

ARCHIVIO PENALE

*Rivista europea di diritto, procedura penale,
ordinamento giudiziario e leggi speciali
fondata da Remo Pannain*

RIVISTA QUADRIMESTRALE

3/2008

ARACNE

ARCHIVIO PENALE

Rivista europea di diritto, procedura penale, ordinamento giudiziario e leggi speciali fondata da Remo Pannain

RIVISTA QUADRIMESTRALE

Condirettori

ALFREDO MOLARI

Professore ordinario f.r. di Procedura penale nell'Università di Padova

PIERO GUALTIERI

Professore ordinario di Procedura penale nell'Università di Urbino

FABRIZIO RAMACCI

Professore ordinario di Diritto penale nell'Università di Roma "La Sapienza"

ADOLFO SCALFATI

Professore ordinario di Procedura penale nell'Università di Roma "Tor Vergata"

Comitato scientifico

IVO CARACCIOLI

Professore ordinario f.r. di Diritto penale nell'Università di Torino

MARIAVALERIA DEL TUFO

Professore ordinario di Diritto penale nell'Università "Suor Orsola Benincasa"

GIULIANO BALBI

Professore ordinario di Diritto penale nella II Università di Napoli

GIORGIO SPANGHER

Professore ordinario di Procedura penale nell'Università di Roma "La Sapienza"

PAOLO TONINI

Professore ordinario di Procedura penale nell'Università di Firenze

GIULIO GARUTI

Professore ordinario di Procedura penale nell'Università di Modena

LEONARDO FILIPPI

Professore ordinario di Procedura penale nell'Università di Cagliari

CARLO GUARNERI

Professore ordinario di Ordinamento giudiziario nell'Università di Bologna

MARIE-ELISABETH CARTIER

Professore di Diritto penale nell'Università "Panthéon-Assas II" di Parigi

Direttore responsabile

GUSTAVO PANSINI

Professore ordinario f.r. di Procedura penale nell'Università di Roma "Tor Vergata"

JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA

Professore di Diritto penale e Preside della Facoltà di Giurisprudenza nell'Università di Coimbra

VICTOR MORENO CATENA

Professore di Procedura penale nell'Università "Carlos III" di Madrid

JOSÉ ANTONIO BARREIROS

Professore di Procedura penale nell'Università di Lisbona

JOHN A.E. VERVAELE

Cattedratico di Diritto penale europeo nell'Università di Utrecht

Comitato di direzione

TERESA BENE

Professore associato di Procedura penale nella II Università di Napoli

FILIPPO DINACCI

Professore associato di Procedura penale nell'Università di Bergamo

CARLA PANSINI

Professore associato di Procedura penale nell'Università del Molise

FABRIZIO SIRACUSANO

Professore associato di Procedura penale nell'Università di Catania

CRISTIANA VALENTINI

Professore associato di Procedura penale nell'Università di Ferrara

CRITINA MAURO

Professore di Procedura penale nell'Università "Panthéon-Assas II" di Parigi

IGNACIO FLORES PRADA

Professore di Procedura penale nell'Università "Pablo de Olavide" di Siviglia

Comitato di redazione

Remo Pannain, Antonietta Confalonieri, Flavio Argirò, Antonio Barba, Federico Bisceglie, Orietta Bruno, Daniele Cenci, Marco D'Agnolo, Alessandro Diddi, Andreana Esposito, Alessandro Fabbri, Ada Famiglietti, Mauro Gualtieri, Rosa Maria Geraci, Alessandra Gualazzi, Antonio Marino, Roberto Puglisi, Guido Picciotto, Mariaivana Romano, Diletta Servi

ARCHIVIO PENALE

*Rivista europea di diritto, procedura penale,
ordinamento giudiziario e leggi speciali
fondata da Remo Pannain*

RIVISTA QUADRIMESTRALE

Direzione e Redazione

Università di Roma "Tor Vergata"
Dipartimento di Diritto Pubblico
via Bernardino Alimena, 5
00173 Roma
06 72592464

Condizioni di acquisto

— 80,00 euro abbonamento
— 30,00 euro fascicolo singolo

Per ordini

telefax: 06 93781065
e-mail: info@aracneeditrice.it
online: www.aracneeditrice.it
Skype: aracneeditrice

Modalità di pagamento

c/c postale 40002388
contrassegno postale
carta di credito (acquisto online)

Editore

Aracne editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133 A/B
00173 Roma
(06) 93781065

*I diritti di traduzione, di memorizzazione
elettronica, di riproduzione e di adattamento
anche parziale, con qualsiasi mezzo, sono
riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: giugno 2009

ISBN 978-88-548-2555-0
ISSN 0004-0304

Indice

DOTTRINA

Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea PAOLO FERRUA	9
La sorveglianza elettronica nel sistema penale italiano PORZIA TERESA PERSIO	31

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

Corte cost., ord. 14/01/08, n. 4, con nota Tucci	53
Corte cost., sent. 04/04/08, n. 85, con nota Famiglietti	73
Corte cost., sent. 20/06/08, n. 219, con nota Barba	95
Cass., Sez. V, 29/04/08, n. 17408, con nota Gualazzi	157
Cass., Sez. fer., 27/08/08, n. 34295, con nota Diddi	175

RASSEGNA DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

Misure cautelari ROBERTO PUGLISI	199
---	-----

PANORAMA EUROPEO

Violenza di genere e <i>stalking</i> : nuove forme di abusi sulle donne ROBERTA RIGGIO	213
<i>Rassegna bibliografica: Laura Scomparin e Paola Spagnolo</i> ANTONIO BARBA	229

DOTTRINA

Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assettamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea

PAOLO FERRUA

SOMMARIO: 1. La regola d'oro nell'art. 111 Cost. – 2. L'irrilevanza probatoria delle contestazioni nell'esame dibattimentale – 3. Metadichiarazioni del testimone – 4. Condotta illecita e libertà di autodeterminazione – 5. La prova della condotta illecita – 6. Il preteso contrasto del nostro sistema probatorio con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo – 7. Le garanzie della Convenzione europea: uno *standard* minimo e non massimo – 8. Convenzione europea e dichiarazioni irripetibili – 9. Le interpretazioni della Corte europea

1. *La regola d'oro nell'art. 111 Cost.* – Sono trascorsi dieci anni da quando il contraddittorio nella formazione della prova — la regola d'oro del processo penale — è stato eretto a valore costituzionale con la riforma dell'art. 111 Cost.; e otto da quando, con la legge di attuazione del giusto processo, i suoi più significativi corollari — l'uso delle contestazioni negli esami dibattimentali per il solo controllo sulla credibilità del testimone e il divieto di testimonianza indiretta per la polizia giudiziaria — sono stati ripristinati nel testo degli artt. 195 e 500, c.p.p., dai quali li aveva estromessi la Corte costituzionale con le sentenze nn. 24 e 255 del 1992. L'affermazione, o meglio la riaffermazione, della regola e dei suoi corollari ha incontrato forti resistenze da parte dei nostalgici del rito inquisitorio, le stesse che avevano accompagnato l'approvazione del codice vigente. Come accade in questi casi, l'opposizione misoneista si è sviluppata secondo una consolidata tecnica in due tempi: *prima* dell'approvazione della riforma, esasperando il senso delle formule legislative per evidenzia-

re tutte le disastrose conseguenze che si sarebbero prodotte nel sistema; *dopo*, vale dire una volta approvata la riforma, tentando di vanificarne, con opposto metodo interpretativo, il contenuto di novità, sino a ridurla ad una mera ratifica degli equilibri previgenti. E così gli stessi autori, che prima della riforma costituzionale avevano profetizzato esiti apocalittici, si sono affrettati, non appena è entrata in vigore, a svalutarne le più significative innovazioni, spingendosi a sostenere che la regola del contraddittorio non avrebbe impedito di utilizzare come prova le dichiarazioni unilateralmente raccolte nell'indagine, purché contestate al testimone nel corso dell'esame dibattimentale.

Fortunatamente la chiara lettera dell'art. 111 Cost. e il leale riconoscimento della sua portata innovativa da parte del legislatore e della stessa Corte costituzionale hanno impedito che si ripettesse un'esperienza analoga alla svolta inquisitoria del 1992. Dal nuovo testo dell'art. 111, co. 4, Cost. si possono, infatti, trarre con certezza due conclusioni.

