

# Camera Penale di Napoli



*Aderente all'Unione delle Camere Penali Italiane*

## Centro Studi

### **La Riforma Orlando (legge 23 giugno 2017 n. 103) Analisi dei contenuti e valutazioni “a prima lettura”**

**con prefazioni di Sergio Moccia, Giuseppe Riccio  
e Giorgio Spangher**

**Anno 2017  
Documento n. 1**

**Curatore**

Aldo Franceschini

**Autori**

Chiara Ariano, Luca Bancale, Mauro Buono, Dina Cavalli, Francesco Cedrangolo, Fabrizio Chianese, Lucio Cricrì, Massimiliano Cuosta, Fabio De Maria, Mattia Floccher, Aldo Franceschini, Giuseppe Gragnaniello, Roberto Guida, Angelo Mastrocola, Fulvia Fabrizia Mazzola, Marco Muscariello, Alessandro Orabona

*editing*

Aldo Franceschini

Documento realizzato dal **Centro Studi della Camera Penale di Napoli** e distribuito dalla **Camera Penale di Napoli** ai propri iscritti e ai partecipanti al ciclo di incontri dal titolo **“Laboratorio sui contenuti della Riforma Orlando”**, tenutosi presso il Palazzo di Giustizia di Napoli nelle date del 14, 21 e 28 settembre, 5 e 12 ottobre 2017

# Indice

## **Prefazioni**

**Qualche considerazione sugli aspetti di diritto sostanziale della riforma Orlando**  
(Sergio Moccia) p. IV

**La legge-Orlando tra pressioni comunitarie e crisi interne**  
(Giuseppe Riccio) p. XIII

**Manca il sistema**  
(Giorgio Spangher) p. XXV

**Introduzione**  
(Aldo Franceschini) p. 1

## **Sezione I**

### **Modifiche al Codice penale**

1.1) Le condotte riparatorie  
(Mauro Buono) p. 6

1.2) L'inasprimento del trattamento sanzionatorio per alcuni reati  
(Mauro Buono) p. 11

1.3) Le modifiche alla disciplina della prescrizione del reato  
(Aldo Franceschini) p. 17

## **Sezione II**

### **Modifiche al Codice di procedura penale**

2.1) L'incapacità irreversibile dell'imputato: il problema dell'eterno giudicabile  
(Massimiliano Cuosta) p. 33

2.2) L'intervento sulla fase delle indagini preliminari (parte I):  
a) i colloqui difensivi con l'assistito *in vinculis*;  
b) l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio;  
c) la comunicazione delle iscrizioni RGNR e le informazioni alla p.o.  
(Mattia Floccher, Roberto Guida) p. 39

2.3) L'intervento sulla fase delle indagini preliminari (parte II):  
a) la riserva di incidente probatorio in sede di accertamenti tecnici irripetibili;

b) la durata delle indagini preliminari (Luca Bancale)	p. 45
2.4) Il procedimento di archiviazione (Fabrizio Chianese, Fulvia Fabrizia Mazzola)	p. 53
2.5) L'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere (Fabio De Maria)	p. 64
2.6) I riti alternativi:	p. 69
2.6.1) Il giudizio abbreviato	p. 69
2.6.2) Il patteggiamento	p. 78
2.6.3) Il procedimento "monitorio" (Lucio Cricri, Fabio De Maria)	p. 81
2.7) La motivazione della sentenza penale (Massimiliano Cuosta)	p. 87
2.8) Le modifiche al sistema delle impugnazioni	p. 91
2.8.1) Le disposizioni generali. La rescissione del giudicato	p. 91
2.8.2) Il giudizio di appello	p. 101
2.8.3) Il giudizio di legittimità. Il ricorso straordinario (Dina Cavalli, Francesco Cedrangolo, Marco Muscariello)	p. 109
2.9) La partecipazione e l'esame a distanza (Giuseppe Gragnaniello)	p. 118
2.10) Le informazioni sull'azione penale; i criteri di priorità nella trattazione dei processi; la vigilanza del procuratore capo sull'iscrizione delle notizie di reato (Luca Bancale, Mattia Floccher, Roberto Guida)	p. 132
2.11) La relazione governativa ex l. n. 47 del 2015 sui dati relativi all'applicazione delle misure cautelari personali (Fabrizio Chianese, Fulvia Fabrizia Mazzola)	p. 138

### **Sezione III**

#### **Le deleghe al Governo**

3.1.) La delega per la modifica del regime di procedibilità per alcuni reati (Mauro Buono)	p. 142
3.2) La delega per la revisione della disciplina delle misure di sicurezza (Chiara Ariano)	p. 144
3.3) La delega per il riordino di alcuni settori del codice penale (rinvio) (Aldo Franceschini)	p. 149

3.4) La delega per la riforma della disciplina in materia di intercettazioni (Alessandro Orabona)	p. 150
3.5) La delega in materia di impugnazioni penali (Alessandro Orabona)	p. 168
3.6) La delega per la riforma dell'Ordinamento penitenziario (Chiara Ariano)	p. 170
3.7) La delega per la revisione della disciplina del casellario giudiziale (Angelo Mastrocola)	p. 192

#### **Sezione IV**

#### **Spese di giustizia**

4) La ristrutturazione e la razionalizzazione delle spese di giustizia (Alessandro Orabona)	p. 196
--	--------

# Qualche considerazione sugli aspetti di diritto sostanziale della riforma Orlando

(Sergio Moccia)

1. Sul piano della legalità penale, ed ancor prima della “scienza della legislazione”, la cosiddetta riforma Orlando si presenta come una sorta di provvedimento ‘millemodifiche’, secondo il peggior costume delle leggi finanziarie e ‘milleproghe’, anziché come un disegno organico.

La parte di diritto penale sostanziale del provvedimento mette disordinatamente insieme norme di legge e deleghe al Governo. Sul primo versante, vengono introdotti aumenti di pena per reati contro il patrimonio e per il patto politico-mafioso, una nuova causa di estinzione del reato legata a condotte riparatorie, singole modifiche alla disciplina della prescrizione prevalentemente in tema di interruzione e sospensione dei termini; sul secondo, si delega il Governo ad attuare modifiche all’ordinamento penitenziario ed alle pene accessorie – ma non al sistema delle pene principali –, a riformare le misure di sicurezza personali, addirittura ad attuare “tendenzialmente” la riserva di codice ...

L’articolato della riforma è in realtà, mi si passi l’espressione, un ‘commato’: si tratta infatti di un unico articolo di 95 commi. Essi riguardano materie assai diversificate e sono, naturalmente, privi di rubrica, il che rende ancor meno ‘digeribile’ il testo; l’impianto è disorganico; la tecnica di redazione mescola in maniera farraginosa aspetti sostanziali e procedurali, basti pensare al primo comma della riforma, che introduce il nuovo art. 162-ter c.p., in materia di estinzione del reato conseguente a riparazione del danno.

Ma, al di là dei difetti tecnici, l’intero provvedimento nasce sotto il segno della mortificazione della sovranità del Parlamento. L’*iter* di approvazione del provvedimento, infatti, ha subito una svolta, dopo una tormentata elaborazione, con la sostituzione dell’intero testo discusso per anni in Parlamen-

to con un maxiemendamento del Governo, costituito per l'appunto dall'articolo unico di 95 commi, su cui è stata posta la questione di fiducia. La democrazia parlamentare è stata dunque offesa, in una materia delicatissima come quella penale, sostanziale e processuale, al cui interno la garanzia della stretta legalità, presa sul serio, dovrebbe ergersi a difesa dei diritti fondamentali dell'individuo.

C'è pure un ulteriore, delicato profilo, a cavallo tra diritto e processo penale, sotto il quale il principio di legalità e la soggezione dei giudici soltanto alla legge – ma, sotto altro aspetto, anche il diritto di difesa – rischiano uno strisciante ridimensionamento. Mi riferisco al co. 66, che introduce un nuovo co.1-*bis* dell'art. 618 c.p.p., secondo cui «se una sezione della Corte [di Cassazione] ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso». In tal modo viene introdotto nel nostro sistema penale – dopo che ciò era già avvenuto nei settori civile ed amministrativo – il principio della vincolatività del precedente giudiziale delle Sezioni unite.

In tal modo si ritiene di porre un argine all'incertezza ed all'imprevedibilità delle decisioni giurisprudenziali che ormai regna sovrana nel sistema penale italiano, in contrasto con le più elementari esigenze di uno stato di diritto, tanto più nella materia penale, retta dal principio di stretta legalità. Tuttavia, la novella rappresenta a mio avviso un rimedio che, in realtà, si inserisce proprio nello stesso percorso involutivo della legalità che si intende contrastare: un percorso che affida la legalità penale al potere giudiziario. Il principio di legalità dovrebbe comportare determinatezza, ossia chiarezza e precisione delle norme penali e verificabilità empirica delle fattispecie. E la funzione della determinatezza è quella democratica e liberale di separazione dei poteri legislativo e giudiziario, soggezione del giudice alla legge, limitazione del potere arbitrario del giudice di 'determinare' di sua iniziativa l'ambito del punibile. Certamente il giudice, tanto più di fronte a leggi poco

chiare, ha un ampio spazio di interpretazione: ma tale spazio dovrebbe essere limitato dal divieto di analogia, dalle regole legali contenute nelle preleggi, dal dovere di interpretazione conforme alla Costituzione e, in subordine, alle Carte internazionali ed al diritto primario dell'Unione europea. Il giudice ordinario non può essere, invece, vincolato alle pronunce di altri giudici ordinari; in tal modo si rischia un irrigidimento conservatore della magistratura, con conseguente difficoltà per il giudice dissenziente e, quindi, per lo stesso difensore di contrastare il peso dei precedenti persino con interpretazioni costituzionalmente più corrette. Ma soprattutto, si erigono le Sezioni unite, in sostanza, a fonti di diritto penale. Oltretutto, che ciò serva realmente ad esigenze di nomofilachia è più che dubbio, vista la percentuale assolutamente esigua di ricorsi sottoposti alle Sezioni unite rispetto alla massa di quelli trattati dalle Sezioni singole.

La via d'uscita dall'attuale crisi della legalità dovrebbe risiedere in una vera riforma globale, strutturale del sistema penale. E da questo punto di vista siamo lontani anni luce da quanto prospettato nella l. n. 103/2017, il cui co. 85 contiene, all'interno – udite udite – della delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario, una lettera q, che affida all'esecutivo, testualmente, l'«attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena, presupposto indispensabile perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali, attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminoso previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salu-



brità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato».

Questo breve testo potrebbe essere commentato per ore per la sua vaghezza, approssimatività, arbitrarietà dell'individuazione dei cosiddetti beni giuridici ...

2. La legge 'novantacinquecommi' prevede significative modifiche 'a macchia di leopardo' in alcuni settori del sistema sanzionatorio, considerati in ordine 'sparso' – pene accessorie (co. 85 lett. u), misure di sicurezza personali (co. 16), estinzione del reato per riparazione (co. 1) o per prescrizione (co. 10-15), procedibilità a querela (co. 16), ordinamento penitenziario (co. 85) –. Il carattere magmatico del provvedimento tradisce chiaramente l'assenza di un orientamento politico-criminale univoco: al contrario, mentre alcune opzioni di delega al Governo, ad esempio in materia di ordinamento penitenziario o di pene accessorie, possono apparire orientate nel senso di un'umanizzazione dell'intervento punitivo, altre risentono del privilegio di prospettive di deterrenza, sovente simboliche, non immuni dalle suggestioni del diritto penale d'autore, o del nemico.

È il caso, in particolare, degli aumenti di pena previsti per furto in abitazione e scippo, rapina, estorsione e patto elettorale politico-mafioso. La finalità perseguita sembrerebbe evidentemente quella deterrente: ma, in primo luogo, è – per usare un eufemismo – estremamente improbabile che il potenziale autore di quei fatti, semmai ne venga a conoscenza, si lasci convincere dall'aumento della pena di un paio d'anni del minimo edittale o di qualche centinaio d'euro; ed in secondo luogo, il punto è l'effettività del perseguimento dei reati, che in rapporto ai reati menzionati è bassissima. La ragionevolissima speranza dell'impunità rende quasi risibile il provvedimento, i cui reali destinatari sono i consociati, ai quali l'ordinamento mostra illusoriamente i

muscoli, per esigenze di assicurazione collettiva e, quindi, di raccolta di facili consensi.

Oltretutto, in materia di reati contro il patrimonio ed in particolare di furti, gli aumenti di pena incidono su un contesto di astratta ipercriminalizzazione, proveniente dal codice Rocco ed oggetto di ulteriori inasprimenti in età repubblicana. Anche qui il discorso potrebbe durare ore. Mi limito a fare un esempio. Rubare la busta della spesa strappandola di mano alla vittima comporterà, in base al co. 6 lett. a) della riforma, la reclusione non più da 1 a 6 anni, ma da 3 a 6 anni, ovvero una pena minima uguale al massimo edittale del furto semplice e una pena massima uguale al doppio del massimo previsto per il furto semplice. Se, poi, l'autore è in motorino ed ha il casco, si configura una delle aggravanti di cui all'art. 625 c.p., ed anche per l'ipotesi aggravata la riforma, al co. 6 lett. b), aumenta la pena: si va da quattro a dieci anni, più la multa, anch'essa aumentata. Ma non basta: la lett. c) del co. 6 introduce anche in rapporto allo scippo il noto meccanismo della deroga al bilanciamento: le circostanze attenuanti non possono mai essere considerate né equivalenti, né prevalenti alle aggravanti come quella citata.

Nei casi in cui troveranno applicazione, gli aumenti di pena previsti risulteranno sicuramente carcerogeni – ma è proprio questa la *ratio* apparente del provvedimento: minacciare, e quindi rischiare di eseguire, più pene detentive, alzando il minimo edittale – specialmente in rapporto ai soliti ultimi della società: non abbienti, tossicodipendenti ed altri emarginati, specie se recidivi. E per loro, come ben si sa, la prescrizione non interverrà.

3. Le modifiche alla disciplina della prescrizione si iscrivono anch'esse in una logica emergenziale, sotto diversi profili: infatti, esse lasciano intatti gli inconvenienti strutturali della disciplina, risultanti in particolare dalla l. n. 251/2005, nota come “ex-Cirielli”; si tratta di singole modifiche puntiformi, piuttosto che di una riforma complessiva; alcune modifiche forniscono una ri-

sposta meramente contingente, ‘sintomatica’; altre innovazioni introducono vistose disequaglianze di trattamento prive di adeguata giustificazione.

L’istituto della prescrizione coinvolge problemi complessi: da un lato, esso ha – contrariamente a quanto diffusamente ed anche autorevolmente sostenuto – un fondamento costituzionale in finalità di prevenzione generale e speciale e, sotto il profilo processuale, nel diritto ad una ragionevole durata della soggezione al processo. Detto in breve, con il passare del tempo dal reato – sempre che sia stato commesso e che l’imputato ne sia responsabile – l’allarme o la conflittualità sociale diminuisce e trasmuta in istanza di pace sociale; e sotto il profilo personalistico e del reinserimento sociale, la punizione perde il suo senso se interviene dopo tanto tempo, da potersi dire che l’autore sia diventato un’altra persona. D’altronde, seppure il principio della ragionevole durata del processo di cui all’art. 111 co. 2 Cost. venga inteso in senso oggettivo, esso ha sicuramente un riflesso soggettivo nel dato per cui la sottoposizione a procedimento penale è ‘pena’, limitazione di diritti fondamentali, e perciò dev’essere contenuta in un ambito temporale ragionevole.

D’altro canto, la prescrizione, se interviene prematuramente o, comunque, quando le condizioni predette non si sono realizzate – cioè, ad esempio, non è cessato l’allarme sociale –, disorienta i consociati e viene percepita come frustrazione di obiettivi di tutela di beni giuridici, sovente dovuta a mancato o tardivo avvio delle indagini o lentezza del procedimento penale. Fenomeni che, a loro volta, sono dovuti ad una pluralità di fattori convergenti, fra i quali certamente non secondario è il rapporto tra il carico complessivo delle notizie di reato – che dipende a sua volta significativamente dall’ipertrofia penalistica – e le risorse umane e strumentali a disposizione dell’amministrazione della giustizia.

Il corretto funzionamento dell’istituto della prescrizione dipende, allora, anzitutto dalla realizzazione di un diritto penale che sia *extrema ratio*; tutto il contrario della situazione attuale. E dipende, ancora, dagli investimenti sta-

tuali nell'amministrazione della giustizia. Una riforma della prescrizione che non incida su tali aspetti ha un respiro corto.

Ma anche un intervento limitato alla disciplina della prescrizione dovrebbe almeno essere complessivo: a cominciare dalla ragionevolezza dei termini di prescrizione in rapporto alla gravità dei fatti, piuttosto controversa in rapporto alla l. ex-Cirielli. Anche qui, per la verità, il discorso si complica, perché se è corretto legare il termine di prescrizione alla gravità del reato, effetti gravemente distorsivi derivano da quella che autorevolmente è stata definita la frantumazione del sistema sanzionatorio: basti pensare, ad esempio, al processo per i fatti avvenuti nella scuola Diaz a Genova nel 2001, laddove si prescrissero le lesioni gravi, ma non la falsità ideologica commessa in un verbale di polizia.

Ad ogni modo, una riforma organica, seppure limitata alla prescrizione, avrebbe dovuto affrontare inconvenienti strutturali anche sotto il profilo dell'illegittima discriminazione 'per tipi d'autore' dei recidivi ad opera della l. n. 251/2005. Il 'primo' falso in bilancio in una società quotata si prescrive in otto anni, che aumentati di un quarto – tenuto conto del 'tetto' alle interruzioni della prescrizione per i delinquenti primari – diventano dieci. Il secondo furto con strappo della busta della spesa da parte del tizio con il casco, se viene applicata la recidiva aggravata, si prescrive in quindici anni, che, tenuto conto del diverso 'tetto' alle interruzioni, quello della metà previsto per i recidivi aggravati, diventano ventidue e mezzo!

Ma anche una riforma 'minima' della prescrizione, che rimuovesse le cause strutturali di effetti così insostenibili della disciplina, non era evidentemente nelle intenzioni o alla portata del Governo. Le modifiche si limitano, infatti, ad intervenire, in via generale, sulla sospensione della prescrizione, salvo aggiungere interventi derogatori, da tipo d'autore, su decorso del termine e interruzione della prescrizione.

La modifica più significativa è quella prevista dal co. 11, ossia la sospensione dei termini fino ad un anno e mezzo dal deposito della motivazione della sentenza di primo grado alla pronuncia del dispositivo della sentenza che definisce il grado successivo di giudizio, e fino ad un altro anno e mezzo dal deposito della motivazione della sentenza di condanna di secondo grado alla pronuncia del dispositivo della sentenza definitiva.

Dal punto di vista delle opzioni politico-criminali, la modifica privilegia la finalità di tutela di beni giuridici, *sub specie* ‘non dispersione della condanna’ di primo o di secondo grado, su ogni altro interesse, pur costituzionalmente rilevante: è evidente, infatti, che sul piano della ragionevole durata del processo e del relativo interesse dell’imputato la riforma comporta semplicemente una possibilità di allungare il processo di altri tre anni, procrastinando la prescrizione. Ciò viene realizzato anche a costo di una forzatura dell’istituto della sospensione della prescrizione, che configura allo stesso tempo un’indebita lesione di interessi dell’imputato: la sospensione si fonda infatti sul principio “*contra non valentem agere non currit praescriptio*”, mentre il co. 11 concede una sospensione dei termini durante l’*agere* processuale, scaricandone le conseguenze sull’imputato.

Per altro verso, sul piano dell’effettività, l’impatto reale della riforma rischia di risultare deludente; basti pensare che, com’è noto dai dati statistici da tempo pubblicati, ben più della metà dei procedimenti si prescrive nella fase delle indagini preliminari e le percentuali di prescrizioni in fase di appello e di Cassazione sono entrambi inferiori al 10%.

Basterebbe quanto detto a ridimensionare la sbandierata portata risolutiva delle modifiche in tema di prescrizione. Ma va aggiunto che le modifiche in tema di prescrizione contengono anche norme discriminatorie, che si aggiungono a quelle precedentemente introdotte.

Mi riferisco, in primo luogo, alla previsione di cui al co. 10, secondo cui, per i reati di cui all’art. 392 co.1-*bis* c.p.p. se commessi nei confronti di

un minorene il termine decorre dal raggiungimento della maggiore età, salvo che l'azione penale sia stata esercitata precedentemente. La *ratio* consiste in una comprensibile esigenza di tutela della vittima minorene a fronte di gravi abusi sessuali; tuttavia, gli effetti sul tempo necessario a prescrivere possono risultare tali da rendere draconiana una punizione che intervenga ad enorme distanza dal fatto, specialmente quando quel fatto, compreso in un elenco che risponde a finalità processuali, non è invece contrassegnato, secondo il legislatore, da spiccata gravità. Ad esempio, l'elenco di cui all'art. 392 co.1-*bis* c.p.p. comprende l'adescamento di minorenni, un atto meramente preparatorio punibile fino con la reclusione massima di tre anni; ebbene, se l'atto di mero 'adescamento' fu commesso nei confronti di un bambino di otto anni da un autore trentenne, il termine di prescrizione di sei anni, prolungabili a sette e mezzo, decorrerà da quando l'autore avrà quarant'anni e scadrà quando ne avrà quarantasette e mezzo, senza contare la sospensione – senza limiti massimi – di tre anni per le impugnazioni.

A proposito di questa disposizione, un'inquietante svista legislativa risulta dall'inclusione nell'elenco di cui all'art. 392 co.1-*bis* c.p.p. della detenzione di materiale pedopornografico virtuale: anche il termine di prescrizione per quest'ultima dovrebbe cominciare a decorrere da quando il minorene ... virtuale diventa maggiorenne!

Una seconda disposizione discriminatoria è quella che prevede il raddoppio del 'tetto' alle interruzioni della prescrizione per i soli reati di corruzione e di truffa in sovvenzioni pubbliche. Basta fermarsi al confronto con altri gravi reati di pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione per convincersi dell'arbitrarietà della deroga *in malam partem*, che vale per la corruzione e non, ad esempio, per la concussione o il peculato.

## **La legge-Orlando** **tra pressioni comunitarie e crisi interne\*** (Giuseppe Riccio)

La crisi della giustizia, avvertita in termini differenti dai protagonisti della “vicenda”, sembra dover trovare una accorta soluzione nella Legge appena approvata in Parlamento, che ha preso il nome dal Ministro che la ha voluta ad ogni costo, anche in quelle parti per cui l’ intervento è solo una delega (così il settore penitenziario) o per le quali la prevista disciplina entrerà in vigore nel prossimo anno (la prescrizione).

È un atteggiamento istituzionale imbarazzante; se non fosse la testimonianza del vizio genetico della nostra “politica”, cioè quello di affidarsi alla filosofia dell’emergenza ed a leggi simboliche per la provata incapacità di mettere mano al sistema penale nel suo complesso; eppure, la indescrivibile varietà delle materie su cui la legge interviene (dal penale al processo, dalla mediazione alla riparazione, dal penitenziario alle alternative al carcere) ed il tempo intercorso per approvarla, per non dire di quelle che la hanno preceduta, sarebbero stati sufficiente oggetto e sicuro periodo per una revisione del sistema, chiesta da anni, da quando le continue manipolazioni hanno reso irriconoscibile il codice del 1987-89, anzi, da quando in questo Paese non c’è più un codice di procedura penale; meglio: da quando il processo non è più regolato da leggi ma è successione di prassi più o meno riconducibili a liberi comportamenti, viziosi o virtuosi che siano.

Dunque, per capire il livello di evoluzione o di involuzione che la legge rappresenta interessa meno stabilire la tara garantista di questa o di quella norma – che pure si dovrà valutare –; interessa più, molto di più, cogliere la filosofia di sistema che ha guidato l’opera del legislatore nella “invenzione”

---

\* Contributo già apparso su *Archivio Penale*, 2017, n. 3

di questo complesso e contraddittorio “pacchetto”, privo di premesse ontologiche e di presupposti dogmatici. Si vedrà.

Certo. Vorrei essere smentito; scommettete; credo, però, che neanche il più distratto politico potrebbe riuscire in un’opera che accorpa decine di proposte e di disegni di legge e mille materie tra loro centrifughe, la cui sintesi non produce risultati unificanti per la distanza tra le differenti soluzioni proposte.

