

**Parere richiesto dal Ministro della Giustizia sul decreto legge, recante "Disposizioni urgenti per l'attuazione dell'articolo 2 della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, in materia di giusto processo".**

*(Deliberazione del 17 febbraio 2000)*

Il Consiglio Superiore della Magistratura, nella seduta del 17 febbraio 2000, ha deliberato a maggioranza, di approvare l'allegato parere.

Con nota del 12.1.2000, **il Ministro della Giustizia ha richiesto al Consiglio Superiore della Magistratura, ai sensi dell'art. 10 della L. 24.3.58, n. 195, il parere sul Decreto Legge 7 gennaio 2000 n.2 recante: "Disposizioni urgenti per l'attuazione dell'art.2 della Legge Costituzionale 23 novembre 1999, n.2, in materia di giusto processo", approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 5.1.2000.**

Il decreto in questione è stato emanato in considerazione della "straordinaria necessità ed urgenza" di dare attuazione all'art.2 della Legge Costituzionale 23 novembre 1999 n.2 ("Inserimento dei principi del giusto processo nell'art.111 della Costituzione"), approvata in via definitiva il 10 novembre 1999, in vigore dal 7.1.2000, contenente un rinvio alla legge ordinaria per l'applicazione dei principi dettati dalla normativa costituzionale ai procedimenti penali in corso alla data della sua entrata in vigore.

**Il Decreto Legge 7 gennaio 2000 n.2 consta di due soli articoli**, il secondo dei quali riguarda la sua entrata in vigore ("il giorno stesso della sua pubblicazione"), mentre il primo testualmente prevede:

- 1 - *Fino alla data di entrata in vigore della legge che ne disciplina l'attuazione nel processo penale, i principi introdotti nell'art.111 della Costituzione dall'articolo 1 della legge costituzionale 23 novembre 1999, n.2, si applicano ai procedimenti penali in corso alla data di entrata in vigore della legge costituzionale nei quali non sia stato dichiarato aperto il dibattimento.*
- 2 - *Nei procedimenti penali nei quali sia stato dichiarato aperto il dibattimento alla data di entrata in vigore della legge costituzionale 23 novembre 1999, n.2, la colpevolezza dell'imputato non può essere provata esclusivamente sulla base delle dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore. Tali dichiarazioni, tuttavia, possono essere valutate come prova dei fatti in esse affermati quando, per le modalità dell'esame o per altre circostanze emerse dal dibattimento, risulta che la persona che le ha rese è stata sottoposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro di altra utilità, affinché si sottragga all'esame.*

**Con delibera dell'8.2.2000, la Camera dei Deputati, in prima lettura, ha approvato in via d'urgenza il decreto in questione, nel seguente testo modificato :**

- 1 - *Fino alla data di entrata in vigore della legge che disciplina l'attuazione dell'art.111 della Costituzione, così come modificato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999,*

*n.2, ed in applicazione dell'art.2 della stessa Legge, i principi di cui all'art.111 della Costituzione si applicano ai procedimenti in corso salvo le regole contenute nei commi successivi.*

- 2 *Le dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame dell'imputato o del suo difensore, sono valutate, se già acquisite al fascicolo per il dibattimento, solo se la loro attendibilità è confermata da altri elementi di prova, assunti o formati con diverse modalità.*
- 3 *Le dichiarazioni possono essere comunque valutate quando, sulla base di elementi concreti,*

*verificati in contraddittorio, risulta che la persona è stata sottoposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro di altra utilità, affinché si sottragga all'esame.*

- 4 *Alle dichiarazioni acquisite al fascicolo per il dibattimento, e già valutate ai fini delle decisioni, si applicano nel giudizio innanzi alla Corte di cassazione, le disposizioni vigenti in materia di valutazione della prova, al momento della decisione stessa.*
- 5 *Nell'udienza preliminare dei processi penali in corso nei confronti di imputato minorenni il giudice, se ritiene di poter decidere allo stato degli atti, informa l'imputato della possibilità di consentire che il procedimento a suo carico sia definito in quella fase.*
- 6 *Le disposizioni dei commi precedenti si applicano anche ai procedimenti che proseguono con le norme del codice di procedura penale anteriormente vigenti.*

**Il Consiglio, nell'esprimere il presente parere obbligatorio ai sensi dell'art. 10 L. 195/58 sul testo dell'originario D.L. attualmente in vigore, ritiene di dovere valutare anche il testo licenziato dalla Camera dei Deputati** perché esso può essere indicativo delle linee generali di tendenza della futura normativa definitiva che si auspica possa essere varata in tempi rapidi anche per porre rimedio ad una situazione prevedibile di incertezze interpretative su cui appresso si tornerà.

E' doveroso, iniziando l'esame del decreto legge, un cenno alla portata ed alle conseguenze processuali della riforma dell'art.111 Costituzione cui il decreto legge si riferisce.

Si tratta di una riforma che, tra l'altro, va ad incidere in maniera diretta sull'attuale assetto del processo penale sul quale è destinata a produrre gli effetti più significativi.

Premessa del parere che viene reso da questo Consiglio è che le nuove norme costituzionali costituiscono punto fermo per ogni ragionamento sul processo e per una ricostruzione sistematica della sua disciplina. Alla normativa costituzionale occorre soltanto dare attuazione effettiva e nel contempo assicurare che i principi in essa contenuti trovino applicazione nel modo più efficace possibile. Partendo dalla necessità di ispirare gli interventi legislativi ai due criteri fondamentali stabiliti dall'art.111 Costituzione del rispetto delle garanzie e, insieme, della realizzazione dell'efficienza, come più volte ribadito dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 131/96 e n. 460/95), il presente parere si limiterà ad analizzare le conseguenze ordinamentali e processuali prevedibili.

