostanzialmente – processualmente inesistente nella precedente vicenda cautelare. E, perciò, diviene successivamente rivalutabile se riproposto – stavolta completo dei requisiti di legge – a sostegno di nuova misura cautelare, che pertanto potrà essere decisa “nel merito” senza subire gli effetti preclusivi della decisione derivanti dal c.d. giudicato cautelare, dacché le intercettazioni successivamente rese utilizzabili rappresentano un sicuro *quid novi*.

Strettamente collegato ai temi trattati è quello riguardante la duplicazione in fase cautelare del supporto contenente le intercettazioni, e la stretta connessione al tema deriva dall'essere anch'esso riguardante il rapporto tra il diritto di difesa (esercitato solo successivamente alla nascita della prova) e le intercettazioni telefoniche.

Il tema è delicato anche perché, probabilmente, su di esso è maturato circa un ventennio di violazione dei diritti difensivi; e ciò, poiché solo a seguito di un recente intervento della Consulta (30) si è sancito il diritto dell'indagato e del suo difensore ad avere copia del supporto contenente l'audio delle captazioni sin dall'esecuzione della misura e prima ancora del riesame di essa.

Ebbene, a noi sembra che una statuizione normativa definitiva sul diritto in questione sia soprattutto utile a delineare gli effetti conseguenti alla violazione di esso, esigenza pressante se solo si considera che bisogna definitivamente decidere quale sia la sanzione processuale applicabile in tali casi onde evitare disorientamenti giurisprudenziali. Se, da un lato, è possibile rinviare l'udienza (se ci si trova nei termini per poterlo fare senza che ciò determini l'inefficacia della misura) onde consentire il rilascio all'imputato di copia del supporto; dall'altro lato, certamente ci pare severa una posizione che si sposterebbe a dichiarare la nullità dell'ordinanza cautelare soltanto a cagione del mancato rilascio della copia, essendo – secondo noi – sufficiente in tali casi una temporanea declaratoria di inutilizzabilità delle intercettazioni delle quali non si è fornito il duplicato all'indagato e che, perciò, non potranno essere utilizzate al fine di restringere la sua libertà personale.

È chiaro che, una volta sanata la inutilizzabilità mediante concessione del duplicato all'indagato, nulla sembra vietare l'utilizzo di una prova – ora valida – per richiedere e riottenere una misura cautelare uguale o diversa dalla precedente (31); ma

(30) Corte cost., 10 ottobre 2008, n. 336, in *Giust. pen.*, 2009, I, 44.

(31) La posizione oggi seguita sostiene che nel caso di specie ci si trovi in presenza di una nullità generale a regime intermedio dell'ordinanza cautelare (quindi sanabile se non eccepita) e che sia possibile una nuova richiesta di o.c.c., cfr. Cass., Sez. Un., 22 aprile 2010, Lasala, in *Guida dir.*, 2010, 28, 61.

questo è possibile solo aderendo (in sede teorica) alla equiparazione di una prova inutilizzabile (ed inutilizzata) ad una prova processualmente inesistente. Situazione che, avendone escluso il vaglio in precedenza, consente quindi di prenderla in esame successivamente e di porla alla base di nuova vicenda cautelare.

Insomma, il fisiologico intervento successivo (o meglio: postumo) del diritto di difesa in materia di intercettazioni, ossia il suo estrinsecarsi “a prova raccolta”, impone il rigoroso rispetto delle regole/forme esistenti ed un intervento chiarificatore – e forse severo – da parte del legislatore, onde sanzionare in maniera espressa le violazioni di legge ed estendere in maniera altrettanto chiara le garanzie esistenti.

Si pensi all'obbligo di immediato deposito presso il pubblico ministero (entro cinque giorni dalla fine delle operazioni) di decreti, verbali e registrazioni, situazione che ci sembra sguarnita di sanzioni processuali; ma si pensi anche alla prassi secondo la quale l'avviso del deposito in questione spetti al solo difensore (32), consuetudine, questa, che dimentica che il diritto di difesa è unico ed anzi è prevalente quello dell'indagato su quello del proprio difensore (che potrà essere, infatti, sempre sollevato dall'incarico proprio dall'indagato medesimo). Ma le irrimandabili precisazioni normative sul tema in analisi dovrebbero estendersi anche alle conseguenze del mancato avviso di deposito, non potendosi continuare a ritenere che la tassatività di cui all'art. 271 c.p.p. impedisca ulteriori forme di manifestazione di inutilizzabilità in materia; da un lato, infatti, siamo in presenza di una violazione palese di un diritto difensivo, cosa che conduce secondo una interpretazione costituzionalmente orientata a non lasciare sguarnita di tutela una situazione del genere. E, dall'altro lato, sarebbe forse il caso di iniziare a pensare al deposito della documentazione riguardante le intercettazioni come un ad elemento costitutivo e di validità del mezzo probatorio, ed analoga dignità spetterebbe all'avviso di deposito, poiché rende partecipi della costituzione/perfezionamento di essa prova.

Un dubbio ci resta soltanto con riferimento alla sanzione che dovrebbe conseguire ad una omissione del genere, dal momento che ad una nullità relativa sarebbe forse preferibile una inutilizzabilità temporanea; ovvero, una inutilizzabilità limitata sino al tempo in cui venga sanata l'omissione.

Analogamente, e per le medesime ragioni di tutela dei diritti difensivi, andrebbe definitivamente statuita una espressa sanzione per i casi di mancato deposito/inserimento da parte del pubblico ministero di porzioni di materiale intercettivo (siano esse forme o contenuti) nel fascicolo delle indagini; l'esigenza di sanzione sembra tanto più necessaria se solo di pensa che una prassi del genere resta sovente – per opera della giurisprudenza (33) – sguarnita di sanzione, e cioè non determina né la nullità di una eventuale richiesta di rinvio a giudizio, né l'inutilizzabilità delle captazioni in fase di udienza preliminare, e neppure, successivamente, una inutilizzabilità del mezzo probatorio in caso di inserimento/acquisizione postuma (o meglio: successiva) al fascicolo del dibattimento (o dell'abbreviato) del bolo intercettivo.

La “procedura” in materia di captazioni è davvero fondamentale se solo pensa ai possibili immediati riflessi di essa sui diritti costituzionalmente tutelati, e per tale ragione sarebbe (forse) opportuno che stravolgimenti giurisprudenziali non abrogassero (di fatto) norme di legge e sanzioni ad esse correlate.