Certo. La giustificazione di questo vizio di metodo si rintraccia nell’idea unilaterale secondo la quale sarebbero mutati i rapporti tra accademia e politica; e nella inconsapevolezza dei compiti della scienza del diritto penale, che, in queste epoche, deve (= dovrebbe poter) innovare l’approccio ai temi del processo penale senza astrarli dal contesto politico ed istituzionale, al contrario mettendoli in stretta relazione con esso; e per questo sano realismo essa dovrebbe contestualmente fornire al legislatore, ai giudici, ai cittadini ed ai loro difensori suggerimenti ed indicazioni utili alla socialità del diritto che oggi si è allargato a sponde europeiste; per non dire globali.

È la premessa dell’opera; ignorata dalla politica ormai autosufficiente ed autoreferenziale; è la premessa dell’opera, ma non il presupposto della legislazione, non di questa legislazione, che ha abbandonato le epoche felici della creazione comune del diritto; è la premessa dell’opera che poggia sul radicale cambio delle fonti e sul recupero delle tradizioni che producono il diritto.

Per cui, se alla fine degli anni ‘80 la riforma del codice di procedura penale realizzò un’opera rivoluzionaria concretizzando la netta rottura con una tradizione ultracentenaria di continuità inquisitoria, l’attuale processo non può rinnegare quelle traduzioni, soprattutto se esse si integrano con fonti e corti sovranazionali che valorizzano il versante della tutela dei diritti e attraverso essi l’efficienza e l’efficacia della giurisdizione: le esigenze interne della giurisdizione, insomma, non possono essere messe in conflitto con la tutela della



persona; pena, il suo fallimento ed il fallimento della democrazia del processo.

Dunque, l'opera è quella di cogliere la comunione tra diritti e giurisdizione; "approdi" su cui la legge in commento propone un nuovo approfondimento dottrinario: il rapporto tra tradizioni e moduli operativi e lo studio delle categorie derivate dal modo con cui esso è trasferito nei singoli settori del sistema.

Per questi aspetti il discorso è nuovo; prospetta itinerari intellettuali suggeriti dai mille aspetti connessi ad una formula che evoca tradizioni, categorie e sistemi a cui dare "etichette" reali e semantiche sicure, dovendosi notare che le categorie inquisitorio/accusatorio hanno acquistato connotati nuovi in cui non è più ben definito il rispettivo dominio della autorità e/o della democraticità. Il discorso è nuovo; tradizioni e categorie si presentano in divenire; e suggeriscono di superare la staticità del pensiero intellettuale a favore della problematicità della ricostruzione critica; si involge in dubbi, non dà certezze; presenta progettualità, non sicurezze diagnostiche.

La premessa è di metodo; con essa si misura la "manovra" realizzata con la Legge-Orlando; il cui tasso garantista va individuato scoprendo il "filo rosso" di un progetto legislativo partito da lontano e che si è concluso quasi contestualmente con la Legge Orlando e, poco tempo dopo, con il Codice Antimafia; leggi fortemente contestate, la prima, per un trascinamento umorale con le contese leggi che la hanno preceduta, il secondo, per la prevista applicabilità delle misure patrimoniali preventive ai delitti di corruzione, ipotesi tradotta a seguito della pressione della Commissione interparlamentare antimafia, che già nella Relazione del 2014 avanzava la soluzione, le cui contestate disposizioni i responsabili politici hanno già dichiarato che vanno cambiate.

Nel Codice Antimafia il tasso autoritario dovrebbe costituire una vera forma di deterrenza nei confronti dell'aumento del fenomeno di grave allarme

sociale, quello dei c.d. reati contro la pubblica amministrazione o, più semplicemente, dell'insopportabile fenomeno corruttivo, divenuto una vera e propria "abitudine sociale". Il tasso autoritario è dato da misure fuori o prima del processo, di grande impatto, non solo individuale, su cui la contestazione è orizzontale anche da parte delle Istituzioni che si interessano del fenomeno, dal momento che quelle misure hanno come presupposto il sospetto, non la colpevolezza. In quel Codice, infatti, sono unificati reati di criminalità organizzata e delitti di corruzione, su cui anche Cantone appare poco convinto, pur avendo affermato che la corruzione ha costituito la piattaforma per il "salto di qualità" delle mafie. Dunque, la partita è ancora aperta: il fronte riformista è forte e deciso; anche se, sul piano sociologico e criminologico, si nota che il distinguo tra criminalità organizzata e delitti dei "colletti bianchi" nasconde un dato antropologico, la differenza tra "cives" e mafioso, tra società civile e camorristi, già considerata anni addietro per il "doppio binario", che spostò il settore sul piano del sospetto e sul "diritto penale d'autore".

Il tema è delicatissimo; di grandissima rilevanza; ma esce fuori dalla specificità di questo intervento, che si organizza intorno alle cause di siffatta improvvisazione, che vanno svelate e, con esse, la filosofia dell'intero "pacchetto" di cui la Legge-Orlando è il conteso epigono.

Ebbene, pure esso manifesta un notevole tasso autoritario, che nel complesso deriva dalla contraddittoria incoerenza delle molteplici discipline su cui è intervenuto per correggere prassi devianti subito ripristinate (la legge in tema di misure cautelari), o per legittimare prassi giudiziali (le regole sul ricorso per cassazione), o per ridurre gli spazi difensivi in nome di un insano efficientismo (accertamento tecnico; abbreviato e indagini difensive; partecipazione a distanza di imputati e testi; ecc.); contraddizioni che si evidenziano ove si accostino misure generalpreventive e strumenti specialpreventivi, le prime certamente intranee al processo scopo, le seconde anomale forme cle-

menziali di anticipazione dei bisogni penitenziari secondo le articolate situazioni previste nel complessivo programma dell'art. 27 Cost.

Il comune approccio è solo in apparenza centrifugo: nella legge le modifiche alle norme penali si sostanziano nell'aumento dei minimi edittali di pena per taluni delitti; e simboleggiano un'emergenza giudiziaria, l'incontestabile "abitudine" del ricorso giurisdizionale al minimo legale della pena. In chiave generalpreventiva; dunque, la legge riduce lo spazio di discrezionalità del giudice per dare maggiore incisività nella "lotta" a quei reati, in controtendenza con i contenuti dei primi interventi riformisti del pacchetto, orientati al processo "educativo" ed al "perdono", non al recupero endoprocedurale del reo, e, dunque, alla prevenzione speciale, non essendo richiesto alcun accertamento in tal senso, essendo sufficiente aver svolto il programma concordato. Il tutto per far fronte alle spinte europeiste in termini di decarcerizzazione.

Dal mio punto di vista, dunque, (lascio ai Relatori che si interessano dei singoli "istituti" di valutare il tasso garantista di questa o quella disposizione) la Legge Orlando si scruta, secondo abitudine, alla ricerca del senso sistematico e della coerenza costituzionale del "pacchetto" a cui appartiene, che ha quali precedenti illustri la "messa alla prova per adulti" e la "tenue offensività" e via dicendo, che fu l'inizio della "politica per la giustizia" (è questo l'oggetto reale, non necessariamente condiviso, di questa politica) dell'attuale governo. Dunque, un progetto complessivo di cui è opportuno conoscere – ove esista – il filo rosso e su cui è dovuta una valutazione di tono statutario: progettualità e razionalità sono i termini intorno a cui ragionare per capire l'iniziativa legislativa.

Che siano questi i termini della questione deriva dalla convergenza di esperienze "didattiche" compiute qui a "Federico II" in occasioni seminariali con i responsabili dell'attuale legislazione.

Una non lontana conversazione con il responsabile dell'ufficio legislativo del Ministero, subito dopo la legge sulla "messa alla prova", mi informò della necessità di distinguere i compiti del legislatore da quello dell'accademia. In controtendenza con la "cultura per la legislazione", l'oratore esprimeva il parere, di sapore emergenziale (= si è detto: è il perenne vizio di questo Paese), secondo cui il governo deve occuparsi delle "leggi possibili" (stabilite con quale metro? economico?), spettando alla dottrina la ricostruzione del sistema. Capovolgeva, così, il metodo della politica, relegando il presupposto ad attività postuma: il referente dogmatico e la scelta di valore, non spettano al legislatore ma al "dotto" che si vuole impicciare di quell'opera. Per questo oratore, dunque, è compito della dottrina la ricerca della linea di sistematica di quegli interventi legislativi.

Più di recente, in un confronto con il Procuratore della Repubblica di Napoli, e con altri, il Dr. Melillo ha manifestato il suo passato "politico" descrivendo le premesse della legge, citando fonti sovranazionali e bisogni sociali e suggerendo un approccio meno ideologizzato e più pragmatico ai settori sui quali si è intervenuti in questa epoca, tesi che nello specifico potrebbe essere condivisa se l'ideologia della libertà non sovrastasse ogni discorso intorno al processo penale, ideologica che credo nessuno voglia ignorare o sminuire. Pure qui, insomma, il richiamo ai compiti della dottrina è forte.

Dunque, spetta al ricercatore il disvelamento della razionalità sistematica e della coerenza costituzionale delle leggi in materia di processo penale di recente conio, anche perché sono mutati i canoni intorno a cui si è costruita questa nuova stagione novellistica: sono cambiati i protagonisti della legislazione e i baluardi dialettici del potere legislativo descritto negli artt. 70 ss. Cost.: l'iniziativa si è trasferita dal Parlamento al Governo che ricorre al voto di fiducia giacché gli emendamenti non sono più proposte migliorative ma ostacoli ostruzionistici che legittimano il governo a quella scelta "antidemo-

cratica”, costituendolo come protagonista esclusivo della legislazione, tale, anche quando la elaborazione della legge è interna alla sua dialettica.

Come si usa dire: la premessa è patto.

La premessa indica l’errore di metodo: il circuito virtuoso che crea le leggi – è stato così in passato – si avvale del contributo di “laici” dialoganti che indicano le coordinate dogmatiche e le soluzioni razionali, lasciando alla politica la scelta necessaria. Non è così da anni; il tempo delle commissioni di studio (quelle che mettevano a confronto i ceti della giurisdizione) si è fermato nel febbraio del 2008, anche se in seguito non sono mancati suggerimenti “unilaterali”: le testimonianze si colgono nelle Relazioni dei disegni di legge.

Fu così negli anni felici della Procedura penale, gli anni della esaltazione garantista e del processo accusatorio, a cui si ritorna in questa sede per approfondire le coordinate su cui si attestò il Codice e, quindi, per penetrare significati e simbologie della stagione [contro]riformista a cui assistiamo.

Allora, negli anni ‘80 l’esperienza statunitense di alcuni docenti del nostro Paese alla ricerca di nuovi referenti culturali ed istituzionali per il processo penale spostò l’attenzione sul common law ritenuta la tradizione che avesse cullato e che cullasse i diritti della persona. Il legislatore agì di conseguenza; le Commissioni redigenti e di controllo che dialogavano nella realizzazione della delega receperono i segnali del processo a fasi disomogenee, della multischematicità e della probation processuale, della giurisdizione di garanzia e della prova per il dibattimento, non della riduzione delle impugnazioni e/o del sistema sanzionatorio, questi ultimi resistenti nel campo “inquisitorio”.

Il primo segnale di una diversa attenzione a quella esperienza fu fornito nel ‘90 da Neppi Modona che, nel Convegno su “Il codice di procedura penale italiano visto dall’estero”, precisò le distanze tra i due sistemi richiamando le caratteristiche di essenza del common incompatibili con il nostro

Statuto: magistratura elettiva, discrezionalità dell'azione e partecipazione del popolo sono connotati differenti dalla organizzazione della nostra giurisdizione. Eppure bisognerà attendere gli anni 2000 per avere una documentata conoscenza dei nuclei di essenza delle tradizioni giuridiche e, attraverso essi, dei valori che ciascuna prende a misura della sua essenza.

Volendo approfondire il tema – che in questa sede diventa metodo per la valutazione di razionalità sistemica e di valore della [contro]riforma-Orlando –, il riferimento è, tra altri, a Patrik Glenn, che, dallo studio delle tradizioni giuridiche – dalla indigena alla talmudica, dalla ebraica alla islamica, dalla civil alla common –, ricava la convinzione che le passate credenze erano fallaci: tra civil e common la sensibilità per i diritti della persona è della prima, essendo l'efficienza il valore di essenza della seconda; e ciò indipendentemente dal sistema processo, ove si ricordi che l'inquisitio è di origine ecclesiastica, le libertà di origine laica e liberale. Del resto, se si considera il processo americano, ed in particolare il 2% che vede la luce in dibattimento in quel Paese (è così!!! Il resto se ne va con ogni tipo di patteggiamento sin davanti alla polizia), si nota che la contesa è un "gioco a due", nella quale il giudice è il garante del rispetto delle regole e la giuria è l'"incomodo" consenso popolare chiamato alla decisione, sempre se le parti non patteggino nel corso della camera di consiglio: in tal caso la "sentenza" non è pronunciata; l'efficienza – nel significato di "semplificata" punizione del reo ad ogni costo – in chiave di prevenzione generale si spinge fino a questo. Dunque, una giurisdizione "optional", se si vuole, "residuale", comunque, una giurisdizione-accertamento.

È un processo "di parti"? Certo. È un processo coerente con la nostra Costituzione o con le leggi europee che oggi governano anche il nostro processo? Dubito; fortemente dubito.

Ecco. È con queste vicende che deve fare i conti la legge-Orlando e quelle che la hanno preceduta.

In verità le intenzioni erano scorrette; lo sono state, invece, alcune iniziali disposizioni e quelle già citate.

Il falso obiettivo della legge è dichiarato nella Relazione che accompagnava il Disegno di legge del 23 dicembre 2014: “recuperare il processo ad una durata ragionevole ... è condizione essenziale ... [per realizzare] il giusto processo ... senza che venga perso di vista lo stretto raccordo tra una maggiore efficienza del sistema ed il mantenimento, se non il rafforzamento, delle garanzie dei diritti, specialmente dell’imputato”.

È il “garantismo efficientista” che nel 2006 guidò i lavori della Commissione Riccio? Neanche a dirlo. Di quella filosofia non v’è ombra, se non la sinonimia dei termini, non la loro semantica, dal momento che quella Bozza puntava sulla giurisdizione, la legge-Orlando, ha puntato sulle parti, anche se essa non realizza una forma di “processo di parti”, assolutamente no, né altra forma di processo accusatorio, essendo “mortificati” accertamento e giurisdizione.

Dunque il progetto era il tentativo di rendere effettiva “la ragionevole durata del processo”; che si coniugò con “una equilibrata politica di ‘decarcerizzazione’” per “dare effettività al principio del minore sacrificio possibile della libertà personale”, dovendosi considerare “il carcere come extrema ratio”: così nella Relazione, che realizza il progetto a partire dalla “messa alla prova” alla “tenue offensività”; dalla “non punibilità per condotte riparatorie” alla “punibilità a querela”; dall’archiviazione concordata all’accorciamento dei termini in caso di “riserva di incidente probatorio” fino all’azzeramento dei vizi procedurali nel giudizio abbreviato; dalla “dichiarazione del domicilio presso il difensore d’ufficio” alla partecipazione a distanza di imputati e testi; dai limiti al ricorso in caso di doppia conforme alla inammissibilità de plano; ed altro: discipline che alternano probation e opportunità difensive e che feriscono la legalità processuale, dovendo rimuovere il pessimo giudizio che di noi ha l’Europa in ragione del disumano trattamento dei detenuti, anche in at-

tesa di giudizio, quindi, presidiati dalla presunzione di innocenza, oltre che a causa della inconcepibile lunghezza del processo.

Ora, volendo tirare le fila del complesso discorso in apparenza centrifugo (l'unico risultato positivo è rappresentato dalle limitazioni al potere impugnativo del pubblico ministero in presenza di doppia conforme; ma in tal caso il dubbio dovrebbe riguardare il potere in sé); volendo tirare le fila appare evidente che sbaglia chi reputa che la legge costituisca un ritorno inquisitorio; non è così.

Il nostro processo è inquisitorio per la parte che definiamo “doppio binario”; che sfrutta la “forza” di una legislazione “speciale” autoritaria e di una organizzazione investigativa mastodontica, nazionale e derogatoria rispetto alla organizzazione della giurisdizione “ordinaria”, in cui sono ritenute “sopportabili” le limitazioni garantiste normative e giudiziarie in ragione della appartenenza “[anti]sociale” dell'autore del fatto (= è una caratteristica del “*diritto penale d'autore*”). È inquisitorio questo processo non solo perché la formula si riferisce a deroghe disciplinari per questo o quel reato; è inquisitorio quel processo anche per la organizzazione giudiziaria di tono autoritario ed adialettico; è inquisitorio perché il “sistema” (il “doppio binario” lo è) mette in crisi tradizioni e concetti di giurisdizione e processo, che consentirono la costruzione del razionale “ordito” di fine millennio, che raccoglieva nel processo i diritti esistenziali della persona e gli oneri di solidarietà sociale dello Stato, trasformandoli in *norme di garanzia* ed in *situazioni soggettive protette*, che sottraevano legittimazione a qualsiasi operazione di genere contrario ed autoritario. *Eppure, in questo sistema azione, giurisdizione e processo conservano le semantiche tradizionali*, costituendo, tali categorie, premessa, luogo e funzione dell'accertamento del fatto e della responsabilità.

Non è questa la strada percorsa dal “pacchetto-Orlando” (la “terza via”); non è più così; non è stato così negli anni passati.

Giurisdizione e processo sono oggi “categorie” diverse da quelle colti-



vate nella letteratura classica (= e dalla Scuola classica e liberale), avendo perduto, la prima, il ruolo di giardino delle garanzie e del sistema e, il secondo, il compito di accertamento che gli è congeniale. Hanno assunto, giurisdizione e processo, caratteristiche ontologiche meramente punitive o, all'opposto, connotati rinunciatari con cui far fronte a bisogni deflativi realizzati con definizioni anticipate (= extraprocessuali); senza dire, su altro fronte, che le "misure-Orlando" per la decarcerizzazione si presentano come modello di anticipazione della giurisdizione sull'azione e della "privatizzazione" della giurisdizione, chiamata ad esprimere compiti di "ratifica" dell'accordo altrove compiuto, ora con la messa alla prova, ora con la tenue offensività, ora con la contrattazione della querela, ora con le forme risarcitorie; tutti strumenti che hanno abbandonato il senso del processo e della giurisdizione per manifestare un pregiudizievole rifiuto per l'accertamento, cioè per il compito istituzionale che la Costituzione affida alla giurisdizione.

È un nuovo modello di processo accusatorio? Manco per sogno. È un più efficiente modello di processo di parti? Assolutamente no, dal momento che in entrambi i modelli il protagonista della vicenda resta la giurisdizione, qui esautorata insieme ai vizi dei comportamenti del pubblico ministero (almeno in caso di abbreviato); situazioni, queste, che – oltre ogni altra valutazione – offrono una contraddittoria immagine della magistratura, ora subordinata, ora autoritaria, e che *realizzano il progetto della "ragionevole durata del processo" addossando all'imputato la disorganizzazione della giurisdizione.*

E non è detto che tutto ciò funzioni. Tutt'altro.

Ecco; la pretesa secondo cui debba essere la dottrina ad individuare sistema e razionalità costituzionale è soddisfatta; ontologia e dogmatica negano valore al progetto i cui esiti travalicano tradizioni e categorie giuridiche liberali e democratiche, soprattutto i principi del *Preambolo penalistico della Costituzione.*

Resta la domanda che la politica usa rivolgere, di risulta alla critica, soprattutto in questa epoca. Si poteva far fronte alla crisi – soprattutto organizzativa – della giurisdizione e del carcere in altro modo? Certamente sì: il “progetto-Pisapia” e la “bozza-Riccio” (non è autoreferenzialità: entrambe raccoglievano in una comunione felice i rappresentanti dei ceti della giurisdizione) possono considerarsi ipotesi di lavoro intelligenti e razionali, certo, da aggiornare, anche perché assorbono situazioni oggi delegate – in forma sostitutiva – al diritto penitenziario, divenuto la “cattiva coscienza” di un sistema irrazionale ed incostituzionale; oggi è così e rende di estrema ed indifferibile attualità la revisione razionale e costituzionalmente orientata del sistema nel suo complesso.

Forse questa affezione intellettuale, culturale, istituzionale resta una (ormai) perenne utopia; forse mancano le condizioni sociali – non solo politiche – capaci di dar vita ad un processo garantista; forse è necessaria una nuova rivoluzione culturale; forse è indispensabile promuovere una nuova stagione di sensibilizzazione costituzionale del Paese.

Accademia, magistratura ed avvocatura dovrebbero farci un “pensierino”; meglio: dovrebbe essere la loro sfida, unite, oggi, come lo furono negli anni ‘60-’80.

Magari.

## **Manca il sistema**

(Giorgio Spangher)

La riforma Orlando, al di là delle diversificate critiche di metodo, di regole, di discrasie temporali, di disarticolazioni interne, prospettabili, consegna agli operatori l'ennesimo intervento sulla giurisdizione penale assolutamente incapace, non tanto di rifondare la giustizia penale, ma neppure di riavvianne la ricostruzione, tracciando le linee guida di futuri interventi.

Si tratta dell'assemblaggio di iniziative parlamentari diverse, sorrette da logiche diversificate, non omogenee, con intersezione di interventi normativi estrapolati da elaborazioni di gruppi di lavoro, agenti in via autonoma ai quali si è ritenuto di dare una qualche legittimazione "compensativa".

Il nucleo più solido è quello in tema di impugnazioni, derivato in parte dai lavori della Commissione Canzio.

Correzioni efficientiste immediate si aggiungono ad annunci di riforme molto lontane nel tempo, tese a evitare "prezzi politici" ritenuti penalizzanti, l'innalzamento delle pene; miscelato con la (annunciata) riforma della prescrizione, non si salda con la riforma penitenziaria tesa alla rieducazione. Si rafforza il doppio binario, anche senza reale necessità e giustificazione (concordato in appello), ormai diventato vero processo nel processo.

Nell'affrontare alcune tematiche, come in tema di uso del captatore informatico, emerge un *deficit* di conoscenza, non tanto sulle risposte da dare, quanto sui problemi da affrontare. In altri casi, invece, come nella disciplina dei dibattimenti a distanza sembra mancare la consapevolezza della gravità delle scelte che si stanno facendo e delle situazioni che si vanno configurando.

Manca il sistema. Si naviga a vista, forse senza neppure sapere la rotta.

# Introduzione

Su espresso incarico della Giunta della Camera Penale di Napoli, il Dipartimento Ricerca e Analisi del Centro Studi si è impegnato in un approfondimento dei contenuti della recente Riforma Orlando.

Come noto la legge 23 giugno 2017 n. 103, recante “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario” (c.d. Riforma Orlando, d’ora in avanti, per brevità, l. n. 103/2017), pubblicata sulla G.U. n. 154 del 4 luglio 2017, ha introdotto significative modifiche in diversi settori del sistema penale.

Per quanto riguarda il **codice penale** gli interventi novellatori, in estrema sintesi, riguardano tre versanti: **1)** introduzione di una nuova causa di estinzione dei reati procedibili a querela per condotte riparatorie; **2)** aggravamento del trattamento sanzionatorio per i reati di furto, rapina, estorsione, scambio elettorale politico-mafioso; **3)** modifica della disciplina della prescrizione, con particolare riferimento alla decorrenza del termine in caso di persone offese minorenni, nonché alle fattispecie di sospensione e di interruzione del termine prescizionale.

Più numerosi gli interventi **in materia processuale**, che hanno riguardato principalmente: **1)** incapacità irreversibile dell’imputato; **2)** divieto di colloqui con l’imputato *in vinculis*; **3)** elezione di domicilio; **4)** accertamento tecnico irripetibile; **5)** procedimento di archiviazione; **6)** impugnazione della sentenza di non luogo a procedere; **7)** riti alternativi (abbreviato, patteggiamento, procedimento per decreto); **8)** sistema delle impugnazioni (forma dell’impugnazione; concordato in appello; rinnovazione dell’istruzione dibattimentale in appello; abolizione del ricorso per cassazione personale; procedimento camerale partecipato per il giudizio di legittimità in materia cautelare reale; introduzione di una procedura “senza formalità” per la declaratoria di

alcune cause di inammissibilità del ricorso per cassazione; previsione di un protocollo per la revisione dei principi di diritto sanciti dalle Sezioni unite in caso di dissenso delle sezioni semplici; sanzione pecuniaria in caso di rigetto o inammissibilità del ricorso, anche con specifico riferimento alla procedura di remissione del processo; rescissione del giudicato; ricorso straordinario per errore materiale o di fatto); **9)** c.d. processo a distanza.