Limitando lo sguardo agli effetti sull'attuale sistema, è prevedibile che la riforma determinerà un più marcato utilizzo dell'incidente probatorio, con inevitabili ricadute sul lavoro delle Sezioni GIP e GUP dei Tribunali, già oggi in grave sofferenza sia per le numerose incompatibilità esistenti, sia per la rotazione dei giudici in quelle funzioni imposta dalla Legge 479/99 (pubblicata sulla G.U. del 18.12.99). E' inoltre prevedibile un'ulteriore dilatazione della durata dei dibattimenti già oggi sottoposti al costante rischio della prescrizione, peraltro in presenza di un complesso ed intricato sistema di procedure incidentali (basti pensare a quelle in tema di libertà personali e di misure cautelari reali) ed in assenza di previsioni finalizzate a scoraggiare le impugnazioni meramente dilatorie.

Nella consapevole previsione di ricadute sull'efficace esercizio della giurisdizione (peraltro, in termini di illegittimità di numerose disposizioni processuali attualmente vigenti), lo stesso legislatore costituzionale si è dato carico di modulare temporalmente gli effetti dell'addizione prodotta sull'art. 111 cit., stabilendo, all'art. 2 della legge di riforma costituzionale, che dovesse poi essere il legislatore ordinario a regolare l'applicazione dei nuovi principi "ai procedimenti penali in corso alla data della sua entrata in vigore".

Ciò significa che la disciplina transitoria, nel rispettare le linee essenziali della riforma (tra cui ovviamente il metodo dialettico nella formazione della prova), non deve neppure confliggere con altri principi pure contenuti nell'art.111 Cost. riformato, quali la parità tra le parti e la ragionevole durata del processo, né ignorare le stesse ipotesi derogatorie previste dal quinto comma della norma.

E' da rilevare che, con il testo del Decreto Legge 7.1.2000 n.2, il Governo, ha optato, ai fini della determinazione dell'ambito di applicabilità della normativa transitoria, per un criterio temporale fondato sulla fase in cui si trovano i procedimenti ( i nuovi principi... "*si applicano ai procedimenti penali in corso alla data di entrata in vigore della legge costituzionale nei quali non sia stato dichiarato aperto il dibattimento*").

Il testo licenziato dalla Camera dei Deputati, invece, opta per una diversa scelta: quella di affermare l'applicabilità della nuova normativa costituzionale a tutti i procedimenti in corso, introducendo alcune specifiche regole di valutazione della prova dichiarativa (“...i principi di cui all'art. 111 della Costituzione si applicano ai procedimenti in corso salvo le regole contenute nei commi successivi”).

Pertanto, i problemi, a parere del Consiglio Superiore della Magistratura, sono quelli dei contenuti delle scelte operate, con riferimento, per quanto concerne il testo del D.L. attualmente in vigore, alla individuazione dei procedimenti in corso cui la previsione del nuovo art.111 Costituzione si applicherà e, per quanto riguarda il testo licenziato dalla Camera dei Deputati, alla incidenza delle nuove norme sul regime di valutazione della prova, nonché delle ricadute sui dibattimenti in corso dell'applicazione non modulata dei nuovi principi.

In un caso e nell'altro, comunque, vanno sottolineate la totale assenza delle indispensabili modifiche - necessarie sin dalla fase transitoria di applicazione dell'art.111 Costituzione - delle norme del codice di rito potenzialmente confliggenti con le nuove previsioni (il che, come è facilmente prevedibile, darà luogo a gravi problemi interpretativi ed alla proliferazione di questioni di illegittimità costituzionale) e la necessità di prevedere norme di attuazione anche del principio della ragionevole durata del processo.

Vanno separatamente esaminate, dunque, le questioni connesse alle diverse prospettive rispettivamente adottate dai due testi in esame.

Circa l'individuazione dei procedimenti in corso cui la previsione del nuovo art. 111 Costituzione si applicherà – tema, come s'è detto, connesso al testo del decreto legge in vigore - è noto che, già all'indomani dell'emanazione del Decreto Legge 7 gennaio 2000 n.2, specie da parte di settori rappresentativi dell'Avvocatura penale, sono stati sollevati dubbi sulla costituzionalità della scelta operata secondo cui i nuovi principi “*si applicano ai procedimenti penali in corso alla data di entrata in vigore della legge costituzionale nei quali non sia stato dichiarato aperto il dibattito.*” Nell'ovvio rispetto delle decisioni che saranno eventualmente assunte dal Giudice delle leggi sulle possibili questioni di illegittimità costituzionale già preannunciate, il Consiglio si limita ad osservare che l'art. 2, c.1 della L. 23.11.99 n.2 prevede che “*la legge regola l'applicazione dei principi contenuti nella presente legge costituzionale ai procedimenti penali in corso alla data della sua entrata in vigore*”. E' dunque evidente che lo stesso legislatore costituzionale ha delegato al legislatore ordinario la scelta di modulare le regole processuali attuative dell'applicazione dei nuovi principi ai procedimenti in corso. Ciò comporta che il legislatore ordinario, nel dettare la disciplina transitoria, ha un margine di discrezionalità che presuppone l'individuazione di ciò che nei principi del nuovo art.111 Costituzione è assolutamente indispensabile e di ciò che, al contrario, può essere oggetto di disciplina variamente modulata. E' da questo punto di vista che il Consiglio Superiore della Magistratura si propone di esaminare il testo del decreto legge e quello approvato dalla Camera dei Deputati, limitandosi a registrare gli effetti che produrrebbero sull'attuale disciplina processuale e restando aperto il problema delle soluzioni più idonee ad assicurare le esigenze di funzionalità del processo, senza tradire lo spirito della norma costituzionale.