Ci riferiamo allo spinoso tema degli impianti utilizzabili per lo svolgimento delle operazioni intercettive; questione che a seguito di un noto intervento delle Sezioni Unite (34) è stata alterata dalla considerazione che per l'utilizzabilità delle intercettazioni sia sufficiente che la sola “registrazione” di esse avvenga attraverso gli impianti interni alla procura della

(32) Non ritenendosi sussistere in ciò alcun vulnus a diritti costituzionalmente tutelati, cfr., ad esempio, Cass., sez. VI, 14 novembre 2006, Protopapa, in *Cass. pen.*, 2008, 2532.

(33) Ad esempio, Cass., sez. VI, 30 agosto 1993, Chianale, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, 134; e Cass., sez. V, 11 aprile 2003, Gualtieri, in *Guida dir.*, 2003, 30, 85.

(34) Cass., Sez. Un., 26 giugno 2008, Carli, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1386.

Repubblica, e ciò anche allorché, poi, l'ascolto e la redazione dei verbali si abbia altrove presso la polizia giudiziaria. Si ritiene, cioè, che sarebbe sufficiente ai fini del rispetto delle norme (art. 268, comma 3, c.p.p., su tutte) la sola immissione nella "memoria centrale", ossia il *server*, della procura e che, perciò, poco importanti sarebbero le deviazioni delle comunicazioni captate a valle di essa immissione.

E tuttavia – ed al contrario – la immissione e l'ascolto dei dati presso la procura della Repubblica ha la funzione di tutelare sia il "controllo" del pubblico ministero sulle operazioni di intercettazione e di registrazione e sia la "riservatezza" di esse (col duplice rilievo della tutela del segreto investigativo e della *privacy* dei soggetti coinvolti nel dialogo captato), e tale seconda funzione appare frustrata dall'attuale orientamento giurisprudenziale, che appare una definitiva disapplicazione dell'art. 268 comma 3 c.p.p.; norma che ha, invece, già nella sua lettera la specificazione circa il dover essere tutte le "operazioni" compiute a mezzo impianti della procura e non la sola "registrazione" delle intercettazioni.

Ci sembra che la interpretazione oggi vigente sia nata dall'esigenza di rimediare alla erronea "prassi" del difetto motivazionale circa la sussistenza delle ipotesi di cui all'art. 268, comma 3, c.p.p.; prassi che ha determinato conseguenti annullamenti di decisioni di condanna avvenuti negli anni precedenti all'intervento delle Sezioni Unite (35) e causati proprio dalle declaratorie di inutilizzabilità delle intercettazioni per difetto di motivazione dei decreti dispositivi (36). Insomma, l'attuale posizione giurisprudenziale appare una sorta di "vaccino" rispetto ad altro precedente atteggiamento di ripudio verso i decreti autorizzativi aventi motivazioni fittizie, quando non mancanti del tutto, e spesso neppure argomentate per sintesi.

Epperò, a nostro avviso le regole vanno rispettate sempre.

Non è consentito porre rimedio a situazioni "patologiche" (cioè: la poco attenta autorizzazione all'utilizzo di impianti esterni alla procura che avveniva attraverso decreti del g.i.p. mal motivati) attraverso una interpretazione abrogante dell'art. 268, comma 3, c.p.p., ritenendolo non operante nei casi di c.d. remotizzazione dell'ascolto; e ciò perché, a nostro avviso, non è possibile porre rimedio ad una situazione patologica con altra "patologia" volta a salvaguardare un metodo autorizzativo non rispettoso (o non del tutto rispettoso) delle regole codicistiche.

D'altra parte, il fenomeno ha forme di manifestazione pratiche di non scarso rilievo e spesso intersecantisi con temi affini, basti pensare ai casi in cui l'intersezione avvenga perché le intercettazioni da effettuare con impianti esterni abbiano ad oggetto la ricerca del latitante ovvero siano delle intercettazioni ambientali. È chiaro che anche in tali casi dovrà continuarsi a seguire l'insegnamento di altre, e precedenti, Sezioni Unite (37) nella parte in cui si chiarisce bene come la disciplina normativa di cui all'art. 268, comma 3, c.p.p. opera nei confronti di ogni sorta di intercettazione, non limitandosi alle sole intercettazioni telefoniche; e, pertanto, debba considerarsi un tradimento dell'insegnamento codicistico, nonché della sua corretta interpretazione giurisprudenziale, ogni posizione che si ponga in un'ottica di superamento ermeneutico del dato normativo sulla base di ritenute implicite "urgenze" (ad esempio: difficoltà di spostamento degli impianti, peculiari difficoltà dovute al caso concreto nell'intercettare un latitante in continuo spostamento ovvero nel captare i dialoghi in particolari ambienti).

Noi restiamo, infatti, dell'idea che ogni problematica sia superabile – data l'esplicita previsione normativa – con una semplice, quanto completa, motivazione sui requisiti di urgenza legittimanti la deroga alla regola generale. Insomma, la rigorosa via normativa resta la strada da seguire.

(35) Cass., Sez. Un., 26 giugno 2008, Carli, cit.

(36) Interpretazioni che, invece, ben governavano la disciplina e che ben si sposavano con altri provvedimenti delle SS.UU., tra i quali, ad esempio, Cass., Sez. Un., 26 novembre 2003, Gatto, in Cass. pen., 2004, 1217, e Cass., Sez. Un., 26.7.2007, Aguneche, ivi, 2008, 69.

(37) Cass., Sez. Un., 28 novembre 2001, Policastro, in Guida dir., 48, 68.

Sui temi oggetto della discussione nelle ipotesi di riforma (38) v'è una condivisibile indicazione di "maggior dettaglio" in termini di redazione/verbalizzazione, in fase documentazione della intercettazione (ad esempio i riferimenti temporali, personali, etc.), cui si affianca una disciplina analoga a quella attuale per l'utilizzo degli impianti esterni, con l'aggiunta, però, di un potere di "gestione, vigilanza e controllo" dei luoghi ove si intercetta da parte di procuratori generali e procuratori della Repubblica.

