



CAMERA PENALE DI COSENZA
"AVVOCATO FAUSTO GULLO"



Aderente all'Unione delle Camere Penali Italiane

XVII Congresso Nazionale U.C.P.I. - Sorrento, 19-21 ottobre 2018

**I LAVORI DEGLI OSSERVATORI
DELLA CAMERA PENALE DI COSENZA**

Piazza Fausto e Luigi Gullo c/o Palazzo di Giustizia - 87100 Cosenza

www.camerapenalecosenza.it

mail: camerapenedicosenza@gmail.com - pec: camerapenedicosenza@pec.giuffre.it

INDICE

Premessa _____	pag. 1
<i>“Morire Dentro”, Osservatorio rapporti tra Camera Penale di Cosenza e Giunta UCPI _____</i>	pag. 3
<i>Allerta garanzie costituzionali. Forti foschie sull’art. 146-bis disp. att. cpp! Osservatorio rapporti tra Avvocatura ed Uffici giudiziari per il rispetto del Protocollo d’udienza e dei doveri del Difensore d’Ufficio _____</i>	pag. 10
<i>Mancata attuazione della delega al Governo per la riforma dell’Ordinamento penitenziario: un passo (indietro) verso la Costituzione. Osservatorio Carcere _____</i>	pag. 16
<i>“La pubblicità informativa dell’attività dell’Avvocato. Le sentenze n. 243/17 e n. 244/17 del CNF. Brevi riflessioni. Osservatorio Informazione giudiziaria, mass media e processo penale _____</i>	pag. 22
<i>Il Giudice di Legittimità e la sua funzione nomofilattica. Osservatorio Corte Costituzionale _____</i>	pag. 27
<i>“Indagini difensive e Riforma Orlando: tra novità legislative ed infiltrazioni giurisprudenziali” Osservatorio Investigazioni difensive _____</i>	pag. 34
<i>“Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio nella giurisprudenza della Corte Edu: l’inaspettata vulnerabilità della nomofilassi europea e le conseguenze nell’interpretazione del diritto interno” Osservatorio rapporti tra Ordinamento interno e Giudici sovranazionali _____</i>	pag. 43
<i>“Diritto fondamentale all’affettività e Riforma Orlando: Minori e Carcere” Osservatorio Carcere _____</i>	pag. 47
<i>“L’introduzione dell’undercover agent nella lotta alla corruzione: strumento legittimo di prevenzione oppure potenziale oggetto di tensione nel dialogo tra le Corti?” Osservatorio rapporti tra Ordinamento interno e Giudici sovranazionali _____</i>	pag. 49
<i>“Le leggi ingiuste esistono: dobbiamo accontentarci di obbedire o dobbiamo sforzarci di correggerle? Brevi riflessioni” Osservatorio rapporti tra Camera Penale Cosenza e Giunta UCPI _____</i>	pag. 53

Premessa.

Abbiamo fortemente creduto in una Camera Penale che potesse essere fermento di idee.

Ed abbiamo ritenuto che ci fosse un solo modo per realizzarla: privilegiare i contenuti.

Da qui, l'idea di mutuare un'idea.

Quella dell'Unione delle Camere Penali Italiane, che, con i propri Osservatori nazionali, ha realizzato veri e propri laboratori in cui confluivano i cultori del diritto di ogni Foro.

La costituzione di Osservatori locali, di cui fanno parte, soprattutto, i numerosi e valorosi giovani avvocati della nostra Camera Penale, ci ha consentito di tracciare un sentiero comune con l'UCPI: la continua attenzione rivolta alle garanzie costituzionali ed alla loro tenuta in ogni contesto legislativo.

È questa la ragione per cui abbiamo avvertito la necessità di prendere parte al Congresso di Sorrento, portando con noi la vivacità delle idee dei nostri Osservatori; ci presentiamo con i loro recenti "Lavori", che costituiscono una *summa* delle riflessioni "a voce alta" su temi quotidianamente dibattuti e da dibattere, chissà per quanto tempo ancora.

Il ruolo dell'avvocato penalista nella difesa degli ultimi ed il senso della pena nel proprio disumano divenire.

Sono queste le note che hanno fatto vibrare la sensibilità dei nostri giovani iscritti, che, attenti ai maltrattamenti a cui il cosiddetto diritto vivente quotidianamente sottopone il rito penale, hanno ripreso ad ispirarsi alle grandi battaglie di libertà e democrazia dell'Unione delle Camere Penali Italiane; tra tutte, come ricordato nel recente Open Day di Rimini, quella che ha stravolto, in chiave garantista, l'architrave costituzionale del processo penale, l'articolo 111 della Legge fondamentale.

Erano gli anni in cui gli avvocati penalisti -che protestavano contro la volontà della Consulta di disapplicare con la sentenza n° 255/92 il principio dell'oralità nel processo penale in nome dell'esigenza della "non dispersione delle prove" e per ciò accusati dal Presidente della Repubblica di "eversione"- orgogliosamente affermavano il loro diritto

di difendere i diritti, sottolineando che il diritto di critica e quello di sciopero *“non possono rientrare nella categoria dello spirito dell’aggressione”*.

A questo si ispira la nostra Camera Penale; al ritorno della cultura costituzionale che deve convivere con il ritorno di una cultura di rispetto dei garanti dei diritti dei cittadini, gli Avvocati.

Cosenza, 19 ottobre 2018

Il Consiglio direttivo della Camera Penale di Cosenza

2

“Morire dentro”

3

Una persona 'libera' ha la possibilità di sottoporsi a controlli medici, acquistare i farmaci che eventualmente gli verranno prescritti, recarsi dal proprio specialista di fiducia.

In una parola, curarsi della propria salute.

Oggi è pacifico che questi diritti vengano elusi a chi si trovi privato della libertà e la situazione è ancora più complessa laddove i livelli di trattamento essenziali sono garantiti in misura differente ed in relazione allo stato detentivo o meno del soggetto.

Sottolineiamo l'importanza sottesa alla valutazione che il Magistrato di Sorveglianza compie, in termini di legittimità della esecuzione intramuraria della pena, laddove opera un bilanciamento tra lo stato di detenzione carceraria e le condizioni di salute del condannato.

I profili del problema si acquiscono ulteriormente quando, ad esempio, il condannato è ristretto in regime di 41 bis O.P.

Non si può sottacere che in presenza di situazioni processuali relative a condannati 'definitivi', le cui vicende processuali sono ad alto impatto mediatico, è stato evidente lo scontro tra i Tribunali di Sorveglianza e la Suprema Corte, la quale è intervenuta chiarendo ed affermando che 'esiste il diritto a morire dignitosamente' (*sul punto Ordinanza n° 2016/1391 emessa in data 28.5.2016 dal Tribunale di Sorveglianza di Bologna – Cass. pen. I sez. n° 27766/2017 del 22.05.2017*).

La patologia che involge l'intero sistema e che bisogna denunciare non riguarda la differenza tra la malattia di un detenuto o di un condannato 'definitivo' e quella che affligge una persona 'libera' ma la scarsità di vedute che molto spesso si rintraccia in alcuni provvedimenti giurisdizionali, laddove si è ritenuto scrivere, ad esempio per motivare il diniego concessorio di una richiesta di detenzione domiciliare, che *'la possibilità di un esito infausto integra una condizione di natura comune a tutti gli appartenenti al consesso umano, anche non detenuti' e che quindi ci si trova di fronte ad 'una circostanza neutra'*.

L'Avvocatura ha il compito di vigilare sulla effettiva e piena tutela dei diritti delle persone comunque private della libertà personale fornendo all'opinione pubblica gli strumenti necessari ad elevare una severa critica alle posizioni populiste e giustizialiste

sponsorizzate da alcune forze politiche e non del tutto rifuggite da una parte della Magistratura.

Se il tema del diritto a morire dignitosamente è stato approfondito dalla Suprema Corte in termini di attenuazione dei profili di responsabilità del reo laddove si è parlato del rapporto tra il fine vita e la particolare tenuità del fatto *'non esiste un'offesa tenue o grave in chiave archetipica. È la concreta manifestazione del reato che ne segna il disvalore. Come è stato persuasivamente considerato, qualunque reato, anche l'omicidio, può essere tenue, come quando la condotta illecita conduce ad abbreviare la vita solo di poco'* (Cass. Pen. SS. UU. 13681/2016) ebbene non può sottacersi e non può comprimersi il discorso laddove si parla di condizioni di salute dei detenuti.

'Lo stato di salute incompatibile con il regime carcerario, idoneo a giustificare il differimento dell'esecuzione della pena per infermità fisica o l'applicazione della detenzione domiciliare non deve ritenersi limitato alla patologia implicante un pericolo per la vita della persona, dovendosi piuttosto avere riguardo ad ogni stato morboso o scadimento fisico capace di determinare un'esistenza al di sotto della soglia di dignità che deve essere rispettata pure nella condizione di restrizione carceraria' [Cass. Sez. I n° 27766 del 22.03.2017 (Cass. Sez. 1, n° 16681 del 24.1.2011, Buonanno, RV. 249966; Sez. 1, n° 22373 del 8.5.2009, Aquino Rv. 244132)].

Tra il 7 gennaio 2002 ed il 12 ottobre 2018 sono morte 603 persone, nelle carceri italiane, e la ragione dei decessi è indicata quale **'malattia'** o **'causa da accertare'**¹.

Dietro queste classificazioni esistono storie diverse che coinvolgono le carceri del Nord, del Centro e del Sud, isole comprese.

C'è chi è stato colpito da infarto, chi è morto improvvisamente, chi perché tossicodipendente, chi è deceduto per patologie neurovegetative, chi perché colpito da malattia terminale, chi per una diagnosi errata e quando si è intervenuti era troppo 'tardi', chi era affetto da disturbi psichiatrici, malattie osteoarticolari, cardiovascolari, metabolici o dermatologiche.

C'è anche chi è morto e le cause sono ancora ignote.

¹ Dati estrapolati dal dossier 'Morire di carcere: dossier 2002-2018, aggiornato alla data del 12.10.2018'

Per quanto è oggi in valutazione, a nulla valgono i nomi delle persone decedute, i reati da loro commessi e a quale consorte, ove dimostrato, appartenessero; ciò che veramente interessa è che immediatamente l'Avvocatura prenda ancora posizione su un tema che non può essere in alcun modo ignorato perché afferente alla tutela dei diritti della persona.

Tale affermazione è ancora più stringente alla luce del contenuto dell'art. 1 *Modifiche alle norme sull'ordinamento penitenziario in tema di assistenza sanitaria* presente nello schema del Decreto legislativo recante la *Riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della legge delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u) della legge del 23 giugno 2017 n° 103.*

Detto normativo che correttamente bilanciava il diritto alla salute dei detenuti con le esigenze della carcerazione *'quando non vi sia pericolo di fuga, i detenuti e gli internati trasferiti in strutture sanitarie esterne di diagnosi e di cura possono non essere sottoposti a piantonamento durante la degenza, salvo che sia necessario per la tutela della incolumità personale o altrui'*.

Pensiamo che debba essere condiviso e diffuso affinché si realizzi il massimo coinvolgimento dell'opinione pubblica, lo spirito dell'appello proposto da *'Yairaiha'* Onlus per la scarcerazione delle persone detenute gravemente 'malate', atto al quale hanno aderito giuristi, politici, magistrati, parlamentari ed associazioni, tra le quali ricordiamo Antigone.

La riapertura dei padiglioni detentivi e l'arrivo di detenuti con differenti patologie dev'essere accompagnato dal categorico dovere a carico delle Istituzioni di previamente verificare l'esistenza di *équipe* di medici, psicologi, assistenti sociali in condizione di garantire, effettivamente ed in concreto, assistenza sanitaria e psicologica adeguate.

Di fronte alla mancanza di congrue risposte da parte delle Istituzioni compito dell'Avvocatura non può che essere quello di reiterare e nuovamente denunciare la presenza di trattamenti inferiori alla 'dignità umana'.

È trattamento contrario alla dignità umana omettere di valutare la 'malattia' del detenuto alle condizioni della struttura in cui si trova.

È contrastante con la Costituzione morire 'improvvisamente' a causa di una patologia tumorale ai polmoni dopo che si era stati operati per differente patologia, pochi mesi prima, all'interno di una struttura ospedaliera dello Stato, senza che il legale abbia avuto alcuna conoscenza, nel corso di questo periodo, dello stato di salute dell'assistito e dunque impossibilitato a presentare qualsiasi istanza in suo favore.

È degradante ed ingiusto non 'accorgersi' che un detenuto in un breve arco temporale ha subito un dimagrimento di 18 kg ed alla fine è morto a causa di una colica renale.

Allo stesso modo non desta minore preoccupazione il problema dei suicidi nelle strutture carcerarie del Paese atteso che nell'anno 2018 sono stati registrati 46 episodi².

È evidente che tale numero è sintomatico della carenza di una rete di sostegno psicologico all'interno delle strutture carcerarie, problema da non sottovalutarsi con riferimento ai detenuti stranieri.

A ciò aggiungasi la scarsa preparazione e le difficoltà del personale evidentemente non specializzato ed il completo disinteresse delle Regioni affinché vengano predisposti semplici piano di coordinamento tra le Asp locali e le singole strutture carcerarie.

La carenza di interesse su tale ultimo punto ha spinto il Garante nazionale delle persone private della libertà ad esercitare i diritti della 'persona offesa' e dunque a richiedere, informazioni sullo stato del procedimento presso ogni Procura della Repubblica in cui è aperto un fascicolo.

Nell'indifferenza generale, questo è un passaggio assai importante.

Il controllo che lo Stato deve effettuare sulle condizioni di vita nelle sue carceri non è soltanto quello postumo, attuato mediante le varie inchieste della Procura della Repubblica successive ai decessi 'per malattia' o peggio per 'cause da accertare'.

Urge la necessità che i controlli sullo stato di salute dei detenuti vengano eseguiti 'regolarmente' e da personale competente e che vengano corrisposte nuove risorse economiche.

È ingiusto che si muoia 'dimenticati nella propria malattia'; non è questa la funzione 'sociale' della pena.

² Dati estratti dal dossier 'Morire di carcere - 2002/2018' riferiti all'anno 2018

L'elenco delle morti in carcere dal 2002 al luglio 2018 sintetizza che le attuali condizioni carcerarie sono mortificanti e non dignitose e non offrono alcuna possibilità di una reale reintegrazione nella società una volta che il reo abbia scontato la pena.

Quale futuro per chi, malato e 'sopravvissuto', sia stato rinchiuso per anni in condizioni incivili?

Per tale ragione è oltremodo opportuno accogliere e riproporre l'appello alla scarcerazione – con ammissione alla detenzione domiciliare e/o sospensione della pena - dei detenuti gravemente ammalati proprio perché è evidente che non vi sono i presupposti strutturali, organizzativi 'minimi' affinché oggi possa definirsi adeguatamente tutelato il loro 'diritto alla salute'.

Nel silenzio delle Istituzioni e dinanzi all'evoluzione che negli ultimi mesi ha caratterizzato la materia involgente la Riforma dell'ordinamento penitenziario, conclusasi con il permanere dello scontro tra il diritto alle cure e le esigenze della carcerazione, spetta all' Avvocatura – attraverso l'utilizzo di ogni strumento necessario - tutelare quei principi posti a fondamento di una visione umana della pena, meno degradante e mortificante della dignità della persona.

'Affinché la pena non si risolva in un trattamento inumano e degradante, nel rispetto dei principi di cui agli artt. 27 3° c. Cost. e 3 CEDU lo stato di salute incompatibile con il regime carcerario, idoneo a giustificare il differimento dell'esecuzione della pena per infermità fisica o l'applicazione della detenzione domiciliare non deve ritenersi limitato alla patologia implicante un pericolo per la vita della persona, dovendosi piuttosto avere riguardo ad ogni stato morboso o scadimento fisico capace di determinare un'esistenza al di sotto della soglia di dignità che deve essere rispettata pur nella condizione di restrizione carceraria [Cass. Sez. I n° 27766 del 22.03.2017 (Cass. Sez. 1, n° 16681 del 24.1.2011, Buonanno, RV. 249966; Sez. 1, n° 22373 del 8.5.2009, Aquino Rv. 244132)].