Il decreto legge esclude dal novero dei procedimenti soggetti al nuovo regime solo quelli in corso di trattazione dibattimentale. Questa scelta appare particolarmente rischiosa per tutti quei procedimenti in relazione ai quali sia già intervenuto il promuovimento dell'azione penale: gli uffici del Pubblico Ministero, infatti, in tali casi ed indipendentemente dal titolo di reato per cui abbiano richiesto il rinvio a giudizio, hanno evidentemente portato a termine le indagini preliminari anche in base al preesistente regime di utilizzabilità delle prove dichiarative, oggi travolto o gravemente compromesso. In tal modo, cioè, il P.M. vede compromesso il proprio potere di inizio consapevole dell'azione penale e di consapevole conduzione del dibattimento : ne risulta addirittura compromessa la parità tra le parti, che è anch'essa prevista come principio del giusto processo (art.111 Cost., primo cpv.), specie ove si consideri che la normativa transitoria viene “calata” in un quadro processuale che vede contestualmente modificato e ridotto il potere di integrazione della prova riconosciuto al P.M. dopo il rinvio a giudizio (ci si intende riferire all'art. 430 bis c.p.p., introdotto dall'art.25 L. 16.12.99 n.479). Di conseguenza viene a ridursi la portata probatoria del materiale raccolto dal P.M. nell'ambito dei procedimenti per i quali sia già stata promossa l'azione penale: potrà frequentemente verificarsi, cioè, che in questi procedimenti, il P.M. abbia richiesto il rinvio

a giudizio degli imputati sulla base di prove dichiarative le quali, alla luce del sistema vigente prima del 7.1.2000, sarebbero state utilizzabili (secondo le norme del Codice di rito vigenti e la sentenza n. 361 del '98 della Corte Costituzionale) anche in caso di rifiuto dell'esame dibattimentale delle persone da cui le dichiarazioni siano state rese nella fase delle indagini preliminari. Ed in questi casi, il P.M. avrebbe potuto legittimamente reputare quelle prove sufficienti a sostenere l'accusa, rinunciando alla ricerca e/o raccolta di altre prove. Ma, diventato immediatamente operativo il nuovo precetto costituzionale ed essendo entrati in vigore i divieti di attività integrative della prova di cui all'art.430 bis c.p.p., nel caso di rifiuto dell'esame dibattimentale da parte della fonte della prova dichiarativa raccolta in fase di indagine preliminare, il P.M. vedrà irrimediabilmente compromesso il doveroso esercizio della sua funzione, persino nella direzione favorevole all'imputato, così come potrà esserlo l'accertamento della verità (scopo ultimo del processo secondo gli insegnamenti della Corte Cost.le: sentenze 254 e 255 del 1992).

Ma, quel che più conta, quantità e qualità delle fonti di conoscenza originariamente messe a disposizione del giudice si riducono ora sensibilmente. Per i processi in corso si determina, insomma, nel dibattimento una perdita di sapere, che non può non incidere negativamente sulla formazione del convincimento del giudice. Tale patrimonio di conoscenze solo in minima parte è recuperabile attraverso l'attività, pur riconosciuta al collegio, di integrazione probatoria in sede dibattimentale.

Questa situazione, peraltro, potrebbe verificarsi non solo nei procedimenti relativi a reati di criminalità organizzata, ma anche in quelli relativi alla cd. "microcriminalità" che, come è noto, spesso incide in modo più immediato sui diritti dei cittadini; a mero titolo di esempio, si pensi all'ipotesi di reati commessi in danno di stranieri citati e non comparsi la cui testimonianza risulti rilevante: è quanto meno dubbio che, dopo il 7.1.2000, possa farsi ricorso allo strumento previsto dall'art. 512 bis c.p.p. (lettura dei verbali delle dichiarazioni da loro rese) o a quello della testimonianza degli ufficiali o agenti di P.G. sul contenuto delle dichiarazioni acquisite dai testimoni (che era stata resa possibile dalla sentenza n. 24 del '92 della Corte Costituzionale); o si pensi, ancora, alla sopravvenuta impossibilità, in numerosi procedimenti, di utilizzare le dichiarazioni degli imputati di reati connessi ex art. 210 Cpp, resisi irreperibili e la cui posizione sia stata definitiva separatamente con il consenso del P.M..

Anche per i procedimenti in corso nei quali sia stato dichiarato aperto il dibattimento, però, si manifestano gravi problemi in ordine all'effettiva attuazione del nuovo dettato costituzionale: nella relazione che accompagna il decreto legge, infatti, si dice che *"...per i soli procedimenti già in corso, nei quali sia stato dichiarato aperto il dibattimento..."* se ne determina, al secondo comma dell'art.1, una *"...peculiare applicazione stabilendo che la colpevolezza dell'imputato non può essere provata esclusivamente sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore"*. Si aggiunge che tale ultima previsione, integrata con il secondo periodo del comma 2 del predetto articolo 1 (*"Tali dichiarazioni, tuttavia, possono essere valutate come prova dei fatti in essa affermati quando, per le modalità dell'esame o per altre circostanze emerse dal dibattimento, risulta che la persona che le ha rese è stata sottoposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché si sottragga all'esame"*), in linea con i motivi ispiratori dei lavori parlamentari, consente *"..la possibilità di utilizzare pienamente il contenuto delle dichiarazioni acquisite, a seguito di contestazioni, al fascicolo per il dibattimento quando il soggetto si sia sottratto al contraddittorio perché a tanto indotto da violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità"*. Senonchè, a prescindere da ogni rilievo sulla oggettiva difficoltà di raccogliere questa prova (specie in relazione ai procedimenti previsti dall'art. 51 c.3 bis c.p.p. relativi, tra l'altro, alle attività delle associazioni di stampo mafioso che per definizione fondano il loro potere criminale sulla *forza di intimidazione del vincolo associativo e sulla condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva*) tale previsione, che si presenta di agevole interpretazione sul piano logico, non contiene alcun riferimento alle modalità della formazione della prova relativa all'intervenuta *violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità..* Secondo la formulazione dell'art.111 Cost., infatti, è logico ritenere, in assenza di norme di attuazione, che anche questa prova si debba formare in dibattimento e nel contraddittorio tra le parti (in tal senso, peraltro, è esplicitamente orientato il testo del D.L. approvato dalla Camera dei Deputati) : ma è altrettanto ragionevole ritenere che un coimputato o imputato di reato connesso che, dopo avere reso dichiarazioni *erga alios* in fase di indagine preliminare, scelga in dibattimento la strada del silenzio per effetto di violenza o minaccia, non sia disposto a svelare in

dibattimento le violenze, le minacce o le offerte di cui lui o i suoi familiari siano stati destinatari. Appare assolutamente necessario, dunque, per l'acquisizione di una tale prova, prevedere un procedimento incidentale che, svolgendosi innanzi al giudice che procede, potrebbe assumere le forme previste dall'art.127 cpp (procedimento in camera di consiglio).