La prima riguarda la proposizione secondo cui «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova». Espresso come implicazione logica (se *A*, allora *B*), l'enunciato suona: se *x* è prova, allora *x* dev'essere formato in contraddittorio. Formula dalla quale si può deduttivamente ricavare, *per modus tollens*, che, se *x* non è formato in contraddittorio, allora *x* non può valere come prova nel processo penale¹; e ciò equivale a poi dire, per quanto concerne la prova dichiarativa, che le dichiarazioni raccolte dagli organi investigativi non possono costituire prova (s'intende, al di fuori delle eccezioni previste dalla stessa Costituzione). Si deve dunque concludere, come riconosciuto dagli stessi giudici costituzionali², che la prima parte dell'art. 111, co. 4, Cost.

¹ Con due limiti, da ritenere impliciti nel precetto costituzionale. Il primo è che il contraddittorio nella formazione della prova riguarda solo il tema principale del processo, ossia la colpevolezza; sui temi incidentali — l'applicazione delle misure cautelari, il rinvio a giudizio, la condotta illecita *ex* art. 500 c.p.p. ecc. — è utilizzabile ogni atto valido, quali che siano la sede e il metodo della sua assunzione. Il secondo limite è che la regola del contraddittorio vale solo per le prove di cui si possa astrattamente ipotizzare la formazione in contraddittorio, quindi solo per quelle costituite nella sede processuale latamente intesa e, in particolare, per le dichiarazioni ivi raccolte; non certo per i documenti e gli oggetti pertinenti al reato rispetto ai quali il contraddittorio può esercitarsi solo *sulla* prova, sottoponendoli all'esame delle parti (e altrettanto, dicasi per atti come le intercettazioni, strutturalmente incompatibili con il contraddittorio nel momento formativo).

² Ordinanza n. 293 del 2002: «la prima parte del co. 4 dell'art. 111, Cost., con il quale il legislatore ha dato formale riconoscimento al contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio (sentenza 32 del 2002), esprime una generale regola di esclusione probatoria (ordinanza 36 del 2002), in base alla quale nessuna dichiarazione raccolta unilateralmente durante

«esprime una generale regola di esclusione probatoria, in base alla quale nessuna dichiarazione raccolta unilateralmente durante le indagini può essere utilizzata come prova del fatto in essa affermato, se non nei casi, eccezionali, contemplati dal comma successivo, di consenso dell'imputato, di accertata impossibilità di natura oggettiva di formazione della prova in contraddittorio, di provata condotta illecita».

La seconda conclusione riguarda la sottrazione per libera scelta. Espressa come implicazione logica, la relativa formula suona: se P per libera scelta si è sempre volontariamente sottratto al controesame, allora la colpevolezza non può essere provata sulla base delle dichiarazioni rese da P . Per *modus tollens* ne deriva che, se la colpevolezza può essere provata sulla base delle dichiarazioni rese da P , allora P non si è sottratto per libera scelta al controesame. Ma sarebbe un grave errore logico — ben noto come 'negazione dell'antecedente'³ — affermare che, se P non si è sottratto al controesame, allora la colpevolezza può essere provata sulla base delle dichiarazioni di P ; grave errore perché il divieto può derivare da altra fonte, che nella specie è rappresentata dalla già menzionata regola di esclusione probatoria. Eppure, proprio in questa fallacia incappa la dottrina che pretende di dedurre dal precetto relativo alla sottrazione per libera scelta la possibilità di un uso probatorio delle contestazioni nell'esame dibattimentale⁴: se il teste *non* si sottrae al controesame — si

le indagini può essere utilizzata come prova del fatto in essa affermato, se non nei casi, eccezionali, contemplati dal comma successivo, di consenso dell'imputato, di accertata impossibilità di natura oggettiva di formazione della prova in contraddittorio, di provata condotta illecita»; ma sostanzialmente nello stesso senso, v. già la sentenza n. 32 e l'ordinanza n. 36 del 2002.

³ È una fallacia formale che viola la regola di deduzione del *modus tollens* (se p allora q , non p , quindi non q . Es.: se piove allora è freddo; non piove; quindi non è freddo).

⁴ In tal senso, ad esempio, V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale «giusto». Itinerari e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2000, XVII s.; ID., *Qualche variazione sui rapporti tra contraddittorio «per» la prova e limiti del diritto al silenzio dell'imputato sul fatto altrui*, in *Pol. dir.*, 2001, 89 s cit., 95 s. («In queste ipotesi, infatti, non essendosi il dichiarante 'sottratto' al vaglio dell'interrogatorio, viene a mancare lo stesso presupposto di operatività della regola dettata nella seconda parte dell'art. 111 co. 4 Cost., che sanziona come inutilizzabili soltanto le suddette dichiarazioni; e, del resto (argomentando *a contrario*), non si vede come potrebbe ricavarsi dalla prima parte del medesimo art. 111, co. 4 Cost. una più ampia regola di inutilizzabilità, tale da investire tutte le dichiarazioni anteriormente acquisite in difetto di contraddittorio, prescindendo dalla circostanza del successivo rifiuto del dichiarante di confrontarsi con l'accusato»); P. TONINI, *Necessario garantire spazi per un vero contraddittorio*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 novembre 2000, 28; ID., *L'alchimia del nuovo sistema probatorio: una attuazione del «giusto processo»?*, in, *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura del medesimo, Cedam, Padova, 2001, 40; analogamente, con riguardo all'art. 526, 1° co. bis, c.p.p., D. CARCANO, D. MANZIONE, *Il giusto processo. Commento alla legge 1 marzo 2001, n. 63*, Giuffrè, Milano, 2001, 55 s.

argomenta *a contrario* — le sue precedenti dichiarazioni possono provare la colpevolezza dell'imputato. Discorso viziato alla radice perché l'accettazione del controesame rende sì inapplicabile il divieto di cui alla seconda parte dell'art. 111, co. 4, Cost., ma al tempo stesso, per tutte le precedenti dichiarazioni raccolte fuori del contraddittorio, diventa operante la regola di esclusione probatoria di cui alla prima parte della stessa disposizione.

L'uso probatorio delle contestazioni è oggi pacificamente escluso, non solo perché i testi normativi (Costituzione e legge ordinaria) l'hanno messo al bando, ma anche perché si è progressivamente diffusa la consapevolezza del valore epistemico del contraddittorio. Tutti dovrebbero concordare sull'esistenza nel processo penale, come nella scienza, di un principio di indipendenza delle prove, per effetto del quale, se non si vuole cadere in circolo vizioso, il materiale utilizzato dal giudice per decidere non può derivare o comunque essere influenzato dalle ipotesi formulate dall'accusa o dalla difesa sul tema della colpevolezza. Cosa significa questo principio sul terreno della prova dichiarativa che inevitabilmente si forma in un complesso gioco di interazioni tra chi pone le domande e chi risponde? Che non si possono utilizzare come prove le dichiarazioni che siano state unilateralmente raccolte dal pubblico ministero, dalla polizia giudiziaria o dalla difesa. L'esame incrociato non elimina gli influssi delle parti, ma per lo meno li bilancia e li rende visibili al giudice chiamato a valutare la prova, opponendo alla parzialità dell'accusatore quella del difensore in un dialogo che si svolge alla luce del giorno. Le precedenti dichiarazioni ben possono essere contestate al testimone che fornisca una diversa versione dei fatti; e il giudice, osservato il contegno dell'esaminato davanti alle 'contestazioni', potrà eventualmente concludere per l'inattendibilità della testimonianza dibattimentale. Ma, oltre quest'uso puramente 'critico' o 'negativo', non si deve andare; se il precedente 'difforme' fosse valorizzato in chiave probatoria e quindi utilizzato a fini decisori, l'esame incrociato perderebbe la sua migliore prerogativa e il contraddittorio tornerebbe ad esercitarsi sui verbali scritti, come nei sistemi a sfondo inquisitorio.