Per tale motivo diritto alla salute, diritto all'umanità della detenzione, diritto di morire con dignità devono essere assicurati a tutti e osservati e tutelati con maggior rigore soprattutto quando si parla delle categorie dei soggetti 'deboli', le cui storie non hanno occupato le cronache giudiziarie, non hanno avuto risonanza mediatica.

La tutela del diritto alla salute di coloro i quali soffrono di patologie altamente invalidanti e degenerative impone di riflettere sulle condizioni strutturali dei penitenzari

italiani e sull'adeguamento di queste rispetto alle necessità mediche dei detenuti che vi sono presenti nonché sul senso rieducativo di una pena eseguita in condizioni degradanti.

Questa problematica deve riguardare tutti, nessuno escluso ed è compito dell'Avvocatura fornire alla comunità tanto i dati che gli strumenti idonei a decodificare il problema.

È l'intera Avvocatura che deve evidenziare e denunciare le spinte populiste e degenerative del sistema dei diritti ed orientare l'opinione pubblica alla costruzione di giudizi scevri dalle confusionarie pressioni mediatiche.

Dunque, la commissione di un grave reato e l'impatto mediatico che può avere sulla società non possono rappresentare elementi giustificativi di trattamenti contrari alla tutela del diritto alla salute e, prima ancora, ad un giusto processo.

La delegittimazione ad opera di certa politica delle battaglie di legalità condotte dall'Avvocatura italiana - pensiamo all'introduzione del delitto di tortura - lo svilimento della funzione e del ruolo del difensore, i messaggi tutt'altro che subliminali di stampo carcerocentrico che quotidianamente vengono diffusi, contribuiscono ad edificare artificiose distorsioni nella mente di una collettività abbandonata a soluzioni *prêt-à-porter* del tutto svincolate dai principi di rango costituzionale.

Nell'attuale fase storico-politica non è certo possibile tralasciare il delicato e nevralgico compito di puntuale 'informazione' della società civile sulle reali condizioni di vita dei detenuti e, tra queste, di quelle dei portatori di gravi patologie.

Dal canto suo spetta alla Magistratura, quale ineludibile componente istituzionale, il compito di creare e rendere effettivi i presupposti affinché possa essere garantita, attraverso la corrispondenza dell'azione pubblica ai principi costituzionali, la legalità dell'intervento statale anche in sede di gestione del settore carcerario e della esecuzione della pena.

E', infatti, inspiegabile il distacco e la disattenzione coi quali una parte di essa - insensibile alla necessità di armonizzare il sistema rendendolo indenne da quei profili di rimprovero espressi dalle Corti Nazionali e Comunitarie - affronta il problema della umanizzazione della detenzione.

Il detenuto è un essere umano che nella struttura penitenziaria è chiamato a compiere un percorso di riabilitazione e non un calvario che lo condurrà a 'morte' ed abbruttimento.

L'Avvocatura continuerà ad essere portatrice di legalità, denunciando tutte le situazioni lesive dei diritti fondamentali ed informando la comunità circa le reali dimensioni del problema della tutela della salute negli istituti penitenziari.

Ciò anche in ragione del fallimento del progetto di riforma della materia penitenziaria ed a causa delle spinte politiche volte all'inasprimento del sistema delle pene, la gravità e la portata dell'argomento trattato, in tutte le sue complesse sfaccettature, assumerà dimensioni sempre maggiori e preoccupanti.

L'Osservatorio sui Rapporti tra la Camera Penale di Cosenza
e la Giunta dell'Unione delle Camere Penali Italiane

Allerta garanzie costituzionali.
Forti foschie sull'articolo 146-bis delle disp. att. cpp.

10

I primi settant'anni di vita della nostra Carta Costituzionale rappresentano certamente un traguardo da celebrare, ma riteniamo doveroso, alla luce delle derive emergenziali messe in atto dal Legislatore, considerarli non solo un traguardo ma un rinnovato punto di partenza.

L'osservatorio sulla Difesa di Ufficio della Camera penale di Cosenza, che destina per sua natura particolare attenzione al diritto di difesa inteso in senso lato, vuole, con questo modesto lavoro, porre l'attenzione sui rischi che l'introduzione delle modifiche apportate dalla Legge 23.06.2017 n. 103 all'art. 146- bis delle Norme Attuative al Codice di procedura penale comporta, in relazione ai principi costituzionali sanciti dagli artt. 3, 24, 27, 111, 117 della Carta Costituzionale.

Al fine di garantire le *“esigenze di economia processuale e di deflazione dei carichi che affliggono procure e tribunali”*, infatti, la Legge 23.06.2017 n. 103, ha modificato radicalmente l'art. 146- bis disp. att. (cfr. testo integrale delle relazioni della deputata Donatella Ferranti e del deputato Vittorio Ferraresi in sede di discussione generale del disegno di legge n. 2798-A, in XVII Legislatura, Resoconto Stenografico dell'Assemblea, Seduta n. 469 di lunedì 27.07.2015, 35, n www.camera.it).

La nuova previsione normativa prevede infatti un meccanismo di automatismo tale da imporre, senza necessità di valutazioni ulteriori, la partecipazione a distanza per tutti i soggetti detenuti -o cautelati- in forza di contestazione per i reati previsti dagli artt. 51 co. III bis e 407 co. II lett. a) n. 4 c.p.p. e/o sottoposti al regime di cui al 41 bis O.P. senza obbligo di motivare tale disposizione.

Si rende necessaria, pertanto, una forte presa di posizione da parte dell'Avvocatura, anche e soprattutto attraverso le Camere Penali, affinché i diritti costituzionalmente tutelati non vengano mortificati e disattesi in forza della norma in esame.

Si auspica che la Corte Costituzionale valuti nel merito le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione a tale novella, senza trincerarsi nella precedente pronuncia n. 342 del 1999 con la quale, investita della questione in relazione alla vecchia

formulazione dell'art. 146-bis disp. att., ritenne infondata la questione. Non solo la precedente previsione normativa non prevedeva un meccanismo di automatismo presuntivo di necessità di partecipazione a distanza -come prevede invece l'attuale normativa- quanto più la disposizione della partecipazione a distanza necessitava di un supporto motivazionale relativo al caso concreto. Anche i recenti interventi a livello europeo -Direttiva (UE) 2016/343 del 9 marzo 2016- fanno propendere per una necessaria lettura critica della nuova formulazione del 146-bis disp. att. in termini di incostituzionalità.

L'art. 3 della nostra Costituzione recita nel suo incipit: "tutti i cittadini hanno pari dignità sociale sono uguali davanti alla legge".

Alla luce della Riforma Orlando, nella parte in cui l'art. 77 novella il primo comma dell'art. 146-bis disp. att. disponendo - come sopra detto - che i soggetti detenuti debbano obbligatoriamente partecipare a distanza alle udienze dibattimentali qualora si proceda per taluno dei delitti di cui all'art. 51 comma 3 bis nonché all'art. 407 comma 2 lett. a) n. 4 c.p.p., la tenuta di tale principio costituzionale appare fortemente messa in dubbio.

La Riforma, eliminando la previgente previsione che richiedeva la presenza, in via alternativa, anche della sussistenza di "gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico" (lett. a dell'art. 146-bis disp.) o "della particolare complessità del dibattimento" (lett. b dell'art. 146 bis disp.), mortifica l'art. 3 della Costituzione. La partecipazione al dibattimento a distanza diviene infatti la forma ordinaria di partecipazione all'udienza per l'imputato in procedimenti per criminalità organizzata, laddove per disporla è sufficiente che l'imputato risponda di alcuno dei reati di cui all'art. 51 comma 3 bis nonché all'art. 407 comma 2 lett. a) n. 4 c.p.p.

Siamo di fronte ad una situazione processuale che Spangher ha definito "*una dimensione quasi surreale*". Una situazione processuale in cui ciò che prima era un'eccezione oggi è divenuta la regola, a discapito di colui che rispondendo di determinati reati -come dall'accusa formulati- si vede per ciò solo sottoposto a trattamento discriminatorio.

La nuova Riforma Orlando aggredisce, altresì, la presunzione di non colpevolezza consacrata nell'art. 27 comma 2 della nostra Carta Costituzionale che così recita:

“L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”.

L'arbitraria dilatazione dell'istituto della partecipazione a distanza al dibattimento ricomprende anche quelle situazioni che non si caratterizzano per il ricorrere di quelle circostanze e condizioni riconducibili a “reati di eccezionale gravità”. Tutto ciò non può che apparire contrario alle garanzie costituzionali e convenzionali, poiché rende in ogni momento comprimibili i più essenziali diritti processuali dell'imputato.

La disposizione fa riferimento oltre che a sussistenti “ragioni di sicurezza”, alla complessità del dibattimento ed alla necessità di evitare ritardi. Elementi, questi, valutati tutti a discrezionalità del giudice.

La necessità di evitare ritardi potrebbe discendere dalle cause più diverse, quali ad esempio: il numero delle imputazioni, il numero degli imputati, la quantità di prove da assumere; tutti fattori indipendenti dalla volontà dell'imputato, o degli imputati, ma ritenuti dalla legge sufficienti a prevalere sul diritto di difesa.

Occorre ribadire che la compresenza in aula dell'imputato e della difesa comporta la possibilità di attivare il diritto di difesa, costituzionalmente tutelato dall'art. 24 Cost. nonché il diritto al contraddittorio tutelato dall'art. 111 Cost., che consente correttamente l'acquisizione diretta degli accadimenti in aula, garantendo l'opportuno rapporto continuo tra difensore e imputato, rapporto impedito – invece – nei casi di partecipazione a distanza all'udienza.

Il vizio eccepito appare aggravato dalla endemica difficoltà di comunicazione che deriva dall'aspetto prettamente tecnico della partecipazione a distanza che determina difficoltà nella gestione del rapporto difensivo, incidendo sulla immediatezza, tempestività, prontezza di repliche, laddove si consideri che ben due tecnici (uno nella saletta presso la casa circondariale, ed uno nell'aula di udienza) intervengono nella gestione delle comunicazioni. Tale aspetto tecnico, oltre a rendere oggettivamente difficile il contatto tra difensore ed imputato e ostacolando l'immediatezza degli interventi lede altresì il diritto alla segretezza dei colloqui tra difesa ed assistito. Nel caso di partecipazione a

distanza la riservatezza viene meno in considerazione della presenza dei tecnici che dirigono le operazioni (v. caso Zagaria).

Adirittura, nel caso in cui si affrontino dibattimenti con plurimi collegamenti a distanza, l'udienza è privata del contraddittorio: i collegamenti diventano complessi, difficili, se non impossibili, cagionando una lesione del diritto all'intervento.

Né appare tutelato il diritto di difesa, laddove viene consentito al difensore di partecipare all'udienza raggiungendo l'imputato nel luogo predisposto per la video conferenza.

In questo caso, infatti, più che tutelato, il diritto di difesa appare ulteriormente frustrato; "tenendo a distanza" imputato e difensore, quest'ultimo si trova infatti ancora più in difficoltà a garantire e ad esplicitare il proprio esercizio. Un esempio su tutti: il caso in cui si debba procedere alla disamina di produzioni documentali, inibito dalla assenza dall'aula di udienza. Come può esercitare compiutamente il proprio dovere il difensore collegato in videoconferenza?

Ed ancora. Pensiamo al caso dell'escussione a distanza del testimone citato ex artt. 197-210 c.p.p. È evidente, anche in questo caso, la lesione del diritto di difesa tecnica e materiale dell'imputato sentito come testimone assistito o imputato in un procedimento connesso, poiché le dichiarazioni rese a mezzo della videoconferenza, possono portare all'autoincriminazione qualora le risposte abbiano ad oggetto il fatto proprio. Il rischio, pertanto, aumenta poiché il difensore si trova a distanza e non può interagire con il proprio assistito.

Né si può trascurare l'aspetto per cui il soggetto che partecipa in video collegamento ha una visione solo parziale dell'aula, ha limitazioni nell'interloquire; anche lo stesso giudice è privato del contatto diretto con gli imputati che rappresentano per lo stesso meri puntini sullo schermo.

È dato pacifico, comprovato da studi scientifici, come il Giudice, nel valutare l'attendibilità del testimone, abbia —o debba avere— a disposizione tutta una serie di elementi emergenti dall'osservazione di comportamenti comunicativi ulteriori rispetto alla dichiarazione resa, quali ad esempio il linguaggio del corpo, la postura, la capacità di mantenere un contatto visivo. Tutti fattori che, tramite lo strumento della

videoconferenza, difficilmente possono essere correttamente valutati, sia per quanto riguarda la credibilità ed attendibilità del testimone, sia in merito alla sincerità dell'imputato, con una chiara distorsione della formazione della prova.

Ancora, la non compresenza dell'interrogante e dell'interrogato nel medesimo luogo, potrebbe variare o contaminare il normale ciclo delle interazioni che caratterizza la *cross examination*.

È facile desumere che la norma sia funzionale esclusivamente a mere ragioni di celerità ed efficienza, circostanza questa che non giustifica la compressione del diritto del contraddittorio e dell'immediatezza nell'assunzione della prova. D'altro canto, anche la normativa europea ed internazionale recepita a livello costituzionale attraverso l'art. 117 Cost. si mostra di ostacolo ad una valutazione costituzionalmente orientata della norma in esame. L'art. 6 della CEDU, nella lettura di insieme data della stessa Corte europea prevede infatti che l'imputato ha "il diritto di assistere, ma anche di ascoltare e seguire il dibattito"; che tale diritto deve essere "effettivo e concreto" e che eventuali "limiti a tale diritto devono essere assolutamente necessari". (sent. CEDU Stanford/UK del 1994, sent. CEDU Imbroscia/Svizzera del 1994, sent. CEDU Van Mechelen/ Paesi Bassi del 1997)

Né può ritenersi valida la considerazione, in ragione della ormai datata pronuncia del 2006 Viola/Italia, per cui la Corte europea avrebbe ammesso la partecipazione a distanza valutando la legittimità dell'art. 146-bis disp. att. in modo indiscriminato.

Non solo il caso *de quo* ineriva una vicenda relativa alla partecipazione a distanza dell'imputato nel grado di appello e quindi in una fase dove, fisiologicamente, la partecipazione diretta dell'imputato assume minor rilievo, quanto più tale pronuncia investiva il vecchio dettato normativo dell'art. 146-bis disp. att. che di fatto garantiva l'imputato prevedendo l'obbligo di motivazione del provvedimento con il quale si disponeva la partecipazione a distanza, provvedimento che, tra l'altro, nel caso Viola/Italia veniva ampiamente motivato.

Diversa appare invece la situazione alla luce della novella normativa che appare in forte contrasto con le ultime indicazioni fornite dall'Unione europea in relazione al

rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto a presenziare al processo nei procedimenti penali.

La recente Direttiva (UE) 2016/343 del 9 marzo 2016, infatti, nel considerando 33 prevede espressamente che il diritto ad un equo processo è *“uno dei principi fondamentali di una società democratica. Il diritto degli imputati di presenziare al processo si basa su tale diritto e dovrebbe essere garantito in tutta l’Unione”* e nell’art. 8 stabilisce un vero e proprio *“diritto di presenziare al processo”*. Tale diritto, già contenuto espressamente nel Patto Internazionale sui diritti civili e Politici di New York del 16 dicembre 1966 che all’art. 14 par. 3 lett. d) che afferma *“ogni individuo accusato di un reato ha diritto(...)ad essere presente al processo”*, costituisce un baluardo difficilmente espugnabile dal novellato art. 146-bis disp. att. del quale con forza, anche per tali ragioni, si dovrebbe affermare l’incostituzionalità. Sarà, pertanto, compito della Corte Costituzionale impedire la lesione delle garanzie difensive dell’imputato promuovendo, attraverso le proprie pronunce, soluzioni altre rispetto all’attuale disposizione normativa.