Di grande rilevanza anche le **deleghe conferite al Governo**, in diversi settori dell'ordinamento: **1)** modifica del regime di procedibilità per alcuni reati; **2)** revisione in materia di misura di sicurezza; **3)** riordino di alcuni settori del codice penale all'insegna della c.d. riserva di codice; **4)** disciplina delle intercettazioni di comunicazioni; **5)** modifiche in materia di impugnazioni penali, a completamento di quelle "dirette"; **6)** Ordinamento penitenziario; **7)** casellario giudiziale.

L'articolato coacervo di interventi si conclude con modifiche volte alla ristrutturazione e alla razionalizzazione delle **spese di giustizia**, con particolare riguardo ai costi delle intercettazioni.

La gestazione della riforma Orlando è stata lunga e scandita da fasi oscillanti. Il disegno di legge è stato presentato alla Camera dei deputati il 23 dicembre 2014 (C-2798); il 23 settembre 2015, dopo aver assorbito alcune proposte di legge, è stato approvato e trasmesso al Senato. A Palazzo Madama il testo (S-2067) ha subito alcune modifiche ed è stato poi approvato, in un testo unificato con numerose proposte di legge, nella seduta del 15 marzo 2017. A seguito della seconda lettura da parte della Camera dei Deputati, il disegno di legge è stato definitivamente approvato in data 14 giugno 2017 e, quindi, promulgato dal Presidente della Repubblica, per essere poi pubblicato sulla G.U. n. 154 del 4 luglio 2017.

Il **timing dell'entrata in vigore** delle diverse modifiche è diversamente cadenzato. In generale il provvedimento prevede una *vacatio legis* di trenta

giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (art. 1, co. 95, l. n. 103/2017), con la conseguente **entrata in vigore al 3 agosto 2017**.

Sono poi previste alcune specifiche **disposizioni transitorie**, tra cui si segnalano, sin da ora – e rinviando, per i particolari, ai singoli commenti – , quelle dettate in materia di: **1)** estinzione del reato per condotte riparatorie (si applica ai processi in corso, anche in caso di condotte realizzate dopo l’apertura del dibattimento, *ex art. 1, co. 2, l. n. 103/2017*); **2)** durata delle indagini preliminari (la modifica dell’art. 407 c.p.p. si applica ai procedimenti con notizie di reato iscritte posteriormente all’entrata in vigore, *ex art. 1, co. 36, l. n. 103/2017*); **3)** ricorribilità della sentenza di patteggiamento (non si applica ai procedimenti in cui la richiesta di patteggiamento sia stata presentata anteriormente all’entrata in vigore della riforma, *ex art. 1, co. 51, l. n. 103/2017*); **4)** processo a distanza (un anno dall’entrata in vigore, *ex art. 1, co. 81, l. n. 103/2017*, ad eccezione della modifica dell’art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., che, limitatamente ai detenuti per i reati di cui agli artt. 270-*bis*, primo comma, e 416-*bis*, secondo comma, c.p., nonché art. 74, co. 1, d.P.R. n. 309/1990, è d’immediata applicazione).

Per quanto riguarda le modifiche relative alla disciplina della prescrizione del reato, è espressamente previsto che si applichino ai fatti commessi in epoca successiva all’entrata in vigore, nel rispetto di quanto previsto dall’art. 2 co. IV c.p. (art. 1, co. 15, l. n. 103/2017).

A proposito dell’applicazione delle nuove norme è opportuno segnalare che l’**Ufficio del Massimario della Suprema Corte** ha tempestivamente licenziato una relazione mirata sui profili di diritto intertemporale proposti dalla l. n. 103/2017 (Corte di cassazione, Ufficio del Ruolo e del Massimario, Settore Penale, “Considerazioni sulle ricadute nel giudizio di cassazione della legge 23 giugno 2017 n. 103 – Questioni di diritto intertemporale”). Sulla scorta delle considerazioni elaborate dal Massimario, il **Primo Presidente della Corte di cassazione** ha poi diramato **linee-guida** aventi ad oggetto le

disposizioni della l. n. 103/2017 incidenti sul giudizio penale di legittimità, al fine di propiziare “*soluzioni applicative tendenzialmente uniformi*” (Corte Suprema di cassazione, Prima Presidenza, 28 luglio 2017). Si tratta di documenti resi disponibili dopo la stesura dei contributi ospitati nel presente lavoro, pertanto, gli Autori non ne hanno potuto tenere conto.

Infine, una piccola indicazione in ordine ai **criteri redazionali seguiti**. Il lavoro è diviso in **quattro sezioni**: I) modifiche al codice penale; II) modifiche al codice di procedura penale; III) deleghe al Governo; IV) spese di giustizia. Nell’ambito dei singoli paragrafi gli articoli interpolati sono proposti in ordine progressivo, ad eccezione del paragrafo relativo alle modifiche in materia di impugnazioni penali (Sezione II, par. 2.8), ove gli Autori hanno preferito un approccio sistematico. Sotto il titolo del paragrafo sono sempre indicati, tra parentesi, i commi dell’art. 1 della l. 103/2017 oggetto di commento, nonché il nome dell’Autore o degli Autori. Alcuni paragrafi sono collettanei; in questo caso il nome del singolo Autore è indicato tra parentesi prima della trascrizione del gruppo di articoli curati, a meno che il contributo non sia stato realizzato collegialmente.

Ogni commento è preceduto dalla trascrizione del testo dell’articolo interessato dalla riforma, con le modifiche evidenziate in “grassetto”. In linea di massima, si è cercato di dare conto, per ciascuna disposizione, della *ratio* della modifica, di eventuali variazioni di testo apportate nel passaggio da un ramo all’altro del Parlamento, del *background* sovranazionale o giurisprudenziale dell’intervento (ad es. la nota sentenza delle Sezioni Unite in ordine al *trojan* per la delega in materia di intercettazioni), di eventuali criticità, soprattutto con riguardo ai profili di tenuta costituzionale.

Il lavoro svolto costituisce il primo documento prodotto dal neoistituito Centro Studi della Camera Penale di Napoli. Esso è stato realizzato con il contributo dei Colleghi Chiara Ariano, Luca Bancale, Mauro Buono, Dina Cavalli, Francesco Cedrangolo, Fabrizio Chianese, Lucio Cricrì, Massimilia-

no Cuosta, Fabio De Maria, Mattia Floccher, Giuseppe Gragnaniello, Roberto Guida, Angelo Mastrocola, Fulvia Fabrizia Mazzola, Marco Muscariello, Alessandro Orabona, ai quali tutti va il mio personale ringraziamento per l'impegno profuso.

Un particolare ringraziamento deve essere poi rivolto ai prestigiosi accademici che hanno voluto riconoscere al Centro Studi il privilegio di ospitare un loro contributo di apertura al documento realizzato: Sergio Moccia, Giuseppe Riccio e Giorgio Spangher.

Da ultimo un doveroso chiarimento sulle finalità del contributo. Esso certamente non vuole sostituirsi allo studio che ciascun avvocato dedicherà alla riforma, ma proporsi solo come un piccolo supporto per una prima lettura e una preliminare valutazione della portata dell'intervento normativo.

Il Responsabile Centro Studi CPN  
(Aldo Franceschini)



# Sezione I

## Modifiche al Codice penale

### 1.1. Le condotte riparatorie

(commi 1-4)

(Mauro Buono)

**Art. 162-ter c.p. – Estinzione del reato per condotte riparatorie**

**Nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo.**

**Quando dimostra di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine di cui al primo comma, l'imputato può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento; in tal caso il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo e fissa la successiva udienza alla scadenza del termine stabilito e comunque non oltre novanta giorni dalla predetta scadenza, imponendo specifiche prescrizioni. Durante la sospensione del processo, il corso della prescrizione resta sospeso. Si applica l'articolo 240, secondo comma.**

**Il giudice dichiara l'estinzione del reato, di cui al primo comma, all'esito positivo delle condotte riparatorie.**

\*\*\*\*\*

Nell'ambito del maxi-emendamento con cui il Senato ha approvato la l. n. 103/2017, dopo due anni di discussioni rispetto al testo iniziale e a cavallo

delle due legislature (governi Renzi-Gentiloni), degna di nota è l'introduzione dell'art. 162-ter c.p. con il significativo *incipit* “*estinzione del reato per condotte riparatorie*”. La norma di nuovo conio va a rinfoltire il Titolo VI del Libro I (“*Dei reati in generale*”) incidendo sulla estinzione del reato e della pena, in linea con la politica criminale deflattiva delle ultime Commissioni di riforma che hanno prodotto le legislazioni 28 aprile 2014 n. 67 e i d.lgs. 12 gennaio 2016, n. 6 e 15 gennaio 2016, n. 7 in materia di non punibilità per speciale tenuità del fatto e di depenalizzazione.

La nuova disposizione recepisce all'interno del codice penale un meccanismo procedurale deflattivo che ricalca quello già presente nel procedimento davanti al giudice di pace all'art. 35 d.lgs. n. 274/2000, con la differenza che per i reati attribuiti alla competenza del giudice di pace la causa di estinzione del reato è prevista a seguito di condotte risarcitorie e riparatorie operanti a seguito di valutazione giudiziale circa l'idoneità delle stesse a soddisfare le esigenze di riprovazione/prevenzione del reato. L'art. 162-ter c.p. prevede esclusivamente che il giudice, prima di dichiarare estinto il reato, ascolti le parti e la persona offesa al fine di accertare proprio che le condotte riparatorie siano effettivamente tali e reali, *recte* adeguate e congrue.

La causa estintiva si applica esclusivamente ai reati procedibili a querela soggetta a remissione, come chiarisce fin da subito la norma nel suo esordio letterale: in tal modo il legislatore esclude *in nuce* l'applicazione dell'articolo in commento rispetto all'art. 609-bis c.p. per cui la querela è irrettrabile; al contempo espone una serie di reati ad una possibile estinzione per condotte riparatorie in caso di procedibilità a querela revocabile. L'effetto più dirompente potrebbe colpire l'ipotesi base del reato di atti persecutori previsto dall'art. 612-bis c.p., ossia quello realizzato senza minacce gravi, ma anche altri reati come furto semplice *ex art.* 624 c.p. e truffa non aggravata *ex art.* 640 c.p.; più logica l'ipotesi deflattiva per altri tipi di reati “riparatori” come quello di lesioni colpose e anche il reato di diffamazione.

Tra la condotta riparatoria e l'estinzione del reato si "frappone" l'esigenza fondamentale della restituzione (una sorta di ripristino dello *status quo ante*) o del risarcimento del danno e, *ad adiuvandum*, l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato.

La legge in commento ha poi recepito l'ormai consueta prassi, costruita dalle parti fuori udienza e poi riversata dinanzi al giudice procedente, di poter utilizzare la strada della "offerta reale" al posto del risarcimento, secondo gli stilemi impressi dagli artt. 1208 e ss. del codice civile; l'art. 162-*ter* c.p. afferma che, anche se non accettata dalla persona offesa ma ritenuta congrua dal giudice, porterà ugualmente all'estinzione del reato, secondo quanto previsto dal comma 3 di chiusura della disposizione. Elemento di criticità potrebbe essere quello di stemperare i poteri della persona offesa, la quale ha il diritto di interfacciarsi in udienza con il giudice procedente ma viene vulnerata nella possibilità di ritenere essa stessa congrua e adeguata la somma riparatoria, obliterando un possibile potere di veto prima della declaratoria estintiva del giudice; al contempo la *voluntas legis* sembra essere quella di sottrarre alla intenzione punitiva-risarcitoria del querelante l'imputato laddove quest'ultimo abbia efficacemente posto in essere la condotta riparatoria richiesta dalla legge.

La norma prevede anche una interpolazione processuale di raccordo con il momento sostanziale penale: le condotte riparatorie vanno tenute entro il termine massimo di dichiarazione di apertura del dibattimento, salvo le disposizioni contenute nel secondo comma, riguardanti quell'imputato che alleggi una condizione di impossibilità ad adempiere ("*ad impossibilia nemo tenetur*"), ossia un "fatto a lui non addebitabile" tale da far scattare una ulteriore proroga da parte del giudice, non superiore a sei mesi. A rafforzare questa parte è stato l'inserimento, al primo comma, dell'inciso "*ove è possibile*", non presente nella stesura iniziale e aggiunta dal Senato, riferendosi alla possibilità di eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato.

L'introduzione della nuova disciplina delle condotte riparatorie potrebbe essere salutata, tutto sommato, con favore; non può, però, non sottolinearsi il terreno scivoloso di una giustizia a doppia velocità, *prima facie* classista e discriminatoria, in tempi di grave crisi economica: se l'imputato avrà disponibilità economiche adeguate e congrue potrà vedersi estinguere il reato, mentre l'imputato che avrà meno possibilità economiche dovrà inevitabilmente seguire il rigore del processo penale e della eventuale condanna. Tutto ciò con ovvi ripercussioni in ambito costituzionale atteso che il dettato *ex art. 162-ter* c.p. potrebbe stridere con la fondamentale disposizione contenuta all'art. 3 della nostra Carta costituzionale, che enuclea il principio di eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge.

La legge n. 103/2017 sembra aver messo a punto un efficace ulteriore sistema di deflazione penale in linea con gli ultimi interventi nomologici; nello stesso tempo si devono esprimere ulteriori *puncta dolentes* sulla costruzione della norma. Innanzitutto l'astratto potenziamento dello strumento deflattivo contenuto nell'art. 162-ter c.p. non riprende *in toto* la prima stesura del progetto di legge, la quale non limitava la stessa ai soli delitti punibili a querela, ma estendeva la portata innovatrice ad altri possibili reati. Un depotenziamento che ha riguardato anche l'elisione di un'altra proposta – che non ha avuto evidentemente accesso al disegno di legge – relativa alla estensione dell'oblazione, sia nella versione obbligatoria che in quella facoltativa, anche ai delitti punibili con la sola pecuniaria o con pena alternativa condizionata proprio dalla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose.

Poco chiaro, inoltre, è il richiamo espresso nell'ultima parte del secondo comma dell'art. 162-ter c.p. relativamente alla confisca. Trattasi di un richiamo generico attesa la molteplicità di ipotesi di confisca obbligatoria aventi ad oggetti cose diverse da quelle tratteggiate nel comma secondo dell'art. 240 c.p.: dubbio che riguarda l'applicazione in ordine alla natura delle cose elencate oppure alla natura obbligatoria della confisca. Si tenga conto che il

carattere “proteiforme” della confisca doveva finalmente trovare una disciplina più accurata attraverso il perfezionamento dello strumento ablatorio della c.d. “confisca allargata”; ma anche qui il legislatore ha deciso di neutralizzare ogni proposito riformatore.

Altra questione interpretativa tocca la parte della proroga per l’adempimento riparatorio che fa riferimento esclusivo al risarcimento, procedendo ad una espunzione delle parti, presenti al primo comma, riguardanti le restituzioni e l’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato. Non si capisce se il legislatore ometta volutamente questo richiamo oppure lo intenda *in obiter dicta*, in una sorta di interpretazione estensiva della norma che rispetterebbe così la sua *ratio*, evitando una inutile ripetizione letterale.

Non ultimo un ulteriore profilo di criticità che tocca le corde del principio di tassatività del diritto penale, che mal si attaglia con l’ampia discrezionalità lasciata al giudice relativamente al *decisum* sulla adeguatezza, proporzionalità e congruità della riparazione o del risarcimento, con assenza di criteri tassativamente indicati in ordine alla valutazione all’autorità giudicante. Una valutazione che potrebbe apparire arbitraria e che risulta contenuta soltanto dall’intervento del combinato disposto degli artt. 132 e 133 c.p., i quali farebbero da ovvio *pendant* proprio ad un intervento sproporzionato in sede di decisione da parte del giudice.

Va ribadito, pertanto, che l’aver introdotto l’art. 162-ter c.p. – e con esso spianata la strada delle condotte soddisfatorie o di ravvedimento attuoso – non risulta, in ultima analisi, sufficiente; quasi si potrebbe ricalcare il vecchio adagio che “una rondine non fa primavera”. Dubbi permangono sul concedere una eccessiva negoziabilità e “mercanteggiamento” alle parti private in ordine alla condotta riparatoria, nonché delle conseguenze – già delineate *ut supra* –, di conflittualità con il contenuto previsto dall’art. 3 Cost.; rischio che dovrebbe essere scongiurato – almeno in astratto – dall’intervento discrezionale e decisivo del giudice precedente.

## **1.2. L'inasprimento del trattamento sanzionatorio per alcuni reati (commi 5-9) (Mauro Buono)**

### **Art. 416-ter c.p. – Scambio elettorale politico-mafioso**

Chiunque accetta la promessa di procurare voti mediante le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 416-*bis* in cambio dell'erogazione o della promessa di erogazione di denaro o di altra utilità è punito con la reclusione **da sei a dodici anni**.

La stessa pena si applica a chi promette di procurare voti con le modalità di cui al primo comma.

### **Art. 624-bis c.p. – Furto in abitazione e furto con strappo**

Chiunque si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, mediante introduzione in un edificio o in altro luogo destinato in tutto o in parte a privata dimora o nelle pertinenze di essa, è punito con la reclusione è punito con la reclusione **da tre a sei anni e con la multa da euro 927 a euro 1.500**.

Alla stessa pena di cui al primo comma soggiace chi si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, strappandola di mano o di dosso alla persona.

La pena è della reclusione **da quattro a dieci anni e della multa da euro 927 a euro 2.000** se il reato è aggravato da una o più delle circostanze previste nel primo comma dell'articolo 625 ovvero se ricorre una o più delle circostanze indicate all'articolo 61.

**Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 625-bis, concorrenti con una o più delle circostanze aggravanti di cui all'articolo 625, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle predette circostanze aggravanti.**

### **Art. 625 c.p. – Circostanze aggravanti**

**La pena per il fatto previsto dall'articolo 624 è della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 927 a euro 1.500:**

[numero soppresso dalla l. 26 marzo 2001 n. 128]

2) se il colpevole usa violenza sulle cose o si vale di un qualsiasi mezzo fraudolento;

3) se il colpevole porta indosso armi o narcotici, senza farne uso;

4) se il fatto è commesso con destrezza [parole sopresse dalla l. 26 marzo 2001 n. 128];

5) se il fatto è commesso da tre o più persone, ovvero anche da una sola, che sia travisata o simuli la qualità di pubblico ufficiale o d'incaricato di un pubblico servizio;

6) se il fatto è commesso sul bagaglio dei viaggiatori in ogni specie di veicoli, nelle stazioni, negli scali o banchine, negli alberghi o in altri esercizi ove si somministrano cibi o bevande;

7) se il fatto è commesso su cose esistenti in uffici o stabilimenti pubblici, o sottoposte a sequestro o a pignoramento, o esposte per necessità o per consuetudine o per destinazione alla pubblica fede, o destinate a pubblico servizio o a pubblica utilità, difesa o reverenza;

7-bis) se il fatto è commesso su componenti metalliche o altro materiale sottratto ad infrastrutture destinate all'erogazione di energia, di servizi di trasporto, di telecomunicazioni o di altri servizi pubblici e gestite da soggetti pubblici o da privati in regime di concessione pubblica;

8) se il fatto è commesso su tre o più capi di bestiame raccolti in gregge o in mandria, ovvero su animali bovini o equini, anche non raccolti in mandria;

8-bis) se il fatto è commesso all'interno di mezzi di pubblico trasporto;

8-ter) se il fatto è commesso nei confronti di persona che si trovi nell'atto di fruire ovvero che abbia appena fruito dei servizi di istituti di credito, uffici postali o sportelli automatici adibiti al prelievo di denaro.

Se concorrono due o più delle circostanze prevedute dai numeri precedenti, ovvero se una di tali circostanze concorre con altra fra quelle indicate nell'articolo 61, la pena è della reclusione da tre a dieci anni e della multa da euro 206 a euro 1.549.

### **Art. 628 c.p. – Rapina**

Chiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, mediante violenza alla persona o minaccia, s'impadronisce della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, è **punito con la reclusione da quattro a dieci anni e con la multa da euro 927 a euro 2.500.**

Alla stessa pena soggiace chi adopera violenza o minaccia immediatamente dopo la sottrazione, per assicurare a sé o ad altri il possesso della cosa sottratta, o per procurare a sé o ad altri l'impunità.

**La pena è della reclusione da cinque a venti anni e della multa da euro 1.290 a euro 3.098:**

1) se la violenza o minaccia è commessa con armi, o da persona travisata, o da più persone riunite;

2) se la violenza consiste nel porre taluno in stato d'incapacità di volere o di agire;

3) se la violenza o minaccia è posta in essere da persona che fa parte dell'associazione di cui all'articolo 416-bis;

3-bis) se il fatto è commesso nei luoghi di cui all'articolo 624-bis o in luoghi tali da ostacolare la pubblica o privata difesa;

3-ter) se il fatto è commesso all'interno di mezzi di pubblico trasporto;

3-*quater*) se il fatto è commesso nei confronti di persona che si trovi nell'atto di fruire ovvero che abbia appena fruito dei servizi di istituti di credito, uffici postali o sportelli automatici adibiti al prelievo di denaro;

3-*quinqüies*) se il fatto è commesso nei confronti di persona ultrasessantacinquenne.

**Se concorrono due o più delle circostanze di cui al terzo comma del presente articolo, ovvero se una di tali circostanze concorre con altra fra quelle indicate nell'articolo 61, la pena è della reclusione da sei a venti anni e della multa da euro 1.538 a euro 3.098.**

Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con le aggravanti di cui al terzo comma, numeri 3), 3-*bis*), 3-*ter*) e 3-*quater*), non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.

#### **Art. 629 c.p. – Estorsione**

Chiunque, mediante violenza o minaccia, costringendo taluno a fare o ad omettere qualche cosa, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni e con la multa da euro 1.000 a euro 4.000.

La pena è della reclusione **da sette a venti anni** e della multa da euro 5.000 a euro 15.000, se concorre taluna delle circostanze indicate nell'ultimo capoverso dell'articolo precedente.

\*\*\*\*\*

*Ex adverso* il legislatore del 2017 sembra atteggiarsi in ordine agli inasprimenti sanzionatori, passando da una logica garantista ad una repressiva e securitaria, rispondendo ai rigurgiti mediatici e panpopulistici diffusi. I reati chiamati all'aumento di pena – ossia: l'art. 416-*ter* c.p. (scambio elettorale politico-mafioso); l'art. 624-*bis* c.p. (furto in abitazione e furto con strappo); l'art. 625 c.p. (furto aggravato); l'art. 628 c.p. (rapina); l'art. 629 c.p. (estorsione) – risultano effettivamente particolarmente odiosi, soprattutto quelli ad alto impatto o di grave allarme sociale, come le fattispecie penalmente rilevanti di tipo predatorio.

La soluzione adottata, in linea con i recenti interventi legislativi in relazione al delitto di associazione di tipo mafioso ed i delitti di corruzione (legge 27 maggio 2015 n. 69), nonché con la introduzione del contestatissimo omicidio stradale (art. 589-*bis* c.p., legge n. 23 marzo 2016, n. 41), collide con il si-



stema penale: in un solo colpo alcuni istituti come la sospensione condizionale della pena, la prescrizione, le misure alternative alla detenzione e persino la richiesta di riti alternativi con benefici di legge al seguito risultano seriamente compromessi, almeno nella loro applicazione in concreto.

La logica dell'innalzamento *tout court* del trattamento sanzionatorio crea le condizioni di una discrasia tra il disvalore penale del fatto e la sua punizione sanzionatoria: si pensi alla pena per il delitto di infanticidio (reclusione da 4 a 12 anni) che, secondo i *desiderata* legislativi, verrebbe quasi ad eguagliarsi alla nuova pena del furto in abitazione aggravato (reclusione da 4 a 10 anni), mentre risulterebbe addirittura inferiore a quella del “nuovo” art. 416-*ter* c.p. (reclusione da 6 a 12 anni). Sembra conseguente per il legislatore che lo scambio elettorale politico-mafioso risulti più grave – almeno nel nuovo trattamento sanzionatorio – dell'uccisione di un neonato o di un feto, secondo la disposizione attuale *ex art. 578 c.p.*, e, dunque, di un delitto contro la vita.