2. *L'irrelevanza probatoria delle contestazioni nell'esame dibattimentale* — Come si accennava, la legge di attuazione del giusto processo ha pienamente recepito la direttiva costituzionale sulla formazione della prova in contrad-

dittorio e, coerentemente, ha disposto che «le dichiarazioni lette per la contestazione possono essere valutate ai fini della credibilità del testimone» (art. 500, co. 2, c.p.p.). La norma non dice espressamente che questo debba essere il 'solo' uso delle contestazioni, ma è una lacuna del tutto innocua, risolvibile in via interpretativa. Nel sistema del codice vigente un atto di indagine è utilizzabile a fini probatori solo in quanto la legge lo dica espressamente o ne preveda l'acquisizione al fascicolo dibattimentale. Per le dichiarazioni contestate un effetto del genere è contemplato nei casi di condotta illecita o di accordo delle parti; al di fuori dei quali, l'atto è destinato a rimanere nel fascicolo del pubblico ministero e come tale inutilizzabile a fini probatori.

Vi è, semmai, un equivoco a cui espone la formulazione dell'articolo in esame. Dal suo tenore si potrebbe essere indotti a ritenere che le dichiarazioni contestate, pur prive di efficacia probatoria positiva (quindi, inidonee a provare x , dove x è il fatto affermato nella dichiarazione contestata), ne possano tuttavia esercitare una negativa (provare non y , dove y è il fatto affermato nella dichiarazione dibattimentale). Se così fosse, sia pure fortemente ridotto, il valore probatorio delle dichiarazioni raccolte nell'indagine riviverebbe; e il sistema si presterebbe ad un'accusa di incoerenza, simile a quella già rivolta all'originario testo dell'art. 500, c.p.p.; ossia, che appare alquanto singolare consentire al giudice di affidarsi alla dichiarazione contestata per screditare quella dibattimentale e poi negargli il passo, logicamente successivo, di prestare credito alla prima.

Ma, correttamente intesa, la clausola legale non autorizza affatto a riconoscere un qualsivoglia effetto probatorio, anche di tipo negativo, alla dichiarazione contestata. Ciò che si contesta al teste nel giudizio è un verbale del pubblico ministero o della polizia giudiziaria dal quale risulta che ha dichiarato x nell'indagine preliminare; dopodiché, la ragione per cui potrà ritenersi inattendibile la dichiarazione di y nel dibattimento, non è affatto la verità di quanto affermato in precedenza, e nemmeno il fatto in sé di avere già dichiarato qualcosa di difforme. A screditare il testimone è il suo contegno nel dibattimento, le sue reazioni, anche di tipo paralinguistico, davanti alle contestazioni, in breve, la circostanza di non offrire una spiegazione convincente del contrasto tra le due versioni dei fatti; con la conseguenza che a determinare il convincimento giudiziale è sempre e soltanto ciò che si svolge nel dibattimento. Le contestazioni sono uno strumento per produrre materiale probatorio (le reazioni del teste), allo stesso modo in cui lo è ogni domanda rivolta nel corso

dell'esame, ma non sono esse stesse materiale probatorio; sono mezzi di ricerca della prova, che in sé non provano nulla né in senso positivo né in senso negativo.

Non solo. Negare credito alla dichiarazione dibattimentale su 'y' vuol dire concludere nel senso che 'non è provato y', cosa ben diversa dal concludere nel senso 'è provato non y' (allo stesso modo in cui dire che 'l'imputato non è considerato colpevole...' è nettamente diverso dal dire che 'l'imputato è considerato non colpevole')⁵. Perché sia escluso ogni uso probatorio, la negazione dell'enunciato 'è provato y' dev'essere *passiva* e non *attiva*, ossia, deve cadere sulla *prova* di y e non direttamente su y⁶. In altri e più semplici termini, non si può mai sulla sola base delle contestazioni affermare che sia falsa la dichiarazione resa nel dibattimento; si può solo ritenerla inidonea alla prova di quanto dichiarato. E la ragione sta in ciò che si è appena osservato: non è la verità della precedente dichiarazione a squalificare la testimonianza dibattimentale (nel qual caso sarebbe logico concludere per la falsità di quest'ultima), ma il contegno del testimone nel giudizio; il quale, mostrandosi incerto, incoerente o elusivo davanti alle contestazioni, finisce per screditare da se medesimo la propria deposizione.

La rilevanza del discorso è chiara. Immaginiamo che 'x' e 'y' siano termini complementari dei quali necessariamente l'uno è vero, l'altro falso. Se si ammettesse la possibilità di concludere, sulla base della contestazione di 'x', che 'è provato non y', la conclusione si tradurrebbe deduttivamente in 'è provato x'; e, in pieno contrasto con la regola fissata dall'art. 500, c.p.p., la dichiarazione resa nell'indagine preliminare proverebbe la verità di quanto dichiarato.

3. Metadichiarazioni del testimone – Dopo alcune iniziali esitazioni⁷, la giurisprudenza ha assunto un indirizzo di pieno rispetto per la regola di

⁵ Solo in rapporto alla seconda formulazione («l'imputato è considerato non colpevole» può propriamente parlarsi di presunzione di innocenza, essendo 'non colpevole' sinonimo di 'innocente'. La prima formulazione (l'imputato non è considerato colpevole) non impone alcuna presunzione, anzi vieta di presumere (la colpevolezza).

⁶ P. FERRUA, *Il giusto processo*, 2 ed., Zanichelli, Bologna, 2007, 112 s.

⁷ In questo senso, ad esempio, Trib. Foggia, 12 luglio 2001, in *Cass. pen.*, 2001, 3546 s. («Anche dopo la modifica dell'art. 500 c.p.p. ad opera dell'art. 16, l. 1 marzo 2001, n. 63, le dichiarazioni rese in precedenza dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero, qualora utilizzate per le contestazioni, sono valutabili come prova ai fini della decisione e non solo per va-

esclusione probatoria contenuta nell'art. 111 Cost. e nell'art. 500, c.p.p. Talora, anzi, il rigore è stato quasi eccessivo; ad esempio, quando si è affermato che «le dichiarazioni rese dal testimone prima del dibattimento e utilizzate per le contestazioni, non possono essere assunte a prova del fatto storico in esse narrato, nemmeno se il teste, che non sia in grado ormai di ricordare i fatti sui quali è interrogato, affermi in dibattimento l'attendibilità delle dichiarazioni stesse»⁸.

È senza dubbio corretto, per le ragioni appena esposte, negare qualsiasi valore probatorio alle dichiarazioni utilizzate per le contestazioni; ma quando sia il testimone stesso, nella deposizione dibattimentale, a certificare l'attendibilità, non vi è motivo per escludere *a priori* che questa affermazione o, meglio, questa metadichiarazione, in quanto resa nel contraddittorio, sia potenzialmente dotata di efficacia probatoria; dove, si ripete, l'efficacia non riguarda la dichiarazione contestata, ma quella dibattimentale che la richiama *per relationem*, definendola veritiera⁹. Altro problema, di stretta pertinenza giudiziale, è stabilire cosa possa in concreto provare una simile dichiarazione, quale sia il suo grado di persuasività; per un verso il teste si assume la responsabilità di quanto dichiarato in precedenza, ma per altro verso afferma di non di ricordare i fatti oggetto di esame. Difficilmente il giudice potrà ritenere raggiunta la prova sulla sola base della metadichiarazione; ma ciò non esclude, ed anzi implica logicamente, la potenziale idoneità probatoria.

4. *Condotta illecita e libertà di autodeterminazione* – Più complesso il discorso sulle ipotesi di provata condotta illecita. Il relativo concetto va correttamente interpretato e circoscritto in funzione dell'effetto che determina, vale a dire il recupero in chiave probatoria delle dichiarazioni raccolte unilateralmente. Da questo punto di vista la deroga al contraddittorio appare complementare all'«impossibilità di natura oggettiva». In un caso il contraddittorio nella formazione della prova è oggettivamente impossibile, nell'altro è reso vano dall'inquinamento che subisce a causa dell'altrui condotta. Ora cos'è che inquina e vanifica il contraddittorio? Il problema

lutare la credibilità del dichiarante»); criticamente sul punto, D. CARCANO, *Una decisione nostalgica?*, *ibidem*.