L’Osservatorio per i Rapporti Avvocatura ed Uffici Giudiziari
per il rispetto del Protocollo d’udienza e dei doveri del Difensore d’Ufficio

*Mancata attuazione della delega al Governo per la riforma
dell'Ordinamento penitenziario:
un passo [indietro] verso la Costituzione.*

16

‘Uno Stato che ispiri il proprio ordinamento al principio del recupero sociale dei condannati non dovrebbe tollerare che questi siano sottoposti ad una trama di norme e di disposizioni amministrative che ne paralizzano la capacità di autodeterminazione precludendo loro ogni possibilità di sviluppo della personalità e costringendoli, troppo spesso, a cercare semplicemente di sopravvivere, cioè di conformarsi passivamente alla schiacciante compressione di regole spersonalizzanti’.

L'esordio della relazione conclusiva redatta dalla Commissione ministeriale, presieduta dal Prof. Glauco Giostra, contenente le proposte di modifica dell'ordinamento penitenziario e delle leggi ad esso connesse è già di per sé sufficiente a comprendere quanto fosse importante l'intervento prefissato dal legislatore con il DDL n. 2067: *Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena.*

A tal uopo basti pensare che, in un sistema penitenziario che si regge su una riforma ultraquarantennale [l. 26 luglio 1975, n. 354], ancora si discute sulla effettività della funzione rieducativa della pena.

Il 3 agosto 2018, termine ultimo per l'attuazione della legge delega, ha segnato, per la legislazione penitenziaria, l'ennesima occasione mancata, al fine di adeguare un sistema 'fisiologicamente' obsoleto e poco 'europeisticamente' orientato, nonostante il tentativo disperato del nuovo Governo, nell'ultimo giorno utile, di 'salvare il salvabile' attraverso la presentazione di un nuovo schema di decreto legislativo [A.G. 39].

Per come si è avuto modo di osservare nel documento pubblicato da Codesto Osservatorio il 31 maggio 2017, sebbene la legge delega contenesse una serie di principi e di criteri direttivi caratterizzati da una eccessiva genericità che, di conseguenza, rendeva – di fatto - difficilmente praticabile ognuno dei punti

previsti, tuttavia l'attuazione dello schema di decreto legislativo, consegnato dalla Commissione Giostra, avrebbe, quantomeno, consentito di innovare gli strumenti a disposizione dell'ordinamento penitenziario e di attenuare la realtà carceri-centrica su cui è ancora [troppo] imperniato l'attuale sistema.

Alla luce di ciò, è naturale porre degli interrogativi intorno alle scelte del legislatore delegante. Ci si chiede se non fosse stato più utile agire attraverso una regolamentazione diretta, magari circoscritta ai settori di maggiore interesse, così come avvenuto – ad esempio - per le impugnazioni penali, piuttosto che servirsi del farraginoso e rischioso strumento della delega.

Tale osservazione si basa, anche, sull'urgenza con la quale il Ministro della Giustizia aveva inteso costituire presso l'Ufficio legislativo i c.d. Stati Generali dell'esecuzione penale, al fine di elaborare una normativa di attuazione che potesse, in modo diretto ed efficace, perseguire il tanto conclamato obiettivo di dare piena e concreta effettività alla funzione rieducativa della pena, a riprova di quanto fosse necessario un progetto legislativo di tal genere.

La Commissione Giostra, pertanto, era in brevissimo tempo intervenuta su tutta una serie di materie che, se novellate, avrebbero ridato dignità alla detenzione e rinforzato alcuni spazi di tutela garantiti alla popolazione carceraria.

Attualmente, difatti, benché l'art. 1, c. 1, O.P., stabilisca che il trattamento penitenziario debba assicurare il rispetto della dignità della persona, il nostro Paese è ben lontano dal raggiungimento di determinati obiettivi.

Qualcosa si era mosso con la legislazione post-Torregiani che, come è noto, è consistita in un massiccio intervento [2013-2014] volto all'eliminazione – sulla scorta del *diktat* della Corte di Strasburgo, che aveva condannato l'Italia per la violazione dell'art. 3 CEDU – di ogni trattamento che potesse essere degradante o inumano per il detenuto, ma [ad oggi] la piena attuazione dei principi che attribuiscono centralità alla dignità della persona umana ed alla risocializzazione della stessa sembra un miraggio e il disperato malessere della popolazione carceraria continua ad essere testimoniato dal persistente aumento di suicidi

all'interno degli istituti di pena [52 nell'anno 2017], dato che non può più essere ignorato dalle istituzioni preposte.

È chiaro, dunque, come tale grave situazione non potesse essere completamente tralasciata dalla nuova maggioranza parlamentare, la quale, come anticipato sopra, il 2 agosto 2018 ha trasmesso un nuovo schema di decreto legislativo [A.G. 39], con il quale si è inteso dare avvio ad un nuovo procedimento di esercizio della delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario.

Il Consiglio dei Ministri, dunque, il 27 settembre 2018 ha definitivamente approvato tre decreti legislativi di riforma che intervengono in materia di: assistenza sanitaria in ambito penitenziario; disposizioni per la semplificazione dei procedimenti; disposizioni sulle competenze degli uffici di esecuzione penale esterna e di polizia penitenziaria; disposizioni sulla vita carceraria; lavoro penitenziario; esecuzione penale minorile.

La rilevanza di tali interventi è indubbia, con particolare riferimento, ad esempio, agli artt. 11 e 12 che disciplinano misure volte ad integrare i reclusi stranieri, tra le quali la garanzia ad un'alimentazione rispettosa del loro credo religioso, nonché l'inserimento, tra il personale dell'amministrazione degli istituti penitenziari, dei mediatori culturali e degli interpreti.

La centralità delle materie novellate dal legislatore delegato, allo stesso tempo però, non può distogliere il lettore attento dalla mancata attuazione della delega nella parte volta alla facilitazione dell'accesso alle misure alternative e alla eliminazione di automatismi preclusivi.

Il fine che il legislatore si era prefissato, infrantosi sui pareri contrari della nuova maggioranza parlamentare, consisteva nell'ampliamento dell'ambito di operatività delle misure alternative alla detenzione, anche attraverso la semplificazione delle procedure di accesso.

L'attuazione di tali criteri direttivi avrebbe permesso di perseguire, congiuntamente, l'obiettivo di considerare la detenzione carceraria come *extrema ratio* – attraverso ampie forme di misure alternative – e quello di ridurre il

numero di detenuti, ovviando gradualmente al problema del sovraffollamento, senza dover [superficialmente] definire tale intervento 'svuotacarceri'.

Per tali ragioni l'ostruzionismo manifestato in tema di misure alternative e benefici penitenziari, in funzione del loro fine di reinserimento sociale, rischia di rendere deboli gli ultimi, seppur utili, interventi legislativi.

È lecito, a questo punto, chiedersi perché a fronte di un imponente progetto di riforma come quello azionato dal Ministro Orlando, si sia giunti ad una così esigua produzione legislativa.

Il Prof. Giostra è intervenuto brillantemente sul punto attribuendo il fallimento della Riforma Orlando al mutamento dell'assetto politico ed alla violenta campagna elettorale che ha sfruttato alcuni temi in materia di sicurezza [argomento che fa sempre presa sull'elettorato medio] per svilire, in modo del tutto superficiale, un disegno che avrebbe - finalmente - orientato il sistema penitenziario verso i più basilari principi costituzionali.

Si prenda, ad esempio, il delicato tema del c.d. ergastolo ostativo, derivante dal combinato disposto degli articoli 22 c.p., 4-bis (comma 1 e 1-bis) e 58-ter dell'Ordinamento Penitenziario. Tale istituto, caratterizzato da una serie di automatismi e preclusioni nel trattamento penitenziario, si colloca in netta antitesi rispetto ai principi di risocializzazione e rieducazione che dovrebbero improntare il sistema sanzionatorio.

Il progetto di eliminazione graduale di tali automatismi e preclusioni, auspicato dalla Riforma Orlando, ha dovuto, però, fare i conti con l'opinione comune, veicolata *ad hoc* dai *mass media*, molto critica nei confronti di una esigua modifica dell'istituto. La riforma si limitava ad escludere qualche tipo di reato monosoggettivo dall'elenco dei reati ostativi, conservando, di fatto, con l'art. 7 del decreto legislativo tale forma di ergastolo e, dunque, la preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale per i condannati non collaboranti per i reati di cui all'art. 4 bis, c. 1, O.P.

Ebbene, secondo il Prof. Giostra, la politica e l'informazione sono riusciti a strumentalizzare un intervento così sottile attraverso slogan dalla facilissima presa: *'è una riforma che favorisce la mafia'; 'si allenta il regime del 41 bis'*.

Il Giudice delle Leggi ha, però, riequilibrato il sistema, ponendo una netta linea di demarcazione tra la fase in cui la pena è irrogata e la fase esecutiva della stessa; in tali sensi, la Corte, con la sentenza n° 149 del luglio 2018, dichiarando l'incostituzionalità dell'articolo 58-quater O.p. nella parte in cui l'ostatività ai benefici premiali si applicava anche ai condannati all'ergastolo per i delitti di cui agli artt. 630 e 289-bis cp. che avessero cagionato la morte del sequestrato, ha tracciato le basi di un nuovo diritto penitenziario, in cui la pena diviene effettivo strumento di rieducazione: "Il carattere automatico della preclusione temporale all'accesso ai benefici penitenziari da essa stabilito per i condannati all'ergastolo impedisce al giudice qualsiasi valutazione individuale sul concreto percorso di rieducazione compiuto dal condannato all'ergastolo durante l'esecuzione della pena stessa, in ragione soltanto del titolo di reato che supporta la condanna. Tale automatismo – e la connessa impossibilità per il giudice di procedere a valutazioni individualizzate – contrasta però con il ruolo che deve essere riconosciuto, nella fase di esecuzione della pena, alla sua finalità di rieducazione del condannato; finalità ineliminabile (sentenza n. 189 del 2010), che deve essere sempre garantita anche nei confronti di autori di delitti gravissimi, condannati alla massima pena prevista nel nostro ordinamento, l'ergastolo (sentenza n. 274 del 1983)".

Alla luce di ciò è facile comprendere quante difficoltà anche socio-culturali possa incontrare un percorso di riforma di questa portata che, dunque, deve [ri]partire da una crescente sensibilizzazione dell'opinione pubblica.

Pertanto, in base all'attuale quadro politico, non è difficile porre il parere negativo delle Commissioni parlamentari, di cui si discute, all'interno di un ostruzionismo politico miope e patetico, posto [troppo spesso] contro gli interessi della collettività.

E' lapalissiano evidenziare ancora una volta che l'occasione mancata per innovare il sistema penitenziario è di notevoli dimensioni, sebbene i decreti legislativi approvati da ultimo e in attesa di pubblicazione in Gazzetta ufficiale potrebbero, in una prospettiva *de iure condendo*, segnare un momento significativo verso la piena ed effettiva applicazione di quanto sancito dall'art. 27, c. 3, Cost., al fine di non vanificare gli sforzi di chi aveva offerto una organica e innovativa risistemazione dell'ordinamento penitenziario.

Osservatorio Carcere

*La pubblicità informativa dell'attività dell'avvocato.
Le sentenze n. 243/17 e n. 244/17 del CNF. Brevi riflessioni.*

22

Il rapporto dell'avvocato con i mass-media non incide soltanto sulle sorti dell'assistito (prima, durante e dopo il processo) ma, essendo i media anche pubblicità, "buona" o "cattiva", tale rapporto investe una serie di profili ulteriori, con una sottile linea di demarcazione tra una funzione realmente informativa e un disvalore di carattere predatorio e, dunque, di mercanteggio. -

Il tema è stato affrontato, di recente, dal C.N.F., con due pronunce che s'intende qui brevemente analizzare: le sentenze n. 243/17 e n. 244/17.-

La prima riguarda, per l'appunto, un caso di utilizzo improprio, da parte di un avvocato di Monza, dei mezzi consentiti per pubblicizzare la propria attività.-

Più nello specifico, al professionista era stata inferta la sospensione per mesi due da parte dell'Ordine Professionale di riferimento, per il seguente capo di incolpazione: *"... violazione del combinato disposto degli art.17 bis e 19 C.D.F., per aver diretto comunicazioni ed informazioni sulla propria attività professionale, utilizzando in modo improprio i mezzi consentiti e comunque in modo incompleto rispetto alle indicazioni normative. Il tutto, con contenuto, forma e modalità irrispettose della dignità e decoro della professione, con locuzioni integranti messaggio pubblicitario e promozionale ad ampia divulgazione con la pubblicazione di un box pubblicitario sul quotidiano (ALFA) n.9 del 07.03.12 e sul quotidiano (ALFA) n.10 del 14.03.12. In Monza il 07.03.12 e 14.03.12"*.- Segnatamente, l'incolpato aveva inserito, sui predetti quotidiani, l'annuncio, dalla grafica prevalente, "SEPARAZIONI E DIVORZI da EURO 800.00", e più in basso, in dimensioni ridotte, l'indirizzo del sito internet del proprio studio ed il numero di telefono; sul fondo del box si ritrovavano anche indicati i nomi dei componenti dello studio, gli Ordini di Appartenenza e l'indirizzo dello studio legale.-

In realtà, il medesimo professionista era già stato sanzionato per condotte precedenti simili a quella in contestazione, nell'anno 2010; il COA di Monza lo aveva già sospeso per mesi due (decisione del 18.01.10), ma in appello il CNF, pur riconoscendo l'esistenza dell'illecito, aveva ridotto la sanzione da sospensione ad avvertimento (sent. n. 34/12 C.N.F. depositata il 02.03.12); tale orientamento veniva poi confermato anche

dalle SS.UU. della Corte di Cassazione con la pronuncia n. 19705/12.- Tornando alla vicenda che ci occupa, il COA di Monza, facendo proprie alcune considerazioni che aveva già espresso in relazione al primo caso di qualche anno prima, riteneva l'inserito in oggetto lesivo del concetto di decoro anche rispetto alla salvaguardia della reputazione della professione, nonché dell'accrescimento della qualità delle prestazioni e, dunque, in aperto contrasto con l'art.17 bis del C.D.F.- Si faceva leva sul carattere marcatamente di "slogan commerciale" dell'inserzione (in considerazione della formula utilizzata e dell'enfasi al dato economico), rispetto invece ai "doveri di corretta informazione", su cui, invece, aveva insistito l'incolpato.-

Ebbene, col recentissimo provvedimento in argomento, il C.N.F. accoglieva, invece, l'impugnazione dell'avvocato, dichiarando la "impossibilità di qualificare come illecito il comportamento contestato", dopo aver ritenuto non solo la congruità dell'inserito ai dettami dell'art.17 bis per ciò che atteneva alle indicazioni caratterizzanti lo studio del professionista (nomi dei componenti, indirizzi, nome dello studio, indicazione del COA di riferimento, sede dello studio), ma, soprattutto, la inesistenza di qualsivoglia lesione del decoro e della dignità della professione.- Il Consiglio dunque, mutando il suo costante orientamento sul tema, anche alla luce dei nuovi interventi di liberalizzazione iniziati con D.L. 248/06 (decreto Bersani) e successivamente con l'art.10 della l. n.247/12 in tema di pubblicità degli avvocati e ritenendo pertanto lecita la pubblicità "con qualunque mezzo", purché sia trasparente, veritiera e corretta, quindi non ingannevole, denigratoria o suggestiva (per come indicato dalla nuova formulazione dell'art 35 C.D.F.), ribaltava la decisione del COA di Monza ed accoglieva il ricorso dell'avvocato.-