Buona ci appare, senza dubbio alcuno, la volontà di inserire un esplicito chiarimento circa il diritto dell'indagato di estrarre copia del supporto, anche se, ormai, la prerogativa difensiva (sebbene dopo dolorose, quanto irrimediabili, incertezze) era divenuta pacifica; detta indicazione rimane comunque importante nella misura in cui la si recepisca come una impostazione di metodo, e cioè quale dichiarata propensione a consentire un pieno e completo esercizio (ancorché temporalmente successivo al già eseguito fenomeno fattuale/investigativo) dei diritti difensivi in materia di intercettazioni.

Apprezzabile ci sembra, inoltre, la designazione di maggiore chiarezza e completezza riguardante il materiale raccolto da depositare (in tutta la sua interezza) al tribunale per lo "stralcio", anche se resta problematica l'idea che questo possa valutare non solo gli eventuali divieti di utilizzazione ma, altresì, la rilevanza di esse; e detta problematicità si unisce alla facoltà del tribunale di disporre la perizia trascrittiva delle intercettazioni, i cui contenuti confluiranno nel fascicolo del dibattimento. In particolare, la selezione del materiale raccolto dovrebbe avvenire assecondando il divieto di trascrizione di parti di conversazioni riguardanti "fatti, circostanze e persone estranee alle indagini", ed anzi il tribunale dovrebbe disporre che i nomi ed i riferimenti indicativi di soggetti "estranei" alle indagini siano espunti dalle trascrizioni delle conversazioni, e ciò al fine di tutela della *privacy*.

Tuttavia, l'idea non ci convince a pieno poiché l'estraneità alle indagini (*rectius*: ai fatti delle stesse) è una posizione processuale e, come tale, appare difficile da verificare *ex ante* da parte di un tribunale che non dovrà decidere nel merito; l'"estraneità alle indagini" rettammente intesa, e cioè come lontananza dalla regiducanda, è un *posterius* che segue la decisione di merito, ossia è uno dei risultati derivanti dal transito della regiducanda in regiducata.

Il dubbio perdura ancor di più se pensiamo alla – tutt'altro che impossibile – evenienza che negli atti/fatti/nomi stralciati potrebbero celarsi spunti utili ad altre indagini ovvero elementi utili per la difesa, e della cui importanza ci si renda conto solo successivamente con le correlate impossibilità/difficoltà di recupero del materiale stralcio.

La problematica è certamente da rimediare anche in considerazione del fatto che è attuale il disorientamento circa la sorte delle intercettazioni stralciate *ex art.* 269 c.p.p. (nella misura in cui non già distrutte *ex art.* 240 c.p.p.) poiché ciò che in un dato momento può apparire "inutile" potrebbe rivelarsi, viceversa, un elemento fondamentale a distanza di anni (ad esempio, la prova dell'innocenza in un procedimento connesso ovvero nel medesimo procedimento a seguito della riapertura delle indagini).

Ma su tali problematiche le prospettive di riforma appaiono orientate diversamente, e cioè verso la logica della tutela della *privacy* da fughe di notizie aventi ad oggetto i contenuti delle intercettazioni; ed invero, la previsione di riforma indica la creazione di un apposito archivio riservato, contenente le intercettazioni e la documentazione alle stesse afferente, non allegato al fascicolo delle indagini ma custodito presso il pubblico ministero. Previsione la cui efficacia andrebbe misurata nella prassi, dal momento che comunque non è impedito (ne si poteva farlo) l'accesso la fascicolo (oltre che al pubblico ministero) al personale di segreteria ed alle parti aventi diritto alle copie ed alle duplicazioni del materiale captato; ma nulla aggiunge detta indicazione di riforma alla prospettiva della conservazione del materiale che la medesima innovazione vorrebbe più stringentemente stralcio ma che potrebbe rivelarsi utile solo in futuro.

(38) Disegno di legge S. 1611 approvato con modificazioni dal Senato della Repubblica il 10 giugno 2010, cit.

ed a seguito di un (forse evitabile) frettoloso e severo vaglio di pertinenza, rilevanza e conseguente ammissibilità (intesa quest'ultima come mancata distruzione).

5. La disciplina dell'utilizzazione "ultrattiva" delle captazioni tra esigenze investigative e diritto di difesa.

Un chiarimento normativo, volto a delimitare le incertezze giurisprudenziali, merita la questione riguardante l'utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi da quello nel quale esse sono state disposte ed autorizzate.

Il parametro oggi vigente, ai fini di consentire detta ultrattività probatoria, risiede nell'essere esse indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza; ed una prospettiva ermeneutica corretta, a nostro parere, non può non aggiungere al criterio ora indicato l'altro implicito requisito – necessario ai fini dell'utilizzabilità delle captazioni contro soggetto spesso diverso dall'indagato per il quale erano nate e per diverso oggetto processuale – del far salvi i diritti difensivi del "nuovo destinatario" e sul "nuovo reato". Cosa che non potrà che avvenire con una effettiva e completa messa a disposizione dell'indagato/imputato di tutta la documentazione legittimante il mezzo di prova sotto il profilo formale oltre che, ovviamente, della dimensione contenutistica dei dialoghi.

L'esigenza di massima tutela dei diritti di coloro che, imputati in diverso procedimento, potranno veder utilizzato nei propri confronti un mezzo di prova raccolto *aliunde* è ancor più accentuata dalla considerazione che sul *nuovo reato* manca la valutazione del g.i.p., il quale, invero, si era pronunciato (nell'autorizzare la captazione) sulla ipotesi di reato riguardante il "precedente" procedimento penale. Questa *deminutio* che sembra attingere la riserva di giurisdizione, per la mancata garanzia del "previo" intervento del giudice, deve essere bilanciata con una maggiore attenzione alle facoltà di valutazione in punto di legittimità della prova consentite al "successivo" destinatario di essa (facoltà che partono proprio dalla immediata messa a sua disposizione dei "documenti" legittimanti la prova a carico) (39).

Ma l'analisi dei presupposti di legittimità della utilizzazione di intercettazioni in diverso procedimento dovrebbe prendere, secondo noi, l'avvio dalla espressa indicazione della nozione di "diverso procedimento".

La "diversità" in analisi è concetto la cui dimensione viene determinata in maniera assai disparata in giurisprudenza, e ciò determina una sostanziale (e non infrequente) disuguaglianza nella applicazione della legge. Basti pensare che, da un lato, si può ritenere che il diverso procedimento sia quello nato da una notizia di reato storicamente diversa e, quindi, da una altrettanto storicamente diversa iscrizione nel registro generale notizie di reato; e così, diverso sarebbe anche il procedimento collegato o riguardante un reato connesso (40) essendo sufficiente (ma anche necessario) ad affermare la diversità procedimentale la diversità della notizia di reato e la ulteriorità della sua iscrizione.