⁸ Tribunale Camerino 22 aprile 2005, *Archivio n. proc. pen.*, 2005, 489.

⁹ Su queste dichiarazioni, assimilabili ad una sorta di testimonianza indiretta sulle proprie dichiarazioni, v. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 113 s.

non è la falsa testimonianza, per la cui scoperta è anzi utilissimo il contraddittorio; nel processo, forse più che altrove, è proprio decifrando le menzogne che si rende manifesto il vero. Ciò che soffoca il contraddittorio, lo priva della sua funzione euristica, non è la scelta del teste di mentire, è la perdita della capacità di autodeterminazione; davanti al teste eterodiretto fallisce anche il metodo del contraddittorio. Il requisito minimo è che chi parla nel processo abbia la libertà di dire, il vero come il falso: quando questa manchi, l'interrogatorio non ha senso, è come se il teste fosse divenuto inabile a deporre, metaforicamente morto ai fini della prova. L'esame si riduce ad una pseudotestimonianza, a fronte della quale si giustifica il recupero probatorio delle precedenti dichiarazioni.

È in questa chiave che va letto il precetto costituzionale. La condotta illecita che costringe all'abbandono del contraddittorio, come ha riconosciuto la Corte costituzionale, è quella che «compromette la libertà di autodeterminazione della fonte dichiarativa»¹⁰. Coerentemente il nuovo testo dell'art. 500, co. 4, c.p.p., ne definisce i contorni¹¹, prevedendo che siano acquisite al fascicolo per il dibattimento le dichiarazioni precedentemente rese dal testimone, «quando, anche per le circostanze emerse nel dibattimento, vi sono elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga ovvero deponga il falso».

¹⁰ Ordinanza n. 453 del 2002.

¹¹ La fattispecie dell'art. 500, 4° co., c.p.p. è applicabile non solo ai testimoni, ma anche ai coimputati (ovviamente, per quanto attiene agli effetti *erga alios*, perché l'utilizzabilità a proprio carico delle dichiarazioni garantite dall'assistenza difensiva è già ammessa in via generale), come è reso evidente dall'espresso richiamo contenuto negli artt. 513, 1° co., e 210, 5° e 6° co., c.p.p. (cfr. Trib. Torre Annunziata, ord. 29 maggio 2001, in *Dir. e Giust.*, 2001, fasc. 26, 34 s., con nota di P. FERRUA, *Giusto processo: l'attuazione si misura con le incertezze della giurisdizione*). C'è, a dir il vero, qualche lacuna. Ad esempio, tace sul punto l'art. 513, 2° co., c.p.p., quando ammette la lettura delle dichiarazioni rese dalle persone indicate nell'art. 210, 1° co., c.p.p. «soltanto con l'accordo delle parti»; ma pure qui rimane sottintesa la possibilità di un'acquisizione *ex art.* 500, 4° co., c.p.p., a cui forse il legislatore ha ritenuto superfluo rinviare, sul presupposto che fosse già sufficiente il richiamo effettuato dall'art. 210 c.p.p. (v. F. CORDERO, *Procedura penale*, 7 ed., Giuffrè, Milano, 2003, 759; P. FERRUA, *La regola d'oro nel processo accusatorio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni*, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di Roberto E. Kostoris, Giappichelli, Torino, 2002, 19; F. PONZETTA, *Facoltà di non rispondere dell'imputato di procedimento connesso e applicabilità della disciplina acquisitiva ex art. 500, co. 4 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2004, 1375 s.).

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

Corte costituzionale – Ordinanza (11 dicembre 2007) 14 gennaio 2008, n. 4. Pres. Bile, Est. Flick

Processo penale – Impugnazioni – Appello del pubblico ministero avverso le sentenze di non luogo a procedere – Preclusione – Manifesta inammissibilità (l. 20 febbraio 2006 n. 46, artt. 4 e 10; c.p.p., art. 428)

È manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 3, 111 e 112 Cost., dell'art. 428, c.p.p., come sostituito dall'art. 4 l. 20 febbraio 2006, n. 46 nella parte in cui esclude che il pubblico ministero possa proporre appello avverso le sentenze di non luogo a procedere; è del pari inammissibile la questione d'illegittimità dell'art. 10 della medesima legge n. 46 del 2006, nella parte in cui rende applicabile tale nuova disciplina ai procedimenti in corso alla data della sua entrata in vigore.

Nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 428 del codice di procedura penale, come sostituito dall'art. 4 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento) e dell'art. 10 della stessa legge n. 46 del 2006, promossi con ordinanze del 15 marzo 2006 dalla Corte militare d'appello di Verona nel procedimento penale a carico di D.F.F. e del 5 maggio 2006 dalla Corte d'Appello di Salerno nel procedimento penale a carico di D.L.V., iscritte ai nn. 276 e 490 del registro ordinanze 2006 e pubblicate nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica nn. 36 e 46, prima serie speciale, dell'anno 2006.

Visto l'atto di costituzione di G. A.;
udito nell'udienza pubblica

dell'11 dicembre 2007 e nella camera di consiglio del 12 dicembre 2007 il Giudice relatore Giovanni Maria Flick.

Ritenuto che, con l'ordinanza indicata in epigrafe, la Corte militare d'appello, sezione distaccata di Verona, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 111 e 112 della

Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 428 del codice di procedura penale, come sostituito dall'art. 4 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento), nella parte in cui ha soppresso la facoltà del pubblico ministero di proporre appello avverso la sentenza di non luogo a procedere;

che la Corte rimettente riferisce di essere investita dell'appello proposto dal pubblico ministero avverso la sentenza emessa l'8 marzo 2005, con la quale il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale militare di Padova ha dichiarato il non luogo a procedere nei confronti di un vice brigadiere dell'Arma dei Carabinieri, imputato del reato di diffamazione aggravata continuata (artt. 227 e 47, numeri 2 e 4, del codice penale militare di pace), perché il fatto non costituisce reato, stante la ritenuta applicabilità della causa di non punibilità prevista dall'art. 598 del codice penale;

che il gravame — prosegue il giudice *a quo* — benché perfettamente rituale al-

la stregua della legge processuale vigente al tempo della sua proposizione, sarebbe destinato ad una declaratoria di inammissibilità a fronte della sopravvenuta legge n. 46 del 2006; quest'ultima, novellando l'art. 428, c.p.p., ha reso inappellabili le sentenze di non luogo a procedere, stabilendo, altresì, all'art. 10, che gli appelli proposti contro sentenze di proscioglimento anteriormente all'entrata in vigore della novella sono dichiarati inammissibili;

che, ad avviso del rimettente, il nuovo art. 428, c.p.p. — nella parte in cui sottrae al pubblico ministero la facoltà di appellare le sentenze di non luogo a procedere — si porrebbe in contrasto con plurimi parametri costituzionali;

che risulterebbe lesivo, anzitutto, il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.), in quanto la norma censurata introdurrebbe uno «sbarramento» privo di giustificazione razionale, tale da impedire alla parte pubblica di coltivare la propria domanda di giudizio in modo completo ed efficace;

che la nuova disciplina priverebbe, difatti, il pubblico ministero della possibilità di chiedere ad un ulteriore giudice il riesame delle risultanze processuali «nella totalità del loro significato e della loro consistenza», imponendogli di esperire un mezzo di impugnazione — il ricorso per cassazione — non coerente con il tipo di valutazione che sovrintende alla decisione di rinvio a giudizio e con la natura dell'udienza preliminare: udienza nella quale il giudice è chiamato ad una deliberazione di carattere processuale riguardo alla necessità di procedere al dibattimento;

che ne deriverebbe, in pari tempo, una irragionevole discriminazione tra i procedimenti che richiedono l'udienza prelimina-

re e i procedimenti a citazione diretta, nei quali la domanda di giudizio del pubblico ministero trova, invece, immediato riscontro della fissazione dell'udienza dibattimentale, senza correre il rischio di venire «pre-maturamente bloccata»;

che nei procedimenti in cui è prevista l'udienza preliminare — ossia nella totalità dei casi, quanto alla giurisdizione penale militare (davanti alla quale non trovano applicazione le disposizioni del Libro VIII del codice di rito, sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica) — si verificherebbe, altresì, avuto riguardo alle conseguenze del provvedimento conclusivo della fase, un irragionevole «sbilanciamento» delle posizioni delle parti, lesivo del principio di parità enunciato dall'art. 111, co. 2, Cost.;