In particolare, si legge nella sent. n. 243/17: " ... alla luce della evoluzione normativa sopra ricordata, non può (più) considerarsi contrario al decoro ed alla correttezza un messaggio pubblicitario che contenga tutti gli elementi richiesti dalla norma deontologica (art 17 bis C.D. previgente) e che solo enfatizzi (come indubbiamente fa il contenuto del box pubblicitario pubblicato dal ricorrente e di cui al capo di incolpazione) quello del corrispettivo che, tra l'altro, come noto, costituisce un elemento contrattuale di interesse primario per il cliente e, quindi, un elemento fondamentale per un'informazione pubblicitaria professionale corretta e completa. Per di più, nel caso di specie, l'importo indicato nel

messaggio pubblicitario ("da euro 800,00"), risulta congruo in quanto proporzionato all'impegno qualitativo e quantitativo richiesto dalla prestazione (separazioni e divorzi contrattuali con accordo già raggiunto") cui lo stesso si riferisce...."-

24

Questa decisione non può certo sorprendere.- Costituisce, anzi, il naturale sviluppo di quella nuova idea di avvocatura che pian piano, dal 2006 ad oggi, volendo licenziare un termine solo a fini esemplificativi, ha preso piede tanto a livello locale, quanto a livello nazionale.- E per conoscere a fondo il problema, o comunque per averne un'idea che tenda alla maggiore completezza di informazioni possibile, è chiaro che si debba contestualizzare e comparare quanto espresso dalle disposizioni e dalle norme che oggi regolano la figura professionale dell'avvocato.- Il rapporto tra avvocato e pubblicità, e quindi con i "media", non può essere slegato, per esempio, da una più ampia riflessione sull'abolizione delle tariffe, con specifico riferimento ai "minimi" delle tariffe medesime .- A parte che, se è possibile oggi indicare (anche) con manifesti il proprio compenso per una certa pratica, ci si dovrebbe chiedere quale avvocato è disposto a rischiare una doppia magra figura: se metterà un compenso alto, il collega di fianco potrà regolarsi di conseguenza, chiedendo meno; se partirà già da un prezzo basso, e magari molto basso, pubblicizzandolo come consentito, potrà esporsi al procedimento di incolpazione, in cui innanzitutto il Consiglio dell'Ordine Locale valuterà il comportamento incriminato non si sa bene in base a quale parametri.-

Si pensi, a questo punto, alla pronuncia cronologicamente successiva a quella in esame, la sentenza n. 244/17 RD del C.N.F.- In quel caso, l'avvocato aveva accettato una convenzione deliberata dalla propria giunta comunale per l'affidamento di incarichi difensivi innanzi al Giudice di Pace (per lo più opposizioni a sanzioni amministrative), in cui per i vari giudizi sarebbero stati corrisposti euro 17,00 comprensivi di oneri e contributi, pur al netto delle spese di notifica documentate, e salvo soccombenza dell'opponente, per cui si sarebbe potuta anche "maggiorare" la somma predetta.- In questo caso, sia il C.O.A. che il C.N.F. convenivano sulla violazione del divieto di accaparramento della clientela e sul disvalore deontologico connesso all'accettazione di un compenso così "altamente irrisorio".- Si riteneva che tale comportamento violasse praticamente tutto: dal decoro e dalla dignità della professione (art. 9 C.D.F), al divieto

di accaparramento della clientela (art.37), alle norme generali (art. 2233 comma 2 c.c. sui compensi), ai principi di libera e leale concorrenza imposti dalle norme speciali (art. 3 comma 2 l 247/12).- Poco male, dunque: nella prima pronuncia si riteneva congrua la pubblicità (anche) sul compenso richiesto, nella seconda si poneva un limite al ribasso.- Epperò, a parte che non si capisce come un compenso di euro 17,00 per l'opposizione a sanzione amministrativa possa essere più squalificante di alcune offerte di querela "all included" (proprio così...tutto compreso!) ad euro 30,00 (*et similia*) che campeggiano impunemente su taluni siti internet, ma verrebbe da chiedersi se effettivamente, pur cercando di arginare le prassi elusive del codice deontologico, tutto questo sia effettivamente idoneo all'instaurazione di un circolo virtuoso per l'avvocato; in altre parole, se ciò sia idoneo alla riconquista di un valore professionale che oggi viene riconosciuto sempre meno, o se invece sia il manifesto di una resa incondizionata.- Ed è davvero difficile lasciarsi entusiasmare dal quadro complessivo che viene delineandosi leggendo entrambe le pronunce.- Soprattutto perché molto è cambiato negli ultimi trent'anni.- Ad esempio, fa specie confrontare quanto scritto nella prima sentenza in commento con un'altra sentenza del CNF, la n.56/91, in cui definiva "tradizione e vanto dell'avvocatura italiana il ripudio di mezzi pubblicitari di ogni genere".-

A meno che non si voglia ritenere un uso sconsiderato delle parole, pare essere in atto la più aperta sconfessione, netta quanto (forse) definitiva di quella "tradizione" e di quel "vanto" di cui sopra.- Non si tratta, pertanto, di una mera innovazione, ma di un mutamento radicale di rotta, la cui canonica comparazione costi-benefici non è dato conoscere nell'oggi.- Senza considerare che, anche contro i "comportamenti concorrenziali predatori" di cui s'è detto, specie per quelli già presenti in rete, non pare vi sia stata una levata di scudi unanime, forse per un eccesso di sottovalutazione del fenomeno, o forse anche perché, e non ci sarebbe da stranirsi poi troppo, al di là di alcune inevitabili reprimende fatte dal CNF, se ne condividono le ragioni di fondo.- O forse, si è consapevoli che l'abbattimento delle tariffe, la liberalizzazione della pubblicità con ogni mezzo, la crisi economica generale oltre che quella anche intellettuale delle professioni, mal si concilia con il carattere forzatamente tensivo delle norme deontologiche.- Si vuol dire cioè, che troppo evidente è l'impossibilità per il legislatore

di stabilire con caratteri di tipicità quali siano le condotte da deplorare, e tutto ciò anche prescindendo da una certa pigrizia interpretativa e comparativista dell'interprete.- Ed allora, è altrettanto evidente che l'interesse primario del cliente non è il corrispettivo, ma un corrispettivo che sia "equo".- E' chiaro che questo giudizio di equità non è dato dal giudice, ma da chi il compenso materialmente lo richiede: epperò, gonfiare in modo ingiustificabile una parcella espone sempre il professionista ad una brutta figura innanzitutto, ma anche ai procedimenti disciplinari, che meriterebbero un discorso a parte, sui quali si dovrebbe ragionare di più con gli occhi del futuro e meno con lo spirito di corpo.- Ed allora, l'equo compenso non è altro che una finzione: non potendo più avere dei parametri fissi, per scelta di altri, il compenso può solo essere determinato in base alla coscienza dell'avvocato, alla condizione del cliente, e nel rispetto dei principi deontologici verso cui i Consigli Locali devono poter svolgere un efficace ruolo di controllo.- Poteva scegliere tra tante cose, il CNF.- Avrebbe potuto scrivere quello che voleva.- Ha dimenticato, o si sarà confuso.-

L'elemento contrattuale di interesse primario del cliente è certamente la qualità della prestazione che acquista, e per il quale il corrispettivo costituisce al massimo un interesse comprimario, ma mai unico, né degno di menzione esclusiva.- Peccato che, come qualcuno ha saggiamente scritto altrove, *"nell'imperfetto mondo reale, tra compiaciute autocelebrazioni, sbandierati ed autoincensanti successi professionali, normalizzazione del gioco al ribasso per competere, il sistema sopravvive, come un magma incandescente, di schemi troppo semplici e dilaganti prassi elusive che poco hanno a vedere con la nobiltà dei principi cardine finora indicati."* (da "Compensi degli avvocati: l'insostenibile leggerezza della concorrenza sleale", di A. Ciavola e A. Matricardi, Altalex, 7.05.18, pagg. 3, 7).-

Gli orientamenti estensivi dati dal C.N.F. negli ultimi anni, in linea con quanto previsto dal legislatore delle liberalizzazioni, di certo impongono un atteggiamento maggiormente rigoroso nei confronti dei media, verso i quali l'avvocato ha solo apparentemente tutto da guadagnare.- E' dunque auspicabile una maggiore sobrietà nel rapporto con la stampa, con i processi mediatici, e con le più diverse forme, anche quelle indirette, di promozione della propria attività.- La nuova apertura proposta anche dal C.N.F., pertanto, non convince del tutto, anche perché si è cercato qui di porre in

evidenza quante difficoltà vi siano, una volta riconosciuta la liceità di taluni comportamenti prima vietati, nel porre dei limiti che siano condivisibili e, soprattutto, coerenti con l'intero impianto ordinamentale, quello processuale e quello deontologico.- L'avvocato ha sempre una fiducia a cui obbedire.- Quella del suo cliente, quella di ogni cittadino, tanto più in un'epoca di imbarazzante godimento collettivo per la gogna mediatica.- E forse, se ancora una possibilità di salvezza c'è, essa potrebbe riconoscersi nel fatto che la gratificazione più vera per un lavoro ben fatto possa risiedere anche in un silenzio timido, di fronte alle luci, ai microfoni, agli inchiostri di altri.-

L'Osservatorio Informazione Giudiziaria, mass-media e processo penale

Il Giudice di Legittimità e la sua funzione nomofilattica

28

I redattori del nuovo Codice del 1988 pervenivano ad un'opera razionalizzatrice dell'attuale sistema in tema di giudizio innanzi alla Corte di Cassazione in grado di determinarne un ridimensionamento; veniva cristallizzato dal Legislatore un modello teso alla salvaguardia dello "*jus constitutionis*"; a solo titolo esemplificativo, basti pensare alle innovazioni in tema di processo introduttivo del giudizio dinnanzi alla Suprema Corte o all'esercizio del diritto di autodifesa .

In particolare, veniva riscritta la lettera e) dell'articolo 606 del codice di rito penale (in vigenza del Codice Rocco, non sussisteva la censura del vizio di motivazione).

Le innovazioni del Codice del 1988 avrebbero dovuto condurre ad una incisiva analisi, nel giudizio di Legittimità, del procedimento dimostrativo; rispetto al passato, si intendeva privilegiare la funzione nomofilattica della Suprema Corte, cercando di delimitarne il controllo sulla motivazione della decisione impugnata.

Si deve rilevare come le critiche al sistema che vengono mosse con maggiore frequenza sono riconducibili maggiormente alle garanzie soggettive dei singoli casi ed alle loro peculiarità.

Il controllo sulla sentenza non può prescindere dalla disamina della motivazione interna della stessa decisione; tale controllo deve fondarsi sui principi dei canoni logici, improntati a verificare la presenza di una premessa ed una conclusione; è necessario stabilire, parimenti, una giustificazione esterna riconducibile ad una ricostruzione dell'accaduto nonché ai parametri adottati per la decisione.

Si deve ritenere che la Suprema Corte rimette la ricostruzione del fatto interamente al giudice di merito, il quale decide liberamente su quali dati probatori incentrare la propria scelta, solo attraverso il vizio di "travisamento del fatto"; è possibile effettuare rappresentazioni di elementi che facciano giungere ad una conclusione di lettura differente del fatto.

Risulta rilevante, a questo punto, lo studio delle novità introdotte dalla legge nr. 46 del 2006; è stata introdotta una nuova regola di giudizio condensata nella lapidaria

espressione: “*il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio*”.

29

Obiettivo del giudizio di legittimità è, per un verso, l'esatta osservanza e interpretazione delle leggi -principio posto a salvaguardia dello *jus constitutionis*- mentre per altro verso la tutela delle posizioni dei singoli e di quanti risultano essere coinvolti nella singola controversia.

Certamente appare di fondamentale importanza l'articolo 111 della Costituzione nella ricostruzione del modello di legittimità; ancor più rilevante l'articolo 27 Cost. che sancisce il principio della presunzione di non colpevolezza nel processo, a cui il giudice di merito deve uniformare la decisione in casi che possono apparire dubbi.

La Corte di Cassazione non può estendere il proprio sindacato sino alla modifica genetica del giudizio di merito; invero, frappono una prospettiva analitica della motivazione, che può discostarsi da quella già ricostruita dai precedenti giudici ed è in grado di individuare, con il ragionamento proposto, una nomofilattica non astratta, bensì concretamente applicabile al caso in valutazione.

La presenza di un coordinamento tra le Sezioni -unitamente alle altre finalità richiamate dall'articolo 65 dell'Ordinamento Giudiziario- non sono criteri trascurabili; la commissione Riccio, che ha proposto la riforma del codice di procedura penale, ha previsto che, nel caso in cui una Sezione semplice non ritenga di condividere un principio sancito dalle Sezioni Unite, a queste ultime dovrà rimettere, con ordinanza motivata, la decisione del Ricorso.

Vi sono state questioni, nel corso di questo anno, di grande interesse generale, che certamente influenzeranno l'esito di diversi giudizi in corso in ragione del valore nomofilattico delle stesse pronunce: tra queste, deve annoverarsi certamente la seguente decisione:

“Va rimessa alle Sezioni Unite la soluzione del seguente quesito: se sia configurabile il reato di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale, previsto dall'art. 75 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, nei confronti di soggetto destinatario di misura di sorveglianza speciale, la cui esecuzione sia stata sospesa per effetto di detenzione di consistente durata, anche qualora al momento della nuova sottoposizione alla misura

non si sia proceduto di ufficio ad una rivalutazione dell'attualità e persistenza della sua pericolosità sociale ad opera del giudice della prevenzione, in base ai principi affermati da Corte cost. n. 291 del 2013, e tale rivalutazione non sia stata dallo stesso sollecitata” (Cassazione penale, sez. I, 20/03/2018, n. 16332). In questo specifico “caso, le Sezioni Unite sono state chiamate a definire i contorni del reato nonché ad interpretare una *vexata quaestio* con notevoli riflessi sui processi di merito aventi ad oggetto la violazione della misura di prevenzione (nello specifico, la Corte ha posto in risalto l'attualità della pericolosità sociale, ai fini di ritenere integrato il reato, a seguito di un'interruzione per una detenzione di congrua durata).

Vi è da evidenziare che sempre maggiore è divenuta l'importanza della normativa della Corte EDU nel diritto interno, che ha avuto una grande incidenza in questioni di interesse generale, come quella sopra menzionata e non può che essere confermata alla luce di quanto avviene nella prassi giurisprudenziale; ne è la conferma la seguente pronuncia:

Lo strumento per adeguare l'ordinamento interno ad una decisione definitiva della Corte EDU va individuato, in via principale, nella revisione introdotta dalla sentenza additiva della C. cost. n. 113 del 2011, applicabile sia nelle ipotesi di vizi procedurali rilevanti l'art. 6 CEDU, sia in quelle di violazione dell'art. 7 della stessa Convenzione che non implicino un vizio assoluto di responsabilità (per l'assenza di una norma incriminatrice al momento del fatto), ma solo un difetto di prevedibilità della sanzione – ferma restando la responsabilità penale – o che comunque lascino aperte più soluzioni del caso; lo strumento dell'incidente di esecuzione, invece, può essere utilizzato solo quando l'intervento di rimozione o modifica del giudicato sia privo di contenuto discrezionale, risolvendosi nell'applicazione di altro e ben identificato precetto senza necessità della previa declaratoria di illegittimità costituzionale di alcuna norma, fermo restando che, qualora l'incidente di esecuzione sia promosso per estendere gli effetti favorevoli della sentenza della Corte EDU ad un soggetto diverso da quello che l'aveva adita, è necessario anche che la predetta decisione (pur non adottata nelle forme della “sentenza pilota”) abbia una obiettiva ed effettiva portata generale, e che la posizione

dell'istante sia identica a quella del caso deciso dalla Corte di Strasburgo (Cassazione penale, sez. I, 11/10/2016, n. 44193).