Da tutte queste considerazioni consegue che i descritti inconvenienti non si verificherebbero ove, alla luce del criterio di selezione adottato nel decreto legge, fosse stata scelta la strada dell'applicazione dei nuovi principi ai procedimenti in corso per i quali non sia ancora intervenuto il promuovimento dell'azione penale. In tal modo, nell'ambito delle indagini preliminari ancora in corso, il P.M. avrebbe potuto modulare la sua strategia sui rischi di sopravvenuta inutilizzabilità dibattimentale di alcune delle fonti di prova dichiarativa già acquisite ed il G.U.P., durante l'udienza preliminare, avrebbe potuto esercitare i suoi poteri d'indirizzo, stimolare le parti verso approfondimenti istruttori, respingere, infine, la richiesta di rinvio a giudizio, se basata su elementi probatori difficilmente confermabili in dibattimento.

Del resto è evidente che, quanto più si spostano in avanti i confini di applicazione dei nuovi principi ai procedimenti in corso, tanto più si scaricano sui giudici del primo o del secondo grado i problemi connessi all'attività di integrazione della prova, rispetto alla quale, però, essi dispongono di poteri limitati; a maggior ragione ne consegue la necessità di un urgente intervento stabilizzante del legislatore.

Come si è detto, il testo del Decreto Legge approvato dalla Camera dei Deputati in sede di conversione si muove, invece, secondo una diversa prospettiva: quella di affermare l'applicabilità della nuova normativa costituzionale ai procedimenti in corso, salvo introdurre alcune norme transitorie e di raccordo con i nuovi principi per la valutazione delle prove dichiarative previste dal codice di rito.

E' da osservare, peraltro, che la formulazione attraverso cui il testo adottato propone le regole di valutazione di tali prove appare lessicalmente ambigua: da un punto di vista strettamente letterale, infatti, potrebbe apparire che il disposto dei commi da n.2 a n.6 costituisca un'eccezione ai principi dell'art.111 Costituzione novellato (come farebbe intendere l'inciso "...salvo le regole contenute nei commi successivi", con cui si conclude il comma primo), il che non sembra nelle intenzioni del legislatore transitorio.

Preliminarmente va osservato che i rilievi prima formulati a proposito del testo del decreto legge e del diverso criterio su cui esso si fonda conservano il loro valore anche in relazione alla scelta operata in sede di conversione, giacchè questa non fa certo venir meno i problemi già prima posti in evidenza limitamente ai procedimenti per i quali non è stato dichiarato aperto il dibattito. Tali rilievi, dunque, devono qui intendersi richiamati.

E' il caso, a questo punto, di prendere in esame i criteri di valutazione delle prove dichiarative contenuti sia nel decreto legge in vigore che nel testo emendato.

Con la previsione di cui al c.2 dell'art.1 del decreto legge si arriva ad introdurre una vera e propria regola di valutazione della prova.

La norma in questione, infatti, finisce con l'estendere indirettamente il criterio di valutazione della prova previsto in via generale dall'art. 192 c. 3 cpp., una volta che risulti impossibile la ripetizione dell'atto che la norma suggerisce.

Ne deriva, dunque, la limitazione del principio del libero convincimento del giudice che non appare compatibile con il carattere transitorio della norma e che non si giustifica in assenza della normativa (che necessariamente dovrà essere varata) di raccordo con i sistemi di formazione e valutazione della prova previsti dai non riformati artt. 500, 512 e 513 cpp, tanto più che la previsione del decreto legge riguarda anche le dichiarazioni rese dai testimoni, non essendo previsto alcun differente trattamento tra le dichiarazioni rispettivamente rese dai testi in senso proprio, dagli imputati e dagli imputati di reati connessi ai sensi dell'art. 210 cpp. . Sarebbe stato verosimilmente più opportuno omettere qualsiasi indicazione in proposito, conseguentemente permettendo l'applicazione ai dibattimenti aperti dei principi vigenti in tema di valutazione della prova.

La scelta operata, invece, in assenza di nuova normativa ordinaria, finirà presumibilmente con il trasferire sulla Corte Costituzionale l'onere della soluzione dei problemi che ne scaturiranno.

Il testo approvato dalla Camera dei Deputati prevede, invece, ai commi 2 e 3 che:

- 2 *Le dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame dell'imputato o del suo difensore, sono valutate, se già acquisite al fascicolo per il dibattimento, solo se la loro attendibilità è confermata da altri elementi di prova, assunti o formati con diverse modalità.*
- 3 *Le dichiarazioni possono essere comunque valutate quando, sulla base di elementi concreti, verificati in contraddittorio, risulta che la persona è stata sottoposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro di altra utilità, affinché si sottragga all'esame.*

Rispetto a tale diversa formulazione della norma, possono confermarsi le osservazioni fin qui formulate, perché esse muovono su linee generali di indirizzo indipendenti dalla formulazione normativa e rivolte ad auspicare una rapida ed unitaria risoluzione dei problemi di coerenza costituzionale della normativa in questione.