E tuttavia, altro filone ermeneutico sostiene che non ci si trovi in presenza di diverso procedimento allorché si stia procedendo per reati connessi al reato per il quale siano state autorizzate ed esperite le intercettazioni, così come non sarebbe diverso il procedimento che sviluppasse indagini in qualche modo collegate al procedimento nell'ambito del quale le captazioni si erano regolarmente avute. Per tale via, e cioè valorizzando la connessione ed il collegamento tra le

(39) Per questo è molto pericoloso l'orientamento secondo il quale in tema di intercettazioni disposte in altro procedimento, anche dopo la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 268 c.p.p. di cui alla sentenza della Corte costituzionale n. 336 del 2008, l'omesso deposito degli atti relativi, ivi compresi i nastri di registrazione, presso l'autorità competente per il diverso procedimento, non determina l'inutilizzabilità dei risultati intercettativi, in quanto detta sanzione non è prevista dall'art. 270 c.p.p. e non rientra nel novero di quelle di cui all'art. 271 c.p.p. aventi carattere tassativo, cfr. Cass., sez. VI, 24 novembre 2009, S.C., in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

(40) Cass., sez. IV, 11 dicembre 2008, M.V., in in C.E.D. Cass. n. 242836.

indagini (41) sotto un profilo oggettivo, probatorio o finalistico, diverrebbe irrilevante il dato formale/numerico della notizia di reato, assumendo, viceversa, importanza i contenuti della stessa; con la conseguente apertura delle correlate problematiche inerenti la valutazione "in merito" alla identità del fenomeno investigato in punto di dimensione fattuale (e perciò giuridica) di esso. Tematiche che risultano amplificate dalla assoluta mancanza di parametri controllabili (regnante, invero, sul tema una ampia discrezionalità) e dall'essere affidato il giudizio a chi non può possedere tutte le conoscenze idonee alla valutazione che dovrà compiere.

Sotto tale ultimo aspetto, infatti, è difficile comprendere come possa avere la piena cognizione delle possibili "connessioni" e degli eventuali "collegamenti", forieri di una fittizia "unicità" procedimentale legittimante l'utilizzabilità delle intercettazioni *aliunde* autorizzate, quel giudice che dovrà utilizzare nel diverso procedimento (sia esso cautelare o di merito) le intercettazioni; permane, insomma, il dubbio che la valutazione non possa essere correttamente esperita poiché quel giudice nulla potrebbe sapere degli sviluppi procedimentali o processuali dei reati e delle indagini che hanno generato quella prova che egli dovrebbe autoaffidarsi.

Un chiarimento normativo sui temi esposti sarebbe auspicabile anche perché la risoluzione dei quesiti legati alla utilizzabilità (ed alla transitività) delle intercettazioni potrebbe trovare imprevisi sbocchi patologici manifestantisi attraverso accorpamenti procedimentali impropri.

Secondo noi, se la separazione procedimentale non priva di pregio la concessa autorizzazione ad intercettare, la quale va vista al momento in cui viene data e con riferimento a quello specifico fatto/reato; simmetricamente la riunione di procedimenti non può determinare una utilizzabilità *tout court* delle intercettazioni ai procedimenti riuniti. E l'attenzione verso il fenomeno deve essere massima (e finalmente disciplinata espressamente) nei casi in cui, sulla base di un ritenuto collegamento o di una asserita connessione, si aggirasse la inutilizzabilità (e prima ancora la non intercettabilità) attraverso la procedura del collegamento investigativo e della correlata possibilità di scambio degli atti (di cui all'art. 371, comma 1, c.p.p.) ivi comprese le intercettazioni; le quali di certo non potranno essere validamente estese a procedimenti per reati che non le consentono, e ciò anche laddove esse siano state correttamente "scambiate" a seguito di legittime procedure collaborative di indagine.

Insomma, occorre ribadire il principio che le intercettazioni devono essere utilizzate soltanto per quei reati previsti dalla legge e per i quali sono state autorizzate, salvo siano indispensabili all'accertamento di delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza; non essendo, viceversa, apprezzabile lo stratagemma consistente nel creare fittizie unitarietà eterogenee a scopi estensivi dell'utilizzabilità.

Una precisazione normativa sarebbe, inoltre, auspicabile onde comprendere se vi sia un regime di acquisizione/utilizzabilità privilegiato per le intercettazioni riguardanti conversazioni che siano esse stesse "in sé" dei reati; si pensi, ad esempio, alla conversazione con la quale si realizza il favoreggiamento ovvero al dialogo nel quale si rivela un segreto.

Secondo noi, tali casi vanno disciplinati come un diverso procedimento, da ciò derivando l'ordinaria operatività dell'art. 270 c.p.p. e, quindi, una utilizzabilità possibile solo nei rigorosi limiti tracciati dalla norma; con la conseguenza che quelle conversazioni costituenti reato sono documentabili con le intercettazioni se per il reato che esse costituiscono è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza.

Non ci convince, invero, la diversa prospettiva che vorrebbe ricondurre le *conversazioni costituenti reato* alla categoria del "corpo del reato" (42) (forse pensando che essa è la cosa attraverso la quale il reato è stato commesso) e determinare, di conseguenza, l'acquisizione di esse al fascicolo degli atti utilizzabili per la decisione senza limite alcuno. E tuttavia, il ragiona-

(41) Tra le tante, Cass., sez. VI, 2 dicembre 2009, P.S.S., in Dir. pen. proc., 2010, 688.

(42) Ad esempio Cass., sez. VI, 3 aprile 2003, Di Canosa, in Giust. pen., 2004, III, 241.

mento non è condivisibile poiché si tratta di una interpretazione problematica nella misura in cui si consideri che quasi tutte le intercettazioni costituiscono o possono (secondo una interpretazione estensiva) costituire reato (*rectius*: corpo di reato), si pensi al caso della vendita di stupefacenti ovvero ad una minaccia telefonica.

Per tali ragioni la riconduzione (di talune) delle intercettazioni telefoniche alla categoria processuale del *corpo di reato* non ci convince e si manifesta, piuttosto, come una interpretazione vanificatrice dell'art. 270 c.p.p.