Nonostante il principio dell'articolo 533 c.p.p., come sopra detto, sia divenuto di fondamentale importanza per delineare l'impegno ricostruttivo del giudice di merito, appare interessante, infatti, quanto contenuto nel seguente arresto giurisprudenziale: *“quando il dato probatorio acquisito lascia fuori solo eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili in rerum natura, ma la cui effettiva realizzazione, nella fattispecie concreta, risulti priva del benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana”* (Cass. Sez. I 21 maggio 2008, nr. 31456). Non può sfuggire che assume rilievo, anche, il cambiamento della modalità ricostruttiva della prova effettuata nel processo di merito; la verifica della logica e della razionalità delle argomentazioni espresse nella sentenza devono riguardare l'eventuale risultato della prova scientifica espletata nonché le fasi di assunzione ed ammissione della prova.

Nella cronaca recente assume sempre più importanza la valutazione della prova scientifica, per cui il giudice di merito, privo delle necessarie competenze specialistiche, deve avvalersi del contributo espresso dagli esperti, pervenendo ad una teoria in grado di guidare il Giudicante nella sua valutazione che esprimerà in sentenza.

La Corte di Cassazione, non solo è pervenuta alla consapevolezza di non poter risolvere, il problema della legge scientifica più affidabile ed un significativo esempio dell'analisi operata dalla Suprema Corte su una motivazione del giudice di merito, che si basa sui criteri elaborati nella sentenza Cozzini, si rinviene nella pronuncia di un procedimento per omicidio, dove la risultanza dell'analisi bitemark, ha consentito di evidenziare le lacune della sentenza d'Appello poiché la comunità scientifica, aveva assunto posizioni di massima cautela su quel tipo di indagine. Questo tipo di indagine, consistente nella sovrapposizione di immagini mediante la metodica computerizzata, tra la dentatura del sospettato e l'impronta di un morso su oggetti e cibi rinvenuti sul luogo del delitto, in tal caso si era giunti ad affrontare la problematica della repertazione errata che ha causato un annullamento, attesa la mancanza del rispetto dei protocolli internazionali (processo di via Poma).

La libertà valutativa del giudice assume diversa connotazione a seconda che si versi nell'ipotesi di annullamento totale per vizio *in procedendo* o per *errores in iudicando*; nella prima ipotesi, il giudice del rinvio gode di piena autonomia nella ricostruzione del fatto e situazione analoga si rivela in caso di *error in procedendo*; vi è da precisare come il ruolo del Supremo Collegio a giudice di Legittimità ha imposto la configurazione di un giudice di rinvio in termini non cartolari.

E' cambiata, nel corso del tempo, la valutazione della prova scientifica, su cui si incentrano tantissimi processi per reati gravi ed anche l'orientamento della Consulta, in merito a talune tematiche di acquisizione della prova, determinando una decisione sulla validità della prova acquisita, esprime un suo importante contributo al ragionamento effettuato in termini di vizi di legittimità, rilevati ed evidenziati alla Corte Suprema, affinché se ne possa valutare il pregio giuridico, in termini di valenza all' iter argomentativo espresso dal Giudice di merito .

In particolare, è apparsa di straordinaria importanza la pronuncia della Consulta nr. 54 del 1986, con la quale è mutato l'orientamento rispetto all' illegittimità del prelievo ematico coattivo, così come la sentenza 238 del 1996 adottò una decisione di segno opposto alla precedente, affermando l'illegittimità costituzionale dell'articolo 224, co. 2 c.p.p. per violazione dell'articolo 13 Cost; in particolare, ha determinato che vi fosse illegittimità nella parte in cui: *"il Giudice nell'ambito delle operazioni peritali, disponga misure che comunque incidono sulla libertà personale, senza determinare la tipologia delle misure esperibili e senza precisare i casi e i modi in cui esse possono essere adottate" la validità dell'acquisizione della prova, diventa particolarmente rilevante*".

Considerando che la violazione di una norma procedurale genera un annullamento con rinvio e spesso anche il suggerimento di una perizia al giudice del rinvio, qualora venga ad essere censurata la validità di un protocollo sulla scorta di una prova scientifica, si deve tenere presente che ai sensi dell'articolo 173, 2 ° comma, disp. att. c.p.p., nella sentenza di annullamento deve essere specificamente enunciato il vizio di legittimità su cui si annulla la decisione della sentenza impugnata.

È da evidenziare, anche, la recente modifica relativa alla mancanza di possibilità per l'imputato di proporre autonomamente il Ricorso per Cassazione; questa modifica è

contenuta nella legge 103/2017 in ordine alla quale è stata già proposta questione di rilevanza Costituzionale, decisa in modo negativo poiché: “È manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 613 cod. proc. pen., come modificato dall'art.1, comma 55, legge n. 103 del 2017, per asserita violazione degli artt. 11, comma 7, Cost. e 13 CEDU, nella parte in cui non consente più la proposizione del ricorso in cassazione all'imputato personalmente, in quanto rientra nella discrezionalità del legislatore richiedere la rappresentanza tecnica per l'esercizio delle impugnazioni in cassazione in relazione alla specificità del giudizio di legittimità, senza che ciò determini alcuna limitazione delle facoltà difensive. (In motivazione, la Corte ha precisato che l'esclusione della presentazione personale del ricorso in cassazione incide sul diritto alla autodifesa che, tuttavia, riceve tutela solo nel giudizio di merito e non anche in quello di legittimità che non contempla la partecipazione personale dell'imputato ed il diritto ad essere sentito (Cassazione penale, sez. VI, 13/09/2017, n. 42062).

Appare, pertanto, necessario evidenziare come l'esercizio della funzione nomofilattica della Suprema Corte rappresenta -sempre più spesso- un difficile modello di coerenza interpretativa, spesso demandato alle Sezioni Unite, chiamate a dirimere i contrasti insorti nelle singole Sezioni della Corte di Cassazione.

Sebbene, l'esercizio delle funzioni descritte dall'articolo 65 dall'Ordinamento giudiziario abbia evidenziato l'esigenza di una certezza del diritto, dovrebbe essere considerato, solo un canone metodologico, poiché permane la necessità di lasciare liberi i giudici di rapportarsi ai valori costituzionali.

La rigida impostazione del pensiero del Giudice che consente di individuare i sillogismi su cui è fondata la decisione in sentenza, segue dei parametri precisi a cui è ancorato il principio del giusto processo e su cui si fonda il nostro Ordinamento.

L'Osservatorio Corte Costituzionale

*Indagini difensive e Riforma Orlando:
tra novità legislative ed “infiltrazioni” giurisprudenziali.*

L'intervento della Riforma Orlando in materia di riti deflativi è pervaso dall'univoca volontà del legislatore di incentivare l'imputato all'opzione in favore di giudizi alternativi al dibattimento: la Riforma, infatti, costituisce la sintesi delle istanze avanzate dalla Commissione “Riccio” e delle elaborazioni della Commissione “Canzio”.

Nel novellare tali istituti, il legislatore della 103/2017 ha rivolto la propria attenzione, anche, alle investigazioni difensive.

Rito abbreviato e indagini della difesa.

Quale il nesso?

Per un verso, la Riforma Orlando sembrerebbe aver limitato il proprio intervento sul tema alla normativizzazione di una prassi ampiamente invalsa e consolidata nella giurisprudenza costituzionale e di Legittimità: *la possibilità, per l'imputato, di formulare richiesta di giudizio abbreviato successivamente al deposito delle investigazioni della difesa.*

La limitazione non è, però, realmente tale; e certamente non lo è nella sostanza.

Non lo è nella misura in cui segna un'inversione di tendenza rispetto ai principi dettati dalla Corte Costituzionale, forse costituendone la deriva.

Ma è un intervento che origina, *in primis*, dalla lacuna normativa; dalla conclamata assenza – seppure in presenza di una disciplina dell'uso delle indagini difensive in fase d'indagine e in udienza preliminare – di una norma che regolamenti l'utilizzo delle investigazioni della difesa nell'ambito dei riti speciali.

Il *dictum* del Giudice delle leggi è il prodotto della *vexata quaestio* incentrata su quel particolare istituto che potremmo definire un vero e proprio “terzo modello di giudizio abbreviato”.

“Terzo modello” che ha generato, a propria volta, la categoria dogmatica del “contraddittorio imperfetto”.

In altri termini, è stata formulata l'ipotesi della richiesta di giudizio abbreviato dopo l'introduzione del materiale investigativo raccolto dalla difesa.

Si profilava, in tal caso, un'evidente asimmetria del rapporto processuale: al Pubblico Ministero era, di fatto, preclusa l'articolazione della prova contraria in una situazione processuale che, seppure analoga a quella prevista dal comma 5 dell'articolo 438 c.p.p., conduceva ad esiti differenti.

La lacuna nel sistema derivava dal mancato coordinamento tra la normativa che non configurava più il consenso dell'inquirente come condizione di ammissibilità del rito e quella, di poco successiva, che conferiva agli atti di investigazione difensiva un valore probatorio analogo a quello degli atti formati dal PM.

Sei sono state le proposte interpretative della **dottrina**:

1. Tesi della negazione: la circostanza di non aver adempiuto a quanto imposto dal "principio di completezza delle indagini" deve essere sanzionata con la negazione di ogni diritto per il Pubblico Ministero al quale non resta, qualora il difensore depositi le investigazioni immediatamente prima la richiesta di abbreviato, che discutere l'abbreviato stesso.

2. Tesi della sterilizzazione assoluta: le investigazioni difensive non possono essere utilizzate perché non menzionate nella norma che annovera gli atti utilizzabili nel giudizio abbreviato.

3. Tesi dell'utilizzazione eventuale: le investigazioni possono essere utilizzate per la decisione solo se il Pubblico Ministero presti il proprio consenso.

4. Tesi dell'analogia: il vuoto normativo è superato con il ricorso all'analogia, quindi il deposito delle investigazioni con contestuale istanza di abbreviato fa sorgere in capo al P.M. il diritto alla prova contraria.

5. Tesi della dilazione: qualora il difensore depositi "a sorpresa" le investigazioni difensive il P.M. ha il diritto di ottenere il differimento dell'udienza con il potere di integrazione probatoria ex art. 441 co. 5 c.p.p.

6. Tesi della sterilizzazione parziale: il giudice può utilizzare gli atti di investigazione difensiva presentati nel corso delle indagini, o al termine di esse, ma non quelli depositati nell'udienza preliminare.

La Corte costituzionale ha dipanato la questione a più riprese.

In una prima occasione, con la pronuncia n° 245/2005, investita della questione di legittimità costituzionale del citato comma 5 dell'articolo 438, ha accolto la tesi dilatoria:

(a) constatando l'effettiva sussistenza di una situazione di squilibrio processuale tra le parti;

(b) ritenendola superabile mediante il riconoscimento di congrui differimenti delle udienze, rapportati alle singole fattispecie, così fornendo un'interpretazione sistemica e costituzionalmente orientata del dato normativo.

Il tentativo di riequilibrio perseguito attraverso il riconoscimento del "diritto al rinvio" si è rivelato, presto, fallace, così richiedendo l'ulteriore intervento della Consulta.

Successivamente, con l'ordinanza n° 62 del 19 febbraio 2007, la Consulta si è pronunciata, ancora una volta, sulla legittimità costituzionale degli artt. 438 e 442 comma 1 bis del c.p.p., e aderendo alla costante giurisprudenza della stessa Corte, dichiarava, nuovamente, la questione manifestamente inammissibile.

Secondo il rimettente, l'inclusione degli atti di indagine difensiva tra il materiale probatorio utilizzabile dal giudice si porrebbe in contrasto – nell'ipotesi in cui la richiesta di giudizio abbreviato risulti contestuale al deposito del fascicolo del difensore e non subordinata ad una integrazione probatoria – con il principio del contraddittorio nella formazione della prova sulla base dell'impossibilità di ricondurre la disciplina censurata di cui agli artt. 438 e 442 comma 1 bis c.p.p. alla previsione derogatoria di cui all'art. 111, comma 5, Cost.

Difatti il comma 5 dell'art. 111 della Cost. prevede l'ipotesi in cui la formazione della prova può non aver luogo in contraddittorio per espresso consenso dell'imputato.

Ebbene, a parere del rimettente, la *ratio* della deroga – il consenso dell'imputato alla formazione della prova in assenza di contraddittorio – risulterebbe rispettata solo nei casi in cui il materiale di indagine venga «integralmente fornito dal P.M.» e non anche rispetto al risultato delle investigazioni difensive, altrimenti la "posizione di vantaggio" riconosciuta all'imputato «risulterebbe ampliata oltre il limite della ragionevolezza».

A ciò deve aggiungersi, per completezza di esposizione, che onde porre rimedio alla denunciata incostituzionalità, il rimettente prospettava tre diverse soluzioni, in rapporto di alternative irrisolte: invocando una pronuncia che vieti al difensore di depositare il

fascicolo delle investigazioni difensive e chiedere contestualmente il giudizio abbreviato; ovvero che consenta al giudice, nel caso di richiesta del rito alternativo, di dichiarare inutilizzabili gli atti contenuti nel fascicolo del difensore; ovvero, ancora, che permetta al pubblico ministero, nell'ipotesi considerata, di chiedere l'ammissione della prova contraria.

Anche alla luce delle "assurde" soluzioni prospettate dal rimettente e ribadendo il costante indirizzo della Corte, i giudici delle leggi dichiaravano la questione manifestamente inammissibile.

Con la sentenza n° 184/2009, invece, la Corte ha affrontato il tema muovendo dal principio del contraddittorio nella duplice dimensione – oggettiva e soggettiva – allo stesso riconosciuta.

L'utilizzabilità, nell'ambito del giudizio abbreviato, anche degli atti di investigazione difensiva unilateralmente assunti (compresi quelli a contenuto dichiarativo) non può ritenersi lesiva del principio di parità delle parti, acquisendo valore -le investigazioni del difensore- solo come effetto della più generale rilevanza probatoria riconosciuta all'indagine preliminare, al pari di quelle del Pubblico Ministero. La rinuncia generalizzata al contraddittorio nella formazione della prova -espressa dall'imputato con la richiesta di rito abbreviato- non opera soltanto rispetto ai risultati delle indagini del Pubblico Ministero, ma anche in relazione a quelle svolte dalla difesa. Del pari, va esclusa un'incoerenza sistematica rispetto al giudizio abbreviato condizionato, che comunque conserva una sua utilità e significato in rapporto agli elementi probatori che l'imputato non abbia potuto o voluto acquisire mediante lo svolgimento delle investigazioni difensive.

La Corte Costituzionale è stata nuovamente adita in ordine alla normativa applicabile nel caso in cui, in sede di udienza preliminare, la difesa depositi il fascicolo con la documentazione delle investigazioni difensive e, «in rapida ed immediata successione», chieda il giudizio abbreviato non condizionato.