Queste nuove strette punitive potrebbero attirare nelle maglie repressive episodi come quello del furto con destrezza di un bagaglio alla stazione, che semmai contiene solo indumenti e cose di poco valore; così come di un portafoglio su di un bus che conterrà, a ben vedere, poche banconote; fino al classico furto nel supermercato per necessità (episodio purtroppo sempre più frequente in questi tempi di recessione e povertà) o di tenuità ridotta. Situazione peggiorata ancor di più dal discutibile intervento che introduce un nuovo comma 4 all'art. 624-*bis* c.p., che sancisce il divieto di equivalenza o prevalenza delle circostanze attenuanti in caso di concorso con determinate aggravanti speciali. In sostanza, in contraddizione con il già richiamato combinato disposto degli artt. 132 e 133 c.p., che affidano al giudice un potere discrezionale sul *thema decidendum* nel rispetto della legge, viene sottratto, nel caso di specie, all'autorità giudicante quel segmento valutativo fondamentale del fatto concreto prodromico all'irrogazione della pena secondo l'*id quod plerumque*

*accidit*. Si ripropone, in termini diversi ma con la stessa logica, quella presunzione *iuris et de jure* contenuta nel vecchio comma 5 dell'art. 99 c.p., ossia il famigerato istituto della recidiva obbligatoria, che inchiodava il giudice ad un aumento obbligatorio per tutti quei delitti indicati all'articolo 407, comma 2, lettera a), c.p.p. in dispregio della sua volontà discrezionale; istituto mandato in soffitta dall'intervento della Corte costituzionale 23 luglio 2015, n. 185, che ne ha dichiarato l'illegittimità.

La riforma Orlando del 2017, considerata nella totalità della sua sostanza nell'ambito delle modifiche al codice penale, non soddisfa e, anzi, lascia perplessi sulle diverse amputazioni dal testo originario fino alla sua approvazione. Tagli, francamente, inspiegabili, come quello relativo ai provvedimenti che dovevano contrastare – ancora più energicamente che nel passato – il fenomeno corruttivo; o che dovevano incidere sul perfezionamento della confisca in generale e della c.d. “confisca allargata”, in particolare, un fenomeno magmatico e che si interfaccia continuamente con gli interventi massicci della giurisprudenza di merito e di legittimità che cercano di disegnarne, con una certa fatica, latitudine e longitudine; la previsione di una risistemazione del codice penale, che faceva ben sperare attesa la formulazione della Commissione originaria, diretta ad individuare le materie che meritano di essere inserite nel sistema penale nell'ottica di dare maggiore conoscibilità a precetti e sanzioni.

Si è coscienti che siamo lontani anni luce dalla concreta di possibilità di modifica completa dell'impianto originario del Codice Rocco del 1930 con neutralizzazione della sua euritmia sistematica in linea con i principi costituzionali impressi nella nostra Carta fondamentale; tentativo che dalla Commissione Tupini del 1944 ad oggi non ha sortito ancora alcun effetto. Nonostante ciò ci si aspettava uno sforzo maggiore del semplice calcolo matematico di inasprimento sanzionatorio, laddove andava attuata una concreta rivisitazione di alcuni reati: ad esempio l'art. 416-*ter* c.p., non esente ancora da

gravi manchevolezze ed imprecisioni strutturali per quanto concerne la promessa dell'*intransigent*, l'oggetto della promessa, l'eterogeneità delle situazioni concrete in contrasto con la scelta del legislatore che confina il reato di scambio elettorale politico-mafioso negli spazi angusti del reato-contratto e nelle sabbie mobili del pericolo astratto. Aspettative da tradurre in un *revirement* della ontologia e morfologia strutturale del delitto, sempre più sottoposto ad interpretazioni adeguatrici o ermeneutiche della Suprema Corte che spesse volte travalicano il dato letterale della norma (si pensi, al riguardo, all'opzione ermeneutica scelta da Cass., VI Sez., 16 ottobre 2015, n. 41801).

Non va trascurato che l'effetto mediatico, la percezione della preoccupazione per i reati c.d. predatori e la voglia di persecuzione popolare di questi delitti – effettivamente odiosi – portano ad una visione carcerocentrica, con un possibile aumento della popolazione negli istituti penitenziari; e ciò nonostante il monito della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella celebre sentenza *Torreggiani* (Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, Causa Torreggiani e altri c. Italia, 8 gennaio 2013). L'aumento dei minimi e dei massimi edittali risulta poi una vera e propria *contradictio in adiecto* con la riforma delle misure alternative alla detenzione e al beneficio della sospensione dell'ordine di esecuzione *ex art. 656, comma 5, c.p.p.* che il legislatore annuncia di modificare *in melius*, ma delega al Governo l'intervento, differendolo con non pochi dubbi.

Appare chiaro che queste scelte stridono fortemente con il comma terzo dell'art. 27 Cost. e con il principio rieducativo in esso contenuto, e mai veramente realizzato dagli albori della Carta fondamentale ad oggi. Inoltre, la sterilizzazione delle circostanze attenuanti mediante il divieto della loro equivalenza o prevalenza in caso di concorso con determinate aggravanti speciali collide con i principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità della risposta penale e, in ultimo, con gli artt. 3 e 27 della nostra Carta costituzionale,

soprattutto per il diverso trattamento sanzionatorio riservato al reato di furto *ex art. 624-bis c.p.* rispetto ad altri reati, anche ben più gravi.

### **1.3. Le modifiche alla disciplina della prescrizione del reato** **(commi 10-15)** (Aldo Franceschini)

#### **Art. 158 c.p. – Decorrenza del termine della prescrizione**

Il termine della prescrizione decorre, per il reato consumato, dal giorno della consumazione; per il reato tentato, dal giorno in cui è cessata l'attività del colpevole; per il reato permanente, dal giorno in cui è cessata la permanenza.

Quando la legge fa dipendere la punibilità del reato dal verificarsi di una condizione, il termine della prescrizione decorre dal giorno in cui la condizione si è verificata. Nondimeno, nei reati punibili a querela, istanza o richiesta, il termine della prescrizione decorre dal commesso reato.

**Per i reati previsti dall'articolo 392, comma 1-bis, del codice di procedura penale, se commessi nei confronti di minore, il termine della prescrizione decorre dal compimento del diciottesimo anno di età della persona offesa, salvo che l'azione penale sia stata esercitata precedentemente. In quest'ultimo caso il termine di prescrizione decorre dall'acquisizione della notizia di reato.**

#### **Art. 159 c.p. – Sospensione del corso della prescrizione**

Il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge, oltre che nei casi di:

- 1) **autorizzazione a procedere, dalla data del provvedimento con cui il pubblico ministero presenta la richiesta sino al giorno in cui l'autorità competente la accoglie;**
- 2) **deferimento della questione ad altro giudizio, sino al giorno in cui viene decisa la questione;**
- 3) sospensione del procedimento o del processo penale per ragioni di impedimento delle parti e dei difensori ovvero su richiesta dell'imputato o del suo difensore. In caso

di sospensione del processo per impedimento delle parti o dei difensori, l'udienza non può essere differita oltre il sessantesimo giorno successivo alla prevedibile cessazione dell'impedimento, dovendosi avere riguardo in caso contrario al tempo dell'impedimento aumentato di sessanta giorni. Sono fatte salve le facoltà previste dall'articolo 71, commi 1 e 5, del codice di procedura penale;

3-*bis*) sospensione del procedimento penale ai sensi dell'art. 420-*quater* del codice di procedura penale;

**3-*ter*) rogatorie all'estero, dalla data del provvedimento che dispone una rogatoria sino al giorno in cui l'autorità richiedente riceve la documentazione richiesta, o comunque decorsi sei mesi dal provvedimento che dispone la rogatoria.**

**Il corso della prescrizione rimane altresì sospeso nei seguenti casi:**

1) **dal termine previsto dall'articolo 544 del codice di procedura penale per il deposito della motivazione della sentenza di condanna di primo grado, anche se emessa in sede di rinvio, sino alla pronuncia del dispositivo della sentenza che definisce il grado successivo di giudizio, per un tempo comunque non superiore a un anno e sei mesi;**

2) **dal termine previsto dall'articolo 544 del codice di procedura penale per il deposito della motivazione della sentenza di condanna di secondo grado, anche se emessa in sede di rinvio, sino alla pronuncia del dispositivo della sentenza definitiva, per un tempo comunque non superiore a un anno e sei mesi.**

**I periodi di sospensione di cui al secondo comma sono computati ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere dopo che la sentenza del grado successivo ha prosciolto ovvero ha annullato la sentenza di condanna nella parte relativa all'accertamento della responsabilità o ne ha dichiarato la nullità ai sensi dell'articolo 604, commi 1, 4 e 5-*bis*, del codice di procedura penale.**

**Se durante i termini di sospensione di cui al secondo comma si verifica un'ulteriore causa di sospensione di cui al primo comma, i termini sono prolungati per il periodo corrispondente.**

**[comma abrogato]**

La prescrizione riprende il suo corso dal giorno in cui è cessata la causa della sospensione.

Nel caso di sospensione del procedimento ai sensi dell'articolo 420-*quater* del codice di procedura penale, la durata della sospensione della prescrizione del reato non può superare i termini del secondo comma dell'articolo 161 del presente codice.

#### **Art. 160 c.p. – Interruzione del corso della prescrizione**

Il corso della prescrizione è interrotto dalla sentenza di condanna o dal decreto di condanna.

Interrompono pure la prescrizione l'ordinanza che applica le misure cautelari personali e quella di convalida del fermo o dell'arresto, l'interrogatorio reso davanti al pubblico ministero **o alla polizia giudiziaria, su delega del pubblico ministero**, o al giudice, l'invito a presentarsi al pubblico ministero per rendere l'interrogatorio, il provvedimento del giudice di fissazione dell'udienza in camera di consiglio per la decisione

sulla richiesta di archiviazione, la richiesta di rinvio a giudizio, il decreto di fissazione dell'udienza preliminare, l'ordinanza che dispone il giudizio abbreviato, il decreto di fissazione dell'udienza per la decisione sulla richiesta di applicazione della pena, la presentazione o la citazione per il giudizio direttissimo, il decreto che dispone il giudizio immediato, il decreto che dispone il giudizio e il decreto di citazione a giudizio.

La prescrizione interrotta comincia nuovamente a decorrere dal giorno della interruzione. Se più sono gli atti interruttivi, la prescrizione decorre dall'ultimo di essi; ma in nessun caso i termini stabiliti dall'art. 157 possono essere prolungati oltre i termini di cui all'articolo 161, secondo comma, fatta eccezione per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, del codice di procedura penale.

#### **Art. 161 c.p. – Effetti della sospensione e della interruzione**

**L'interruzione della prescrizione ha effetto per tutti coloro che hanno commesso il reato. La sospensione della prescrizione ha effetto limitatamente agli imputati nei cui confronti si sta procedendo.**

Salvo che si proceda per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, del codice di procedura penale, in nessun caso l'interruzione della prescrizione può comportare l'aumento di più di un quarto del tempo necessario a prescrivere, della metà **per i reati di cui agli articoli 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322-*bis*, limitatamente ai delitti richiamati dal presente comma, e 640-*bis*, nonché** nei casi di cui all'articolo 99, secondo comma, di due terzi nel caso di cui all'articolo 99, quarto comma, e del doppio nei casi di cui agli articoli 102, 103 e 105.

\*\*\*\*\*

I commi da 10 a 15 dell'art. 1 della l. n. 103/2017 hanno ad oggetto alcune modifiche alla disciplina della prescrizione del reato. Gli interventi riguardano in particolare gli **artt. 158** (Decorrenza del termine della prescrizione), **159** (Sospensione del corso della prescrizione), **160** (Interruzione del corso della prescrizione), **161** (Effetti della sospensione e della interruzione) **c.p.**<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Per una migliore comprensione delle modifiche e della *ratio* ad esse sottesa, non appare ultroneo esaminare l'articolato *iter* parlamentare che ha segnato il cammino di questa specifica porzione dell'intervento riformatore. In effetti, il pacchetto di disposizioni in materia di prescrizione ha avuto una gestazione piuttosto travagliata. Esso trova origina nella **proposta di legge C-2150** presentata il 28 febbraio 2014 (rubricata “Modifiche al codice penale, in materia di prescrizione del reato, e delega al Governo per la revisione della disciplina dell’equa riparazione dovuta in caso di violazione del termine ragionevole del processo”), d’iniziativa dell’On. Ferranti e altri, la quale prevedeva, in estrema sintesi: **1)** aumento del termine ordinario di prescrizione con l’aggiunta di un quarto al massimo editale previsto per il reato; innalzamento del termine “minimo” per i delitti da sei a sette anni; **2)** decorrenza del termine prescrizione di alcuni reati in danno di minori dal compimento del quattordicesimo anno di età del-

## I) La decorrenza del termine per alcuni delitti in danno di minori.

Il disegno di legge prevede anzitutto, mediante l'introduzione di un terzo comma all'art. 158 c.p., la individuazione di un diverso *dies a quo del termine prescrizione* per alcune tipologie di delitti commessi in danno di minorenni (delitti contro l'assistenza familiare; delitti contro la personalità individuale; delitti contro la libertà personale; delitti contro la libertà morale). In tal caso il termine decorre dal **compimento del diciottesimo anno di età della persona offesa**. È fatta salva l'ipotesi in cui l'azione penale sia stata esercitata precedentemente al raggiungimento della maggiore età da parte della vittima; anche in questa evenienza, tuttavia, per la descritta categoria di reati viene stabilita una decorrenza derogatoria (rispetto alla regola ordinaria) agganciata al momento di **“acquisizione della notizia di reato”**.

Per la selezione dei reati il cui termine di prescrizione è soggetto al regime speciale, il novello comma terzo dell'art. 158 c.p. rinvia all'elenco contenuto nell'art. 392 co. 1-*bis* c.p.p., in materia di casi di incidente probatorio. Si tratta, quindi, dei seguenti delitti: maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.), riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 c.p.), prostituzione minorile (art. 600-*bis*), pornografia minorile (art. 600-

---

la persona offesa; **3**) introduzione di nuove ipotesi di sospensione del termine di prescrizione nei casi di: rogatorie all'estero; perizie di lunga durata o di particolare complessità; dichiarazione di ricasazione; **4**) l'interruzione del termine prescrizione con l'esercizio dell'azione penale e la decorrenza di nuovi termini per la fase dibattimentale (3, 4 e 5 anni); **5**) l'interruzione definitiva del corso della prescrizione con la pronuncia della sentenza di primo grado, con contestuale previsione di due meccanismi “compensativi” nel caso in cui il giudizio di appello e quello di cassazione durino, rispettivamente, più di due anni e più di un anno: in caso di colpevolezza, viene riconosciuto uno sconto di pena; in caso di assoluzione, un risarcimento. Successivamente la proposta C-2150 assorbiva quelle nn. 1174, 1528 e 2767. Il testo così integrato (C-2150-A) veniva approvato dalla Camera dei Deputati il 24 marzo 2015. Al Senato della Repubblica la proposta di legge assumeva il n. S-1844. Nel frattempo era stato presentato il d.d.l. C-2798 d'iniziativa governativa (il d.d.l. Orlando) che prevedeva, tra l'altro, un intervento novellistico in materia di prescrizione del reato (art. 5). Nella formulazione originaria la modifica incideva solo sulle fattispecie sospensive di cui all'art. 159 c.p. In sede di esame da parte della Commissione Giustizia viene approvato, in data 23 luglio 2015, un emendamento proposto dal Governo che produce la soppressione dell'art. 5 d.d.l. C-2798, in considerazione del concomitante esame, da parte del Senato, della proposta di legge S-1844 (ossia il C-2150-A). Così dal testo approvato dalla Camera il 23 settembre 2015 risulta espunta la parte relativa alla prescrizione del reato. Inizialmente, dunque, il tema della prescrizione è assente dal d.d.l. S-2067 (ossia il C-2798). In seguito però il testo S-2067 assorbe numerose altre proposte di legge, tra cui proprio la S-1844 in tema di prescrizione. Così, nel testo approvato dal Senato il 17 marzo 2017 ricompaiono le disposizioni di modifica della disciplina della prescrizione.

<sup>2</sup> L'estensione all'ipotesi della detenzione di materiale pedopornografico virtuale (art. 600-*quater*.1) c.p.) è frutto di un *lapsus*, atteso che in tale fattispecie non è individuabile una persona offesa minorenni “in carne e ossa”. 20

<sup>3</sup> Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle

ter), detenzione di materiale pornografico (art. 600-*quater*; anche se relativa al materiale pornografico virtuale di cui all'art. 600-*quater*.1)<sup>2</sup>, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinqüies*), tratta di persone (art. 601), acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.), violenza sessuale (art. 609-*bis*), atti sessuale con minorenni (art. 609-*quater*), corruzione di minorenni (art. 609-*quinqüies*), violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies*), adescamento di minorenni (art. 609-*undecies*), atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.).

La *ratio* della modifica risiede nell'esigenza di arginare il rischio connesso alla difficile apprensione della notizia di reato avente ad oggetto delitti sessuali ai danni di un minore. In questo caso, alla fisiologica difficoltà di emersione di tali fatti criminosi (per la vergogna, per la diffidenza nei confronti dell'autorità, per la sfiducia nei confronti del sistema giudiziario, etc.), si aggiungono fattori specifici connessi alla posizione di debolezza in cui versa la persona offesa che non abbia ancora raggiunto un determinato grado di maturità (timore di non essere creduta, etc.).

Sul punto, peraltro, il legislatore ha cercato di dare attuazione alla Convenzione di Istanbul<sup>3</sup>. Occorre però segnalare una coincidenza solo parziale tra i reati oggetto di tutela rafforzata nella Convenzione e quelli selezionati dalla riforma Orlando, al punto che risulta difficile considerare che la seconda si ponga quale attuazione della prima. Restano infatti fuori dal raggio d'azione della speciale disciplina le fattispecie riconducibili alle ipotesi di

---

<sup>2</sup> L'estensione all'ipotesi della detenzione di materiale pedopornografico virtuale (art. 600-*quater*.1) c.p.) è frutto di un *lapsus*, atteso che in tale fattispecie non è individuabile una persona offesa minorenni "in carne e ossa".

<sup>3</sup> Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, firmata a Istanbul l'11 maggio 2011, ratificata dall'Italia con l. 27 giugno 2013 n. 77. L'art. 58 della Convenzione, rubricato "Prescrizione", recita: "Le Parti adottano le misure legislative e di altro tipo necessarie per garantire che il termine di prescrizione per intentare un'azione penale relativa ai reati di cui agli articoli 36, 37, 38 e 39 della presente Convenzione sia prolungato per un tempo sufficiente e proporzionale alla gravità del reato, per consentire alla vittima minore di vedere perseguito il reato dopo avere raggiunto la maggiore età". Per completezza, pare opportuno indicare i reati previsti dai predetti articoli della Convenzione: violenza sessuale, compreso lo stupro (art. 36); matrimonio forzato (art. 37); mutilazioni genitali femminili (art. 38); aborto forzato e sterilizzazione forzata (art. 39).



matrimonio forzato, mutilazioni genitali femminili, aborto forzato e sterilizzazione forzata.

**II) Le fattispecie sospensive del termine.** Per quanto riguarda la sospensione del termine prescrizionale, il disegno di legge prevede in primo luogo la delimitazione del periodo sospensivo nelle ipotesi già disciplinate dall'art. 158 co. I c.p.: autorizzazione a procedere (n. 1) e deferimento della questione ad altro giudizio (n. 2).

Nel caso dell'autorizzazione a procedere, il termine di prescrizione è sospeso dalla data del provvedimento con cui il pubblico ministero presenta la richiesta sino al giorno in cui l'autorità competente l'accoglie. In realtà tale perimetrazione temporale già era prevista al secondo comma dell'art. 159 c.p.; l'intervento normativo si limita ad un mero spostamento tassonomico, senza nulla aggiungere dal punto di vista precettivo. Contestualmente viene abrogato l'attuale secondo comma dell'art. 159 c.p.

Nell'ipotesi del deferimento della questione ad altro giudizio<sup>4</sup>, il decorso del termine prescrizionale è paralizzato "sino al giorno in cui viene decisa la questione"; a prescindere, dunque, dal successivo momento in cui il giudice penale abbia conoscenza della decisione o riprenda lo svolgimento del processo. In tal modo si è inteso perimetrare con precisione l'effetto sospensivo, onde evitare che i tempi tecnici necessari per la ripresa del processo penale ricadano in danno dell'imputato. In buona sostanza, si tratta di un criterio omologo a quello previsto per l'ipotesi sospensiva dell'autorizzazione a procedere.

La riforma prevede, poi, l'inserimento di **nuove fattispecie sospensive**. Ed è questo, senz'altro, l'aspetto più significativo. In primo luogo viene implementato l'elenco contenuto nel primo comma dell'art. 159 c.p., con l'inserimento del n. 3-ter, che dispone la sospensione del termine nel caso in

---

<sup>4</sup> Il riferimento è alle questioni pregiudiziali di cui all'art. 3 c.p.p. e alle questioni civili o amministrative di cui all'art. 479 c.p.p.

cui vengano disposte **rogatorie estere**. In questa ipotesi, il termine è sospeso dalla data del provvedimento che dispone la rogatoria sino al momento del soddisfacimento della richiesta con la ricezione della documentazione da parte dell'A.G. italiana. Al fine di evitare eccessive dilatazioni del periodo sospensivo, è però fissato un **termine massimo**, nella misura di **sei mesi** decorrenti dal provvedimento che dispone la rogatoria.

La nuova ipotesi sospensiva presta, però, il fianco al rischio di strumentalizzazioni. A differenza dei due casi preesistenti (autorizzazione a procedere e deferimento), la rogatoria è uno strumento investigativo la cui attivazione rientra nel potere discrezionale del pubblico ministero ed è svincolato dal controllo giurisdizionale. Non può quindi scongiurarsi il rischio che venga disposta una rogatoria sostanzialmente inutile al fine di sfruttare la sospensione del termine di prescrizione ed avere tempi più lunghi per svolgere, invece, le indagini domestiche. Inoltre la disposizione non prevede l'ipotesi in cui, nel corso delle indagini preliminari, vengano progressivamente disposte plurime rogatorie attive; in effetti, la fattispecie ospitata nel nuovo numero 3-ter sembra incentrata sulla singola rogatoria (“... *il provvedimento che dispone una rogatoria ...*”) e sembra dunque difficile, dal punto di vista letterale, intendere il termine massimo di sei mesi quale limite cronologico “complessivo” per tale tipologia di atti. E dunque non può escludersi il rischio che l'autorità giudiziaria diluisca nel tempo le rogatorie al fine di lucrare una fraudolenta dilatazione del termine di prescrizione.

Le nuove fattispecie sospensive di maggiore rilievo sono però quelle allocate nel nuovo testo del secondo comma dell'art. 159 c.p. (come si è visto, il secondo comma attualmente in vigore viene abrogato). Si tratta di ipotesi collegate ad alcuni momenti di progressione del processo penale, successivi alla pronuncia della sentenza di condanna di primo grado.

In particolare, il termine di prescrizione è sospeso “*dal termine previsto per il deposito della motivazione della sentenza (rectius, deposito della sen-*

tenza)<sup>5</sup> *di condanna di primo grado*” sino *“alla pronuncia del dispositivo della sentenza che definisce il grado successivo di giudizio”* (**art. 159, comma secondo, n. 1**) c.p.).

Si tratta, dunque, di un termine “elastico”, non predeterminato nella sua durata, bensì agganciato ai tempi del singolo processo. In ogni caso è fissato un **termine massimo** alla efficacia sospensiva in misura **non superiore ad un anno e sei mesi**. Pertanto, il termine di prescrizione risulta sospeso per tutta la durata del giudizio di appello, sino alla sua conclusione con la lettura del dispositivo in udienza.

La sospensione opera anche nel caso in cui la sentenza di primo grado sia emessa all’esito di giudizio di rinvio dopo l’annullamento disposto dalla Corte di cassazione.