La nostra posizione è, invece, meno rigorosa con riferimento al requisito della nozione di "accertamento del reato" (per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza), il quale ai fini di cui all'art. 270 c.p.p. (ossia per l'utilizzabilità nel diverso procedimento del materiale captato processualmente altrove) potrà essere interpretato in maniera elastica come un qualunque contributo causale alla decisione, ed avere come riferimento un qualsiasi elemento del fatto o del soggetto (anche una mera circostanza del reato) e non dovrà, quindi, necessariamente attingere il versante della prova della colpevolezza.

Analogamente ci sentiamo di manifestare con riferimento all'ambito di utilizzabilità consentito alla intercettazione proveniente da diverso procedimento, dal momento che la stessa deve ritenersi migrabile non solo nel dibattimento di diverso procedimento ma anche nelle fasi precedenti e nelle vicende cautelari.

Ovviamente, a nostro avviso, una corretta procedura transittiva presuppone la non mortificazione delle facoltà difensive nel procedimento di destinazione, laddove la parte potrà interloquire sia sulla corretta operatività della procedura di cui all'art. 270 c.p.p. e sia sulla (eventuale) inutilizzabilità "originaria" (ossia: per ragioni originarie) della intercettazione. Dette dinamiche, come sopra accennato, passano attraverso una effettiva messa a disposizione (a beneficio del soggetto verso il quale le intercettazioni vorrebbero utilizzarsi) non solo dei supporti ma anche dei presupposti formali (esempio: decreti e verbali) delle intercettazioni compiute nel diverso procedimento (43).

Le tutele di cui diciamo dovrebbero essere rispettate pena la sanzione dell'inutilizzabilità; auspicabile sarebbe, perciò, uno specifico inserimento novellistico, dal momento che la giurisprudenza sembra orientata verso una ritenuta assenza di sanzioni in caso di mancante o incompleto deposito della documentazione comprovante il rispetto delle forme previste per l'intercettazione. Ovviamente la pericolosità di un orientamento del genere deriva dalla ritenuta possibilità di violare i diritti difensivi in assenza di sanzione, e ciò si pone in evidente contrasto, poiché le nega, con le facoltà ribadite dalla Corte costituzionale proprio in punto di "accesso agli atti" delle intercettazioni da parte della difesa (44).

E chiaro che, stante l'orientamento giurisprudenziale (45), sia oramai evidentissima la necessità di individuare normativamente la espressa sanzione di inutilizzabilità dell'intercettazione in tutti quei casi di mancata possibilità per l'indagato/imputato di interloquire a pieno onde esercitare un consapevole contraddittorio per la prova e sulla prova, dal momento che è un contraddittorio viziato (*recte*: non è un contraddittorio) la situazione in cui una delle parti non abbia gli strumenti conoscitivi necessari ad interloquire sulla legittimità di una prova; e tal è la condizione del soggetto che non ha la possibilità di accedere alla documentazione attestante la legittimità delle intercettazioni che contro di lui vogliono utilizzarsi e che, perciò, non riesce a valutare la utilizzabilità originaria di esse, la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 270 c.p.p. e le questioni ad essi afferenti.

La dimensione delle indicate problematiche si alimenta ancor di più nei casi in cui la violazione dei diritti difensivi avvenga nei ristretti spazi temporali del procedimento cautelare, e si pensi, vieppiù, alla gravosità del fenomeno derivante dalla unanimente recepita eccezione di inutilizzabilità

della prova come un onere di parte (46); dinamica da cui possono derivare delle irrimediabili ingiustizie dovute alla impossibilità di eccepire la inutilizzabilità per mancata conoscenza dei vizi derivanti dalla inosservanza dell'obbligo del p.m. di messa a disposizione degli atti a beneficio di parti e soggetti processuali.

Occorre, perciò, evitare che delle inottemperanze alle norme che tutelano i diritti difensivi (a loro volta posti a presidio dei diritti della persona coinvolta nel procedimento penale) vadano a svantaggio del soggetto tutelato dalla norma, invece che riflettersi su chi ha violato la legge; e, pertanto, si attende un intervento normativo chiarificatore.

I temi discussi alimentano la propria gravità se confrontati con eventuali prassi di produzione/riciesta di ammissione in dibattimento ai sensi dell'art. 270 c.p.p. di intercettazioni provenienti da diverso procedimento e senza che vi sia stata (benché cronologicamente possibile) una preventiva menzione/esistenza di esse al tempo dell'avviso di conclusione delle indagini; ci preoccupa, cioè, una tendenza privativa delle facoltà difensive manifestatasi attraverso la concessione delle intercettazioni come atto doppiamente a sorpresa: una prima volta, quando si eseguono (e ciò è fisiologico); ed una seconda volta, quando si cercano di esportare verso altre vicende processuali.

Aggravano le violazioni indicate quelle prassi che vorrebbero, addirittura, consentire in dibattimento l'acquisizione *ex art. 238 c.p.p.* delle trascrizioni già effettuate nel procedimento *a quo* (47); prassi che, a tacer d'altro, dimenticano – per un verso – che la "trascrizione partecipata" è un diritto della parte, e – per altro verso – che le intercettazioni eseguite e trascritte "altrove" non divengono prova documentale solo perché se ne chiede il trasferimento in altro procedimento.

Analogamente una parola definitiva meriterebbe la questione della riqualificazione giuridica del fatto quale ragione di inutilizzabilità sopravvenuta della intercettazione e, perciò, anche della intercettazione acquisita da diverso procedimento; non potendosi pensare che la qualificazione giuridica del fatto, sia nel procedimento *a quo* che in quello *ad quem*, possa essere uno strumento per aggirare i limiti normativi ed alimentare un circuito di indiscriminato utilizzo, od estensione dell'utilizzo, delle intercettazioni al di là dei casi previsti dalla legge.

La valorizzazione del diritto di difesa, sia come metodo ermeneutico che come indirizzo normativo, ci aiuta a ragionare anche sulla sorte processuale che spetta alle intercettazioni provenienti da altro procedimento e che servano a provare l'innocenza di un soggetto in altri filoni investigativi o processuali.

A nostro avviso, invero, per questo genere di intercettazioni (si pensi, ad esempio, alla intercettazione che fornisca l'alibi) non possono valere i limiti normativi di cui abbiamo sinora parlato (= le regole di cui all'art. 270 c.p.p.) dal momento che esse sono superate da una regola di rango costituzionale (l'art. 24 Cost.) che antepone il diritto di difesa ad ogni altro possibile orpello o regola di esclusione probatoria; insomma, le intercettazioni inutilizzabili ovvero quelle non estensibili ad altro procedimento riteniamo siano prove idonee a supportare l'innocenza del soggetto *sub iudice* o, comunque, ci sembra che restino elementi idonei ad alimentare un ragionevole dubbio di non colpevolezza (48).