Con la sentenza n° 117/2011, la Consulta ha ricostruito anzitutto, in chiave restrittiva, le implicazioni del principio della continuità investigativa sul regime di ammissibilità

nell'udienza preliminare degli atti e dei documenti raccolti nel corso delle indagini suppletive. Sono indicate, in particolare, soglie preclusive per la relativa produzione. Poche, chiare battute scandiscono la collocazione dei segmenti tipici del procedimento probatorio secondo una prospettiva pienamente coerente alla struttura ed alla funzione dell'udienza preliminare. Il deposito di atti e documenti nel fascicolo può avvenire prima dell'udienza (art. 419 comma 3 c.p.p.) e sino all'inizio della discussione (art. 421 comma 3 c.p.p.). A tal punto, posto che il mero inserimento di atti e documenti nel fascicolo si risolve in un'attività materiale inidonea a perfezionare la fattispecie acquisitiva, deve esplicarsi l'indefettibile controllo giurisdizionale sulla relativa ammissibilità: ovvio che l'acquisizione del materiale si collochi a monte dell'apertura della discussione perché è alla stessa logicamente propedeutica. Infatti, ecco giungere puntuale la perentoria conclusione della Corte Costituzionale, sino ad ora mai formulata in termini altrettanto espliciti: *«una volta iniziata la discussione, non sono più ammesse produzioni»*. Si pone, così, in risalto il termine finale per il deposito del materiale probatorio in seno all'udienza preliminare, la cui fissazione, pur desumibile dall'art. 421 comma 3 ultimo periodo c.p.p., rimane incerta e nebulosa nella congerie normativa che disciplina l'udienza.

L'attività probatoria nell'udienza preliminare deve, dunque, conformarsi a due esigenze; l'una, inerente all'ordinato svolgersi delle richieste probatorie, l'altra alla selezione del materiale conoscitivo, fra loro intimamente avvinte e destinate ad essere ambedue soddisfatte prima dell'apertura della discussione.

Una simile impostazione risponde a precise finalità di profilassi processuale. Con riguardo al contesto spaziale e temporale dell'udienza preliminare, per un verso, il lineare svolgimento della discussione non deve essere interrotto dall'innesto di un contraddittorio "incidentale" sull'ammissibilità degli atti e dei documenti prodotti dopo la relativa dichiarazione di apertura; per l'altro verso e conseguentemente, giudice e parti già prima della discussione devono avere una chiara visione della piattaforma conoscitiva – costituita dai soli materiali legittimamente raccolti e utilizzabili – sulla quale si scioglie l'alternativa fra la sentenza di non luogo a

procedere e il decreto che dispone il giudizio o viene adottato un provvedimento interlocutorio ai sensi degli art. 421-bis e 422 c.p.p.

Quanto poi alla questione di legittimità costituzionale, sollevata in rapporto al preteso contrasto con il principio di parità delle parti sancito dall'art. 111 comma 2 Cost., degli artt. 391-octies e 442 comma 1-bis 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 facoltà del pubblico ministero di esercitare il diritto alla controprova* », la Corte si è pronunciata nel senso della inammissibilità, non avendo il giudice a quo fornito un'adeguata motivazione sulla sua rilevanza e non manifesta infondatezza.

Più di recente, la Suprema Corte, con la sentenza n° 20214/2014, ha affrontato la questione riguardante il termine ultimo concesso all'imputato per formulare la richiesta di rito abbreviato.

Difatti, con l'ordinanza n° 4068, la Quarta Sezione penale aveva rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto in tema di rito abbreviato: « *Se può ritenersi tempestiva la richiesta di giudizio abbreviato, proposta nel corso dell'udienza preliminare, prima che il giudice dichiari chiusa la discussione ma dopo le conclusioni del pubblico ministero* ».

Le Sezioni Unite avevano risposto al quesito chiarendo che nell'udienza preliminare la richiesta di giudizio abbreviato può essere presentata dall'imputato anche dopo la formulazione delle conclusioni da parte del pubblico ministero, ma comunque non oltre le conclusioni definitive rassegnate dal proprio difensore.

Alla luce della soluzione offerta, dunque, il Collegio ha ritenuto che il richiamo alle conclusioni contenute nell'art. 438 c.p.p. debba essere inteso con riferimento alla definitiva formulazione delle conclusioni di ogni singola parte: una tale soluzione – si legge nelle motivazioni – non solo non contrasta con il tenore letterale della norma e con le potenzialità deflative del rito, ma appare anche maggiormente rispettosa dell'impianto sistematico del codice nonché del diritto di difesa dell'imputato.

Deve, difatti, **escludersi** che possa essere considerato momento preclusivo quello della formulazione delle conclusioni da parte del P.M; non solo e non tanto per il raffronto con altre disposizioni del codice in cui il legislatore non ha avuto difficoltà a specificare il diverso momento cui intendeva riferirsi, quanto e soprattutto per ragioni di ordine sostanziale che rendono imprescindibile l'esigenza di garantire all'imputato abbia effettiva conoscenza delle conclusioni del P.M. prima di formulare o meno la richiesta del rito abbreviato.

In definitiva, la Corte ha affermato il seguente principio di diritto: *«nell'udienza preliminare la richiesta di giudizio abbreviato può essere presentata dopo la formulazione delle conclusioni da parte del pubblico ministero e deve essere formulata da ciascun imputato al più tardi nel momento in cui il proprio difensore formula le proprie conclusioni definitive».*

Da ultimo, la V Sezione, con sentenza n° 13505/2015, ha statuito che le investigazioni difensive possono essere svolte senza limiti temporali in qualsiasi stato e grado del procedimento e possono essere prodotte anche nel giudizio abbreviato. L'articolo 442, comma 1 bis, prevede, infatti, che, ai fini della deliberazione, il giudice utilizzi gli atti contenuti nel fascicolo di cui all'articolo 416, comma 2, la documentazione di cui all'articolo 419, comma 3 e le prove assunte nell'udienza. Il materiale utilizzabile è, perciò, non solo quello contenuto nel fascicolo del P.M., ma anche quello acquisito in udienza.

È, infatti, irrefutabile che i risultati delle investigazioni difensive possano essere prodotti anche nel corso dell'udienza preliminare – l'articolo 327 bis c. p. p. fa riferimento ad ogni stato e grado del procedimento – per cui, coincidendo il termine ultimo per la richiesta di giudizio abbreviato con quello per la formulazione delle conclusioni (articolo 438 c.p.p., comma 2), **il materiale probatorio utilizzabile dal giudice per la decisione (articolo 442 c.p.p., comma 1 bis) non può che ricomprendere anche i risultati delle indagini difensive depositati in sede di udienza preliminare.**

È del tutto evidente, inoltre, che le investigazioni difensive, legittimamente presentate, debbano essere valutate dal giudice in relazione a tutte le determinazioni che è chiamato ad assumere in quella fase del procedimento e quindi anche in ordine a quelle di

carattere decisorio che definiscano il procedimento con i riti alternativi (giudizio abbreviato e applicazione di pena concordata).

Né può ritenersi che la produzione e quindi l'utilizzabilità del contenuto delle investigazioni difensive operi solo in caso di richiesta di rito abbreviato condizionato ad integrazione probatoria. Tale interpretazione sarebbe, invero, in contrasto con il chiaro disposto dell'articolo 327 bis c.p.p. e articolo 438 c.p.p., comma 2.

La conferma, del resto, si ricava dallo stesso articolo 438 c.p.p., comma 5, che prevede la possibilità di subordinare la richiesta di rito abbreviato ad integrazione probatoria, ferma restando la utilizzabilità ai fini della prova degli atti indicati nell'articolo 442, comma 1 bis (e quindi anche delle investigazioni difensive prodotte).

Ed allora, cosa resta? Cosa preoccupa?

Il novellato comma 4 dell'art. 438 c.p.p. non consentirebbe più una "parità tra le parti" – seppur consapevoli che nel processo penale "parità" non può significare identità, bensì "equilibrio di poteri" – poiché attribuisce nuovamente al P.M. il dominio incontrastato nella fase di acquisizione della prova e della conduzione delle indagini, vanificando tutto il percorso legislativo che ha condotto all'affermazione delle indagini difensive, così menomando le garanzie dell'imputato e della difesa.

Se la *ratio* sottesa al nuovo comma 4 è quella di contravvenire alle investigazioni difensive presentate *in limite* alla richiesta di giudizio abbreviato, il legislatore avrebbe ben potuto fissare un limite perentorio entro cui la difesa avrebbe dovuto effettuare le indagini difensive, piuttosto che consentire al P.M. di effettuare ulteriori indagini, nel termine di 60 giorni, che potrebbero apportare nuove risultanze probatorie, all'esito delle quali il Giudice provvede con ordinanza, riconoscendo all'altra "parte" il mero diritto di "revocare la richiesta di abbreviato".

Sembrerebbe allora che il legislatore abbia voluto ridimensionare il rito abbreviato cd. secco, tramutandolo in un "mascherato" abbreviato condizionato, scoraggiando l'utilizzo delle investigazioni difensive, con l'ulteriore aggravante di eludere le garanzie previste dal nuovo comma 5bis.

Difatti, dalla lettura della norma, sembrerebbe preclusa la possibilità all'imputato che abbia optato per un abbreviato cd. secco, di reiterare la richiesta – qualora rigettata

all'esito dell'indagine suppletiva del P.M. – o di presentare una richiesta di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., possibilità, invece, concessa all'imputato che abbia optato per un abbreviato condizionato.

Si palesa, allora, una violazione del principio di uguaglianza?

Residuano dubbi, dal momento che il legislatore riconosce, all'imputato che abbia optato per un abbreviato cd. "secco" all'esito delle investigazioni difensive, la sola possibilità di revocare la richiesta, così "costringendolo" alla "non-scelta" del rito ordinario; per altro verso, riconosce all'imputato che abbia presentato una richiesta di abbreviato condizionato la possibilità di presentarne un'ulteriore, subordinata al rigetto della prima, ai sensi del comma 1 dell'art. 438 c.p.p. ovvero di formulare richiesta di applicazione della pena.

Gli scenari prospettabili sono certamente insidiosi e preoccupanti.

L'inversione di tendenza rispetto ai principi dettati dalla Corte Costituzionale rischierà di "far precipitare" in un baratro la giustizia penale?

L'Osservatorio Investigazioni difensive

“Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio nella giurisprudenza della Corte Edu: l’inaspettata vulnerabilità della nomofilassi europea e le conseguenze nell’interpretazione del diritto interno”.

I rapporti fra Stati Nazionali e Comunità Europea, continuano ad intelaiare situazioni giuridiche conflittuali che portano ad elevare la discussione su argomenti che, dopo innumerevoli anni di convivenza strutturale, dovrebbero rappresentare massime granitiche di un orientamento unico.

Il diritto sovranazionale, a causa della forte ingerenza sull’interpretazione delle leggi delle Nazioni appartenenti alla UE, raffigura il punto di inizio di un rapporto conflittuale tra le vigenti normative in vigore, alla luce di una sempre più crescente diversa argomentazione sostenuta dai Giudici Comunitari, in materie che si pongono in una zona grigia tra le strutturate normative statali e le nuove linee guida Europee.

Il *ne bis in idem*, rappresenta uno di queste situazioni, che si intenderà esaminare alla luce di alcune sentenze comunitarie, che tendono ad invadere il suolo giuridico nazionale, sottolineando i conflitti e le discontinuità dell’ordinamento giuridico italiano, nell’attuazione di una “protezione” che dovrebbe riguardare l’individuo e i suoi diritti.

Ne bis in idem, congiuntamente al diritto tributario, hanno rappresentato e rappresentano fonti originanti il c.d. doppio binario sanzionatorio - che come vedremo affonda le proprie radici nella ormai famosa sentenza Grande Stevens contro Italia della Corte EDU – che ha aperto il dibattito sul tema e ha posto le basi per la ricerca di un chiarimento in materia che portasse maggiore accordo tra le due fonti del diritto, analizzando la questione ed avendo sempre come riferimento centrale la persona.

La Corte di Strasburgo ha colto l’occasione per fissare, dei “paletti” in tema di rispetto dei diritti umani: *la pressione del mercato non può prevalere sulle obbligazioni internazionali di rispetto dei diritti umani che incombono agli Stati aderenti alla Convenzione europea.*³

³«La pression des marchés ne peut prévaloir sur les obligations internationales de respect des droits de l’homme qui incombent aux États liés par la Convention», Corte europea dei diritti umani, *Grande Stevens e altri contro Italia*, conclusioni par. 32

L'afflizione di una condanna, che sia questa amministrativa o penale, e che porti una fonte coercitiva più o meno gravosa nei confronti della parte, non può e non deve essere ravvisata come indicazione di una volontà a sé stante, totalmente disinteressata dalle altre realtà giuridiche, che non sono parallele bensì complementari.

Il principio del "ne bis in idem" europeo, sancito dall'art. 54 della Convenzione del 19 giugno 1990 di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985, ratificata e posta in esecuzione dall'Italia con L. 30 settembre 1993, n. 388, opera nel diritto interno solo in presenza di una sentenza o di un decreto penale divenuti irrevocabili, non potendo essere considerato preclusivo del giudizio in Italia per i medesimi fatti un provvedimento rapportabile a una decisione di archiviazione emessa dall'autorità giudiziaria straniera, inidonea a definire il giudizio con efficacia di giudicato.⁴

In questo contesto, i reati tributari rappresentano un ambito nel quale – soprattutto negli ultimissimi anni – è stata ripetutamente vagliata la compatibilità dell'ordinamento interno con quello comunitario e convenzionale, attraverso "sollecitazioni" che il giudice nazionale ha fornito alla Corte costituzionale, così come attraverso un dibattito dottrinario ancor più diffuso, attento e partecipe; ciò, peraltro, a fronte di una giurisprudenza sovranazionale, per un verso, particolarmente abbondante e di continuo arricchita da nuove pronunce e, per altro verso, connotata da un tipico e rigoroso approccio pragmatico, che tende a scalfire – o, quantomeno, contrastare – talune costruzioni dogmatiche "astratte" di frequente ideazione ed applicazione nella giurisprudenza e nella dottrina interne al nostro sistema.⁵

Tuttavia, il dibattito in tema di doppia sanzione irrogata ad uno o più individui per il medesimo illecito, non rappresenta un piano di studio e di analisi solo per il nostro ordinamento nazionale, ma caratterizza anche altri paesi UE, portando sempre più spesso la funzione della Corte EDU ad esemplificazione di principi già presenti nel tessuto giuridico "indigeno" di ogni nazione.

⁴Cass. Sezione II Penale, 8 maggio - 30 maggio 2014, n. 22566

⁵ Magistratura indipendente - Ne bis in idem in materia tributaria e giurisprudenza sovranazionale

La più recente statuizione in merito riguarda il caso A&B c. Norvegia, risalente al 2016, che si pone in contrapposizione con quello che la Corte di Strasburgo ha invece sostenuto nel caso Grande Stevens c. Italia.

Se in quest'ultimo caso la Corte, pur prendendo in considerazione il criterio di connessione sostanziale e temporale, aveva rilevato l'autonomia sostanziale dei procedimenti, tributario e penale, incardinati a carico del medesimo soggetto, con conseguente accoglimento della doglianza da quest'ultimo sollevata in relazione al divieto del bis in idem, nel caso norvegese ad avviso dei Giudici di Strasburgo, la sanzione amministrativa, pur irrogata da un'autorità diversa da quella penale e con procedimento separato, era comunque da ricomprendere nel complessivo sistema sanzionatorio previsto dalla legislazione svedese per punire il reato de quo, con la conseguenza che nella fattispecie non era ravvisabile un'illecita duplicazione di procedimenti o di condanne.

Orbene, il descritto orientamento europeo, peraltro ribadito dalla successiva pronuncia della Corte EDU *Jóhannesson e a. c. Islanda*, è stato subito recepito nella giurisprudenza nazionale.

Nel corso dell'anno, infatti, la Suprema Corte di cassazione ha non di rado escluso la violazione dell'art. 4 Prot. 7 della Convenzione facendo cardine proprio sui criteri stabiliti dalla Grande Camera EDU: una delle più recenti sentenze in materia, (*Cass. Pen., Sezione Terza, sentenza (ud. 22 settembre 2017) 14 febbraio 2018, n. 6993 Presidente Cavallo, Relatore Gai, P.G. Mazzotta*) costituisce solo una **successiva conforme** alle pronunce citate, contribuendo a consolidare gli approdi europei appena, sinteticamente, enucleati. Ad oggi, dunque, la giurisprudenza interna, seppur alle condizioni illustrate, accoglie positivamente il *revirement* della CEDU e la scelta normativa dello Stato di giudicare e sanzionare più volte lo stesso individuo per lo stesso fatto negli specifici casi indicati.