È bene evidenziare che la nuova fattispecie sospensiva scatta solo nel caso in cui il giudizio di primo grado si sia concluso con una **sentenza di condanna** e non, dunque, nel caso in cui l’imputato sia stato, a vario titolo, prosciolto. Secondo l’*intentio* del legislatore storico *“il nucleo della riforma fa leva sulla sentenza di condanna di primo grado che, affermando la responsabilità dell’imputato, non (potrebbe) che essere assolutamente incompatibile con l’ulteriore decorso del termine utile al cosiddetto oblio collettivo rispetto al fatto criminoso commesso. Non si tratt(erebbe) però di far cessare da quel momento la prescrizione, quanto di introdurre specifiche parentesi di sospensione per dare modo ai giudizi di impugnazione di poter disporre di un periodo congruo per il loro svolgimento, senza che vi sia il pericolo di estinzione del reato per decorso del tempo pur dopo il riconoscimento della fondatezza delle pretese punitive dello Stato”*<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Come noto i termini per il deposito della sentenza sono scanditi dall’art. 544 c.p.p. e sono, alternativamente: contestuale, quindici giorni, trenta giorni, novanta giorni. Peraltro lo stesso art. 159, co. II, nn. 1) e 2) c.p. richiama espressamente l’art. 544 c.p.p. Proprio per questa diversificata calibrazione del termine di deposito della sentenza sarebbe stato più corretto richiamare “i termini” e non “il termine” previsto dall’articolo 544 c.p.p.

<sup>6</sup> Cfr. Relazione di accompagnamento al d.d.l. C-2798 (presentato alla Camera dei Deputati il 23 dicembre 2014), pag. 4.

Stesso congelamento automatico opera a “copertura” del giudizio di legittimità. E infatti, il termine di prescrizione è altresì sospeso nel periodo intercorrente **tra il termine di deposito della sentenza di secondo grado** (anche se emessa in sede di rinvio) **sino alla pronuncia del dispositivo della sentenza definitiva da parte della Corte di cassazione (art. 159, comma secondo, n. 2) c.p.**). Pure in questo caso, il meccanismo sospensivo opera solo in caso di pronuncia di sentenza di condanna.

A prescindere dai rilievi di carattere generale – su cui si indugerà brevemente *infra* – , la nuova causa di sospensione presenta alcuni problemi di natura interpretativa di cui è necessario dare atto.

Anzitutto, il *dies a quo* della sospensione. I numeri 1) e 2) del secondo comma dell’art. 159 c.p. ancorano la operatività della sospensione al “*termine previsto dall’articolo 544 del codice di procedura penale per il deposito della motivazione della sentenza*”. Non è chiaro se l’espressione prescelta evochi l’inizio della decorrenza di tale termine o la sua scadenza. In altre parole non è chiaro se la sospensione del termine prescrizionale decorra dal momento immediatamente successivo alla lettura del dispositivo di primo grado (dal quale inizia a decorrere il termine determinato ai sensi dell’art. 544 c.p.p.) o dalla perenzione del termine di deposito.

Nel caso in cui si optasse per la prima soluzione ermeneutica (sospensione decorrente dalla lettura del dispositivo di primo grado) ne conseguirebbe che il lasso temporale riservato alla stesura della motivazione a cura del giudice di primo grado sarebbe coperto dalla sospensione del termine prescrizionale. Tale linea interpretativa produrrebbe due effetti eterogenei a seconda della posizione giuridica dell’imputato. Nei confronti dell’imputato non sottoposto a custodia cautelare, determinerebbe un congelamento omologo a quello già previsto dal combinato disposto degli artt. 159, primo comma, c.p., e 304, co. 1, lett. c) c.p.p., come conseguenza della sospensione dei termini di durata della custodia cautelare durante la pendenza dei termini di deposito

della sentenza. Nei confronti di quelli sottoposti a custodia cautelare, rischia di produrre, invece, un cumulo delle sospensioni, con conseguente slittamento della decorrenza del termine massimo di un anno e sei mesi: alla sospensione già imposta dal citato art. 304, co. 1, lett. c) c.p.p. si aggiungerebbe la nuova ipotesi di cui all'art. 159, secondo comma, nn. 1) e 2), c.p., tenuto conto del congegno che regola il concorso di cause di sospensione introdotto proprio dalla l. 103<sup>7</sup> (su cui *infra*).

Per la verità, in mancanza di un espresso richiamo alla “scadenza”, sembra più corretto propendere per la prima soluzione esegetica, anche se essa finisce per tradire la dichiarata intenzione del riformatore di assegnare ai giudici di impugnazione “*un periodo congruo per il loro svolgimento*” (cfr. Relazione accompagnamento d.d.l. C-2798, pag. 4) e non ai giudici di primo grado il tempo per redigere le sentenze.

Nel valutare l'impatto applicativo della modifica, laddove interpretata in tal senso, occorre poi prendere in considerazione le ulteriori disposizioni in tema di deposito della sentenza. Ci si riferisce, in primo luogo, alla proroga del termine di deposito della sentenza regolamentata dall'art. 154 co. 4-*bis* disp. att. c.p.p., che consente un supplemento massimo di ulteriori novanta giorni. Così come l'art. 544 co. 3-*bis* c.p.p. prevede un raddoppio del termine di deposito per la motivazione della sentenza “posticipata” nel caso in cui, nei procedimenti per i reati di cui all'art. 407, co. 2, lett. a) c.p.p., si sia proceduto allo stralcio delle posizioni gravate da custodia cautelare onde consentire una stesura “preferenziale” della relativa motivazione. Si tratta, con tutta evidenza, di meccanismi che rischiano di erodere ulteriormente il tempo residuo a disposizione dei giudici di impugnazione.

---

<sup>7</sup> Ai sensi dell'art. 159, quarto comma, c.p., se, durante i termini di sospensione di cui al secondo comma si verifica un'ulteriore causa di sospensione di cui al primo comma (dunque anche quella determinata dalla sospensione dei termini di durata della custodia cautelare), i termini sono prolungati per il periodo corrispondente.

In ordine alla questione interpretativa relativa alla decorrenza dell'effetto sospensivo giova infine richiamare la precedente versione del testo del d.d.l. ove si menzionava, con espressione limpida, il “*deposito della sentenza di condanna di primo grado*” (art. 5 d.d.l. C-2798)<sup>8</sup>. Anche la rimodulazione del testo sembra legittimare la prospettata (sebbene censurabile) opzione ermeneutica.

A sostegno dell'osservazione problematica sul carattere equivoco della versione finale data alla norma, appare illuminante proprio il richiamo, in funzione comparatistica, alla omologa fattispecie sospensiva disciplinata dall'art. 304, co. 1, lett. c) c.p.p. in tema di durata della custodia cautelare. In questo caso, infatti, la norma adopera un'espressione differente per identificare il momento processuale di decorrenza della sospensione. Nella disposizione citata si legge infatti che “*i termini previsti dall'art. 303 sono sospesi ... nella fase del giudizio, **durante la pendenza** dei termini previsti dall'articolo 544, commi 2 e 3*”. Ebbene, anche laddove si interpretasse la modifica nel senso prospettato (operatività della sospensione dalla decorrenza del termine di deposito della sentenza), la riforma non si sottrarrebbe alla censura “tecnica” per la pessima formulazione normativa elaborata.

Il comma 11 dell'art. 1 della l. n. 103/2017 detta poi specifici **criteri di computo** dei periodi inizialmente congelati nel caso in cui la sentenza del grado successivo ribalti la precedente statuizione di condanna (nuovo terzo comma dell'art. 159 c.p.). Si tratta di un **meccanismo di recupero** alla prescrizione di tempi inizialmente “ibernati”. In particolare i periodi di sospensione previsti dal nuovo secondo comma dell'art. 159 c.p. vengono recuperati al calcolo del termine di prescrizione nel caso in cui la sentenza del grado successivo abbia prosciolto l'imputato (condannato nel grado precedente) ov-

---

<sup>8</sup> La versione definitiva della formulazione è stata introdotta con un doppio emendamento approvato in sede di Commissione Giustizia del Senato. Si tratta, in particolare, degli emendamenti n. 9.30 (testo 2) e 9.40 (testo 2) approvati dalla Commissione Giustizia del Senato alla seduta del 21 luglio 2016 con il parere conforme del Ministro Orlando.

vero abbia annullato la sentenza di condanna nella parte relativa all'accertamento della responsabilità o ne abbia dichiarato la nullità nei casi di: 1) condanna per un fatto diverso o applicazione di una circostanza aggravante che prevede una pena di specie diversa o ad effetto speciale; 2) dichiarazione di una nullità assoluta o a regime intermedio non sanata invalidanti il provvedimento che dispone il giudizio o la sentenza di primo grado (ai sensi dell'art. 604 commi 1, 4 e 5-*bis* c.p.p.).

Infine, il nuovo quarto comma dell'art. 159 c.p. disciplina l'ipotesi del **concorso di cause di sospensione**. In particolare, se durante i termini (*recitius*, periodi) di sospensione delineati dal (nuovo) secondo comma si verifica una delle ulteriori cause di sospensione disciplinate dal primo comma, il lasso temporale di sospensione è prolungato per il tempo corrispondente.

Per quanto riguarda invece la **fattispecie interruttiva** del corso della prescrizione, il comma 12 dell'art. 1 della l. n. 103/2017 arricchisce l'elenco della cause, prevedendo che produca tale effetto non solo l'interrogatorio reso davanti al pubblico ministero (o al giudice) bensì anche quello assunto dalla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero.

Come noto sul punto in passato si era sviluppato un acceso contrasto giurisprudenziale, poi risolto da un intervento delle Sezioni unite della Corte di cassazione, che avevano escluso che l'interrogatorio delegato fosse idoneo a interrompere il termine di prescrizione, in quanto non ricompreso nell'elenco tassativo di cui all'art. 160 c.p. (integrante un *numerus clausus*) (Cass., Sez. un., 11 luglio 2001, Brembati).

Il comma 13 dell'art. 1 l. 103/2017 regola gli **effetti della interruzione e della sospensione del corso della prescrizione** nel caso di **concorso di persone nel reato**. La riforma prevede la sostituzione dell'attuale primo comma dell'art. 161 c.p. con un regime fortemente innovativo. In particolare, il previgente dettato normativo era caratterizzato da una disciplina omologa per interruzione e sospensione, con l'estensione a tutti i concorrenti nel mede-

simo reato dei relativi effetti. La nuova regolamentazione prevede invece un regime differenziato. Mentre le fattispecie interruttive continuano ad avere rilevanza *erga omnes*, quelle sospensive operano “*limitatamente agli imputati nei cui confronti si sta procedendo*”.

Alla luce del tenore della clausola di limitazione, la modifica non dovrebbe incidere sull'orientamento giurisprudenziale in virtù del quale la sospensione ha effetto nei confronti di tutti gli imputati nel medesimo procedimento, anche nei confronti di coloro cui non sia addebitabile la causa del differimento del processo, salvo coloro che si siano opposti al rinvio o abbiano sollecitato (laddove praticabile) lo stralcio della propria posizione (Cass., Sez. fer., 26 luglio 2013, n. 49132; Cass., Sez. fer., 14 settembre 2007, n. 34896).

Infine, il comma 13 dell'art. 1 l. n. 10/2017 estende **il più ampio prolungamento del termine di prescrizione interrotto**, corrispondente alla misura della metà del termine basico, attualmente previsto per i recidivi qualificati di cui all'art. 99 secondo comma c.p., **ad alcuni reati contro la P.A.**: ai reati di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.), corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.), corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.), induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-quater c.p.), corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320 c.p.), corruttore (art. 321 c.p.), corruzione di membri delle Comunità europee di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (art. 322-bis c.p., limitatamente alle fattispecie incriminatrici elencate dal nuovo art. 161 comma secondo c.p.).

Il pacchetto delle disposizioni dedicate all'istituto della prescrizione del reato si conclude con una espressa **disciplina transitoria**. A mente del comma 14 dell'art. 1, le disposizioni *de quibus* “si applicano **ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della presente legge**”. Si tratta, dunque, di una regolamentazione coerente con il principio sancito, in materia di successione di leggi penali, dall'art. 25, secondo comma, Cost., e dall'art. 2, primo comma,



c.p.<sup>9</sup>, il cui ambito operativo è pacificamente esteso, dal diritto vivente consolidato, alle disposizioni in materia di prescrizione (cfr. *ex pluribus*, Corte cost., 23 ottobre 2006, n. 393; id., ord. 11 luglio 2000, n. 317; id., ord. 14 luglio 1999, n. 337; *ex pluribus*, Cass., Sez. I, 22 maggio 2014, n. 32781, Abbinate); a tutte le disposizioni e, dunque, non solo a quelle relative alla calibrazione del termine prescrizionale, ma anche a quelle aventi ad oggetto gli istituti della interruzione e della sospensione (cfr. Corte cost., n. 393 del 2006, cit.). Forse, proprio per queste considerazioni, la disposizione transitoria si rivela, tutto sommato, ultronea; d'altra parte, il riformatore non ha avvertito la necessità di operare una simile precisazione con riguardo alla modifica *in peius* del trattamento sanzionatorio di alcuni reati (art. 1, commi 5-9, l. n. 103/2017).

Alla luce della breve disamina che precede, si impongono alcune considerazioni di natura critica sulla introduzione delle nuove ipotesi “endoprocedimentali” di sospensione del termine prescrizionale. In primo luogo occorre stigmatizzare la scelta della fattispecie sospensiva per un’ipotesi di fisiologica progressione del procedimento, tenuto conto che l’istituto è funzionalmente costruito, in senso del tutto contrapposto, per neutralizzare momenti di stasi del procedimento, per lo più di natura “esogena” (art. 159, primo comma, nn. 1), 2) e 3-*bis*) c.p., previgente, art. 71 c.p.p.) oppure addebitabili all’imputato e alle sue scelte processuali (art. 159, primo comma, n. 3) c.p., 464-*bis* c.p.p.). Ciò in considerazione della diversa natura degli effetti discendenti dalla sospensione (congelamento del termine) rispetto a quelli tipici della interruzione del termine di prescrizione (azzeramento e nuova decorrenza, salva la previsione di prolungamenti massimi). Il riformatore realizza così una torsione della fattispecie della sospensione per finalità solitamente soddisfatte con il diverso istituto della interruzione.

---

<sup>9</sup> Cfr. Relazione di accompagnamento al d.d.l. C-2798, cit., pag. 5, si limita ad evocare il “raccordo con quanto stabilito dall’articolo 2 del codice penale”.

Altro aspetto critico si scorge nel carattere automatico della sospensione, sganciata da qualsiasi valutazione concreta in ordine alla effettiva complessità dell'attività processuale da svolgere. Si tratta di opzione assolutamente irragionevole, atteso che molti processi non hanno fisiologicamente bisogno di tutto questo tempo. L'automatismo degli effetti porta poi con sé l'impossibilità di esercitare un sindacato sulla gestione dei tempi processuali da parte degli organi giudiziari.

Ma il profilo più censurabile della riforma va individuato nel completo travisamento della *ratio* della prescrizione che essa evidentemente sottende. La prescrizione del reato costituisce uno strumento di tutela soggettiva del cittadino per scongiurare il rischio che resti esposto per un tempo eccessivo alla vicenda processuale (essa stessa pena), con la conseguente ulteriore compromissione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione (art. 2). L'interesse dello Stato a perseguire i reati non costituisce, certo, essenza concorrente della prescrizione; semmai giustifica la previsione di meccanismi tesi, *ex adverso*, a procrastinare l'avverarsi della causa estintiva (sospensione, interruzione).

Non è tutto. La riforma opera una inaccettabile confusione teleologica tra i piani di operatività dell'istituto della prescrizione e del principio della ragionevole durata del processo. L'indiscriminato e irragionevole prolungamento del termine di prescrizione previsto dalla l. n. 103/2017 produrrà ineluttabilmente la tendenza alla dilatazione dei tempi del processo. Al di là delle parole rassicuranti pronunciate dal Ministro della Giustizia in occasione della presentazione del d.d.l. – evocanti un presunto equilibrio tra le contrapposte istanze<sup>10</sup> – non vi è chi non veda come le modifiche alla disciplina della prescrizione genereranno l'effetto di favorire la durata irragionevole dei processi,

---

<sup>10</sup> Cfr. Relazione di accompagnamento alla presentazione del d.d.l. C-2798 (presentato alla Camera dei Deputati il 23 dicembre 2014), pag. 4, ove si legge che “*le disposizioni immediatamente operative modificano la disciplina della prescrizione in vista di un contemperamento dell'esigenza di evitare che il decorso del termine impedisca, di fatto, al processo di poter disporre di tempi ragionevoli e di quella, propria dell'imputato, di essere tutelato dall'eventualità di rimanere esposto, senza un limite temporale ragionevole, al procedimento penale*”.

garantendo ai magistrati un margine temporale di agibilità del tutto sganciato dai tempi effettivi della Giustizia. La verità è che non si possono “scaricare” sul cittadino le inefficienze patologiche del sistema giudiziario, costringendolo a subire, per dettato normativo, un processo irragionevolmente lungo.

Non può negarsi l’esigenza di una riforma della disciplina della prescrizione del reato, soprattutto per correggere gli scompensi prodotti dalla scellerata l. 5 dicembre 2005 n. 251 (c.d. ex-Cirielli); ma l’intervento – sollecitato anche da note spinte sovranazionali<sup>11</sup> – deve essere strutturale e deve essere modulato, anzitutto, all’insegna del rispetto del principio della ragionevole durata del processo sancito dall’art. 111, secondo comma, Cost.

---

<sup>11</sup> Il riferimento è alla sentenza 8 settembre 2015, C.G.U.E., nel caso Taricco e altri.

# Sezione II

## Modifiche al Codice di procedura penale

### **2.1. L'incapacità irreversibile dell'imputato: il problema dell'eterno giudicabile** **(commi 21-23)** (Massimiliano Cuosta)

#### **Art. 71 c.p.p. – Sospensione del procedimento per incapacità dell'imputato**

1. Se, a seguito degli accertamenti previsti dall'articolo 70, risulta che lo stato mentale dell'imputato è tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento e **che tale evento è reversibile**, il giudice dispone con ordinanza **che il procedimento sia sospeso**, sempre che non debba essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere.

2. Con l'ordinanza di sospensione il giudice nomina all'imputato un curatore speciale, designando di preferenza l'eventuale rappresentante legale.

3. Contro l'ordinanza possono ricorrere per cassazione il pubblico ministero, l'imputato e il suo difensore nonché il curatore speciale nominato all'imputato.

4. La sospensione non impedisce al giudice di assumere prove, alle condizioni e nei limiti stabiliti dall'articolo 70 comma 2. A tale assunzione il giudice procede anche a richiesta del curatore speciale, che in ogni caso ha facoltà di assistere agli atti disposti sulla persona dell'imputato, nonché agli atti cui questi ha facoltà di assistere.

5. Se la sospensione interviene nel corso delle indagini preliminari, si applicano le disposizioni previste dall'articolo 70 comma 3.

6. Nel caso di sospensione, non si applica la disposizione dell'articolo 75 comma 3.

#### **Art. 72-bis c.p.p. – Definizione del procedimento per incapacità irreversibile dell'imputato**

1. Se, a seguito degli accertamenti previsti dall'articolo 70, risulta che lo stato mentale dell'imputato è tale da impedire la cosciente partecipazione al procedimento e **che tale stato è irreversibile**, il giudice, revocata l'eventuale ordinanza di sospensione del procedimento, **pronuncia sentenza di non luogo a procedere o sentenza di non doversi procedere, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca**

**Art. 345 c.p.p. – Difetto di una condizione di procedibilità. Riproponibilità dell'azione penale**

1. Il provvedimento di archiviazione e la sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, anche se non più soggetta a impugnazione, con i quali è stata dichiarata la mancanza della querela, della istanza, della richiesta o dell'autorizzazione a procedere, non impediscono l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona se è in seguito proposta la querela, l'istanza, la richiesta o è concessa l'autorizzazione ovvero se è venuta meno la condizione personale che rendeva necessaria l'autorizzazione.

2. La stessa disposizione si applica quando il giudice accerta la mancanza di una condizione di procedibilità diversa da quelle indicate nel comma 1, **nonché quando, dopo che è stata pronunciata sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere a norma dell'articolo 72-bis, lo stato di incapacità dell'imputato viene meno o si accerta che è stato erroneamente dichiarato.**

\*\*\*\*\*

L'interpolazione del tessuto codicistico processualpenalistico realizzata dalla l. n. 103/2017, attraverso la modifica degli artt. 71 e 345 e la contestuale introduzione dell'art. 72-bis, risolve definitivamente la questione dei cd. *“eterni giudicabili”*.

Un corretto inquadramento di tale segmento della riforma non riteniamo possa prescindere dalla analisi della disciplina previgente, delle problematiche ad essa connesse nonché del tentativo di porvi rimedio realizzato dalla Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 45 del 2015.

In siffatta prospettiva si rileva, dunque, che il testo originario dell'art. 71 c.p.p. contemplava la sospensione del procedimento allorquando l'imputato non è in grado di parteciparvi coscientemente a causa del suo stato mentale emergente dagli accertamenti contemplati dall'art. 70 c.p.p., laddove il successivo art. 72 prevedeva che, attraverso analisi peritali disposte dal giudice con cadenza semestrale, si sarebbe dovuto verificare il permanere o meno di tale situazione. Restava in ogni caso salva la possibilità, sia anteriormente (art. 71, co. 1, c.p.p.) che successivamente (art. 72, co. 2, c.p.p.)

all'emissione della ordinanza di sospensione, di pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere.

Orbene, poiché ai sensi dell'art. 159, primo comma, c.p. "*il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge ...*", ne derivava che, qualora l'incapacità dell'imputato di partecipare coscientemente al processo fosse irreversibile, si sarebbe determinata una situazione di stallo processuale destinata – salvo casi eccezionali ed assolutamente marginali sul piano statistico – a protrarsi fino alla morte dello stesso.

Come intuibile, un meccanismo di tale natura si rivelava non solo foriero di consistenti diseconomie (si pensi all'obbligo di verifiche semestrali anche allorquando era ormai accertata la irreversibilità dell'incapacità di partecipare coscientemente al processo), ma risultava enormemente pregiudizievole per l'imputato, il quale non avrebbe mai visto calare il sipario sulla propria vicenda processuale.

L'incongruità di un sistema così congegnato risultava tanto più evidente là dove si consideri come il nostro sistema processuale preveda situazioni in cui la sospensione del procedimento non comporta necessariamente una sospensione *sine die* del decorso dei termini prescrizionali. È il caso dell'art. 159, quarto comma, c.p. ove si stabilisce che, allorquando il procedimento sia sospeso per irreperibilità dell'imputato, "*la durata della sospensione della prescrizione del reato non può superare i termini previsti dal secondo comma dell'art. 161*" c.p.

L'irragionevolezza qualificante il tale assetto normativo era stata sottoposta al vaglio del Giudice delle Leggi che, chiamato a verificarne la compatibilità con gli artt. 3, 24 co. II, e 111, co. II, Cost., con sentenza n. 23 del 2013 dichiarava la inammissibilità della relativa questione. Nell'occasione, pur qualificando "*reale la anomalia insita nelle norme concernenti la sospen-*

sione della prescrizione estintiva dei reati (art. 159, primo comma, cod. pen.) e la sospensione del processo per incapacità dell'imputato" allorquando irreversibile, poiché tale determinare la sostanziale imprescrittibilità del reato, la Corte costituzionale aveva cura di evidenziare come il segnalato problema non potesse essere da essa risolto poiché, essendo molteplici i rimedi ipotizzabili, l'individuazione di quello da prediligersi comportava "valutazioni discrezionali, inerenti al rapporti tra mezzi e fine", di esclusiva competenza del Legislatore, al quale veniva rivolto un pressante invito ad intervenire *in subiecta materia* non essendo ulteriormente tollerabile il protrarsi della sua inerzia.

Trascorsi circa due anni dall'emissione della citata pronuncia, il Giudice delle Leggi, nuovamente sollecitato a verificare la conformità a Costituzione della sospensione *sine die* dei termini prescrizionali per il caso di irreversibile incapacità dell'imputato di partecipare coscientemente al processo a suo carico, preso atto dell'assenza di qualsivoglia intervento legislativo in materia, accoglieva la relativa questione dichiarando la illegittimità costituzionale dell'art. 159, co. I, c.p. per la parte in cui, relativamente a tale ipotesi, non esclude la sospensione del corso della prescrizione.