che, infatti — mentre per l'imputato il più sfavorevole degli esiti è rappresentato dal rinvio a giudizio davanti al suo giudice naturale, ossia da un provvedimento «meramente interlocutorio» — per l'accusa, la sentenza di non luogo a procedere comporterebbe il pressoché definitivo «affossamento» delle ragioni pubblicistiche sottese all'esercizio dell'azione penale: giacché il ricorso per cassazione, consentendo di dedurre solo vizi circoscritti e tassativi, si rivelerebbe assai «poco congeniale» alle censure che possono venir mosse all'anzidetta sentenza, la quali troverebbero nell'appello il loro «naturale» veicolo;

che altrettanto evidente risulterebbe il pregiudizio recato al principio della ragionevole durata del processo, di cui all'art. 111, co. 2, seconda parte, Cost.;

che — come evidenziato nel messaggio del Presidente della Repubblica del 20 gennaio 2006, di rinvio della legge alle Camere — il trasferimento dalla corte

d'appello alla Corte di Cassazione dell'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere determinerebbe non soltanto un aumento di lavoro per il giudice di legittimità, ma anche, nel caso di mancata conferma della sentenza, una regressione del procedimento, che ne allungherebbe i tempi di definizione;

che, ove ritenesse fondate le ragioni dell'impugnazione del pubblico ministero, la Corte di Cassazione non potrebbe, infatti, emettere il decreto che dispone il giudizio, ma dovrebbe annullare la sentenza impugnata con rinvio al giudice dell'udienza preliminare: quest'ultimo, pur mutato nella persona, potrebbe peraltro adottare una ulteriore decisione liberatoria, a sua volta ricorribile per cassazione, in una sequenza suscettibile teoricamente di protrarsi «quasi all'infinito»;

che, da ultimo, la norma censurata contrasterebbe con il principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.);

che, al riguardo, il rimettente ricorda come la giurisprudenza costituzionale abbia ravvisato nel potere di impugnazione del pubblico ministero una delle espressioni dell'anzidetto principio, puntualizzando, altresì, che la disciplina processuale non può essere congegnata in modo tale da vanificare il complessivo assolvimento delle funzioni dell'accusa;

che tale affermazione — ad avviso del giudice *a quo* — non sarebbe stata superata dalle successive decisioni, nelle quali questa Corte ha escluso una diretta e generale correlazione tra potere di impugnazione della parte pubblica e obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale: tali decisioni riguarderebbero, infatti, un'ipotesi ben diversa da quella oggi in esame, essendo riferite alla norma che impediva al pubblico ministero di proporre appello

re appello contro le sentenze di condanna emesse a conclusione del giudizio abbreviato; vale a dire nell'ambito di un rito che — dopo il positivo esercizio dell'azione penale — persegue obiettivi di semplificazione processuale, in relazione ai quali può considerarsi «appagante» un epilogo «comunque coincidente con le essenziali finalità perseguite dall'accusa»;

che nella specie, per contro, verrebbe in rilievo un limite direttamente incidente sull'atto di esercizio dell'azione penale, che non ha realizzato il proprio obiettivo del giudizio dibattimentale: onde non si comprenderebbe «con quale coerenza “costituzionale”» la legge ordinaria possa interdire al pubblico ministero di chiedere al superiore giudice di merito una diversa valutazione circa la non superfluità del dibattimento;

che tale conclusione si imporrebbe a maggior ragione ove si consideri che la preclusione all'appello concerne una sentenza di carattere processuale, emessa nell'ambito di un giudizio «essenzialmente cartolare»: sicché, rispetto alla preclusione censurata, non potrebbero valere le ragioni che sono alla base dell'impugnabilità delle sentenze di proscioglimento, introdotta dalla stessa legge n. 46 del 2006, non sussistendo il rischio che il giudice di appello capovolga, «leggendo solo le carte», la decisione che il primo giudice ha adottato dopo aver assistito alla formazione della prova in contraddittorio;

che nel giudizio di costituzionalità si è costituito A. G., parte civile nel processo *a quo*, il quale — condividendo i dubbi di costituzionalità del giudice rimettente — ha chiesto l'accoglimento della questione;

che con l'ulteriore ordinanza indicata in epigrafe, la Corte d'Appello di Salerno

ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 111, co. 2, e 112 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 428, c.p.p., come sostituito dall'art. 4 della legge n. 46 del 2006, nella parte in cui esclude che il pubblico ministero possa proporre appello contro la sentenza di non luogo a procedere; nonché dell'art. 10 della citata legge n. 46 del 2006, nella parte in cui rende applicabile tale nuova disciplina ai procedimenti in corso alla data della sua entrata in vigore, stabilendo, altresì, che l'appello anteriormente proposto dal pubblico ministero avverso una sentenza di proscioglimento viene dichiarato inammissibile con ordinanza non impugnabile, salva la facoltà dell'appellante di proporre ricorso per cassazione entro quarantacinque giorni dalla notifica del provvedimento di inammissibilità;

che la Corte rimettente riferisce che, con sentenza dell'11 ottobre 2001, il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Salerno ha dichiarato non doversi procedere nei confronti di una persona imputata del reato di cui all'art. 317, c.p., perché il fatto non sussiste; e che avverso la decisione è stato proposto ricorso per cassazione, da parte del Procuratore della Repubblica, e appello, da parte del Procuratore generale;

che detto appello — di cui la Corte rimettente è investita — dovrebbe essere dichiarato, ad avviso della Corte stessa, inammissibile ai sensi del citato art. 10 della legge n. 46 del 2006, sopravvenuta alla proposizione del gravame;

che il giudice *a quo* dubita, peraltro, della legittimità costituzionale tanto della disciplina «a regime», introdotta con il nuovo art. 428, c.p.p., che di quella transitoria stabilita dall'art. 10 della legge n. 46 del 2006;

che il novellato art. 428, c.p.p., risulterebbe lesivo, anzitutto, del principio di parità delle parti nel processo, enunciato dall'art. 111, co. 2, Cost.;

che la norma denunciata, difatti — stabilendo che il pubblico ministero e l'imputato possono proporre ricorso per cassazione avverso la sentenza di non luogo a procedere emessa al termine dell'udienza preliminare — porrebbe solo formalmente le parti su uno stesso piano; essendo evidente come, in realtà, la disposizione limiti il potere di impugnazione della sola parte che vi ha interesse, in quanto soccombente rispetto alla pretesa punitiva azionata: ossia il pubblico ministero, al quale verrebbe impedito di pervenire, attraverso l'appello, all'accertamento della verità materiale, cui il processo penale dovrebbe tendere;

che, anche dopo la riforma operata dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479, la sentenza di non luogo a procedere ha mantenuto la natura di pronuncia «processuale», essendo destinata esclusivamente a «paralizzare» la domanda di giudizio formulata dal pubblico ministero sulla base di una prognosi di inutilità del dibattimento.