Preso atto dell'ondivago panorama interpretativo offerto dalle Corti europee sul punto, risulta palese come anche quest'ultime non siano immuni dalle patologie tipiche dei sistemi giudiziari: e cioè che vi sono decisioni contrastanti tra loro che si susseguono nel tempo, contrasti non dovuti ad un adeguamento sociale ma, esclusivamente, a diverse interpretazioni offerte dal medesimo organo giurisdizionale.

Difatti, nello specifico oggetto del presente studio, la Corte di Strasburgo, dopo una precisa presa di posizione con la sentenza *Grande Stevens* (apparentemente garantista), compie una rischiosa inversione di rotta con la sentenza *A&B* che, pur se diametralmente opposta alla precedente interpretazione, dal punto di vista strettamente tecnico-giuridico, risulta essere, a parere di chi scrive, maggiormente conforme all'insieme di norme e principi che regolano la materia.

È fisiologico che tale inaspettata vulnerabilità nomofilattica generi poca certezza nella creazione di un consolidato formante giurisprudenziale sovranazionale, impedendo di assumere così quel carattere 'vincolante' tipico delle pronunce dei giudici europei.

Siffatta conseguenza, attesa la posizione 'verticistica' rivestita dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia negli ordinamenti interni, ricade inevitabilmente, a cascata, su tutte le giurisdizioni nazionali aderenti alla Convenzione ed alla UE.

Il quadro che si prospetta, dunque, appare tutt'altro che confortante.

Sarebbe auspicabile, invero, la creazione di un sistema normativo (o comunque di un principio giurisprudenziale consolidato sul punto) tale per cui ad ogni azione di un individuo corrisponda una risposta sicura ed omogenea da parte dello Stato, in modo da permettere una esplicazione del diritto di difesa pieno, effettivo e non frazionato.

L'Osservatorio sui Rapporti tra Ordinamento interno e Giudici sovranazionali

*Diritto fondamentale all'affettività e Riforma Orlando:
minori e carcere.*

47

L'Osservatorio Carcere della Camera Penale di Cosenza ha iniziato sin dal 2017 ad elaborare un progetto, da realizzare presso la Casa Circondariale di Cosenza "Sergio Cosmai", che riguarda la realtà dei minori che entrano in contatto con l'ambiente carcerario perché figli di genitori detenuti.

Tale esigenza si inserisce nel più ampio alveo del diritto fondamentale all'affettività della persona detenuta, in ossequio *in primis* alle disposizioni comunitarie (art. 8 CEDU che sancisce il diritto alla tutela della vita privata e familiare), *in secundis* alla Carta Costituzionale (artt. 2 - 29 - 30 - 31 Cost.) ed, infine, alla disciplina contenuta nella Legge 354/1975 e successive modifiche, anche in attuazione del Protocollo di Intesa tra il Ministero della Giustizia, l'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza e l'Associazione "Bambinisenzasbarre Onlus" del 6 Settembre 2016.

Una urgenza, quella dell'affettività, fortemente avvertita anche nell'ambito della legge delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario (Sez. XII, lett. n), nella cui *ratio legis* si inserisce questo tema: il supporto affettivo *lato sensu* inteso.

Un intervento legislativo di pregnanza ideologica, onde vedere riconosciuto all'interno di un disposto normativo il diritto all'affettività nell'ottica di un adeguamento del nostro Ordinamento alla realtà europea.

L'esigenza, ormai indefettibile, di migliorare le relazioni affettive tra padri detenuti e figli minori, si appalesa necessaria per la crescita e per la struttura psico-affettiva dei minori.

Non è revocabile in dubbio che la struttura penitenziaria rappresenti un luogo potenzialmente traumatico per i minori che devono frequentarlo per mantenere un legame con il proprio genitore.

L'idea è quella di garantire ai minori un ambiente più "neutro" ed accogliente sin dalla fase dell'attesa (prima del colloquio) fino a giungere all'interno della struttura carceraria, attraverso un costante monitoraggio delle svariate situazioni che possono profilarsi ed una cooperazione con la struttura carceraria nella gestione e nella organizzazione.

Il tutto al fine di mettere in evidenza “la priorità del benessere del bambino”, secondo quanto statuito dall’ art. 3 della Convenzione Onu.

48

Inoltre, tra gli obiettivi di questo progetto, si intravede anche la possibilità di favorire le comunicazioni interpersonali (sia tra figli e genitore detenuto che tra quest’ultimo ed il personale scolastico) attraverso un collegamento Skype, soprattutto nei casi di particolare difficoltà ad effettuare colloqui intramurari per ragioni di distanza della sede carceraria unitamente a situazioni di precarietà economica.

L’Osservatorio “Carcere”, previa approvazione del direttivo della Camera Penale di Cosenza, ha preso parte - su questo tema - al Workshop nazionale organizzato dall’Associazione “*bambinisenzasbarre* Onlus” il giorno 29 settembre 2017, presso il PRAP, Provveditorato regionale dell’Amministrazione Penitenziaria, di Milano, al precipuo scopo di condividere idee nonché’ instaurare una relazione diretta con l’anzidetta Associazione, già fattivamente impegnata sul campo.

L’Osservatorio “Carcere”

*L'introduzione dell'undercover agent nella lotta alla corruzione:
strumento legittimo di prevenzione oppure potenziale oggetto di tensione
nel dialogo tra le Corti?*

49

Una delle modifiche legislative più discusse nell'ormai noto ddl c.d. 'Spazzacorrotti' inerisce l'introduzione della figura dell'agente infiltrato nella lotta alla corruzione.

L'art. 5 del Ddl n. 1189 del 24.9.2018 modifica, infatti, l'art. 9 della l. 16 marzo 2006, n. 146, estendendo alle indagini per i reati contro la pubblica amministrazione la disciplina, *ivi* già prevista per altri delitti, delle **operazioni di polizia sotto copertura**. I reati per cui è prevista tale estensione sono quelli di cui agli artt. 317, 318, 319, 319 *bis*, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321, 322, 322 *bis*, 346 *bis*, 353 e 353 *bis* c.p. Come sottolinea la Relazione al Disegno di legge, questa misura mira a potenziare gli strumenti investigativi nei confronti di delitti caratterizzati da un'apprezzabile gravità e di difficile accertamento *"perché connotati dalla stretta comunanza di interessi illeciti dei soggetti che vi concorrono e dal legame omertoso che li protegge"*.

Il Ddl include tra le condotte scriminate dalla causa di giustificazione di cui all'art. 9 della l. n. 146 del 2006 anche quelle che integrano le fattispecie tipiche di alcuni reati contro la pubblica amministrazione, che potranno dunque essere poste in essere dagli agenti sotto copertura, durante le indagini, senza incorrere in sanzioni. Le condotte non punibili restano tuttavia confinate - come sottolineato nella Relazione - *«a quelle necessarie per l'acquisizione di prove relative ad attività illecite già in corso e che non istighino o provochino la condotta delittuosa, ma s'inseriscono in modo indiretto o meramente strumentale nell'esecuzione di attività illecite altrui»*.

Con tale asserzione il Legislatore bada bene a non incorrere in future sanzioni da parte dei Giudici sovranazionali, così prospettando una netta dicotomia, tema caro alla giurisprudenza della Corte Edu, tra agente infiltrato e agente provocatore ed escludendo dai fatti non punibili quelli di **provocazione vera e propria**, ovvero quelle condotte di chi istiga a commettere un reato per assicurare alla giustizia chi non ha ancora compiuto alcun delitto.

Assume, dunque, particolare rilievo disaminare brevemente l'univoco formante giurisprudenziale della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo sul tema, ovvero l'interpretazione data dai giudici di Strasburgo sulla liceità del ricorso ad un agente provocatore da parte di un ordinamento nazionale e del rispetto del "giusto processo" previsto dall'art. 6 CEDU.

Numerose⁶ sono le pronunce della Corte in materia, che hanno accertato la violazione del principio del *fair trial*, qualora l'attività dell'agente si configuri quale quella dell'*agent provocateur* anziché dell'*undercover agent* (infiltrato), il cui intervento è invece ammesso.

Costituisce *leading case* la sentenza emessa nel 1998 nel caso *Teixeira de Castro c. Portogallo*: un soggetto non indagato, né con precedenti penali fu istigato a comperare una certa quantità di eroina ed una volta fornita (dopo essersela procurata da un conoscente) fu arrestato. In questa pronuncia, la Corte afferma l'inesistenza di prove capaci di dimostrare che il soggetto fosse predisposto a commettere un reato, e che l'attività di investigazione non fosse stata esercitata in maniera passiva ma anzi, in modo tale da influenzare l'indagato al punto da indurlo a commettere il fatto. La violazione dell'art. 6 della Convenzione risultava dal fatto che la condanna dell'imputato si basasse in misura determinante sulle dichiarazioni degli agenti di polizia, **quando nulla indicava che, in mancanza del loro apporto, l'attività delittuosa si sarebbe lo stesso realizzata.** Ancora, è nella sentenza del 21 marzo 2002 (*Calabrò c. Italia e Germania*), che la Corte Europea ammette l'attività di un agente infiltrato in un procedimento d'indagine preliminare, ma sulla sola base dell'esistenza di sospetti a carico di una o più persone. Solo in tale caso, ravvisa la Corte, è possibile il suo intervento ma lo stesso **non deve spingersi fino a provocare condotte criminose che altrimenti non si sarebbero verificate.**

Entrambe le pronunce, in sostanza, confermano una posizione, peraltro richiamata nella sentenza del 2008 (*Ramanauskas contro Lithuania, 2008*) con cui la stessa Corte ha condannato la Lituania al risarcimento danni al ricorrente, affermando che "*un conto*

⁶ CEDU, 9.6.1998, *Teixeira de Castro c. Portogallo*; Corte EDU, 21.2.2008, *Pyrgiotakis c. Grecia*; Corte EDU 1.7.2008, *Malininas c. Lituania*

sono le operazioni sotto copertura, altro è provocare il reato da parte di chi non aveva un proposito criminoso”.

In buona sostanza, a parere della Corte l'attività dell'agente provocatore finirebbe per creare un reato altrimenti inesistente, a differenza dell'agente sotto copertura che interviene quando l'intenzione criminosa già esiste ed è in corso.⁷

Tale orientamento, dal punto di vista dell'ordinamento interno, assume senz'altro un'importante rilevanza processuale, avallando la censura di **inutilizzabilità ai sensi dell'art.191 c.p.p.** degli atti raccolti mediante provocazione (*v. ad es. Cass., Sez.III, 3.6.2008, Ced 240269*); *ferma restando, tuttavia, la liceità dell'eventuale sequestro del corpo di reato, o delle cose pertinenti al reato (Cass., Sez.IV, 14.3.2008, Varutti, Ced 239525)*

Nondimeno, la giurisprudenza europea avrebbe altresì **implicazioni di carattere sostanziale**, perché, al di là della «veste processuale dell'argomentazione», la *regula iuris* formulata dalla Corte EDU sembra in fin dei conti disegnare una vera e propria **“causa di non punibilità” a favore del provocato**, che il giudice italiano dovrebbe automaticamente applicare ogni qual volta accerti la portata “causale” del contributo dell'infiltrato, ad es. al fine di ritenere quest'ultimo penalmente responsabile [così almeno A.di Martino, *Concorso di persone nel reato*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2011, 239].

L'ipotesi non sembra, per adesso, trovare supporto in giurisprudenza.

Dunque, l'introduzione dell'agente provocatore o dell'agente infiltrato nel nostro ordinamento potrebbe realmente costituire efficace strumento nella lotta alla corruzione? L'interrogativo genera posizioni contrapposte. Da un lato c'è chi legittima l'impiego di tale pratica investigativa come mezzo per favorire l'emersione del fenomeno corruttivo, seppur in modo duro ed estremo. Allo stesso modo, però è d'obbligo attenersi al rispetto delle regole processuali e legali, dei principi di democrazia,

⁷ Tali pronunce sono richiamate nelle motivazioni delle sentenze della Suprema Corte (cfr, *Cass., Sez.III, 7.4.2011 (dep. 3.5.2011), n. 751, Pres. Squassoni, Rel. Ramacci, ric. Ediale e a.*), secondo cui deve ritenersi violato **Part. 6 CEDU** nel caso in cui un soggetto venga condannato per un **reato provocato “in senso stretto” dalle stesse forze di polizia.**

di giusto processo e difesa, pilastri su cui poggia l'ordinamento giuridico italiano. Tale ultima posizione, peraltro, avalla l'orientamento più volte sancito nelle pronunce della Corte Europea. La persona istigata si trova davanti a una semplice scelta: cedere o non cedere, tentare o non tentare, commettere o non commettere l'illecito. La trasparenza però, come l'onestà, dovrebbe guidare l'attività sociale e politica; pertanto, un problema di scelte di questo tipo, forse, non dovrebbe porsi.

52

L'Osservatorio sui Rapporti tra Ordinamento interno e Giudici sovranazionali

*Le leggi ingiuste esistono:
dobbiamo accontentarci di obbedire o dobbiamo sforzarci di correggerle*

53

*‘Coloro che, pur disapprovando il carattere e
le misure assunte da un governo, gli concedono lealtà
e sostegno sono senza dubbio i suoi sostenitori più
coscienziosi, e dunque
spesso i più seri ostacoli alle riforme’.*

H.D. Thoreau

Nei mesi passati, l'Osservatorio aveva sollevato evidenti perplessità rispetto ad alcune dichiarazioni politiche in materia di immigrazione, ci siamo interrogati rispetto all'impatto che determinati termini quali: delitto di solidarietà e respingimenti, avrebbero avuto sull'opinione pubblica.

A distanza di un breve lasso temporale riteniamo che la quotidiana diffusione di espressioni demagogiche, provenienti da Alte cariche dello Stato e mirabilmente tese a sollevare sentimenti di paura nei confronti degli immigrati e ad offuscare il principio di solidarietà, sancito dalla (nostra) Carta Costituzionale, possano essere unicamente contrastate con informazioni precise e veritiere.

Per tale ragione consideriamo importante una recente pronuncia del *Conseil Constitutionnel*, la *decision n° 2018-717/718 QPC del 6 luglio 2018* che, in forza del principio di matrice costituzionale *'la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle'*, ha delineato un preciso ridimensionamento del *délit de solidarité*.

Oggi, alla luce della recente emanazione del Decreto cd. 'Sicurezza', continuiamo ad interrogarci rispetto all'influenza che le correnti politiche, animate da spiriti populistici e generalisti, hanno sul diritto penale e, peggio ancora, su istituti tipici della parte di diritto generale.

Possono legittimarsi ed approvarsi modifiche normative esclusivamente dettate dal 'grido' di una parte della piazza', peraltro attività legislative compiute sotto il controllo del Capo dello Stato?

Si può consentire, esclusivamente paventando raccomandazioni ed in ragione del criterio dell'emergenza che affonda le sue radici in tempi non recenti, una 'deroga' alla disciplina codicistica?

Alla data odierna possiamo ben dire, senza alcun timore di smentita, che l'attuale Potere Esecutivo e la sete di giustizialismo della piazza forcaiola abbiano di fatto, inevitabilmente travolto la portata di alcuni temi ed il loro fondamento costituzionale.

È chiaro che l'obiettivo perseguito è garantire che la pace 'sociale' venga tutelata esclusivamente attraverso l'inasprimento del sistema sanzionatorio in spregio dei diritti di coloro i quali godono di condizioni economiche disagiate poste al di sotto della soglia di povertà.