Richiamando quanto evidenziato nella citata sentenza n. 23 del 2013, la Corte rilevava che "l' indefinito protrarsi nel tempo della sospensione del processo – con la conseguenza della tendenziale perennità della condizione di giudicabile dell'imputato, dovuta all'effetto, a sua volta sospensivo, sulla prescrizione – presenta il carattere della irragionevolezza, giacché entra in contraddizione con la ratio posta a base, rispettivamente, della prescrizione dei reati e della sospensione del processo. La prima è legata, tra l'altro, sia all'affievolimento progressivo dell'interesse della comunità alla punizione del comportamento penalmente illecito, valutato, quanto ai tempi necessari, dal legislatore secondo scelte di politica criminale legate alla gravità del reato, sia al diritto all'oblio dei cittadini, quando il reato non sia così grave da

*escludere tale tutela. La seconda poggia sul diritto di difesa, che esige la possibilità di una cosciente partecipazione dell'imputato al procedimento. Nell'ipotesi di irreversibilità dell'impedimento di cui sopra, risultano frustrate entrambe le finalità insite nelle norme sostanziali e processuali richiamate, con la conseguenza che le ragioni delle garanzie ivi previste si rovesciano inevitabilmente nel loro contrario”.*

Per quanto idoneo a ricondurre il sistema a maggiore razionalità, il meccanismo originato dalla summenzionata pronuncia per un verso non risolveva il problema allorquando l'irreversibilmente incapace fosse imputato di un delitto imprescrittibile e, per altro verso, non escludeva in radice quelle diseconomie a cui si è fatto in precedenza riferimento: fin a quando, invero, non fosse maturato il termine di prescrizione, il giudice, in ragione della disciplina dettata dall'art. 72, co. 1, c.p.p. sarebbe stato, comunque, obbligato a disporre verifiche semestrali sullo stato mentale dell'imputato; e ciò nonostante la sua incapacità si caratterizzasse in termini di definitività.

A tali nodi problematici ha definitivamente posto rimedio l'intervento normativo in commento attraverso un congegno calibrato non più sulla disciplina dell'art. 159 c.p., quanto, piuttosto, sulla sospensione stessa del procedimento contemplata dall'art. 71 c.p.p.

In particolare, il nuovo testo dell'art. 70 c.p.p. prevede oggi che la disciplina in esso contenuta troverà applicazione solo allorquando l'incapacità dell'imputato di partecipare coscientemente al processo sia “reversibile”; per contro, ai sensi del neointrodotta art. 72-bis c.p.p. “*se a seguito degli accertamenti previsti dall'art. 70, risulta che lo stato mentale dell'imputato è tale da impedire la cosciente partecipazione al procedimento e che tale stato è irreversibile, il giudice, revocata l'eventuale ordinanza di sospensione del procedimento, pronuncia sentenza di non luogo a procedere o sentenza di non doversi procedere, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca”.*



Tale soluzione, a ben vedere, ricalca quella suggerita nella citata sentenza n. 23 del 2013 allorquando, ragionando sulle scelte ipotizzabili, la Corte costituzionale rilevava che “*si potrebbe ad esempio ... introdurre il rimedio radicale della pronuncia di una sentenza che, a seguito di prognosi di irreversibilità dell’infermità mentale dell’imputato, dichiarare l’impromovibilità o improcedibilità dell’azione penale, con possibilità di revoca nel caso in cui, prima della maturazione dei termini di prescrizionali, tale prognosi fosse smentita*”. Essa, come intuibile, ha non solo il pregio di risultare applicabile altresì ai delitti imprescrittibili, ma, evitando di dover attendere il decorso dei termini prescrizionali, consente un notevole risparmio di tempo e di risorse.

Preme da ultimo evidenziare come il Legislatore della riforma abbia inteso, altresì, fornire una soluzione per il caso in cui la ravvisata irreversibilità dovesse venire meno o risultasse *ab origine* insussistente. Intervenendo sul tessuto connettivo dell’art. 345 c.p.p. si è infatti prevista la revocabilità della sentenza pronunciata ai sensi dell’art. 72-*bis* c.p.p. se successivamente alla sua emissione il giudice accerta che lo stato di incapacità dell’imputato è venuto meno o è stato erroneamente dichiarato.

## **2.2. L'intervento sulla fase delle indagini preliminari (parte I):**

- a) i colloqui difensivi con l'assistito *in vinculis*;**
- b) l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio;**
- c) la comunicazione delle iscrizioni RGNR alla p.o.**

**(commi 24-27)**

(Mattia Floccher, Roberto Guida)

### **Art. 90-bis c.p.p. – Informazioni alla persona offesa**

1. Alla persona offesa, sin dal primo contatto con l'autorità procedente, vengono fornite, in una lingua a lei comprensibile, informazioni in merito:

a) alle modalità di presentazione degli atti di denuncia o querela, al ruolo che assume nel corso delle indagini e del processo, al diritto ad avere conoscenza della data, del luogo del processo e della imputazione e, ove costituita parte civile, al diritto a ricevere notifica della sentenza, anche per estratto;

**b) alla facoltà di ricevere comunicazione del procedimento e delle iscrizioni di cui all'articolo 335, commi 1, 2 e 3-ter;**

c) alla facoltà di essere avvisata della richiesta di archiviazione;

d) alla facoltà di avvalersi della consulenza legale e del patrocinio a spese dello Stato;

e) alle modalità di esercizio del diritto all'interpretazione e alla traduzione di atti del procedimento;

f) alle eventuali misure di protezione che possono essere disposte in suo favore;

g) ai diritti riconosciuti dalla legge nel caso in cui risieda in uno Stato membro dell'Unione europea diverso da quello in cui è stato commesso il reato;

h) alle modalità di contestazione di eventuali violazioni dei propri diritti;

i) alle autorità cui rivolgersi per ottenere informazioni sul procedimento;

l) alle modalità di rimborso delle spese sostenute in relazione alla partecipazione al procedimento penale;

m) alla possibilità di chiedere il risarcimento dei danni derivanti da reato;

n) alla possibilità che il procedimento sia definito con remissione di querela di cui all'articolo 152 del codice penale, ove possibile, o attraverso la mediazione;

o) alle facoltà ad essa spettanti nei procedimenti in cui l'imputato formula richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova o in quelli in cui è applicabile la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto;

p) alle strutture sanitarie presenti sul territorio, alle case famiglia, ai centri antiviolenza e alle case rifugio.

#### **Art. 104 c.p.p. – Colloqui del difensore con l'imputato in custodia cautelare**

1. L'imputato in stato di custodia cautelare ha diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della misura.

2. La persona arrestata in flagranza o fermata a norma dell'articolo 384 ha diritto di conferire con il difensore subito dopo l'arresto o il fermo.

3. Nel corso delle indagini preliminari, **per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater**, quando sussistono specifiche ed eccezionali ragioni di cautela, il giudice su richiesta del pubblico ministero può, con decreto motivato, dilazionare, per un tempo non superiore a cinque giorni, l'esercizio del diritto di conferire con il difensore.

4. Nell'ipotesi di arresto o di fermo, il potere previsto dal comma 3 è esercitato dal pubblico ministero fino al momento in cui l'arrestato o il fermato è posto a disposizione del giudice.

*4-bis.* L'imputato in stato di custodia cautelare, l'arrestato e il fermato, che non conoscono la lingua italiana, hanno diritto all'assistenza gratuita di un interprete per conferire con il difensore a norma dei commi precedenti. Per la nomina dell'interprete si applicano le disposizioni del titolo IV del libro II.

#### **Art. 162 c.p.p. – Comunicazione del domicilio dichiarato o del domicilio eletto**

1. Il domicilio dichiarato, il domicilio eletto e ogni loro mutamento sono comunicati dall'imputato all'autorità che procede, con dichiarazione raccolta a verbale ovvero mediante telegramma o lettera raccomandata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da persona autorizzata o dal difensore.

2. La dichiarazione può essere fatta anche nella cancelleria del tribunale del luogo nel quale l'imputato si trova.

3. Nel caso previsto dal comma 2 il verbale è trasmesso immediatamente all'autorità giudiziaria che procede. Analogamente si provvede in tutti i casi in cui la comunicazione è ricevuta da una autorità giudiziaria che, nel frattempo, abbia trasmesso gli atti ad altra autorità.

4. Finché l'autorità giudiziaria che procede non ha ricevuto il verbale o la comunicazione, sono valide le notificazioni disposte nel domicilio precedentemente dichiarato o eletto.

**4-bis.** L'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio non ha effetto se l'autorità che procede non riceve, unitamente alla dichiarazione di elezione, l'assenso del difensore domiciliatario.

#### **Art. 335 c.p.p. – Registro delle notizie di reato**

1. Il pubblico ministero iscrive immediatamente, nell'apposito registro custodito presso l'ufficio, ogni notizia di reato che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa nonché, contestualmente o dal momento in cui risulta, il nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito.

2. Se nel corso delle indagini preliminari muta la qualificazione giuridica del fatto ovvero questo risulta diversamente circostanziato, il pubblico ministero cura

l'aggiornamento delle iscrizioni previste dal comma 1 senza procedere a nuove iscrizioni.

3. Ad esclusione dei casi in cui si procede per uno dei delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), le iscrizioni previste dai commi 1 e 2 sono comunicate alla persona alla quale il reato è attribuito, alla persona offesa e ai rispettivi difensori, ove ne facciano richiesta.

*3-bis.* Se sussistono specifiche esigenze attinenti all'attività d'indagine, il pubblico ministero, nel decidere sulla richiesta, può disporre, con decreto motivato, il segreto sulle iscrizioni per un periodo non superiore a tre mesi e non rinnovabile.

**3-ter. Senza pregiudizio del segreto investigativo, decorsi sei mesi dalla data di presentazione della denuncia, ovvero della querela, la persona offesa dal reato può chiedere di essere informata dall'autorità che ha in carico il procedimento circa lo stato del medesimo.**

\*\*\*\*\*

La L. n. 103/2017 è intervenuta, tra l'altro, sugli artt. 162 c.p.p., 104 c.p.p., 335 c.p.p., art. 90-*bis* c.p.p.

Con riferimento all'art. 162 c.p.p., dopo il comma 4, è stato introdotto il comma 4-*bis* che stabilisce che l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio non ha effetto se l'autorità che procede non riceve, unitamente alla dichiarazione di elezione, l'assenso del difensore domiciliatario.

In altri termini, il Legislatore, in materia di comunicazione del domicilio dichiarato o eletto, ha previsto che ai fini della sua validità presso il difensore di ufficio sia necessario che quest'ultimo presti il proprio consenso. In caso contrario, la notifica dovrà ritenersi nulla.

Sul punto specifico, occorre tenere conto di un'importante sentenza pronunciata dalla Suprema Corte di Cassazione (Cass., Sez. III, 25 maggio 2015, n. 21626), la quale ha delineato, con chiarezza, il sistema processuale penale in materia di notifiche all'imputato.

I giudici di legittimità hanno specificato che una volta che l'imputato abbia ricevuto la prima notifica e nominato un difensore di fiducia, tutte le notifiche successive possono essere effettuate presso il difensore ai sensi

dell'art. 157, comma 8-*bis*, c.p.p., a meno che il difensore non dichiarare preventivamente all'autorità giudiziaria procedente di non accettare la notifica.

Quanto, poi, all'art. 104 c.p.p. (*Colloqui del difensore con l'imputato in custodia cautelare*), va rilevato come al comma 3, del codice di procedura penale, dopo le parole: «indagini preliminari» sono inserite le seguenti: «per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*».

Preliminarmente, va rilevato come il primo comma dell'art. 104 c.p.p. introduca il principio in virtù del quale il diritto al colloquio dell'imputato *in vinculis* deve essere immediato. Secondo la previgente normativa tale diritto poteva essere derogato, in presenza di “*specifiche ed eccezionali ragioni di cautela*”, in riferimento a qualsiasi ipotesi delittuosa (art. 104, comma 3, c.p.p.).

Ebbene, la riforma prevede che tale compressione del diritto al colloquio dell'imputato *in vinculis* possa avvenire solo con riferimento ai reati di cui agli artt. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*<sup>12</sup>, c.p.p., ossia “*ai casi particolarmente gravi, individuati nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata o con finalità di terrorismo*” (relazione di accompagnamento al d.d.l. Orlando n. 2798).

Sul punto, si segnala che la normativa (anche quella precedente) prevede, al comma 3 dell'art. 104 c.p.p., che **solo** in presenza di specifiche ed eccezionali ragioni di cautela, il giudice, su richiesta del pubblico ministero, può, con decreto motivato, dilazionare, per un tempo non superiore a cinque giorni, l'esercizio del diritto di conferire con il difensore.

---

<sup>12</sup> Per comodità di consultazione si riportano, di seguito, le elencazioni di reati contenute, rispettivamente, nei commi 3-*bis* e 3-*quater* dell'art. 51 c.p.p.: 1) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, sesto e settimo comma, 416, allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474, 600, 601, 602, 416-*bis*, 416-*ter* e 630 del codice penale, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-*quater* del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (comma 3-*bis*); 2) delitti consumati o tentati con finalità di terrorismo (comma 3-*quater*).

Appare evidente come siffatto intervento normativo, benché più limitativo rispetto alla previgente disciplina, sia, in ogni caso, idoneo ad incidere negativamente sul diritto di difesa ristretto, tanto da sembrare affetta da profili di incostituzionalità. Infatti, la norma, ha l'intento di assicurare all'indagato la possibilità di entrare immediatamente in contatto con il proprio difensore, quantomeno per concordare una strategia difensiva. Ebbene, la riforma, introducendo il sopracitato inciso «*per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater*», ha inteso limitare e comprimere il diritto di difesa dell'indagato sulla base della tipologia di reato per il quale si procede; e qui ci si riferisce a reati di assoluta gravità, rispetto ai quali, in realtà, il diritto di difesa andrebbe garantito in maniera più intensa.

Va tenuto a mente, di contro, che l'art. 24 Cost. non lascia adito a dubbi, statuendo che «la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento», motivo per cui la sopracitata norma, così come introdotta, appare deliberatamente limitativa e compressiva del diritto di difesa in relazione a dei soggetti accusati di aver commesso quelle specifiche fattispecie di reato, con le annesse problematiche di cui si è già detto.

Quanto, poi, all'art. 335 c.p.p., dopo il comma 3-*bis* è stato introdotto il comma 3-*ter* che testualmente recita: «Senza pregiudizio del segreto investigativo, decorsi sei mesi dalla data di presentazione della denuncia, ovvero della querela, la persona offesa dal reato può chiedere di essere informata dall'autorità che ha in carico il procedimento circa lo stato del medesimo».

Siffatto intervento normativo tende, come si vedrà di seguito, a ridimensionare notevolmente i poteri della persona offesa, così come previsti dal codice di rito. Invero, secondo la normativa vigente, sin dall'iscrizione dell'indagato nel registro delle notizie di reato [ad esclusione dei casi in cui si procede per uno dei delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a)], le iscrizioni previste dai commi 1 e 2 sono comunicate alla persona alla quale il

reato è attribuito, alla persona offesa e ai rispettivi difensori, ove ne facciano richiesta.

Viceversa, nella l. n. 103/2017, la persona offesa potrà avere conoscenza del procedimento penale sorto e del nominativo dell'organo inquirente delegato allo svolgimento delle indagini, solo laddove siano decorsi sei mesi dalla data di presentazione della denuncia, ovvero della querela, e sempre che siffatta comunicazione non sia di pregiudizio al "segreto investigativo".

Tale intervento non appare condivisibile, in quanto limita notevolmente i poteri della persona offesa, così come delineati dall'art. 90 c.p.p.

Difatti, la stessa, anche per il tramite del proprio difensore di fiducia, non avendo conoscenza né del procedimento penale né del sostituto procuratore della Repubblica delegato allo svolgimento delle indagini, non sarà in grado di esercitare i più semplici diritti e facoltà ad essa espressamente riconosciuti dalla legge, come, ad esempio, quello di portare a conoscenza dell'organo inquirente elementi di prova a lui utili ai fini del procedimento.

In tal modo, si svilisce completamente quel percorso di valorizzazione del ruolo della persona offesa che, invece, si era cercato di iniziare anche nel nostro ordinamento nazionale.

A meno che non si interpreti la nuova disposizione nel senso di riconoscere alla persona offesa, trascorso il richiamato termine, la facoltà di acquisire notizie ulteriori rispetto a quelle ostensibili a norma del precedente comma 3. In tal caso resta il profilo problematico afferente l'individuazione delle informazioni comunicabili per informare la persona offesa "circa lo stato del procedimento".

Basti pensare, sul punto, all'emanazione del d.lgs. n. 212 del 2015 (entrato in vigore il 20 gennaio 2015) con il quale il nostro ordinamento ha dato attuazione alla dir. 2012/29/UE del 25 novembre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che, tra l'altro, ha introdotto, all'interno del nostro codice di procedura pena-

le, gli artt. 90-*bis*, 90-*ter*, 90-*quater* e 143-*bis* c.p.p., e modificato gli artt. 90, 134, 190-*bis*, 351, 362, 392, 398 e 498 c.p.p).

Va, altresì, tenuto conto di come – anche e non solo – a livello europeo, già nel 2012 con la dir. 2012/29/UE si è dato il via ad un percorso di progressiva ammissione della vittima sul palcoscenico processuale.

Da ciò, appare chiaro come sia, purtroppo, necessario muovere, anche su questo punto, una censura alla riforma che manca del tutto di uno sguardo d'insieme del sistema su cui va ad incidere.

Con riferimento, invece, all'art. 90 c.p.p. (*Informazioni alla persona offesa*), la lettera b) viene così sostituita: «b) alla facoltà di ricevere comunicazione del procedimento e delle iscrizioni di cui all'articolo 335, commi 1, 2 e 3-*ter* ».

Siffatto intervento si è reso necessario in conseguenza della modifica dell'art. 335 c.p.p.

## **2.3. L'intervento sulla fase delle indagini preliminari (parte II):**

**a) la riserva di incidente probatorio in sede di accertamenti tecnici irripetibili;**

**b) la durata delle indagini preliminari  
(commi 28-30 e 36)**

(Luca Bancale)

### **Art. 360 c.p.p. – Accertamenti tecnici non ripetibili**

1. Quando gli accertamenti previsti dall'articolo 359 riguardano persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione, il pubblico ministero avvisa, senza ritardo, la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa dal reato e i difensori del giorno,



dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare consulenti tecnici.

2. Si applicano le disposizioni dell'articolo 364 comma 2.

3. I difensori nonché i consulenti tecnici eventualmente nominati hanno diritto di assistere al conferimento dell'incarico, di partecipare agli accertamenti e di formulare osservazioni e riserve.

4. Qualora, prima del conferimento dell'incarico, la persona sottoposta alle indagini formuli riserva di promuovere incidente probatorio, il pubblico ministero dispone che non si proceda agli accertamenti salvo che questi, se differiti, non possano più essere utilmente compiuti.

**4-bis. La riserva di cui al comma 4 perde efficacia e non può essere ulteriormente formulata se la richiesta di incidente probatorio non è proposta entro il termine di dieci giorni dalla formulazione della riserva stessa.**

5. Fuori del caso di inefficacia della riserva di incidente probatorio previsto dal comma 4-bis, se il pubblico ministero, malgrado l'espressa riserva formulata dalla persona sottoposta alle indagini e pur non sussistendo le condizioni indicate nell'ultima parte del comma 4, ha ugualmente disposto di procedere agli accertamenti, i relativi risultati non possono essere utilizzati nel dibattimento.

#### **Art. 407 c.p.p. – Termini di durata massima delle indagini preliminari**

1. Salvo quanto previsto dall'articolo 393 comma 4, la durata delle indagini preliminari non può comunque superare diciotto mesi.

2. La durata massima è tuttavia di due anni se le indagini preliminari riguardano:

a) i delitti appresso indicati:

1) delitti di cui agli articoli 285, 286, 416-bis e 422 del codice penale, 291-ter, limitatamente alle ipotesi aggravate previste dalle lettere a), d) ed e) del comma 2, e 291-quater, comma 4, del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43;

2) delitti consumati o tentati di cui agli articoli 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, e 630 dello stesso codice penale;

3) delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo;

4) delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni, nonché delitti di cui agli articoli 270, terzo comma, e 306, secondo comma, del codice penale;

5) delitti di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo escluse quelle previste dall'articolo 2, comma terzo, della legge 18 aprile 1975, n. 110;

6) delitti di cui agli articoli 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni;

7) delitto di cui all'articolo 416 del codice penale nei casi in cui è obbligatorio l'arresto in flagranza;

7-bis) dei delitti previsti dagli articoli 600, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609-bis nelle ipotesi aggravate previste dall'articolo 609-ter, 609-quater, 609-octies del codice penale, nonché dei delitti previsti dall'articolo 12, comma 3, del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni.

b) notizie di reato che rendono particolarmente complesse le investigazioni per la molteplicità di fatti tra loro collegati ovvero per l'elevato numero di persone sottoposte alle indagini o di persone offese;

c) indagini che richiedono il compimento di atti all'estero;

d) procedimenti in cui è indispensabile mantenere il collegamento tra più uffici del pubblico ministero a norma dell'articolo 371.

3. Salvo quanto previsto dall'articolo 415-bis, qualora il pubblico ministero non abbia esercitato l'azione penale o richiesto l'archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice, gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine non possono essere utilizzati.

**3-bis. In ogni caso il pubblico ministero è tenuto a esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro il termine di tre mesi dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini e comunque dalla scadenza dei termini di cui all'art. 415-bis. Nel caso di cui al comma 2, lettera b), del presente articolo, su richiesta presentata dal pubblico ministero prima della scadenza, il procuratore generale presso la corte di appello può prorogare, con decreto motivato, il termine per non più di tre mesi, dandone notizia al procuratore della Repubblica. Il termine di cui al primo periodo del presente comma è di quindici mesi per i reati di cui al comma 2, lettera a), numeri 1), 3) e 4), del presente articolo. Ove non assuma le proprie determinazioni in ordine all'azione penale nel termine stabilito dal presente comma, il pubblico ministero ne dà immediata comunicazione al procuratore generale presso la corte di appello.**

**Art. 412 c.p.p. – Avocazione delle indagini preliminari per mancato esercizio dell'azione penale**

1. Il procuratore generale presso la corte di appello, se il pubblico ministero non esercita l'azione penale o non richiede l'archiviazione nel termine previsto dall'articolo 407, comma 3-bis, dispone, con decreto motivato, l'avocazione delle indagini preliminari. Il procuratore generale svolge le indagini preliminari indispensabili e formula le sue richieste entro trenta giorni dal decreto di avocazione.

2. Il procuratore generale può altresì disporre l'avocazione a seguito della comunicazione prevista dall'articolo 409 comma 3.

\*\*\*\*\*

Con la l. n. 103/2017 si è intervenuti, tra l'altro, sui Titoli V e VIII del Libro V del codice di procedura penale dedicato alle **indagini preliminari**.

In particolare, nei **commi 28 e 29** dell'art. 1 della citata legge sono state inserite talune disposizioni in tema di **accertamenti tecnici irripetibili** disciplinati dall'art. 360 c.p.p. Ed invero, dopo il comma 4 dell'art. 360 c.p.p., è stato introdotto il comma 4-*bis* che stabilisce che entro dieci giorni dalla formulazione della riserva di promuovere incidente probatorio la persona sottoposta alle indagini debba avanzare la richiesta presentata a norma del comma 4 dell'art. 360 c.p.p.; a pena di perdita di efficacia della riserva.

All'articolo 360, comma 5, sono state premesse le seguenti parole: *“Fuori del caso di inefficacia della riserva di incidente probatorio previsto dal comma 4-bis”*. Il comma 5 dell'art. 360 c.p.p., quindi, è stato interpolato mediante l'aggiunta dell'inciso che esclude l'operatività della sanzione dell'inutilizzabilità dei risultati conseguiti attraverso l'accertamento tecnico effettuato in violazione di quanto previsto dal comma 4 del medesimo articolo, nel caso di inefficacia della riserva di incidente probatorio *ex* comma 4-*bis*.

Si badi che il termine originariamente previsto nel testo del disegno di legge approvato dalla Camera dei Deputati era di cinque giorni; condivisibilmente, poi, il Senato della Repubblica ha ampliato il predetto termine perché giudicato evidentemente troppo esiguo per formulare la richiesta secondo gli specifici e tassativi requisiti previsti a pena di inammissibilità dall'art. 393 c.p.p.