che, in modo del tutto coerente, l'art. 428, c.p.p., nel testo anteriore alla legge n. 46 del 2006, riconosceva quindi al pubblico ministero il potere di proporre appello avverso la sentenza di non luogo a procedere, consentendogli, così, di provocare una «rivalutazione» nel merito della fondatezza della propria richiesta di rinvio a giudizio: possibilità, per contro, irragionevolmente rimossa dalla novella, posto che il ricorso per cassazione è ammesso solo per specifici motivi (art. 606, c.p.p.), tra i quali non rientra «la "sufficienza o meno" degli elementi per il giudizio»;

che l'«anomalia» risulterebbe ancor più grave, ove si consideri che — come affermato da questa Corte (sentenza n. 115 del 2001) — il pubblico ministero, prima dell'udienza preliminare, è tenuto a svolgere indagini complete, stante anche la facoltà dell'imputato di chiedere di essere giudicato con rito abbreviato, sulla base degli elementi raccolti;

che, in tale situazione, il giudizio del giudice dell'udienza preliminare, circa l'inutilità del dibattimento, verrebbe ad incidere, con evidente *vulnus* dell'art. 112 Cost., sullo stesso esercizio dell'azione penale: giacché, in pratica, la scelta tra il perseguimento della pretesa punitiva e il suo definitivo abbandono risulterebbe sottratta all'organo dell'accusa e rimessa all'apprezzamento inappellabile del giudice dell'udienza preliminare; assetto, questo, tanto più irragionevole, in quanto, per taluni reati, anche di rilevante gravità (art. 550, c.p.p.), detta pretesa viene esercitata senza alcun «filtro» e in forma diretta;

che la norma impugnata sarebbe lesiva, ancora, del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.), apparendo sostanzialmente priva di scopo;

che la soppressione dell'appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento pronunciate a seguito del giudizio di primo grado — disposta dalla stessa legge n. 46 del 2006 — è stata giustificata, difatti, con la necessità di evitare che la decisione emessa da un giudice, che ha assistito alla formazione della prova nel contraddittorio tra le parti, possa venir ribaltata da altro giudice — quale quello di appello — che solo eccezionalmente procede alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale;

che tale giustificazione non potrebbe valere, tuttavia, in rapporto alla sentenza di proscioglimento pronunciata all'esito dell'udienza preliminare, nel corso della quale non vi è ancora una formazione della prova «nella sua pienezza», ma solo una valutazione della sua idoneità a sostenere l'ipotesi accusatoria;

che la disciplina transitoria dettata dall'art. 10 della legge n. 46 del 2006 si porrebbe, a sua volta, in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo (art. 111, co. 2, Cost.), determinando una ingiustificata dilatazione dei tempi di definizione dei procedimenti in corso, nei quali sia già stato proposto appello ai sensi dell'art. 428, c.p.p.;

che detta disciplina innescherebbe, infatti, una sequenza procedimentale che, dopo la dichiarazione di inammissibilità del gravame, comporterebbe la proposizione del ricorso per cassazione entro il termine di quarantacinque giorni (ove ne sussistano i presupposti); la celebrazione del giudizio di cassazione; l'eventuale annullamento con rinvio della sentenza impugnata; la fissazione, infine, di una nuova udienza preliminare;

che l'allungamento dei tempi processuali — risultando evidente anche in rapporto alla disciplina a regime (stante il carattere solo rescindente della pronuncia della Corte di Cassazione) — assumerebbe i tratti dell'irragionevolezza quanto meno in relazione ai processi — come quello *a quo* — nei quali il giudice di appello avrebbe dovuto solo pronunciarsi con immediatezza sull'eventuale rinvio a giudizio dell'imputato, fissando l'udienza dinanzi al tribunale.

Considerato che le ordinanze di rimessione sollevano questioni in larga parte analoghe, onde i relativi giudizi vanno

riuniti per essere definiti con unica decisione;

che entrambi i giudici *a quibus* dubitano della legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 111 e 112 della Costituzione, dell'art. 428 del codice di procedura penale, come sostituito dall'art. 4 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento), nella parte in cui esclude che il pubblico ministero possa proporre appello avverso la sentenza di non luogo a procedere emessa in esito all'udienza preliminare;

che i rimettenti sollevano la questione sul presupposto che la norma censurata sia applicabile nei giudizi *a quibus* — ancorché concernenti appelli avverso sentenze di non luogo a procedere proposti prima dell'entrata in vigore della legge n. 46 del 2006 — in forza della disposizione transitoria di cui all'art. 10 della legge stessa: disposizione che viene fatta quindi oggetto di autonoma denuncia di incostituzionalità, *in parte qua*, dalla Corte d'Appello di Salerno;

che, peraltro, il co. 1 del citato art. 10 — nello stabilire che «la presente legge si applica anche ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della medesima» — si limita, di per sé, a ribadire il principio *tempus regit actum*, che disciplina in via generale la successione di leggi nel settore processuale penale;

che una deroga a detto principio è invece introdotta dal co. 2 dell'art. 10, il quale — incidendo sull'atto processuale già compiuto (nella specie, l'impugnazione) — stabilisce che «l'appello proposto contro una sentenza di proscioglimento dall'imputato o dal pubblico ministero prima della data di entrata in vigore della

presente legge viene dichiarato inammissibile con ordinanza non impugnabile»;

che, correlativamente, il successivo co. 3 accorda alla parte, il cui appello sia stato dichiarato inammissibile, la facoltà di proporre ricorso per cassazione «contro le sentenze di primo grado» entro quarantacinque giorni dalla notifica del provvedimento di inammissibilità;

che il co. 2 dell'art. 10 — successivamente alle ordinanze di rimessione — è stato oggetto di dichiarazioni di parziale incostituzionalità, che non interferiscono, peraltro, con l'odierno *thema decidendum*, in quanto correlate alla dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale di disposizioni «a regime» distinte da quella oggi impugnata (gli artt. 593 e 443, co. 1, c.p.p., come novellati dalla legge n. 46 del 2006) (sentenze n. 26 e n. 320 del 2007);

che, ciò premesso, i rimettenti danno per scontato che la formula «sentenza di proscioglimento», impiegata nell'art. 10, co. 2, della legge n. 46 del 2006, abbracci anche le sentenze di non luogo a procedere;

che l'indirizzo allo stato prevalente nella giurisprudenza di legittimità è, peraltro, di segno opposto;

che, al riguardo, si rileva, infatti, che la formula «sentenza di proscioglimento» designa, nella sua accezione tecnica, la sentenza liberatoria pronunciata da un giudice chiamato a decidere sul merito: comprendendo, in specie — come si desume dall'intitolazione della sezione I, capo II, titolo III del libro VII del codice di procedura penale — le (sole) sentenze «di non doversi procedere» e di «assoluzione»;

che, a sostegno dell'indirizzo in questione, si osserva, altresì, come la contrapposizione terminologica fra «sentenza

di proscioglimento» e «sentenza di non luogo a procedere» — la quale rispecchia la diversa natura delle due pronunce (quanto ad oggetto dell'accertamento, base decisionale, regime di stabilità ed efficacia extrapenale) — sia già stata valorizzata da questa Corte, al fine di dichiarare non fondata altra questione di legittimità costituzionale dello stesso art. 428, c.p.p. (nel testo originario), nella parte in cui non prevedeva la facoltà della parte civile di proporre appello avverso la sentenza di non luogo a procedere per il reato di diffamazione a mezzo stampa (sentenza n. 381 del 1992);

che — sempre a supporto dell'orientamento in discorso — si rileva, ancora, come la disposizione di cui al co. 2 dell'art. 10 della legge n. 46 del 2006 abbia natura di norma eccezionale, proprio perché derogatoria del generale principio *tempus regit actum*: onde essa andrebbe interpretata restrittivamente, rimanendo comunque insuscettibile di applicazione analogica;

che, da ultimo, tale orientamento evidenzia come la previsione di un trattamento differenziato della sentenza di non luogo a procedere rispetto alla sentenza di proscioglimento — quanto alla disciplina transitoria che accompagna il nuovo regime di inappellabilità delle decisioni liberatorie — introdotto dalla legge n. 46 del 2006, possa giustificarsi proprio alla luce di una delle considerazioni svolte dagli odierni rimettenti: e, cioè, alla luce della non riferibilità alle sentenze di non luogo a procedere delle *rationes* che, sulla base dei lavori preparatori della novella, sono alla base della scelta di rendere inappellabili le sentenze di proscioglimento (*rationes* consistenti nel garantire all'imputato un doppio grado di merito sulla pronun-

cia di condanna; nell'impossibilità di escludere ogni ragionevole dubbio sulla colpevolezza, dopo una sentenza di proscioglimento; nell'opportunità di evitare che la decisione di proscioglimento emessa da un giudice che ha assistito alla formazione della prova in contraddittorio — quale quello di primo grado — possa essere ribaltata da altro giudice — quello di appello — che ha una cognizione prevalentemente «cartolare» del materiale probatorio);

che la prospettiva interpretativa ora ricordata — la quale renderebbe irrilevanti le questioni nei giudizi *a quibus* — non è stata, peraltro, affatto presa in esame dai giudici rimettenti, anche solo per negarne eventualmente la praticabilità;

che, d'altro canto — con riguardo all'autonoma questione sollevata dalla Corte d'Appello di Salerno nei confronti dello stesso art. 10, nella parte in cui (con asserita irrazionale dilatazione dei tempi processuali) estenderebbe la disciplina transitoria anche agli appelli anteriormente proposti contro le sentenze di non luogo a procedere — l'omesso esame della soluzione ermeneutica in discorso equivale a mancato adempimento dell'onere, che grava sul giudice rimettente, di verificare preventivamente se la norma impugnata sia suscettibile di interpretazioni alternative, atte ad escludere i dubbi di costituzionalità (*ex plurimis*, sentenza n. 192 del 2007; ordinanza n. 32 del 2007);

che le questioni vanno dichiarate, pertanto, manifestamente inammissibili.