Tale impostazione è più che mai presente laddove l'intervento della classe politica si è principalmente concentrato su alcuni titoli di reato, quale è la fattispecie ex art. 633 C.p. nella parte relativa all'introduzione del nuovo comma 3.

In particolare, attese le evidenti criticità caratterizzanti il presente titolo di reato, non potrà sfuggire agli occhi più attenti che, in materia di beni immobili per i quali non vi è alcun vincolo di destinazione, lo Stato con la formulazione del nuovo dettato normativo, proprio su questa materia, ha deciso di superare quella parte della Giurisprudenza che aveva sempre garantito la tutela del diritto all'abitazione del soggetto economicamente e socialmente più debole, laddove l'occupazione eseguita da questi aveva ad oggetto un bene immobile sul quale era evidentemente scemato l'interesse dell'Ente Locale di riferimento.

Dunque, assistiamo ed assisteremo ad uno scontro tra il novellato interesse dello Stato nei confronti di beni immobili oramai abbandonati e per i quali non è in corso di programmazione alcuna operazione di manutenzione, il diritto di chi si trova in situazioni di indigenza

'insuperabili' e lo stesso diritto dell'avente causa che ad esempio potrebbe manifestare una differente volontà.

Ed allora è palese che l'obiettivo governativo sia colpire gli operatori sociali e quelle associazioni senza scopo di lucro che operano e trattano di situazioni sociali che nell'ottica statalista sarebbero divenute improvvisamente 'esplosive' e pertanto urgerebbero di interventi riqualificanti.

Riqualificazione mirante a calpestare i diritti dei più deboli attraverso l'incondizionato inasprimento delle pene.

La risposta correttiva che oggi il Governo ha inteso dettare, dimenticando che negli anni passati interi quartieri sono stati abbandonati a loro stessi consentendo un'indiscriminata occupazione e ghettizzazione in assenza di controlli sul territorio e lasciando a pochi operatori sociali il compito di rintracciare soluzioni di 'convivenza' tra classi sociali disagiate, è stata unicamente quella di elevare il tetto sanzionatorio e di mutuare termini da altre fattispecie di reato che poco hanno in comune con il delitto oggi riformato.

Tali considerazioni che hanno un preciso risvolto di natura politica irrimediabilmente sono state tradotte in modifiche normative presenti nel recente Decreto-legge.

Proprio per tale ragione è evidente che non si è dinanzi ad un Legislatore disattento, in materia di inasprimento del tetto sanzionatorio, atteso che è stata predisposta una mirata operazione 'politica' volta al superamento del livello di discrezionalità del Giudicante, laddove viene trattata, ad esempio, la valutazione dell'aumento di pena in conseguenza dell'applicazione di una circostanza aggravante.

Nello specifico, ci riferiamo al richiamo che viene operato, all'interno del Decreto-legge, alla qualificazione di 'promotore' ed 'organizzatore' nonché al raddoppio delle sanzioni ripreso dallo schema dell'art. 511 C.p.

Riteniamo che l'intervento 'correttivo' interessante il terzo comma dell'art. 633 C.p. abbia una esclusiva ed insuperabile matrice politica laddove ad esempio, in materia di circostanze aggravanti relative ai danneggiamenti degli immobili di pubblico interesse, non sia stato disposto alcun intervento.

Ed allora possiamo ben discorrere delle criticità sottese alle modifiche elaborate in materia di *Invasione di terreni o edifici*, ex art. 633 C.p.; del criterio che avrebbe ispirato il Legislatore nel porre la modifica del catalogo dei reati per i quali verranno disposte le

intercettazioni ex art. 266 comma 1) lettera F) C.p.p.; l'opinione pubblica dovrà soffermarsi sul potere conferito, per regolamento, alla polizia urbana, di inibire, utilizzando il cd. daspo 'urbano', l'accesso ai 'presidi sanitari'; ci si dovrà interrogare sull'inasprimento delle sanzioni in materia di subappalti illeciti, legittimando in via maggiore un sistema dei delitti e delle pene ideatore e sviluppatore di una visione 'carcerocentrica' e repressiva.

L'attuale Decreto-legge prevede una rilevante modifica in materia di occupazioni arbitrarie di immobili mediante l'introduzione, dopo il secondo comma dell'art. 633 C.p., della seguente disciplina *'nell'ipotesi di cui al secondo comma, si applica la pena della reclusione fino a quattro anni congiuntamente alla multa da 206 euro a 2064, nei confronti dei promotori e organizzatori dell'invasione, nonché di coloro che hanno compiuto il fatto armati'*.

L'art. 633 C.p. continua a prevedere che l'invasione possa essere rimessa all'iniziativa del singolo, punibile a querela della persona offesa, o da più di cinque persone, di cui una palesemente armata, da più di dieci persone, anche senza armi, queste ultime condotte di reato perseguibili d'ufficio.

Riteniamo che molteplici siano le critiche da avanzare rispetto ai 'nuovi' contorni della fattispecie per come delineati.

Parimenti rileviamo che l'introduzione dei termini 'organizzatori' e 'promotori', sia l'espressione di una maldestra operazione che inequivocabilmente attesta l'incapacità del Legislatore rispetto al dettato contenuto nell'art. 112 del Codice penale, così come non è da considerare di minore gravità l'illegittimo superamento del criterio 'congiunto' di applicazione della pena.

Non possiamo sottacere che gli elementi necessari alla configurabilità dell'aggravante di cui al secondo comma dell'art. 112 C.p. siano: il carattere collettivo dell'agire invasivo e la sussistenza di un'azione riunita rimessa all'iniziativa di un gruppo di soggetti cd. 'concorrenti'.

L'attuale formulazione del secondo comma dell'art. 633 C.p. riprende la disciplina di cui all'art. 112 comma 1 C.p. ed in questo senso è prevista una congiunta applicazione della pena salvo che la legge disponga altrimenti mentre il novellato contenuto nel terzo comma individua il superamento dell'aumento di pena previsto dal secondo comma

dell'art. 112 C.p. mediante l'imposizione di un tetto massimo elevato a quattro anni di reclusione.

La negativa evoluzione di tale fattispecie di reato ci pone di fronte al rafforzamento del contenuto di circostanze aggravanti preesistenti nonché al travisamento dello schema del concorso di persone sia in termini di attribuzione soggettiva del ruolo di promotore o organizzatore che di commisurazione della sanzione.

Il restyling, operato da un Governo che ignora i diritti dei deboli mediante lo strumento della piazza virtuale e a forza di decreti legge, ha previsto, quali immutate, le condotte di reato di cui al primo comma dell'art. 633 C.p. delineate sulla base della struttura dell'art. 112 del Codice Penale, di fatto esprimendo una insuperabile dicotomia tra la circostanza aggravante ad effetto speciale *'cinque persone di cui una almeno armata'* cui segue la congiunta determinazione del trattamento sanzionatorio ed il differenziato ed aggravato trattamento delineato nel successivo terzo comma dell'art. 633 C.p.

Parimenti non potrà sfuggire il raddoppio dell'entità delle pene concretamente indicate all'interno dell'articolo 21 del Decreto, ovvero un maldestro risultato direttamente riconducibile al richiamo del dettato sanzionatorio di cui all'art. 511 C.p. laddove viene previsto il raddoppio sanzionatorio per capi, promotori ed organizzatori del delitto di cui all'art. 502 C.p.

Devianti modifiche si registrano anche in tema di intercettazioni, laddove l'art. 31 del Decreto Legge, rubricato *'modifiche all'art. 266 comma 1, lett. f) del codice di procedura penale'* introduce in un catalogo di reati ben preciso (commercio di sostanze nocive, ex art. 444 C.p., contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni ex art. 473 C.p., introduzione nello Stato e nel commercio di prodotti non falsi ex art. 474 C.p., frode nell'esercizio del commercio ex art. 515, vendita di sostanza alimentari non genuine come genuine ex art. 516 C.p., contraffazioni di indicazioni geografiche o denominazione di origine dei prodotti agroalimentari ex art. 517 quater C.p.) l'ammissibilità dello strumento intercettivo anche in materia di occupazione di beni immobili.

Manifestiamo dubbi anche rispetto al posizionamento di tale titolo di reato accanto a categorie che involgono la protezione di differenti beni giuridici quali: la salute

pubblica, la proprietà industriale, la fede pubblica, la lealtà e la correttezza negli scambi commerciali.

E sempre in materia di 'diritto all'abitazione' riprendiamo il dettato espresso da alcune pronunce della Corte Costituzionale secondo le quali: *Il diritto all'abitazione rientra tra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione [...] In breve, creare le condizioni minime di uno Stato sociale, concorrere a garantire al maggior numero di cittadini possibile un fondamentale diritto sociale, quale quello all'abitazione, contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana, sono compiti cui lo Stato non può abdicare in nessun caso'.*

Sul tema delle intercettazioni emerge la disparità di trattamento e l'illegittimo utilizzo dello schema delineato, ad esempio per la fattispecie di reato ex art. 416 C.p. in relazione alle condotte ex artt. 473 e 474 C.p. rispetto ai caratteri 'associativi' individuabili nella condotta aggravata di cui al terzo comma dell'art. 633 C.p.

Tale operazione si traduce nell'ennesima positivizzazione della logica del 'doppio binario', difatti, accanto ad un sistema sanzionatorio che prevede il raddoppio delle pene per 'promotori' 'organizzatori' e 'soggetti che utilizzano armi' il Legislatore vuol far convivere la disciplina che esclude l'art. 633 comma 3 bis dal comma 2 bis del nuovo art. 266 bis C.p.p.

Nel più completo silenzio di chi avrebbe dovuto attentamente valutare i profili di incostituzionalità della norma, è certo che i nuovi contorni della fattispecie delineata all'interno del Decreto cd. 'Sicurezza' inevitabilmente renderanno ostica se non impossibile l'applicazione della scriminante dello stato di necessità.

Atteso che la Giurisprudenza ha inteso includere il diritto all'abitazione 'tra i diritti inviolabili della persona', come si collocherà la 'nuova' formulazione rispetto ai casi in cui l'occupazione sarà proprio dettata da 'gravi danni alla persona'?

Il diritto all'abitazione è un diritto che rinviene il suo fondamento costituzionale nel 'catalogo aperto' rappresentato dall'art. 2 della Costituzione oltre che dall'art. 3 c. 2'. (Cass. pen. Sez. II, n° 44363)

Rispetto a tale argomento possiamo ben affermare che lo Stato abbia abdicato al proprio ruolo e delegato al Legislatore una mera operazione di inasprimento delle pene

per una fattispecie di reato in cui, secondo l'attuale spirito 'innovatore', è la condotta di invasione a dover essere enfatizzata.

Rileviamo dunque che la 'nuova' formulazione della condotta cd. di **invasione** si pone in modo netto e contrastante con molteplici pronunce giurisprudenziali, le quali postesi il problema della attribuzione di un univoco significato avevano omogeneamente optato per una ricostruzione più attenuata e modulata della condotta 'monosoggettiva', richiamando che non ci si può sempre riferire all'aspetto violento di essa, poiché potrebbe essere del tutto assente.

Il termine invasione non va inteso in senso etimologico e cioè come azione tumultuosa e violenta compiuta da più persone sulla totalità del bene, essendo, al contrario, sufficiente che l'accesso o la penetrazione arbitraria nel fondo altrui sia effettuato – anche da una sola persona- al fine di immettersi – arbitrariamente nel possesso, pertanto non ogni turbativa del possesso comporta un'invasione. (Cass. Pen. Sezione II, 23 marzo 2011, n° 11544).

Ulteriore aspetto che non può essere disatteso dalla nostra analisi è quello relativo agli effetti che tale normativa produrrà, nel lungo periodo, sulla Giurisprudenza; oggi iniziamo a segnalare un recente intervento del 4 ottobre c.a., la pronuncia n° 24198 della Seconda Sezione della Suprema Corte, la quale sintetizza la compressione del livello di discrezionalità della Pubblica Amministrazione a fronte del rilascio di beni immobili occupati.

Tale pronuncia è significativa poiché introduce dei 'paletti' normativi alla definizione di **discrezionalità** posta in capo agli Enti Locali territoriali.

Nello specifico il dettato in esame annienta la discrezionalità della Pubblica Amministrazione laddove statuisce che sulla stessa incombe l'obbligo di utilizzare la forza pubblica in caso di occupazione.

In caso di inerzia da parte dell'Ente locale vi sarà l'integrazione di una specifica condotta illecita.

Dunque, di fatto, si impedisce alla Pubblica Amministrazione di rivalutare la sindacabilità dell'opportunità di procedere all'attività di sgombero.

Conseguentemente l'attuale logica del Legislatore non consente ad un Ente Pubblico di operare scelte di carattere discrezionale rispetto ad immobili sottoposti alla sua gestione.

Tale intervento giurisprudenziale, assai significativo, pone fine alla categoria della discrezionalità amministrativa laddove per la Pubblica Amministrazione iniziano ad individuarsi profili di illegalità: *'il primo criterio cui deve ispirarsi la p.a. è la legalità e la legalità non v'è quando si tolleri l'altrui sopruso dal momento che chi accetta l'illegalità l'avalla'*.

La Suprema Corte si spinge oltre, elaborando un principio nettamente in contrasto con la Carta Fondamentale *'la discrezionalità della p.a. non può mai spingersi se non stravolgendo ogni fondamento dello Stato di diritto, a stabilire se dare o non dare esecuzione ad un provvedimento dell'autorità giudiziaria, a maggior ragione quando questo abbia ad oggetto la tutela di un diritto riconosciuto dalla Costituzione o dalla CEDU, come nel caso del diritto di proprietà tutelato dall'art. 41 Cost. e dagli artt. 6 CEDU e 1 del Primo protocollo Addizionale CEDU.*

È pertanto, colposa la condotta dell'amministrazione dell'interno che, a fronte di un ordine di sgombero di un immobile abusivamente occupato vi aut clam, trascuri per sei anni di dare attuazione al provvedimento di sequestro con contestuale ordine di sgombero impartito dalla Procura della Repubblica.'

Accanto ad una compressione della categoria della discrezionalità in capo alla Pubblica Amministrazione non possiamo non registrare il contrasto con il recente orientamento giurisprudenziale che ha sempre qualificato *'l'acquiescenza dell'Ente locale'* idonea ad ingenerare il convincimento negli occupanti di poter continuare a permanere nell'immobile dunque con impossibilità di configurare l'elemento soggettivo del delitto di cui all'art. 633 C.p. (*Cass. pen. Sez. II, n° 38483/18*)

In conclusione, riteniamo che la nostra attività di osservazione ed allo stesso modo di denuncia debba riguardare gli *enjambements* dal catalogo costituzionale che il Legislatore ha positivizzato nel silenzio dei più.

Ci riferiamo alla tematica sino a qui sviluppata ed alle insuperabili contraddizioni in termini di diritto sostanziale, all'inasprimento delle sanzioni in materia di subappalti, al diritto alla salute divenuto *'ostaggio'* del decoro urbano, ben consapevoli che il fondamento di quest'ultimo argomento è rappresentato *in primis* dal Decreto-legge n° 14 del 18.4.2017, il cd. *'Decreto Minniti'* ovvero *'Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città'*.

Non possiamo partecipare a scelte politiche inevitabilmente orientate a comprimere i diritti dei più deboli né possiamo plaudire ad interventi sanzionatori aspri ed irrispettosi della funzione della pena e del principio rieducativo ad essa sotteso.

Nel pieno spirito della Legge Fondamentale dello Stato e dei Principi in essa contenuti, ribadiamo che legittimare compressioni di qualsivoglia natura involgenti i diritti della persona equivale a minacciare la dignità umana.

L'Osservatorio sui Rapporti tra la Camera Penale di Cosenza
e la Giunta dell'Unione delle Camere Penali Italiane