Ad ogni buon conto, rileva segnalare come mediante siffatto intervento legislativo si sia inteso prevedere un termine perentorio piuttosto stringente

per avanzare la richiesta di incidente probatorio che, se proposta tardivamente, determina la perdita di efficacia della riserva in precedenza formulata.

Appare evidente l'obiettivo di incidere sulla "ragionevole" durata del processo in senso lato (ivi compresa la fase procedimentale delle indagini preliminari) in attuazione del dettato normativo contenuto nell'ultimo periodo del comma secondo dell'art. 111 Cost. E ciò rendendo più celeri i meccanismi procedimentali che caratterizzano la fase delle indagini, onde evitare stasi processuali che inevitabilmente si ripercuotono sui tempi del procedimento/processo. Siffatto obiettivo, peraltro, era stato palesato nella relazione al d.d.l. n. 2798 (in tema di contrasto del fenomeno corruttivo) nella quale si sottolineava l'avvertita esigenza di una durata ragionevole del processo (in senso lato) penale. Pertanto, si era già intervenuti sulla disposizione normativa contenuta nell'art. 360 c.p.p., prevedendo un termine (di soli cinque giorni) per la formulazione della riserva di incidente probatorio proprio per impedire che l'esercizio del diritto di promuovere la riserva non si prestasse a "*forme abusive volte esclusivamente ad ostacolare il compimento dell'atto di indagine*".

Il **comma 30** dell'art. 1 della l. n. 103/2017 introduce, poi, alcune modifiche afferenti alla disciplina dei **termini di durata massima delle indagini preliminari**. In particolare, la lettera a) del citato comma 30 prevede l'inserimento all'art. 407 c.p.p. del comma 3-*bis* alla stregua del quale il pubblico ministero è tenuto ad esercitare l'azione penale ovvero a richiedere l'archiviazione entro il termine di tre mesi dalla scadenza delle indagini e comunque dalla scadenza dei termini previsti dall'art. 415-*bis* c.p.p.

Nell'ipotesi in cui, poi, le indagini riguardino notizie di reato che rendono particolarmente complesse le investigazioni per la molteplicità dei fatti tra loro collegati ovvero per l'elevato numero di persone sottoposte alle indagini e di persone offese (cfr. comma 2 lett. b) dell'art. 407 c.p.p.), su richiesta del pubblico ministero (da presentarsi prima della ricordata scadenza), il procuratore generale presso la corte di appello, con decreto motivato, può proro-

gare il termine per non più di tre mesi, informando il procuratore della Repubblica.

Per taluni delitti particolarmente gravi compresi nell'elenco di cui al comma 2 lett. a), numeri 1), 3) e 4) dell'art. 407 c.p.p. è stato previsto un termine più lungo e cioè di quindici mesi.

Laddove non assuma le proprie determinazioni in ordine all'azione penale, il pubblico ministero deve darne immediata comunicazione al procuratore generale presso la corte di appello onde consentirgli di adottare gli opportuni provvedimenti in tema di avocazione delle indagini. Ed invero, la lettera b) del comma 30 dell'art. 1 della l. n. 107/2017 ha sostituito il primo periodo del comma 1 dell'art. 412 c.p.p. prevedendo che il procuratore generale presso la corte di appello, se il pubblico ministero non esercita l'azione penale o non richiede l'archiviazione nel termine previsto dall'art. 407 comma 3-*bis*, dispone con decreto motivato l'avocazione delle indagini preliminari.

Si segnala che nel disegno di legge approvato dalla Camera dei Deputati il termine previsto per i delitti di cui al comma 2 lettera a) numeri 1), 2) e 4) dell'art. 407 c.p.p. era di dodici mesi; tale termine è stato elevato a quindici mesi nella formulazione definitiva.

Il **comma 36** del ricordato art. 1, poi, stabilisce che **le disposizioni contenute nel comma 30 si applicano ai procedimenti nei quali le notizie di reato sono iscritte nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. in epoca successiva alla data di entrata in vigore della legge** appena approvata dal Parlamento. Quindi, le norme contenute nel comma 3-*bis* dell'art. 407 c.p.p. e nel novellato comma 1 dell'art. 412 c.p.p. sono operative rispetto ai procedimenti nei quali le iscrizioni di notizie di reato sono state effettuate dopo il 3 agosto 2017.

Anche siffatto intervento normativo, a prima vista, sembra essere orientato a rendere più celeri i tempi del procedimento per le indagini, soprattutto con riguardo alla fase successiva alla loro conclusione. Ed invero, il legisla-

re non ha modificato la disciplina sui termini di durata delle indagini ma ha fissato un limite temporale rispetto alle determinazioni che il pubblico ministero deve adottare, una volta che sia scaduto il termine per il compimento delle indagini preliminari. Appare evidente, quindi, l'obiettivo di delimitare in un arco temporale predefinito una fase di possibile stasi del procedimento, dedicata alle "riflessioni" del pubblico ministero sulle scelte da compiere.

Tuttavia, va sottolineato come, sotto il profilo sanzionatorio correlato alla patologia degli atti processuali, non sia stata prevista alcuna conseguenza nel caso di inosservanza dei termini stabiliti entro i quali il pubblico ministero deve esercitare l'azione penale.

Sostanzialmente, infatti, si è ribadito che l'unico effetto rispetto all'inerzia del pubblico ministero è quello già previsto dall'art. 412 c.p.p., rappresentato dall'obbligo di avocazione delle indagini da parte del procuratore generale presso la corte di appello. Peraltro, va ricordato come un simile meccanismo fosse già disciplinato dall'art. 127 disp. att. c.p.p. in tema di comunicazione delle notizie di reato al procuratore generale. Tale norma, infatti, stabilisce che la segreteria del pubblico ministero trasmetta, con cadenza settimanale, al procuratore generale presso la corte di appello un elenco delle notizie di reato contro persone note per le quali non sia stata esercitata l'azione penale o richiesta l'archiviazione entro il termine previsto dalla legge o prorogato dal giudice. E ciò, proprio al fine di consentire l'esercizio del poterdovere di avocazione riconosciuto al procuratore generale dall'art. 412 c.p.p. Si badi però che siffatta ultima disposizione non sembra avere trovato una rigorosa applicazione nella prassi poiché quel potere è stato interpretato in maniera piuttosto discrezionale.

In definitiva, la previsione normativa in commento sfornita di sanzione risulta risolversi in una mera disposizione precettiva, priva di concreta attuazione. La sua inosservanza sostanzialmente si limita a produrre effetti sul piano di una eventuale responsabilità disciplinare *ex art. 124 c.p.p.*

In altri termini, la modifica legislativa in questione sembra tradursi in un intervento “di facciata” che non appare affatto risolvere il delicato tema della durata del procedimento per l’azione penale e dell’inerzia del pubblico ministero non solo durante le indagini preliminari ma anche e soprattutto all’esito della chiusura delle stesse. Sullo specifico tema della “inerzia” del pubblico ministero e della ricaduta sulla durata delle indagini preliminari, poi, si ricorda come le Sezioni unite della Suprema Corte, con sentenza n. 40538 del 20 ottobre 2009 (rv. 244376, in *Riv. It. Dir Proc. pen.*, 2010, p. 425), abbiano escluso che il giudice per le indagini preliminari possa stabilire una diversa decorrenza del termine di durata delle indagini (c.d. retrodatazione); sicché – secondo la Corte di cassazione – eventuali ritardi indebiti nella iscrizione, tanto della notizia di reato che del nome della persona cui il reato è attribuito, pur se abnormi, sono privi di conseguenze agli effetti di quanto previsto dall’art. 407, comma 3, c.p.p.; fermi restando, ovviamente, gli eventuali profili di responsabilità disciplinare o penale del pubblico ministero che abbia ritardato l’iscrizione.

Forse, a ben vedere, sarebbe stato auspicabile un intervento del legislatore volto a regolare un meccanismo di controllo giurisdizionale sulla tenuta del registro delle notizie di reato, con evidenti e significativi effetti sulla durata delle indagini preliminari. In proposito, si ricorda come la c.d. Commissione Canzio avesse affrontato siffatte problematiche; per dare maggiore concretezza al principio di ragionevolezza della durata delle indagini, infatti, si era ipotizzato un intervento sul comma 3 dell’art. 407 c.p.p. mediante l’aggiunta del seguente periodo: “Il giudice verifica la tempestività degli adempimenti di cui all’art. 335, eventualmente determinando la data nella quale si sarebbe dovuto provvedere”. In tempi meno recenti anche la c.d. Commissione Riccio aveva congegnato un diverso modello di controllo che prevedeva l’attivazione del giudice per le indagini preliminari su impulso dell’indagato venuto a co-

noscenza dell'indagine a proprio carico attraverso la comunicazione resa ai sensi dell'art. 335, comma 3, c.p.p.

Tuttavia, si deve prendere atto della scelta del legislatore che si è mosso in una diversa direzione, finendo per “legittimare”, mediante una disposizione normativa *ad hoc*, la prassi invalsa di una stasi del procedimento, all'esito dell'espletamento delle indagini; e ciò, non proprio in linea con gli obiettivi prefissati.

## **2.4. Il procedimento di archiviazione (commi 31-34)**

(Fabrizio Chianese, Fulvia Fabrizia Mazzola)

### **Art. 408 c.p.p. – Richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato**

1. Entro i termini previsti dagli articoli precedenti, il pubblico ministero, se la notizia di reato è infondata, presenta al giudice richiesta di archiviazione. Con la richiesta è trasmesso il fascicolo contenente la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini espletate e i verbali degli atti compiuti davanti al giudice per le indagini preliminari.

2. L'avviso della richiesta è notificato, a cura del pubblico ministero, alla persona offesa che, nella notizia di reato o successivamente alla sua presentazione, abbia dichiarato di volere essere informata circa l'eventuale archiviazione.

3. Nell'avviso è precisato che, **nel termine di venti giorni**, la persona offesa può prendere visione degli atti e presentare opposizione con richiesta motivata di prosecuzione delle indagini preliminari.

*3-bis.* Per i delitti commessi con violenza alla persona e **per il reato di cui all'articolo 624-bis del codice penale**, l'avviso della richiesta di archiviazione è in ogni caso notificato, a cura del pubblico ministero, alla persona offesa ed il termine di cui al comma 3 è elevato a **trenta giorni**.



#### **Art. 409 c.p.p. – Provvedimenti del giudice sulla richiesta di archiviazione**

1. Fuori dei casi in cui sia stata presentata l'opposizione prevista dall'articolo 410, il giudice, se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato e restituisce gli atti al pubblico ministero. Il provvedimento che dispone l'archiviazione è notificato alla persona sottoposta alle indagini se nel corso del procedimento è stata applicata nei suoi confronti la misura della custodia cautelare.

2. Se non accoglie la richiesta, il giudice **entro tre mesi** fissa la data dell'udienza in camera di consiglio e ne fa dare avviso al pubblico ministero, alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa dal reato. Il procedimento si svolge nelle forme previste dall'articolo 127. Fino al giorno dell'udienza gli atti restano depositati in cancelleria con facoltà del difensore di estrarne copia.

3. Della fissazione dell'udienza il giudice dà inoltre comunicazione al procuratore generale presso la corte di appello.

4. A seguito dell'udienza, il giudice, se ritiene necessarie ulteriori indagini, le indica con ordinanza al pubblico ministero, fissando il termine indispensabile per il compimento di esse, **altrimenti provvede entro tre mesi sulle richieste**.

5. Fuori del caso previsto dal comma 4, il giudice, quando non accoglie la richiesta di archiviazione, dispone con ordinanza che, entro dieci giorni, il pubblico ministero formuli l'imputazione. Entro due giorni dalla formulazione dell'imputazione, il giudice fissa con decreto l'udienza preliminare. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 418 e 419.

6. **[L'ordinanza di archiviazione è ricorribile per cassazione solo nei casi di nullità previsti dall'articolo 127 comma 5.]** (comma abrogato dalla l. n. 103/2017)

#### **Art. 410-bis c.p.p. – Nullità del provvedimento di archiviazione**

1. **Il decreto di archiviazione è nullo se è emesso in mancanza dell'avviso di cui ai commi 2 e 3-bis dell'articolo 408 e al comma 1-bis dell'articolo 411 ovvero prima che il termine di cui ai commi 3 e 3-bis del medesimo articolo 408 sia scaduto senza che sia stato presentato l'atto di opposizione. Il decreto di archiviazione è altresì nullo se, essendo stata presentata opposizione, il giudice omette di pronunciarsi sulla sua ammissibilità o dichiara l'opposizione inammissibile, salvi i casi di inosservanza dell'articolo 410, comma 1.**

2. **L'ordinanza di archiviazione è nulla solo nei casi previsti dall'articolo 127, comma 5.**

3. **Nei casi di nullità previsti dai commi 1 e 2, l'interessato, entro quindici giorni dalla conoscenza del provvedimento, può proporre reclamo innanzi al tribunale in composizione monocratica, che provvede con ordinanza non impugnabile, senza intervento delle parti interessate, previo avviso, almeno dieci giorni prima, dell'udienza fissata per la decisione alle parti medesime, che possono presentare memorie non oltre il quinto giorno precedente l'udienza.**

4. **Il giudice, se il reclamo è fondato, annulla il provvedimento oggetto di reclamo e ordina la restituzione degli atti al giudice che ha emesso il provvedimento. Altrimenti conferma il provvedimento o dichiara inammissibile il reclamo, con-**

**dannando la parte privata che lo ha proposto al pagamento delle spese del procedimento e, nel caso di inammissibilità, anche al pagamento di una somma in favore della cassa delle ammende nei limiti di quanto previsto dall'articolo 616, comma 1.**

**Art. 411 c.p.p. – Altri casi di archiviazione**

1. Le disposizioni **degli articoli 408, 409, 410 e 410-bis** si applicano anche quando risulta che manca una condizione di procedibilità, che la persona sottoposta alle indagini non è punibile ai sensi dell'articolo 131-*bis* del codice penale per particolare tenuità del fatto, che il reato è estinto o che il fatto non è previsto dalla legge come reato.

*1-bis.* Se l'archiviazione è richiesta per particolare tenuità del fatto, il pubblico ministero deve darne avviso alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa, precisando che, nel termine di dieci giorni, possono prendere visione degli atti e presentare opposizione in cui indicare, a pena di inammissibilità, le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta. Il giudice, se l'opposizione non è inammissibile, procede ai sensi dell'articolo 409, comma 2, e, dopo avere sentito le parti, se accoglie la richiesta, provvede con ordinanza. In mancanza di opposizione, o quando questa è inammissibile, il giudice procede senza formalità e, se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato. Nei casi in cui non accoglie la richiesta il giudice restituisce gli atti al pubblico ministero, eventualmente provvedendo ai sensi dell'articolo 409, commi 4 e 5.

**Art. 415 c.p.p. – Reato commesso da persone ignote.**

1. Quando è ignoto l'autore del reato il pubblico ministero, entro sei mesi dalla data della registrazione della notizia di reato, presenta al giudice richiesta di archiviazione ovvero di autorizzazione a proseguire le indagini.

2. Quando accoglie la richiesta di archiviazione ovvero di autorizzazione a proseguire le indagini, il giudice pronuncia decreto motivato e restituisce gli atti al pubblico ministero. Se ritiene che il reato sia da attribuire a persona già individuata ordina che il nome di questa sia iscritto nel registro delle notizie di reato.

**2-bis. Il termine di cui al comma 2 dell'art. 405 decorre dal provvedimento del giudice.**

3. Si osservano, in quanto applicabili, le altre disposizioni di cui al presente titolo.

4. Nell'ipotesi di cui all'articolo 107-*bis* delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie, la richiesta di archiviazione ed il decreto del giudice che accoglie la richiesta sono pronunciati cumulativamente con riferimento agli elenchi trasmessi dagli organi di polizia con l'eventuale indicazione delle denunce che il pubblico ministero o il giudice intendono escludere, rispettivamente, dalla richiesta o dal decreto.

\*\*\*\*\*

Il testo della l. n. 103/2017 apporta, con le previsioni di cui all'art. 1, commi 31, 32, 33 e 34, sostanziali modifiche al procedimento di archiviazione e l'introduzione nel codice di procedura penale dell'art. 410-*bis*.

Orbene la novità più rilevante risulta rappresentata dall'introduzione nel corpo del libro V, titolo VIII, del codice di procedura penale dell'art. 410-*bis*, che disciplina i casi di “nullità del provvedimento di archiviazione”.

La succitata norma, al comma 31, stabilisce che “*Il decreto di archiviazione è nullo se è emesso in mancanza dell'avviso di cui ai commi 2 e 3-bis dell'art. 408 e al comma 1-bis dell'art. 411 ovvero prima che il termine di cui ai commi 3 e 3-bis del medesimo articolo 408 sia scaduto senza che sia stato presentato l'atto di opposizione. Il decreto di archiviazione è altresì nullo se, essendo stata presentata opposizione, il giudice omette di pronunciarsi sulla sua ammissibilità o dichiara l'opposizione inammissibile, salvi i casi di inosservanza dell'art. 410, comma 1*”.

Pertanto, la sanzione della nullità colpisce il decreto di archiviazione emesso in violazione dell'obbligo di notifica dell'avviso di richiesta di archiviazione alla persona offesa che, nella notizia di reato o successivamente alla sua presentazione, abbia dichiarato di volerne essere informata (art. 408, comma 2, c.p.p.) o, per i delitti commessi con violenza alla persona, abbia diritto a riceverlo in ogni caso (art. 408, comma 3-*bis*, c.p.p.).

È altresì affetto da nullità il provvedimento emesso prima del decorso del termine di cui all'art. 408, commi 3 e 3-*bis*, c.p.p., per proporre opposizione alla richiesta di archiviazione e questa non sia stata ancora presentata.

Medesima sanzione è prevista, infine, nell'ipotesi in cui il giudice ometta di pronunciarsi sulla ammissibilità dell'opposizione alla richiesta di archiviazione o dichiari l'opposizione inammissibile al di fuori dei casi di cui all'art. 410, comma 1, c.p.p., che prescrive, a pena di inammissibilità,

l'indicazione, nell'atto di opposizione, dell'oggetto della investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova.

Al riguardo vale la pena evidenziare che sia la giurisprudenza costituzionale che di legittimità hanno precisato come, in sede di opposizione, la persona offesa, nei casi in cui si trovi nella impossibilità di chiedere la prosecuzione delle indagini preliminari, possa comunque fare valere le ragioni volte a contrastare la richiesta di archiviazione, in accordo con la facoltà, riconosciuta in via generale dall'art. 90 c.p.p., di presentare memorie al giudice il quale, ove le argomentazioni della persona offesa siano fondate e convincenti, non accoglierà la richiesta di archiviazione, ma fisserà a norma dell'art. 409, comma 2, c.p.p. l'udienza in camera di consiglio, così pervenendo ad un risultato analogo a quello previsto dalla specifica disciplina apprestata dai primi tre commi dell'art. 410 c.p.p. (*infra multis*: C. cost., 26 marzo 1997, n. 95; Cass., Sez. VI, 14 gennaio 2003, n. 19039).

Le previsioni dell'art. 410-*bis* c.p.p. in qualche modo sembrano recepire gli orientamenti degli Ermellini e della Consulta in materia di nullità del decreto di archiviazione (Cass., Sez. VI, 20 luglio 1995, n. 1450; C. cost., 16 luglio 1991, n. 353), in relazione ai quali per il passato la Suprema Corte aveva colmato una lacuna normativa oggi puntualmente regolamentata dal comma terzo dell'art. 410-*bis* c.p.p.

Il secondo comma dell'art. 410-*bis* c.p.p. disciplina i casi di nullità dell'ordinanza di archiviazione, disponendo che “*l'ordinanza di archiviazione è nulla solo nei casi previsti dall'art. 127, comma 5*”.

Detta disposizione normativa, ai commi 1, 3 e 4 indica tassativamente i casi di nullità; si tratta delle ipotesi in cui s'intendono violate le norme in materia di: notificazione degli avvisi di fissazione dell'udienza in camera di consiglio; intervento dei soggetti legittimati a comparire; legittimo impedimento dell'imputato o del condannato che chieda di essere sentito personalmente e

che non sia detenuto o internato in luogo diverso da quello in cui ha sede il giudice.

Al terzo ed al quarto comma dell'art. 410-*bis* c.p.p. – dedicati alla disciplina dei rimedi previsti in caso di nullità del decreto e dell'ordinanza di archiviazione – troviamo i profili di maggior rilievo della novella legislativa.

Il terzo comma, difatti, stabilisce: “*Nei casi di nullità previsti dai commi 1 e 2, l'interessato, entro quindici giorni dalla conoscenza del provvedimento, può proporre **reclamo** innanzi al **tribunale in composizione monocratica**, che provvede **con ordinanza non impugnabile**, senza intervento delle parti interessate, previo avviso, almeno dieci giorni prima, dell'udienza fissata per la decisione alle parti medesime, che possono presentare memorie non oltre il quinto giorno precedente l'udienza*”.

E' evidente che tale inedito rimedio vada, come poc'anzi sottolineato, a colmare il vuoto normativo a cui avevano supplito gli Ermellini sancendo la proponibilità del ricorso per cassazione del decreto di archiviazione (proprio con riguardo ai succitati casi di nullità).

In ragione di ciò, il comma 32, lett. c), della l. n. 103/2017 dispone l'abrogazione dell'art. 409, comma 6, c.p.p.

Ai sensi del quarto comma dell'art. 410-*bis* c.p.p., il giudice, qualora ritenga il reclamo fondato, annulla il provvedimento oggetto del reclamo ordinando la restituzione degli atti al giudice che ha emesso il provvedimento. Nel caso in cui ritenga **infondato il reclamo** o lo dichiari **inammissibile**, conferma il provvedimento oggetto di reclamo, con **condanna** della “*parte privata*” che lo ha proposto, al **pagamento delle spese del procedimento** e, nel caso di inammissibilità del reclamo, anche al pagamento di una somma in favore della cassa delle ammende nei limiti di quanto previsto dall'art. 616 comma 1 c.p.p. (somma che può essere aumentata sino al triplo nell'ipotesi di inammissibilità, *ex art. 1, comma 64, l. n 103/2017*).

Proseguendo nell'esame della legge n. 103/2017, è necessario analizzare la previsione di cui al comma 34, che estende le disposizioni di cui all'art. 410-*bis* c.p.p., anche agli "*altri casi di archiviazione*", e più precisamente, alle ipotesi disciplinate dall'art. 411 c.p.p., ossia quando risulta che manca una condizione di procedibilità, che la persona sottoposta alle indagini non è punibile ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p. (esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto), che il reato è estinto o che il fatto non è più previsto dalla legge come reato.

Come poc'anzi accennato, il comma 32 apporta variazioni all'art. 409 c.p.p., rubricato "*provvedimenti del giudice sulla richiesta di archiviazione*".

In particolare, alla lett. *a*), la norma modifica il seconda comma, primo periodo, dell'art. 409 c.p.p., disponendo che, al di fuori dei casi in cui sia stata presentata opposizione, il giudice "***entro tre mesi***" (significativa novità), qualora accolga la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato e restituisce gli atti al pubblico ministero.

In ragione della suddetta modifica, alla lett. *b*), il comma 32, integra, nell'ultima parte, il quarto comma dell'art. 409 c.p.p.: "*a seguito dell'udienza (in camera di consiglio, s'intende, ndr), il giudice, se ritiene necessarie ulteriori indagini, le indica con ordinanza al pubblico ministero, fissando il termine indispensabile per il compimento di esse, **altrimenti provvede entro tre mesi sulle richieste***".

Il comma 31, alla lett. *a*), modificando il terzo comma dell'art. 408 c.p.p., allunga il **termine di proposizione dell'opposizione** alla richiesta di archiviazione elevandolo a "***venti giorni***", a fronte dei precedenti dieci, con ciò estendendo le garanzie in favore della persona offesa dal reato a cui è concesso un maggior lasso di tempo per argomentare le ragioni poste a base dell'eventuale opposizione, e dunque, alla critica delle circostanze che hanno indotto la pubblica accusa ad avanzare richiesta di archiviazione.