Sui profili sinora trattati la riforma pendente (49) tratterebbe – e ci sembra cosa utile – le fattispecie di reato per le quali dovrebbe essere possibile utilizzare le intercettazioni prove-

(46) Cass., Sez. Un., 17 novembre 2004, p.m. in proc. Esposito, cit.

(47) In tal senso Cass., sez. I, 22 marzo 2005, D'Amico, in Arch. n. proc. pen., 2006, 452.

(48) In senso analogo al ragionamento altrove condotto a proposito la portata dell'art. 526, comma 1bis, c.p.p. che, invero, limita la sola direzione della prova mal raccolta verso l'attitudine a provare la colpevolezza; sia consentito, sul punto, rinviare al Nostro, Un ragionevole dubbio sulle dichiarazioni rese da persona residente all'estero, in Giust. pen., 2007, III, 476.

(49) Il disegno di legge S. 1611, approvato con modificazioni dal Senato della Repubblica il 10 giugno 2010, cit.

(43) Anche se di contrario avviso sono le SS.UU., v. Cass., Sez. Un., 17 novembre 2004, p.m. in proc. Esposito, in Corr. merito, 2005, 2, 209.

(44) Corte cost., 10 ottobre 2008, n. 336, cit.

(45) Avallato da Cass., Sez. Un., 17 novembre 2004, p.m. in proc. Esposito, cit.

nienti da altro procedimento, e tale tipicizzazione ci pare opportuna al fine di eliminare dubbi interpretativi; ma, altresì, opportuno sarebbe dare una espressa risposta alle esigenze di tutela dei diritti difensivi mortificati sovente dalle dinamiche sopra indicate.

6. Cenni sui divieti di utilizzazione e sulle intercettazioni incostituzionali.

I divieti di utilizzazione delle intercettazioni derivano dall'essere queste state eseguite fuori dai casi disciplinati dalla legge, oppure in violazione delle regole previste a pena di inutilizzabilità od in spregio della disciplina sui segreti; e la infrazione al divieto condurrà alla distruzione del materiale, salvo il supporto che le contiene sia esso stesso "corpo del reato" da conservare, perciò, al fascicolo processuale (50).

La disciplina dei divieti, che sarebbe meglio definire la disciplina delle intercettazioni consentite, ci sembra il portato di riflessioni nate (vigente il precedente codice di rito) attorno alle c.d. intercettazioni incostituzionali (51); e, probabilmente, un metodo per comprendere la latitudine dei divieti di intercettazione potrebbe essere sviluppato proprio attraverso una verifica del se le captazioni siano o meno "incostituzionali".

Uno strumento di verifica dell'utilizzabilità delle intercettazioni potrebbe essere una "prova di resistenza di esse" alla luce della Costituzione, nel senso che dovranno ritenersi comunque inutilizzabili tutte quelle captazioni che violassero principi generali ed astratti ovvero diritti appartenenti al singolo di volta in volta coinvolto nel procedimento ed aventi copertura costituzionale (52).

In primis, appare opportuno procedere alla riconduzione delle c.d. prove incostituzionali alla categoria di cui all'art. 191 c.p.p., e ciò a prescindere da espliciti divieti di legge, operando la inutilizzabilità ogniquivolta – in un modo o nell'altro (e, quindi, anche in forma atipica) – venga violato il presidio costituzionale. E tale interpretazione teleologico-assiologica (volta cioè all'attuazione dei valori costituzionali) ci consente di effettuare l'ulteriore passaggio argomentativo della utilizzabilità *in bonam partem* persino della intercettazione incostituzionale, laddove il diritto leso appartenga a colui il quale risulti beneficiario dall'utilizzazione della captazione; soggetto che, quindi, potrebbe prestare il consenso alla violazione di un proprio diritto, generalmente attribuitogli dalla Costituzione o dalla legge ordinaria, al fine di ricevere, quale diretto od indiretto tornaconto, un beneficio maggiore od uguale.

La logica della intercettazione rispettosa dei diritti costituzionali ha – secondo noi – mosso le recenti decisioni delle Sezioni Unite, che hanno chiarito come l'inutilizzabilità delle intercettazioni, una volta accertata e dichiarata nel giudizio di merito, debba poi intendersi estensibile al procedimento di riparazione per ingiusta detenzione ed al procedimento di applicazione della misura di prevenzione (53).

Insomma, una volta leso un diritto del soggetto destinatario del mezzo di (ricerca della) prova, l'infezione appartiene a quest'ultimo a prescindere dagli utilizzi che di esso voglia farsi ed indipendentemente dal luogo processuale di destinazione; salva ovviamente la facoltà del titolare del diritto di rinunciarvi (trattandosi, per lo più, di prerogative nella disponibilità del singolo), dal momento che «l'accertamento della innocenza è una posta troppo importante per essere sacrificata agli idoli della procedura» (54) e, pertanto, da una intercettazione "incostituzionale" per violazione della Carta ovvero inutilizzabile per

(50) Ad esempio, si pensi alla prova del reato di cui all'art. 615 bis c.p., e quindi ad un fenomeno completamente diverso dal "corpo del reato" di cui abbiamo parlato nel paragrafo precedente, laddove, invece, tale qualifica voleva riconoscersi ai "contenuti" e non al "contenitore" come nel caso di specie.

(51) Per inquadrare il fenomeno si leggano Corte cost., 21 maggio 1975, n. 120, in Giur. cost., 1975, 1271, e Corte cost., 11 marzo 1993, n. 81, in Giur. cost., 1993, 731.

(52) Per una interpretazione giurisprudenziale adeguata si dovrà attendere Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, in Guida dir., 2000, 27, 58.

(53) Si vedano Cass., Sez. Un., 13 gennaio 2009, Racco, in Dir. pen. proc., 2009, 302, e Cass., Sez. Un., 25 marzo 2010, Cagnazzo, in Guida dir., 2010, 19, 45.

violazione di legge ordinaria si potrà trarre sì l'elemento di innocenza dell'imputato ma di certo non altri ingredienti che vadano al di là del mero spunto investigativo. Suggerimento che, peraltro, è sempre traibile benché proveniente da prova inutilizzabile, non esistendo nel nostro ordinamento una severa applicazione della teoria dei *fruits of the poisonous tree*.