Visti gli artt. 26, co. 2, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e 9, co. 2, delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

per questi motivi
la Corte costituzionale

riuniti i giudizi,
dichiara la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 428 del codice di procedura penale, come sostituito dall'art. 4 della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di prosciogli-

mento), e dell'art. 10 della medesima legge n. 46 del 2006, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 111 e 112 della Costituzione, dalla Corte militare d'appello, sezione distaccata di Verona, e dalla Corte d'Appello di Salerno con le ordinanze indicate in epigrafe.

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA
DI LEGITTIMITÀ

Misure cautelari

ROBERTO PUGLISI

1. *Reiterazione della domanda cautelare in pendenza di appello del p.m.* — La Cassazione si è pronunciata su un caso di reiterazione, da parte del p.m., della richiesta di applicazione di una misura cautelare dopo l'emissione della sentenza di condanna di primo grado e durante lo stato di pendenza del procedimento cautelare di appello avviato su iniziativa dello stesso p.m. che si era visto rigettare una prima richiesta cautelare. Sulla questione relativa alla presentazione di una nuova richiesta cautelare da parte del p.m. pendente l'appello da questi proposto contro un precedente rigetto, si sono già pronunciate le Sezioni unite: il rapporto tra le due soluzioni — nuova domanda cautelare ovvero proseguimento con il procedimento cautelare di impugnazione — si configura in termini di alternatività, cosicché al g.i.p. è «preclusa, in pendenza di appello avverso la sua prima decisione, la potestà di statuire ancora in ordine alla medesima domanda devoluta in sede di gravame al vaglio del tribunale della libertà»; la decisione definitiva di appello «spiega efficacia preclusiva “allo stato degli atti” in ordine alle questioni in fatto o in diritto esplicitamente o implicitamente dedotte — ma non anche a quelle deducibili — in quel giudizio» (Cass., S.U., 20 aprile 2004, n. 18339, D., in *Arch. n. proc. pen.*, 2004, 279). Viceversa, qualora nelle more del giudizio cautelare di appello intervenga la sentenza di primo grado, questa «supera ed assorbe l'appello proposto al tribunale del riesame avverso l'ordinanza del g.i.p.»; di talché il g.i.p. che riceve una richiesta cautelare dopo l'esercizio dell'azione penale e dopo la presentazione dell'appello cautelare «correttamente» attende «la conclusione del giudizio» di primo grado «ed alla conclusione di tale giudizio» applica la cautela per i reati oggetto di condanna. Tale assunto risulterebbe in linea con quanto affermato in precedenza dalle Sezioni unite, poiché «il g.i.p. di Bari, a seguito della nuova richiesta del p.m. di applicazione di misura cautelare in data 18.5.2005, ossia successivamente al

promovimento dell'azione penale con richiesta di rinvio a giudizio del 23.2.2005, ha correttamente statuito in ordine a tale richiesta solo all'esito del suddetto procedimento penale principale (conclusosi con sentenza del 7.12.2006)... in applicazione del principio secondo cui l'intervenuta pronuncia di sentenza, ancorché non definitiva, di condanna» chiude la questione sulla sussistenza o meno di gravi indizi di colpevolezza. Qualche dubbio permane, comunque, circa la permanenza della competenza del g.i.p. a decidere in un'ipotesi del genere, in cui tra domanda cautelare e decisione sono trascorsi 18 mesi (oltre che tutto il primo grado di giudizio) [Cass., Sez. II, 29 maggio 2008, n. 21718, T.].

2. *Competenza cautelare* – Intervenendo su una questione attinente all'individuazione del giudice competente a decidere sulla richiesta cautelare formulata dal p.m. in fase di indagini ma con un riferimento ad un procedimento ormai passato alla fase successiva, la Cassazione ha adottato una posizione destinata ad avere riflessi anche su altri aspetti del sistema cautelare. Premesso che «una volta formulata la richiesta di rinvio a giudizio da parte del p.m., la competenza ad emettere i provvedimenti cautelari appartiene al giudice che procede ai sensi dell'art. 279 c.p.p. e cioè al g.u.p., anche se l'udienza preliminare deve ancora svolgersi» e sottolineato, opportunamente, che il mancato rispetto delle attribuzioni tra g.i.p. e g.u.p. costituisce violazione delle regole in materia di competenza funzionale, è stato affermato il principio secondo cui «ai sensi dell'art. 279 c.p.p. il giudice che procede deve essere individuato alla luce del giudice che possiede materialmente gli atti, ma, prima dell'esercizio dell'azione penale, provvede sempre il g.i.p. Tale fase processuale deve essere individuata con riferimento al momento in cui la richiesta viene avanzata dal p.m. e non con riferimento al momento della decisione». Qualora, dunque, tra la domanda cautelare e la decisione intervenga l'esercizio dell'azione penale, competente a decidere sarà sempre il giudice che ha ricevuto la domanda (g.i.p.) [Cass., Sez. I, 05 febbraio 2008, n. 5609, M., in *CED*, n. 238868].

3. *Requisiti dell'ordinanza cautelare e diritto di difesa* – Con una decisione che ridimensiona la funzione di garanzia assegnata alla struttura del provvedimento cautelare disegnata dall'art. 292 c.p.p., la Cassazione ha

affermato il principio di diritto secondo cui la mancanza, nell'ordinanza cautelare, della descrizione sommaria del fatto con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate non conduce necessariamente alla nullità dello stesso titolo custodiale. Qualora, infatti, nel corso dell'udienza di convalida dell'arresto precedente l'applicazione della misura il giudice abbia indicato all'arrestato i motivi dell'arresto e contestato i reati ravvisati a suo carico, nonché la richiesta di misura cautelare avanzata dal p.m., «la pur deprecabile carenza del testo» deve considerarsi «ampiamente compensata». Lo svilimento, così compiuto, del dato letterale dell'art. 292, co. 2, lett. b), c.p.p., a mera formalità si pone a conclusione di un percorso argomentativo che trae spunto da un precedente delle Sezioni unite (Cass., S.U., 14 luglio 1999, n. 16, Ruga, in *C.E.D.*, n. 214004) secondo cui «il requisito della descrizione sommaria del fatto con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate, imposto a pena di nullità dall'art. 292, co. 2, lett. b), c.p.p., come contenuto minimo dell'ordinanza che dispone la misura cautelare, ha la funzione di informare l'indagato o l'imputato circa il tenore delle accuse che gli vengono mosse, al fine di consentirgli l'esercizio del diritto di difesa. Ne consegue che esso può dirsi soddisfatto quando i fatti addebitati siano indicati in modo tale che l'interessato ne abbia immediata e compiuta conoscenza, a nulla rilevando che risultino richiamati esclusivamente gli articoli di legge relativi all'oggetto della contestazione»; da ciò la sentenza qui in esame ne fa conseguire che «pertanto non è questione di forma ma di sostanza» e, dunque, prima di dichiarare la nullità disposta dal codice si può verificare se vi sia traccia, nel caso concreto, di qualche altro atto equipollente che abbia permesso il raggiungimento dello scopo [Cass., Sez. I, 18 febbraio 2008, n. 7452, *Z.*, in *CED*, n. 238649].