Infatti, l'ampliato ambito di operatività della disciplina transitoria, unitamente all'introduzione di nuovi criteri di valutazione della prova, rischia di provocare pesanti ricadute sui dibattimenti in corso in I ed in II grado, in assenza degli opportuni correttivi transitori delle norme in tema di formazione e rinnovazione della prova, nonché di integrazione probatoria ad opera delle parti.

Il testo adottato dalla Camera (ci si riferisce in particolare ai commi 2 e 3 sopra riportati), in ogni caso, si fonda su un'interpretazione troppo rigida del principio costituzionale del contraddittorio dibattimentale che, come s'è detto, prevede significative deroghe nel comma quinto dell'art.111 Costituzione. Appare evidente, infatti, che per i processi in corso il citato principio dovrebbe essere adattato, nel senso che, ai sensi del citato quinto comma della norma costituzionale, l'elemento di prova acquisito dovrebbe essere considerato utilizzabile nel dibattimento nelle circostanze in cui il codice vigente tuttora ne consente l'acquisizione in base a norme processuali in vigore o quando la sua ripetizione in dibattimento si riveli impossibile.

Inoltre, una volta ritenuta la più ampia applicabilità del principio della formazione della prova in contraddittorio, sarebbe stato necessario limitare, con la stessa normativa transitoria, la facoltà di non rispondere per coloro che – imputati o imputati di reato connesso – hanno reso dichiarazioni erga alios nella fase delle indagini preliminari, prevedendo, in nome di un principio di responsabilità, l'obbligo di sottoporsi ad esame in fase dibattimentale. **Solo la previsione esplicita e dettagliata di legittime restrizioni del diritto al silenzio del coimputato o imputato di reato connesso divenuto "accusatore" nella fase delle indagini preliminari può garantire il risultato essenziale voluto dall'art.111 Costituzione nel nuovo testo: la effettività e la genuinità del contraddittorio.**

Il testo approvato dalla Camera, invece di adottare tale necessaria soluzione, si limita ad introdurre, in via transitoria, una regola di valutazione della prova di per sé sola inadeguata a risolvere il problema dell'effettività del contraddittorio.

A proposito del comma n.3 del testo licenziato dalla Camera, non può che ripetersi quanto in precedenza osservato (v. pagg.7/8) circa l'oggettiva difficoltà di raccogliere quel tipo di prova e la necessità di prevedere una procedura incidentale per la sua formazione, che potrebbe assumere le forme previste dall'art.127 cpp (procedimento in camera di consiglio).

Opportunamente, invece, il comma 4 prevede una regola che consentirà di evitare l'annullamento, da parte della Corte di Cassazione, di molte decisioni pervenute al suo esame: per quanto riguarda le dichiarazioni acquisite al fascicolo per il dibattimento, infatti, la Corte dovrà applicare le disposizioni in tema di valutazione della prova vigenti al momento delle decisioni oggetto del ricorso. Sono in tal modo evitate possibili questioni circa la possibile retroattività dei nuovi principi rispetto ai procedimenti ormai pervenuti al grado finale di giudizio.

Il comma n. 5 si riferisce ai processi in corso nei confronti di imputato minorenni e non offre spunto per particolari riflessioni.

Il comma n.6, infine, nel prevedere l'applicazione del decreto legge anche ai procedimenti che proseguono secondo il vecchio rito, a maggior ragione pone per questi procedimenti (certamente di numero ormai limitato) gli stessi problemi, già più volte sottolineati, relativi al contrasto tra nuove regole e quelle vigenti all'epoca della intervenuta formazione della prova, con connessa impossibilità o difficoltà di procedere ad attività di integrazione e/o rinnovazione della prova.

Va, infine, segnalato che il testo della legge di conversione, nella stesura già approvata dalla

Camera, non contiene disposizioni per regolare gli effetti prodottisi nel periodo di efficacia del decreto legge in relazione alle parti modificate con la legge di conversione.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, è auspicabile ed urgente che il Parlamento intervenga in maniera sistematica sulle norme del codice di rito potenzialmente confliggenti con tale previsione.

Il Consiglio ritiene, nell'esprimere il presente parere, di poter intervenire sul punto, sia perché l'art.1 c.1 del decreto legge in esame inizia con l'inciso *"Fino alla data di entrata in vigore della legge che ne disciplina l'attuazione nel processo penale, i principi introdotti nell'art.111 della Costituzione..."*, così rimandando ad una prossima disciplina generale le cui linee di tendenza non possono evidentemente prescindere da quelle tracciate con la normativa transitoria, sia perché quest'ultima non può certo essere valutata senza considerarne la ideale proiezione nel futuro processo penale. La disciplina transitoria, in altri termini, non dovrebbe essere una disciplina precaria, ma dovrebbe già prevedere qualificanti scelte di raccordo rispetto alla disciplina generale in via di elaborazione, prima tra tutte - ritiene il Consiglio - quella della significativa riduzione dell'area del diritto al silenzio riconosciuta a chi abbia reso, nel corso delle indagini preliminari, dichiarazioni accusatorie erga alios.