In ossequio al ragionamento sinora condotto riteniamo si possano dissolvere anche eventuali dubbi sul fenomeno della "illegittimità sopravvenuta" delle intercettazioni, ovverossia quelle ipotesi in cui ci si accorge – in un momento successivo all'esecuzione delle operazioni – che nel caso specifico esse non potevano avere luogo.

Una possibile illegittimità sopravvenuta potrebbe essere quella che segue la riqualificazione giuridica del fatto (in una fase successiva a quella delle indagini preliminari) in una fattispecie non rientrante in quelle per le quali l'intercettazione è consentita, ma analoga è la situazione in cui si scopra successivamente la inutilizzabilità nel diverso procedimento perché (una volta individuata correttamente la qualificazione) ci si trova al cospetto di un reato per il quale non è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza; ma la stessa situazione si genera allorquando, solo in un secondo momento, si apprenda che gli indizi che avevano giustificato la autorizzazione delle intercettazioni erano provento di una attività illegittima (esempio, il frutto di una confessione estorta con violenza).

Benché la posizione giurisprudenziale sembra privare di efficacia la illegittimità sopravvenuta o successivamente scoperta (55), ancorando la legittimità della intercettazione al momento della pregressa autorizzazione, secondo noi una prospettiva ermeneutica teleologico-assiologica consiglia una "perenne" verifica della legittimità della prova in ogni stato e grado processuale e nelle procedure incidentali; ed in ogni momento, perciò, la parte processuale (percepitane l'esigenza) può sollevare la questione al giudicante, nascendo così il diritto ad una valutazione ed alla conseguente decisione sul punto.

Quanto detto è ancor più chiaro se solo si pensa al fatto che, benché sia successivamente estensibile o rilevabile, la "operatività" dell'inutilizzabilità è una dimensione giuridica che si applica "di volta in volta" (e quindi non è una patologia che si dichiara una volta per tutte), anche perché la parte potrebbe non (avere interesse ad) eccepirarla in ogni luogo processuale ed analogamente non tutti i giudicanti che hanno a che fare con la regiudicanda potrebbero avere la medesima sensibilità giuridica nel rilevarla.

Sui problemi sin qui sollevati la riforma *in itinere* (56) fornisce una risposta ad un problema reale, da noi sopra indicato, che è quello della riqualificazione del fatto nel corso del procedimento.

Apprezzabile ci sembra anche la soluzione approntata, dal momento che si prevede in via esplicita una inutilizzabilità delle intercettazioni laddove vi sia nel corso del giudizio (a noi sembra dire in ogni stato e grado, ivi comprese le procedure cautelari) una decisione di riqualificazione giuridica del fatto verso una fattispecie per la quale non sono ammesse le intercettazioni.

La norma proposta ci piacerebbe ancor di più se fosse in grado di comprendere, in maniera espressa, ogni situazione di illegittimità sopravvenuta del mezzo captativo.

7. Una ragionevole prospettiva di riforma.

Una ragionevole prospettiva di riforma non può prescindere dalla risoluzione dei problemi indicati, ed in particolare occorrerebbe partire da un intervento normativo che perfezionasse i singoli *buchi procedurali* determinatisi sovente attraverso interpretazioni che si allontanano dalla norma.

Si potrebbe iniziare partendo da una espressa modifica che potesse un freno alla interpretazione limitante la portata del

(54) Cordero, Prove illecite, in Tre studi sulle prove penali, Milano, 1963, 171.

(55) Per tutte si vedano Cass., sez. VI, 27 maggio 1995, p.m. in c. Cusumano, in Arch. n. proc. pen., 1996, 156, nonché Cass., sez. III, 28 febbraio 1994, Roccia, in Giust. pen., 1995, III, 61.

(56) Il disegno di legge S. 1611, approvato con modificazioni dal Senato della Repubblica il 10 giugno 2010, cit.

concetto di “dimora”, onde riprendere, così, l’applicazione di una disciplina delle captazioni costituzionalmente orientata e non mortificante i diritti sanciti dalla Carta.

Si potrebbe, poi, chiarire se vi debba essere, o meno, una abrogazione tacita del meccanismo delle rogatorie internazionali in materia di intercettazioni telefoniche, e quindi chiarire se le rogatorie vadano esperite solo nel caso in cui ciò serva all’autorità giudiziaria italiana procedente oppure se le stesse sono un requisito fondante la legalità del mezzo di prova in ogni caso di “conversazione estera”.

Sarebbe, indi, opportuno – quanto prima – disciplinare (ed in maniera assai puntuale) le captazioni video preventivamente e strumentalmente realizzate in fase di indagini preliminari, dal momento che le videoriprese possono violare la riservatezza del privato cittadino al pari dell’audizione delle sue parole; ed essendo, peraltro, pienamente assimilabile ad una vera e propria intercettazione la ripresa video di comportamenti comunicativi. L’esigenza è alimentata anche dalla considerazione che le riprese video realizzate nel corso del procedimento, ed a questo finalizzate, sono sovente “recepite” *in diretta* dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria, risultando, così, del tutto identiche alla intercettazione “tradizionale”.

E, per tale via, ad analoghe esigenze di tutela dovrà corrispondere una identica disciplina.

È, inoltre, irrimandabile l’esigenza di disciplinare espressamente in maniera uguale alle intercettazioni ogni flusso di *bit*; quindi sia il pedinamento elettronico, sia le attività di tracciamento e sia pure l’acquisizione dei tabulati telefonici nonché l’acquisizione (contestuale o meno) di *sms* e *mms*; dal momento che lo svolgersi di tali investigazioni determina identiche possibilità di violazione delle tutele costituzionalmente garantite.

In punto di autorizzazione sarebbe, poi, bene chiarire se le intercettazioni preventive e/o quelle dichiarate inutilizzabili possano costituire gravi indizi ai fini dell’intercettare, oppure se (come pensiamo noi) essendo atti invalidi processualmente non possono dar vita ad una prova valida. Così come è arrivato il momento di “ripudiare” per legge la motivazione *per relationem* quando sia acritica e, quindi, evitare anche la motivazione *per relationem* di secondo grado, attraverso la quale un atto di p.g. viene trasformato in un provvedimento giudiziario di autorizzazione delle intercettazioni; stravolgendo, così, la struttura processuale e, quindi, evidenziando le ragioni di un urgente intervento legislativo.