4. *Mandato di arresto europeo e motivazione dell'ordinanza cautelare* – «La legge n. 69 del 2005, all'art. 13.2, stabilisce espressamente che alla convalida dell'arresto eseguito ad iniziativa della polizia giudiziaria si procede “provvedendo con ordinanza ai sensi degli artt. 9 e 10”... ne consegue che il provvedimento di convalida e mantenimento in custodia cautelare deve necessariamente motivare in ordine alla “esigenza di garantire che la persona, della quale è richiesta la consegna, non si sottragga alla stessa”»; richiamando altro precedente, la Cassazione ha, quindi, ricordato la sussistenza di un obbligo di motivazione in riferimento al pericolo di fuga

(Cass., Sez. VI, 25 novembre 2005, n. 42803, Fuso, in *CED*, n. 232487). «Tale pericolo di fuga inoltre, deve: a) assumere connotazioni di concretezza (Cass., Sez. VI, 15 giugno 2006, n. 20550, Volanti, in *CED*, n. 233745); b) fondarsi ed essere plausibilmente argomentato attraverso un ragionevole ed accettabile giudizio prognostico (Cass., Sez. IV, 12 settembre 2006, n. 29998, Lemma, in *CED*, n. 234819), il quale va illustrato mediante l'indicazione di circostanze sintomatiche, specifiche e rivelatrici della reale possibilità di allontanamento clandestino (Cass., Sez. VI, 25 gennaio 2007, n. 2840, Roman, in *CED*, n. 235554). Ne consegue, perciò, che è da considerare motivazione apparente la generica affermazione della "capacità dell'estraddando di allontanarsi verso Paesi esteri"; pur graficamente esistente, tale motivazione «si esprime attraverso un simulacro di giustificazione, viziata, in quanto sorretta da uno stilema che si auto-supporta in modo aprioristico ed apodittico, senza indicazioni minimali dei passaggi logico-giuridici e delle fonti di convincimento corrispondenti» [Cass., Sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 4052, I., in *CED*, n. 238393].

5. Interrogatorio di garanzia ed applicazione provvisoria di misure di sicurezza — L'eventuale nullità dell'interrogatorio di garanzia — per omesso avviso al difensore — a seguito dell'applicazione provvisoria di misure di sicurezza ai sensi degli artt. 312 e 313 c.p.p. «è utilmente sopperito, agli effetti dell'efficacia della misura in parola, dall'interrogatorio utilmente reso» dall'interessato in sede di applicazione della misura coercitiva di cui all'art. 282 *bis* c.p.p. all'incirca otto mesi prima. Il principio è stato affermato sulla premessa che «l'interrogatorio non è preordinato all'accertamento della pericolosità sociale della persona sottoposta alla misura di sicurezza, accertamento che deve precedere detta misura, costituendone un indefettibile presupposto». Partendo, viceversa, dalla considerazione che funzione dell'interrogatorio di garanzia (qualsiasi esso sia) è l'esplicazione del diritto di difesa attraverso l'instaurazione di un contraddittorio con il giudice, è possibile manifestare qualche riserva sulla posizione qui assunta dalla Cassazione [Cass., Sez. VI, 14 aprile 2008, n. 15503, L., in *CED*, n. 239317].

6. Ambito di applicazione dell'art. 297, co. 3, c.p.p. — «La retrodatazione della misura di custodia cautelare non vale per la fase del dibattimento,

nella quale il termine decorre dal decreto di citazione a giudizio, ed ove non è prevista la possibilità di una retrodatazione del secondo decreto di citazione al primo, anche se riferito allo stesso reato per cui è stato emanato l'altro; e ciò in quanto l'art. 297, co. 3, c.p.p., è inapplicabile alla fase del dibattimento in mancanza di una specifica disposizione di legge in tal senso»; la Cassazione ha così ribadito la propria posizione già espressa in precedenza sul presupposto che l'art. 297, co. 3, c.p.p. è applicabile solo con riferimento alla fase delle indagini preliminari, quando è necessario un controllo del giudice sull'attività del pubblico ministero anche con riguardo al termine di durata dello stato di privazione della libertà personale dell'imputato [Cass., Sez. II, 10 gennaio 2008, n. 1129, M., in *CED*, n. 238906].

7. *Durata massima della custodia cautelare e regressione del procedimento* — A distanza di quasi tre anni dalla declaratoria di illegittimità dell'art. 303, co. 2, c.p.p. — ad opera di Corte cost. 22 luglio 2005 n° 299 — «nella parte di in cui non consente di computare ai fini dei termini massimi di fase determinati dall'art. 304, co. 6, dello stesso codice, i periodi di custodia cautelare sofferti in fasi o in gradi diversi dalla fase o dal grado in cui il procedimento è regredito», la Cassazione deve ritornare a ribadire che l'interpretazione “monofasica” propugnata con la sentenza Musitano (Cass., S.U., 29 febbraio 2000, n. 4, Musitano, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 458) è da ritenersi ormai superata alla luce del nuovo testo dell'art. 303 c.p.p. costituzionalmente interpretato. In caso di annullamento, da parte della Corte di Cassazione, della sentenza di condanna emessa dalla Corte di appello con rinvio solo *quoad penam*, ai fini del computo del termine di fase della custodia cautelare non si può escludere il periodo relativo alla pendenza del procedimento in cassazione «trattandosi di fase diversa attinente giudizio eterogeneo rispetto all'appello». Il dibattito tra Corte costituzionale e Cassazione ha origini lontane ed è caratterizzato dall'opposizione tra la posizione maggiormente garantista assunta dal giudice delle leggi e la preoccupazione del secondo giudice di non lasciare insoddisfatte le esigenze cautelari. Dopo la sentenza che ha dato avvio al contrasto interpretativo (C. cost. 07 luglio 1998 n° 292, in *Giur. it.*, 1999, 579), si sono alternate posizioni della Cassazione fondate sull'impossibilità di sommare, ai fini del computo dei termini di fase, periodi di custodia cautelare relativi a fasi diverse (Cass., S.U., 29 febbraio

2000, n. 4, Musitano, cit.) — assecondate da ordinanze di rimessione alla Consulta di questioni di legittimità costituzionale dell'art. 303, co. 2, c.p.p. laddove disciplina i rapporti tra termini di durata ed ipotesi di regressione del procedimento — ad una serie di ordinanze interpretative di rigetto della Corte costituzionale (C. cost. 08 novembre 1999 ord. n° 429, in *Cass. pen.*, 2000, 3219; C. cost. 08 giugno 2000 ord. n° 214, in *Cass. pen.*, 2000, 2923; C. cost. 15 novembre 2000 ord. n° 529, in *Cass. pen.*, 2001, 832 ; C. cost. 30 giugno 2003 ord. n° 243, in *Cass. pen.*, 2003, 3343; C. cost. 20 gennaio 2004 ord. n° 59, in *Giur. cost.*, 2004, 707) culminate, poi, nella citata dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 303, co. 2, c.p.p. laddove, sostanzialmente, si pone in contrasto con l'impostazione di calcolo "interfasica" [Cass., Sez. I, 20 febbraio 2008, n. 7785, B., in *CED*, n. 239235].

Sul tema della durata massima della custodia cautelare è, altresì, intervenuta la Cassazione per individuare il parametro di riferimento per l'applicazione dell'art. 303, co. 1, c.p.p. In particolare, si è dovuto stabilire se, in caso di annullamento con rinvio della sentenza di appello da parte della Cassazione su ricorso del solo imputato, punto di riferimento per il computo del doppio del termine di fase (essendosi dinanzi a un caso di regressione del procedimento) debba essere la sentenza di primo grado ovvero la sentenza di appello annullata che, comunque, aveva diminuito la condanna. Principio risolutore, nella fattispecie concreta, è stato il divieto di *reformatio in peius* sancito dall'art. 597, co. 3, c.p.p. che, «anche se previsto espressamente solo per l'appello, costituisce un principio di carattere generale applicabile anche nel giudizio di rinvio conseguente ad annullamento di una sentenza di secondo grado operato dalla Cassazione per vizio di motivazione o per la sussistenza di invalidità di atti non propulsivi, a seguito di ricorso del solo imputato». Di modo che, nel caso di specie, si doveva fare riferimento alla sentenza di secondo grado annullata su ricorso del solo imputato [Cass., Sez. II, 05 marzo 2008, n. 10091, R., in *CED*, n. 238492].