Sono già evidenti, del resto, le ricadute sui procedimenti in corso derivanti dalla immediata applicazione dei principi dell'art.111 Costituzione in assenza di una legge che ne disciplini stabilmente l'attuazione nel processo penale. Si è determinata, infatti, la seguente situazione : le parti ed i giudici, nei processi penali in corso, con esclusione solo di quelli per cui sia stata dichiarata aperta la fase dibattimentale (che, salvo quanto previsto dal comma n.2 dell'art.1 del D.L., proseguono secondo il regime preesistente), si trovano oggi di fronte alla necessità di risolvere imponenti questioni interpretative. Essendo evidente, cioè, che svariate norme del codice di rito (almeno tutte quelle che si riferiscono alla definizione e valutazione delle prove dichiarative, nonché alle figure processuali da cui queste prove derivano) sembrano oggi confliggenti con la nuova formulazione dell'art.111 Costituzione, si tratta di individuare queste norme, di decidere se ed in quale misura possano ancora oggi essere applicate o, all'opposto, disapplicate ritenendone eventualmente la implicita abrogazione; tenendo presente, peraltro, che le conseguenti scelte sono rese ulteriormente complesse dall'interferenza, rispetto ai nuovi principi di cui all'art.111 della Costituzione, anche di sentenze della Corte Costituzionale, prima fra tutte la sentenza n. 361 del 1998. Non è difficile prevedere, dunque, che in questo quadro ed in assenza di tempestive indicazioni provenienti dal legislatore si determinerà, da un lato, una situazione di diffusa incertezza interpretativa, caratterizzata prevedibilmente dalla proposizione di questioni di illegittimità costituzionale (peraltro, già intervenuta in più occasioni), con inevitabile prolungamento dei tempi di definizione dei procedimenti e conseguente rischio di incremento delle condanne irrogate al nostro Paese dalla Corte Europea di Giustizia per violazione del principio della ragionevole durata del processo, dall'altro, l'adozione, nelle diverse sedi processuali, di tecniche e strumenti diversificati; a tale ultimo proposito, una rapida ricognizione consente di cogliere l'estrema varietà delle soluzioni adottate che spaziano dalla sospensione o dal rinvio della celebrazione dei dibattimenti in attesa dell'approvazione delle norme di attuazione dell'art.111 Cost. alla rimessione delle questioni che si profilano al giudizio della Corte Costituzionale.

Insomma, è chiaro che, ove il legislatore ordinario, confortato dall'emanazione del decreto legge qui in esame, non dovesse intervenire con tempestività, la descritta situazione di incertezza rischierebbe di determinare conseguenze gravi per il corretto esercizio della giurisdizione rispetto ad un elevatissimo numero di procedimenti penali.

Vanno sommariamente delineate, dunque, alcune linee guida dell'intervento riformatore, indispensabili per evitare che l'introduzione dei principi costituzionali del "giusto processo" si risolva di fatto in una radicale perdita di efficacia dell'intervento penale, con rischi di scarcerazioni per decorrenze dei termini di custodia cautelare, di estinzione dei reati per prescrizione e, in genere, di difficoltà di pervenire all'accertamento della verità.

E' centrale, come s'è detto, e non soltanto perché indicato dalla Corte Costituzionale (sent. n. 361/98), porre attenzione all'ambito di validità del diritto al silenzio riconosciuto all'imputato ed all'imputato di reato connesso (ex art.210 c.p.p.) quando questi abbia reso dichiarazioni accusatorie contro terzi : l'esercizio di tale diritto, infatti, comporta l'azzeramento della portata probatoria delle dichiarazioni rese per effetto di una sopravvenuta libera scelta – ora possibile – di sottrarsi all'esame e preclude il realizzarsi del contraddittorio in sede dibattimentale.

A tal proposito va ricordato il vivace dibattito interpretativo che, sin dall'entrata in vigore del nuovo Codice di procedura penale (1989), ha investito l'art. 513 C.P.P. e che ha visto succedersi gli interventi recenti sia del legislatore, che con la L.7 agosto 1997 n. 267, in controtendenza rispetto alla precedente novella n. 356/1992, aveva inteso recuperare i principi dell'oralità e del contraddittorio nel momento della formazione della prova nel dibattimento in relazione all'esame dell'imputato e delle persone indicate nell'art. 210, sia della Corte Costituzionale, oltre che con la storica sentenza n. 254/1992 (coeva alla n. 255), con la già citata n. 361 del 1998. Anzi, proprio a quest'ultima sentenza principalmente si deve il fermento legislativo, rivolto al ripristino del principio del contraddittorio come unica modalità di formazione della prova, culminato con la riforma dell'art.111 Cost.

E' noto che della decisione della Corte Costituzionale è stata data una lettura in negativo, quasi che la Corte avesse emesso una sorta di lasciapassare incondizionato alle dichiarazioni precedentemente rese, attraverso l'opposizione del diritto al silenzio anche in sede di contestazioni ai sensi degli artt. 500 e 503 c.p.p.; non si è affrontata, però, la tematica relativa allo status soggettivo processuale dei dichiaranti *contra alios* : poiché, anche secondo le indicazioni della Corte, non appare possibile negare alle persone indicate nell'art. 210 c.p.p. il diritto di difesa e quindi il diritto di avvalersi della facoltà di non rispondere (e ciò indipendentemente dal contenuto e dal tipo delle dichiarazioni accusatorie già rese e dallo stato del proprio procedimento penale), si tratta di stabilire ambito e limiti del diritto al silenzio nella "offerta" di dichiarazioni riguardanti la responsabilità di altri. Il principio appare in linea con l'intero sistema, che prevede una molteplicità di ipotesi normative in virtù delle quali ai soggetti processuali è attribuito un vero e proprio potere dispositivo avente ad oggetto non i diritti sostanziali - indisponibili - dei quali siano titolari, ma le facoltà connesse al loro esercizio nell'ambito del processo. In siffatta prospettiva si potrebbe affermare che la facoltà di non rispondere riconosciuta alle persone indicate nell'art. 210 c.p.p. non si identifichi con il diritto costituzionale di difesa, ma ne rappresenti soltanto una delle possibili forme di manifestazione. Conseguirebbe che, se un soggetto avesse operato la libera scelta rientrando nel disegno della propria strategia difensiva di non avvalersi della facoltà di non rispondere ed avesse ritenuto utile informare l'autorità giudiziaria delle responsabilità di altre persone, avrebbe in tal modo compiuto un atto dispositivo della facoltà meramente processuale riconosciutagli, non del diritto. In questa logica, la preclusione all'esercizio della facoltà di non rispondere, una volta operata la scelta di non avvalersene, non inciderebbe sul diritto di difesa - inteso come diritto sostanziale inviolabile - bensì solo sulle modalità di esercizio dello stesso nell'ambito del processo.