Analoghe specificazioni disciplinari meriterebbe il fenomeno delle intercettazioni urgenti; e ciò potrebbe avvenire delimitando in maniera quanto più dettagliata possibile i limiti di applicazione, ed altresì specificando per legge se siano o meno (ed in che termini) possibili le c.d. captazioni fortuite ovvero tutti i fenomeni di trasformazione “di genere” delle intercettazioni. Argomento che ben si collega al prevedere che la patologia processuale – in ogni caso – correlata alle intercettazioni difettosamente instaurate (per carenza motivazionale od altre patologie) sia una inutilizzabilità assoluta, quindi, insanabile e rilevabile (e, perciò, eccepibile) in ogni stato e grado del procedimento.

Servirebbe, inoltre, definire normativamente la possibilità di recuperare con mezzi alternativi le conoscenze raccolte nel supporto smarrito o deteriorato nei confronti di quell’imputato (o indagato) che abbia avuto modo di conoscere (ed eventualmente duplicare) quelle captazioni prima dello smarrimento o del deterioramento; senza possibilità, però, di interpretazione estensiva dell’utilizzabilità a soggetti nei confronti dei quali, invece, sia mancato tale “preventivo accesso” al mezzo di ricerca della prova.

Irrimandabile è, poi, il bisogno di creare un meccanismo in fase cautelare idoneo alla tutela della legalità delle captazioni quale presupposto dell’essere le stesse fondamento di misura cautelare valida; e ciò potrà avvenire solo attraverso un percorso sanzionatorio strutturato nel senso che la mancata trasmissione al g.i.p. della documentazione attestante la liceità delle captazioni determini l’inutilizzabilità di esse, che restano escluse, perciò, dalle conoscenze del giudicante quando valuta gli indizi. Ed altrettanto dovrà prevedersi che la mancata trasmissione al tribunale del riesame della documentazione attestante la

liceità della intercettazioni comporterà il decadimento ovvero l’inefficacia dell’ordinanza di custodia cautelare laddove questa fosse basata prevalentemente, oppure esclusivamente, sulle intercettazioni della cui liceità tutto si ignora.

È, altresì, urgente delineare una disciplina che sanzioni – a pena di inutilizzabilità espressa – il mancato deposito da parte del pubblico ministero di tutta la documentazione afferente alle intercettazioni svolte; senza, cioè, possibilità di omissioni di deposito di parte delle captazioni o di parte della documentazione di legge. Ed alla stessa sanzione dovrebbe soggiacere il pubblico ministero nell’ipotesi in cui ometta di avvisare l’indagato od il difensore del deposito effettuato, essendo unico il diritto di difesa ma esercitabile disgiuntamente, ed essendo una omissione del genere non priva di mortificazioni del diritto medesimo.

Un chiarimento sarebbe, quindi, necessario, alla luce del vigente orientamento giurisprudenziale, riguardo al se abbia senso continuare a sancire la necessità dell’esecuzione delle intercettazioni mediante impianti interni alla procura della Repubblica, quando, poi, si lascia la possibilità di abrogare tacitamente la norma con il meccanismo della c.d. remotizzazione dell’ascolto. Delle due, l’una: o si accoglie quest’abrogazione tacita, e la soluzione non ci convince né nel metodo, né nel merito; o si disciplina chiaramente il divieto di condurre intercettazioni con impianti esterni alla procura statuendo che esse sono impossibili al di là dei casi già consentiti dalla legge, e ripudiando, così, espressamente i contenuti dei recenti interventi giurisprudenziali.

Sul punto, infatti, la remotizzazione non serve a superare un problema pratico, dal momento che è già prevista dal codice la procedura da attivare allorché vi sia impossibilità di eseguire le operazioni mediante gli impianti interni (basterebbe rispettarla); ed a ciò, ci sia consentito aggiungere che non è pensabile abrogare una norma codicistica attraverso una pronuncia delle Sezioni Unite, essendo ciò consentito soltanto ad una eventuale statuizione della Consulta.

Auspichiamo, quindi, una puntuale novella sul tema.

Buona ci sembra, infine, l’idea (manifestata in sede di riforma pendente) di evitare il passaggio di intercettazioni da un procedimento all’altro, se non in casi/reati tassativamente indicati; ed in questo punto la prospettiva di riforma ci sembra corretta ed auspicabile. Con ciò chiudendosi, speriamo definitivamente, la porta ad aggiramenti strategici basati su ritenute connessioni o collegamenti procedurali, ovvero attraverso la riconduzione di conversazioni alla dignità di “corpo del reato”, forieri di estensioni/migrazioni probatorie invece illegittime.

In definitiva, ci sembra necessario (e ciò auspichiamo) tradurre la riserva di giurisdizione in una disciplina di dettaglio delle intercettazioni disposte in altro procedimento, limitando, così, la discrezionalità giudiziale nella selezione del materiale probatorio.

In conclusione, si dovrebbe creare una norma di chiusura che disciplini l’inutilizzabilità delle intercettazioni allorché non siano rispettate le forme del capo IV del titolo III inserito nel libro III del c.p.p.; insomma, sarebbe necessario sancire in maniera chiara ed espressa il principio normativo in base al quale ogni esplicita devianza dalla disciplina legale tipica viene sanzionata attraverso l’inutilizzabilità, non potendo accettarsi che violazioni di regole stabilite a tutela del singolo possano essere mortificate sulla base di un ritenuto beneficio alla collettività azionato mediante il procedimento penale.

Corollario di questa norma potrebbe essere una successiva previsione di “disponibilità” del diritto violato, idonea a “sanare” col consenso della parte cui il diritto spetta la eventuale violazione della procedura e, quindi, a rendere utilizzabile ciò che altrimenti non lo sarebbe.

DANILO IACOBACCI

Autorizz. Tribunale Torino n. 327 del 28-9-1948

PIETRO NOCITA - Direttore responsabile

Stamperia Artistica Nazionale - Trofarello (To) - Via M. D’Antona, 19

LA GIUSTIZIA PENALE

Rivista mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione

Autorizz. Tribunale Torino n. 327 del 28-9-1948

PIETRO NOCITA - Direttore responsabile

**Edizione elettronica: Spolia - www.spolia.it
e-mail: edizionispolia@spolia.it**