In altri termini, si potrebbe ritenere che le persone indicate nell'art. 210 c.p.p. - al pari di quanto è previsto per i prossimi congiunti degli imputati - esauriscano la possibilità di avvalersi della facoltà di sottrarsi

all'esame dibattimentale quando, mediante una espressa manifestazione di volontà, abbiano riferito all'autorità giudiziaria le loro conoscenze, "a carico" di un altro soggetto. In virtù di tale impostazione ed in relazione alle accuse mosse nei confronti di altri., esse dovrebbero essere equiparati ai testimoni. Sotto questo aspetto, peraltro, appare convincente l'equiparazione logica, del resto già operata dalla Corte, tra la figura dell'imputato in procedimento connesso a quella del coimputato che abbia reso in precedenza dichiarazioni accusatorie nei confronti di altro imputato. Infatti risulta del tutto irragionevole una differenza di disciplina dipendente dalla simultaneità o meno dei processi a carico dei due imputati.

Tanto premesso, appare logico, nell'ottica applicativa del nuovo testo dell'art.111 Cost. e pur nella necessaria prospettiva di ridurre lo spettro delle facoltà riconosciute all'imputato che abbia reso dichiarazioni contro terzi, il mantenimento nel nostro ordinamento della figura dell'imputato di reato connesso (art. 210 c.p.p.), pur potendosi ipotizzare la necessità di circoscrivere l'ambito della connessione ex art.12 cpp, rilevante per l'attribuzione al soggetto della figura prevista dal citato art. 210 cpp.

L'assunzione della qualità di testimone e la conseguente imposizione all'imputato in senso proprio ed all'imputato di reato connesso, che abbiano reso dichiarazioni erga alios, dell'obbligo di rispondere alle domande delle parti diventano quindi centrali nella prospettiva di riforma del regime di formazione della prova dichiarativa, al punto che avrebbero dovuto trovare spazio già nella normativa transitoria (con l'unico correttivo di non prevedere la punibilità della violazione dell'obbligo stesso, derivante -appunto- dal carattere transitorio della fase e dall'impossibilità di applicare sanzioni con valenza retroattiva,). Peraltro, vista la natura ibrida della figura di soggetto dichiarante che ne scaturirebbe e la necessità di non comprometterne il diritto di difesa, appare opportuno prevedere che siano assoggettabili al predetto obbligo gli imputati o imputati di reato connesso che, avvertiti preliminarmente delle conseguenze derivanti dalle scelte processuali eventualmente compiute e delle facoltà loro riconosciute dalla legge, abbiano deciso di non avvalersene. In questa prospettiva e secondo un indirizzo autorevolmente affermato in dottrina, sarebbe opportuna la previsione di strumenti di garanzia idonei a preservare il dichiarante da conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'obbligo impostogli.

Problema ulteriore è quello delle regole di valutazione delle dichiarazioni rese dal "testimone assistito" (così definendosi l'imputato o l'imputato di reato connesso dichiarante erga alios): si potrebbe legittimamente sostenere che, una volta sottoposta la formazione di tale prova dichiarativa a rigidi limiti nella fase della ammissione e ad altrettanto garantiti meccanismi di formazione in contraddittorio orale, davanti al giudice, questi dovrebbe essere lasciato tendenzialmente libero di formare il proprio convincimento su tale materiale di prova. In alternativa, sarebbe verosimilmente praticabile, ai fini della valutazione, l'assimilazione della prova in questione a quella costituita dalle dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o dalle persone indicate nell'art.210 cpp e, dunque, logica l'applicazione alle dichiarazioni del "teste assistito" di quanto prescritto dall'art. 192 c.p.p., (secondo cui le medesime *"sono valutate unitamente agli altri elementi di prova"*).

A proposito dell'art. 192 c.p.p, è qui il caso di ricordare che la Commissione giustizia del Senato, con la proposta di legge n. 6590/C ora all'esame della Commissione giustizia della Camera dei Deputati, ha approvato l'introduzione di un quinto comma dal seguente tenore: *"Gli altri elementi di prova di cui al comma 3 possono consistere in dichiarazioni di altri coimputati o di altre persone indicate negli artt. 210 e 207 bis (tale ultima norma si riferirebbe, appunto, alla nuova figura del teste assistito), soltanto se risulta accertato che ciascuna dichiarazione, ivi compresa quella di cui al comma 3, deriva da diretta ed autonoma conoscenza dei fatti parte di colui che l'ha resa"*.

Tale regola valutativa appare, innanzitutto, di non felice formulazione lessicale, al punto che, nella sua interpretazione più restrittiva, sembra richiedere, quale condizione di utilizzabilità dei cd. "riscontri" derivanti da altre dichiarazioni, la conoscenza diretta ed autonoma dei fatti. Ma, soprattutto, essa determina perplessità, del resto già manifestatesi nel corso del dibattito in Commissione giustizia alla Camera, in quanto, oltre a rendere assai difficoltosa la trattazione della grande maggioranza dei processi

in materia di criminalità organizzata, rischia di essere fortemente limitativa del libero convincimento giudiziale .

Inevitabilmente, alla luce dei principi costituzionali introdotti, dovrebbero essere apportate modifiche all'art. 238 cpp, superando, innanzitutto, l'effetto additivo prodotto dalla sentenza 361/98 della Corte Cost. (che aveva reso possibile l'applicazione, nei confronti della persona esaminata ex art. 210 cpp che rifiuta di rispondere in tutto o in parte, della procedura di contestazione tramite lettura dei verbali delle dichiarazioni precedentemente rese e la loro valutabilità come prova dei fatti in essi affermati, previste ex art. 500 commi 2 bis e 4 cpp per le contestazioni nell'esame testimoniale), salvo che nei confronti dell'imputato che vi consenta.

Dovrebbero, poi, essere ridisegnati gli istituti della contestazione e delle letture in coerenza con la modifica dell'art. 111 Costituzione mediante opportuni interventi sugli artt. 500, 511, 512 e 513 C.p.p. .Sembra logico, a questo punto, prevedere un regime differenziato : se il teste (con particolare riferimento alla specificità della figura del "testimone assistito") risponde, le contestazioni devono essere possibili e le dichiarazioni utilizzate per le contestazioni acquisibili agli atti del fascicolo dibattimentale; se il teste risponde solo in parte le contestazioni sono egualmente possibili, ma l'acquisizione che ne consegue gioverà solo alla valutazione dei fatti e delle circostanze in ordine alle quali il teste abbia risposto. Il rifiuto o l'omissione totale dovrebbero pur sempre consentire le contestazioni ma non l'acquisizione delle dichiarazioni precedentemente rese. Appare necessaria, comunque, una più approfondita riflessione sul diverso regime da riservare, eventualmente, alle dichiarazioni rese dal teste in senso proprio . La possibilità di acquisizione rimane ferma in ogni caso ove risulti dimostrata una attività di violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità nei confronti del teste (così come dell'imputato e dell'imputato di reato connesso). Tali regole, mediante conseguenziale modifica dell'art. 513 cpp, dovrebbero essere sostanzialmente estese alla lettura delle dichiarazioni degli imputati di reato connesso ex art. 210 cpp. e la posizione del coimputato nel medesimo procedimento, che dichiara sul fatto altrui, dovrebbe essere parificata a quella dell'imputato di reato connesso, per il quale si procede separatamente, onde evitare il riporsi di eccezioni di incostituzionalità.

Inevitabile, sempre per effetto della modifica costituzionale, appare l'introduzione di un nuovo reato per chi, con violenza o minaccia, con offerta o promessa di denaro o di altra utilità, induca a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci la persona chiamata a rendere davanti alla autorità giudiziaria dichiarazioni utilizzabili in un processo penale, quando questa ha facoltà di non rispondere.

E' chiaro che un sistema così disegnato avrebbe una sua coerenza nel perseguire l'equilibrio tra le opposte esigenze di tutela dei diritti del dichiarante non testimone e di limitazione dell'esercizio della facoltà di non rispondere all'esame; è altrettanto chiaro, però, che non esaurirebbe tutti i possibili temi suscettibili di discussione, di difficile interpretazione e che, comunque, richiedono un urgente intervento del legislatore ordinario.

A tale ultimo proposito, non è fuor di luogo il richiamo alla necessità di intervenire legislativamente anche per garantire la difesa effettiva dei non abbienti, senza la quale - per questa categoria - il principio del contraddittorio nella formazione della prova rischia di rimanere sostanzialmente inattuato, così come il diritto della persona accusata di un reato di disporre del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa (pure previsto nella nuova formulazione dell'art. 111 Costituzione).

Sono necessarie anche norme attuative del principio del contraddittorio in sede di dibattimento di II grado, cui si estendono, in quanto applicabili, le disposizioni relative al giudizio di primo grado, nonché norme attuative specificatamente "dedicate" ai procedimenti che si celebrano con riti speciali senza contraddittorio.

Uno dei temi centrali della riforma costituzionale, infine, resta la previsione nel nuovo testo dell'art.111 della ragionevole durata del processo (principio già affermato in sede di convenzioni internazionali recepite nella legislazione nazionale), che peraltro interessa sia il settore penale che quello civile. In realtà, né il decreto legge oggetto del presente parere, né il testo legislativo licenziato dal Senato prevedono norme attuative del principio in questione, che pure dovranno necessariamente intervenire

ove non si intenda attribuire alla sua enunciazione il significato di sterile proclamazione. Del resto, la stessa norma costituzionale espressamente rimanda alla legge ordinaria (*“La legge assicura...”*) per l’attuazione del precetto introdotto. Occorreranno, allora, nuovi istituti, che si ispirino alla giurisprudenza della Corte europea (che si va stabilizzando nel senso di ritenere, comunque, irragionevole la durata del processo che superi i sei anni) ed alla prima parte dell’ultimo comma dell’art.111 Cost. relativa alla possibilità di formazione della prova non in contraddittorio per consenso dell’imputato (ad es., si potrebbe pensare di intervenire sui processi per reati di scarso allarme sociale, specie dove la pena è assai modesta e comunque irrogabile in misura tale che non sarà mai concretamente scontata, per introdurre riti estremamente semplificati, se possibile a contraddittorio differito o eventuale). E’ comunque chiaro che il legislatore non potrà non farsi carico della compatibilità tra l’irrinunciabile principio della ragionevole durata del processo ed il tipo di garanzie previsto dal nostro ordinamento, troppo spesso ispirate ad un formalismo inidoneo alla tutela dei diritti dei singoli, la eccessiva rigidità del modello processuale penale, un sistema di impugnazioni che non prevede strumenti per scoraggiare quelle meramente dilatorie e palesemente infondate, che determinano - nel loro complesso - dilatazione dei tempi e crisi di efficienza del processo penale .

Rimandandosi anche a quanto già osservato in proposito nella premessa di questo parere, va dunque conclusivamente osservato che l’automatica riduzione dei tempi dei processi e, appunto, l’efficienza del processo non sono risultati immediatamente conseguibili solo attraverso una riforma costituzionale.

In definitiva, il Consiglio, nel condividere le ragioni di straordinaria necessità ed urgenza che hanno indotto il Governo a ricorrere alla decretazione d’urgenza, auspica che, con i correttivi e secondo i principi fin qui enunciati e mediante interventi di ampio respiro, il legislatore approvi con analoga urgenza, unitamente alla necessaria normativa transitoria, tutte le norme che possano rendere concretamente applicabili i principi del cd. “giusto processo” introdotti nell’art.111 della Costituzione, senza ricadute negative sull’esercizio della giurisdizione.