Alla lett. *b*), risulta inoltre ampliata la portata applicativa del comma 3-*bis* del medesimo articolo, laddove, il legislatore ha previsto l'obbligatorietà dell'avviso *ex art.* 408, comma 2, c.p.p. oltre che per i delitti commessi con violenza alla persona, anche per il reato di cui all'*art.* 624-*bis* c.p. ("*furto in abitazione e furto con strappo*"), con un ulteriore allungamento, in questi casi, del termine per proporre opposizione da venti a "***trenta giorni***".

Utile, ai fini della comprensione dell'importanza delle modifiche apportate al codice di procedura penale, è il raffronto con il testo del disegno di legge approvato dalla Camera prima delle modifiche apportate dal Senato.

Con particolare riferimento alla modifica dell'*art.* 409 c.p.p. poc'anzi descritta, la Camera, mediante la previsione di cui al comma 7 della lettera *a*) dell'*art.* 11 del d.d.l. n. 2067, aveva l'intento di rivedere la natura del provvedimento emesso dal giudice di merito modificando la norma come segue: "*dopo il comma 4 è inserito il seguente: «4-bis. A seguito delle ulteriori indagini di cui al comma 4 (dell'art. 409 c.p.p.), nei casi in cui non sia stata presentata opposizione alla richiesta di archiviazione ai sensi dell'art. 410 e il pubblico ministero, ovvero il procuratore generale nei casi di cui all'art. 412, insista nella richiesta di archiviazione, il giudice **provvede in tal senso con decreto**»*".

Alla successiva lettera *b*), "*al comma 5 le parole: «Fuori del caso previsto dal comma 4» sono sostituite dalle seguenti: «Fuori dei casi previsti dai commi 4 e 4-bis»*."

Diversamente, senza incidere sulla natura del provvedimento reso dal giudice, il testo modificato dal Senato ha solo rimarcato la necessità di inserire, a garanzia dei diritti della persona offesa dal reato, al comma 2 dell'*art.* 409 c.p.p. un termine (***tre mesi***) entro il quale il giudice, nel caso in cui non accolga la richiesta di archiviazione, deve fissare l'udienza in camera di consiglio. Medesimo termine viene indicato nel successivo comma 4, preveden-

do, dunque, anche in questo caso un termine (**tre mesi**) entro il quale il giudice, salvo che ritenga necessarie ulteriori indagini, deve decidere.

Pertanto, il Senato, nel testo definitivo, non si è limitato ad apportare le modifiche squisitamente formali indicate nella proposta di legge formulata dalla Camera ma, individuando termini entro i quali il giudice debba provvedere, ha inserito notevoli garanzie di celerità a favore della vittima del reato.

La riforma del procedimento di archiviazione sembra, inoltre, adattarsi perfettamente alle linee guida poste alla base della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI attuata con d.lgs. 15 dicembre 2015 n. 212.

Scorrendo le pagine del decreto legislativo, emerge che nell'attuare la Direttiva, sono stati modificati otto articoli del codice di rito penale (artt. 90, 134, 190-*bis*, 351, 362, 392, 398 e 498 c.p.p.), coniati quattro nuovi articoli codicistici (artt. 90-*bis*, 90-*ter*, 90-*quater*, 143-*bis* c.p.p.) e due norme di attuazione (artt. 107-*ter* e 108-*ter* disp. att. c.p.p.). Stando a quanto indicato dal Governo nella relazione illustrativa del testo di legge la natura "armoniosa" del decreto trova spiegazione nel fatto che molte delle disposizioni della Direttiva sarebbero già presenti nell'ordinamento italiano, il quale, sembrerebbe sostanzialmente conforme a quanto prescritto dall'Unione europea.

Medesime considerazioni possono estendersi alla novella sul procedimento di archiviazione, laddove il legislatore ha inteso introdurre mediante una "snella" normativa, principi di fatto già presenti, poiché dettati dalla Suprema Corte, negli interventi "paracadute" delle lacune normative prima presenti nel codice di rito.

Il rovescio della medaglia, lo si intravede però nella previsione del quarto comma dell'art. 410-*bis* c.p.p., nel cui ambito i diritti della persona offesa potrebbero risultare compromessi alla luce della previsione di condanna



al pagamento di una somma (peraltro ingente) in favore della casa delle amende – la cui determinazione è rimessa alla discrezionalità del giudice – che potrebbe divenire un vero e proprio deterrente contro la proposizione del reclamo.

Infine, è d'obbligo evidenziare ulteriori perplessità legate all'abrogazione del comma sesto dell'art. 409 c.p.p., in ordine alla non impugnabilità dell'ordinanza *ex art. 410-bis*, comma 4, c.p.p., che finirebbe, da un lato, per privare i provvedimenti del giudice di merito delle linee guida dettate dalla Suprema Corte, dall'altro, comprimere i diritti della persona offesa dal reato che, in sostanza, si vede privata del vaglio degli Ermellini, ovvero di un controllo di legittimità su aspetti fondamentali composti di valutazioni “in diritto”.

Pertanto, la riforma *de qua*, almeno con riguardo al procedimento di archiviazione sembra, con l'introduzione del nuovo strumento di impugnazione, aver apportato maggiori garanzie alla persona offesa dal reato. Benefici che, purtroppo, si scontrano con il nocumento provocato dalla perdita del diritto delle parti processuali di ricorrere al giudice di legittimità.

Con riguardo agli effetti pratici della riforma in parola è necessario inoltre evidenziare che, alla luce di quanto fin qui rilevato, le modifiche apportate agli artt. 408, 409, 411 e 415 c.p.p., così come la novella dell'art. 410-*bis* c.p.p., non possono estendersi al procedimento di archiviazione attinente alle *notitiae criminis* per i **reati attribuiti alla competenza del giudice di pace** (iscrizione modello 21-*bis*).

Difatti, il legislatore, nel revisionare ed introdurre le predette norme processuali, non opera alcun richiamo al d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274, lasciando del tutto immutata la previsione di cui all'art. 17.

Ciò consente di affermare che qualora il pubblico ministero dovesse determinarsi ad avanzare al giudice di pace richiesta di archiviazione, il relativo avviso, in linea con il dettato del secondo comma della predetta norma, deve

contenere l'avvertimento che la persona offesa dal reato ha un termine di dieci giorni per prendere visione del fascicolo, estrarre copia degli atti e, eventualmente, proporre opposizione.

Evidentemente, ed in ragione della minor complessità della materia rimessa alla competenza del giudice di pace, il legislatore ha ritenuto che il termine di cui sopra fosse più che sufficiente a garantire i diritti della persona offesa.

Sul punto, è d'obbligo rimarcare che il legislatore, nell'omettere qualsivoglia richiamo ai reati di competenza del giudice di pace, lascia trasparire una macroscopica lacuna in ordine alle impugnazioni aventi ad oggetto il provvedimento di archiviazione emesso dal giudice di pace penale.

Con l'intento di non ripetere quanto sopra evidenziato in ordine alle perplessità attinenti i rimedi introdotti dall'art. 410-*bis* c.p.p. (e conseguente abrogazione della ricorribilità in cassazione dell'ordinanza di archiviazione), si pone l'accento sul diverso trattamento riservato alle persone offese dai reati rientranti nella competenza del tribunale, alle quali è stato sottratto il controllo dell'organo di legittimità, che invece sembrerebbe ancora riservato alle fattispecie criminose di competenza del giudice di pace.

Infine, ed in conformità con il dettato dell'art. 1, comma 95, della l. n. 103/2017, si può affermare che il procedimento di archiviazione è sottoposto al principio generale del *tempus regis actum*.

Pertanto le più volte richiamate modifiche, sia con riferimento alla decorrenza dei termini di cui agli artt. 408, commi 3 e 3-*bis*, e 409, commi 2 e 4, c.p.p. che all'esperibilità del reclamo *ex* art. 410-*bis*, comma 3, c.p.p., possono (*rectius*: devono) intendersi applicate dalla entrata in vigore della l. n. 103/2017.

## **2.5. L'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere (commi 38-40) (Fabio De Maria)**

### **Art. 428 c.p.p. – Impugnazione della sentenza di non luogo a procedere**

1. Contro la sentenza di non luogo a procedere possono proporre **appello**:

a) il procuratore della Repubblica e il procuratore generale;

b) l'imputato, salvo che con la sentenza sia stato dichiarato che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso.

2. La persona offesa può proporre **appello** nei soli casi di nullità previsti dall'articolo 419, comma 7. [La persona offesa costituita parte civile può proporre ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 606]. (comma abrogato dalla l. n. 103/2017)

**3. Sull'impugnazione la corte di appello decide in camera di consiglio con le forme previste dall'articolo 127. In caso di appello del pubblico ministero, la corte, se non conferma la sentenza, pronuncia decreto che dispone il giudizio, formando il fascicolo per il dibattimento secondo le disposizioni degli articoli 429 e 431, o sentenza di non luogo a procedere con formula meno favorevole all'imputato. In caso di appello dell'imputato, la corte, se non conferma la sentenza, pronuncia sentenza di non luogo a procedere con formula più favorevole all'imputato.**

**3-bis.** Contro la sentenza di non luogo a procedere pronunciata in grado di appello possono ricorrere per cassazione l'imputato e il procuratore generale solo per i motivi di cui alle lettere a), b) e c) del comma 1 dell'articolo 606.

**3-ter.** Sull'impugnazione la Corte di cassazione decide in camera di consiglio con le forme previste dall'articolo 611.

\*\*\*\*\*

Nel novero dei numerosi interventi modificativi apportati dalla l. n. 103/2017 al Codice di procedura penale si rinviene la parziale riscrittura dell'art. 428 c.p.p., in virtù dei commi 38, 39 e 40 del testo rassegnato dal Senato in data 15 marzo 2017 che, con riferimento a tale specifico aspetto, è risultato conforme a quello oggetto di valutazione alla Camera dei Deputati.

Tale innovazione si inserisce in quella sorta di velata “controriforma” che l'assunto normativo in esame intende apportare alla Legge Pecorella n. 46

del 20 febbraio 2006 con cui, circa un decennio addietro, si modificava radicalmente il sistema delle impugnazioni, ivi compreso, per l'appunto, l'art. 428 c.p.p.

Ed invero, il dato legislativo previgente all'art. 4 di tale ultima novella stabiliva al primo comma che *“Salvo quanto previsto dall'articolo 593, comma 3, contro la sentenza di non luogo a procedere possono proporre appello: a) il procuratore della Repubblica e il procuratore generale; b) l'imputato, salvo che con la sentenza sia stato dichiarato che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso”*.

A ben vedere, nella l. n. 103/2017 si ripercorre il testo dell'art. 428 c.p.p. non appena riportato, salvo alcune specifiche differenze che di seguito si avranno cura di evidenziare.

L'oggetto del *deja vu* normativo ha come protagonista il reinserimento della appellabilità della sentenza di non luogo a procedere con la modifica del primo comma del vigente dato testuale, mediante la sostituzione del termine «ricorso per cassazione» con «**appello**», comportando il ritorno alla **doppia impugnabilità del provvedimento di cui all'art. 425 c.p.p.**, sia con l'impugnazione disciplinata dagli art. 593 e ss. c.p.p. sia con il ricorso per cassazione, quest'ultimo, tuttavia, limitatamente ai motivi tassativamente indicati dal novellato comma 3-*bis*. In siffatta prospettiva, da una analisi della relazione tecnica di accompagnamento al primo testo di modifica, rassegnata il 23 dicembre 2014, si rinviene la *ratio* giustificatrice della modifica dell'art. 428 c.p.p. nella volontà di sottrarre al Giudice di legittimità in favore della Corte di Appello *“il gravame avverso la sentenza di non luogo a procedere”*, in quanto si tratterebbe di un vaglio deputato alla *“verifica della sussistenza delle condizioni per il rinvio a giudizio dell'imputato”*, strutturato *“essenzialmente alla ricostruzione del fatto ed al merito dell'accusa, sicché essa appare estranea all'ambito del sindacato proprio della Corte di cassazione”*.

Concezione, quest'ultima, che sembra dirottare il controllo sul corretto esercizio dell'azione penale da una valutazione di natura meramente processuale, avente ad oggetto la potenzialità del materiale investigativo raccolto nella fase delle indagini in una prospettiva dibattimentale, ad una valutazione in termini più concreti, capaci di abbozzare, già in tale sede, una ricostruzione fattuale della *notitia criminis*.

Maggiormente problematica appare, poi, la modifica avanzata nell'art. 1, comma 39, della l. n. 103/2017, secondo cui “*all'articolo 428 del codice di procedura penale, il secondo periodo del comma 2 è soppresso*”, là dove, ad oggi, si statuisce che “*la persona offesa costituita parte civile può proporre ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 606 c.p.p.*”. Anche in relazione a tale ultimo profilo si ritorna al testo pre-2006 (al di là della ricorribilità per cassazione nelle sole ipotesi di cui all'art. 419, comma 7, c.p.p.), lasciando alla persona offesa ed alla parte civile la **sola facoltà di presentare al pubblico ministero una richiesta motivata di proporre impugnazione ai fini penalistici**.

Tuttavia, se da un lato il legislatore motiva tale scelta ritenendo che la persona offesa costituita parte civile “*non soffre alcun pregiudizio dei propri interessi, come reso evidente dalla previsione dell'articolo 652 del codice di procedura penale*”, tale ultimo aspetto desta nell'interprete qualche perplessità là dove si abbia riguardo all'attuale ampliamento di orizzonti tanto normativi che giurisprudenziali. Ed infatti, oggi più di ieri, la sensibilità verso una tutela rinforzata della persona offesa/vittima del reato appare notevolmente accresciuta sia in ambito nazionale che nelle diversi sedi internazionali, sia esse convenzionali che ordinamentali, tanto da indurre il nostro Paese a dare attuazione – seppur con la solita elefantica lentezza – mediante il d.lgs. 15 dicembre 2015 n. 212 alla Direttiva **del 25 ottobre 2012 n. 2012/29/UE** del Parlamento europeo e del Consiglio, sostitutiva della Decisione quadro

2001/220/GAI, ed avente ad oggetto **norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.**

Alla luce, dunque, di tale propensione ed in considerazione della esplicita volontà di riesperire il novero dei mezzi di impugnazione nei confronti della sentenza di non luogo a procedere, non sembra conformarsi alla moderna e sempre più sentita tendenza di tutelare sotto ogni profilo la vittima del reato la determinazione di sottrarre lo strumento del ricorso per cassazione proprio alla persona offesa costituita parte civile. Ridimensionamento che lascia, dunque, inalterata unicamente la ricorribilità della sentenza di cui all'art. 425 c.p.p. da parte della persona offesa, limitatamente alle ipotesi di omesso avviso/partecipazione garantite dai commi 1 e 4 dell'art. 419 c.p.p.

Venendo, poi, all'art. 1, comma 40, della l. n. 103/2017, quale naturale conseguenza della reintroduzione dell'appellabilità della sentenza di non luogo a procedere, si inseriscono nell'art. 428 c.p.p. i commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*.

Quanto al primo dei richiamati dettati normativi, si prevede che *“Sull’impugnazione la corte di appello decide in camera di consiglio con le forme previste dall’articolo 127. In caso di appello del pubblico ministero, la corte, se non conferma la sentenza, pronuncia decreto che dispone il giudizio, formando il fascicolo per il dibattimento secondo le disposizioni degli articoli 429 e 431, o sentenza di non luogo a procedere con formula meno favorevole all’imputato. In caso di appello dell’imputato, la corte, se non conferma la sentenza, pronuncia sentenza di non luogo a procedere con formula più favorevole all’imputato”*. Al riguardo, giova rilevare un vizio redazionale consistente nella omessa indicazione del procuratore generale al principio del secondo periodo (*In caso di appello del pubblico ministero*), nonostante anch'egli sia legittimato ad avanzare l'impugnazione di cui al modificato comma 1; indicazione presente, invece, nel testo dell'art. 428 c.p.p. *ante* legge Pecorella.

Ulteriore innovazione è, poi, riscontrabile nel compito che viene attribuito alla Corte di Appello che, in caso di riforma della gravata sentenza ed a seguito della pronuncia del decreto che dispone il giudizio, è tenuta specificamente, essa stessa, a **formare il fascicolo per il dibattimento** ai sensi degli artt. 429-431 c.p.p.

E veniamo, poi, al secondo innesto previsto nel citato comma 40, con cui si inserisce nell'art. 428 c.p.p. il comma 3-bis, secondo cui “*Contro la sentenza di non luogo a procedere pronunciata in grado di appello possono ricorrere per cassazione l'imputato e il procuratore generale solo per i motivi di cui alle lettere a), b), e c) del comma 1 dell'art. 606*”. A tale ultimo riguardo, da una agevole comparazione con il testo antecedente la Legge Pecorella (che prevedeva l'impugnabilità sia a mezzo dell'appello che per il tramite del ricorso per cassazione della sentenza ex art. 425 c.p.p.), ci si accorge come il legislatore riformista ha inteso limitare i casi di ricorso per cassazione alla sola violazione di legge di cui alle lettere a), b) e c) dell'art. 606 c.p.p.<sup>13</sup>, impedendo, così, di censurare quei vizi che di sovente si riscontrano nelle sentenze di non luogo a procedere e consistenti in quei profili di carenza e/o illogicità motivazionale sanzionabili proprio ai sensi della lettera e) della medesima disposizione.

Il riferimento è a quei casi in cui la illogicità della motivazione inficia la corretta valutazione dell'organo giurisdizionale circa la potenzialità probatoria degli elementi raccolti nella fase delle indagini preliminari, sia in senso assoluto sia in connessione ed in una visione d'insieme con gli altri dati investigativi<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. la relazione di accompagnamento al d.d.l., a pagina 6, secondo cui «*In caso di «doppia decisione conforme» di non luogo a procedere, è opportuno delimitare il perimetro del ricorso per cassazione alla sola violazione di legge*».

<sup>14</sup> In ordine a tale profilo si veda, tra le tantissime, e solo a titolo meramente dimostrativo, Cass., Sez. V, 14 settembre 2016, n. 54957, secondo cui “*Il controllo del giudice di legittimità sulla motivazione della sentenza di non luogo a procedere ha ad oggetto il corretto esercizio da parte del g.u.p. del potere di prognosi riguardo agli eventuali sviluppi della fase processuale (con riferimento ad elementi di prova ulteriori che potrebbe offrire il giudizio dibattimentale ovvero alla maggiore affidabilità, derivante dal contraddittorio, di elementi già assunti unilateralmente) e, nel caso di prognosi negativa sull'utilità del-*

Ed infine, con l'introduzione del comma 3-ter si stabilisce, unicamente e conformemente a quanto già previsto in passato, che “*Sull’impugnazione la corte di cassazione decide in camera di consiglio con le forme previste da dall’articolo 611*”; logica conseguenza del fatto che tutti i confronti dialettici aventi ad oggetto la verifica del corretto esercizio dell’azione penale, sino ad arrivare al grado di legittimità, si svolgono nelle forme camerale di cui all’art. 127 c.p.p.

## **2.6. I riti alternativi**

**(commi 41-53)**

(Lucio Cricri, Fabio De Maria)

### **2.6.1. Il giudizio abbreviato**

**(commi 41-48)**

(Lucio Cricri)

#### **Art. 438 c.p.p. – Presupposti del giudizio abbreviato**

1. L'imputato può chiedere che il processo sia definito all'udienza preliminare allo stato degli atti, salve le disposizioni di cui al comma 5 del presente articolo e all'articolo 441, comma 5.

2. La richiesta può essere proposta, oralmente o per iscritto, fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli articoli 421 e 422.

3. La volontà dell'imputato è espressa personalmente o per mezzo di procuratore speciale e la sottoscrizione è autenticata nelle forme previste dall'articolo 583, comma 3.

4. Sulla richiesta il giudice provvede con ordinanza con la quale dispone il giudizio abbreviato. **Quando l'imputato chiede il giudizio abbreviato immediatamente dopo**

---

*la fase dibattimentale, deve incentrarsi sulla verifica della logicità della valutazione degli elementi disponibili in funzione della pronuncia di proscioglimento”.*



**il deposito dei risultati delle indagini difensive, il giudice provvede solo dopo che sia decorso il termine non superiore a sessanta giorni, eventualmente richiesto dal pubblico ministero, per lo svolgimento di indagini suppletive limitatamente ai temi introdotti dalla difesa. In tal caso, l'imputato ha facoltà di revocare la richiesta.**

5. L'imputato, ferma restando la utilizzabilità ai fini della prova degli atti indicati nell'articolo 442, comma 1-*bis*, può subordinare la richiesta ad una integrazione probatoria necessaria ai fini della decisione. Il giudice dispone il giudizio abbreviato se l'integrazione probatoria richiesta risulta necessaria ai fini della decisione e compatibile con le finalità di economia processuale proprie del procedimento, tenuto conto degli atti già acquisiti ed utilizzabili. In tal caso il pubblico ministero può chiedere l'ammissione di prova contraria. Resta salva l'applicabilità dell'articolo 423.

**5-bis. Con la richiesta presentata ai sensi del comma 5 può essere proposta, subordinatamente al suo rigetto, la richiesta di cui al comma 1, oppure quella di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444.**

6. In caso di rigetto ai sensi del comma 5, la richiesta può essere riproposta fino al termine previsto dal comma 2.

**6-bis. La richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare determina la sanatoria delle nullità, sempre che non siano assolute, e la non rilevanza delle inutilizzabilità, salve quelle derivanti dalla violazione di un divieto probatorio. Essa preclude altresì ogni questione sulla competenza per territorio del giudice.**

#### **Art. 442 c.p.p. – Decisione**

1. Terminata la discussione, il giudice provvede a norma degli articoli 529 e seguenti.

1-*bis*. Ai fini della deliberazione il giudice utilizza 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.

2. In caso di condanna, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è **diminuita della metà se si procede per una contravvenzione e di un terzo se si procede per un delitto**. Alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta. Alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo.

3. La sentenza è notificata all'imputato che non sia comparso.

4. Si applica la disposizione di cui all'articolo 426, comma 2.

#### **Art. 452 c.p.p. – Trasformazione del rito**

1. Se il giudizio direttissimo risulta promosso fuori dei casi previsti dall'articolo 449, il giudice dispone con ordinanza la restituzione degli atti al pubblico ministero.

2. Se l'imputato chiede il giudizio abbreviato, il giudice, prima che sia dichiarato aperto il dibattimento, dispone con ordinanza la prosecuzione del giudizio con il rito abbreviato. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 438, com-

mi 3 e 5, 441, 441-*bis*, 442 e 443; **si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 438, comma 6-*bis***; nel caso di cui all'art. 441-*bis*, comma 4, il giudice, revocata l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato, fissa l'udienza per il giudizio direttissimo.

#### **Art. 458 c.p.p. – Richiesta di giudizio abbreviato**

1. L'imputato, a pena di decadenza, può chiedere il giudizio abbreviato depositando nella cancelleria del giudice per le indagini preliminari la richiesta, con la prova della avvenuta notifica al pubblico ministero, entro quindici giorni dalla notificazione del decreto di giudizio immediato. **Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 438, comma 6-*bis*. Con la richiesta l'imputato può eccepire l'incompetenza per territorio del giudice.**

2. Il giudice fissa con decreto l'udienza in camera di consiglio dandone avviso almeno cinque giorni prima al pubblico ministero, all'imputato, al difensore e alla persona offesa. **Qualora riconosca la propria incompetenza, il giudice la dichiara con sentenza e ordina la trasmissione degli atti al pubblico ministero presso il giudice competente.** Nel giudizio si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 438, commi 3 e 5, 441, 441-*bis*, 442 e 443; nel caso di cui all'articolo 441-*bis*, comma 4, il giudice, revocata l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato, fissa l'udienza per il giudizio immediato.

3. Le disposizioni del presente articolo non si applicano quando il giudizio immediato è stato richiesto dall'imputato a norma dell'articolo 419 comma 5.

\*\*\*\*\*

La disciplina del giudizio abbreviato è stata oggetto di quattro sostanziali modifiche, che combinano in larga parte i contributi delle commissioni di studio per la riforma del processo penale elaborati dalla Commissione Riccio, istituita con d.l. 27 giugno 2006, e della Commissione Canzio, istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 10 giugno 2013; sono poi state introdotte alcune disposizioni di “raccordo” relative al giudizio abbreviato “atipico”, introdotto a seguito di giudizio immediato o di opposizione a decreto penale di condanna.

1. La prima riguarda l'ipotesi della richiesta di abbreviato “secco” avanzata *“immediatamente dopo il deposito dei risultati delle indagini difensive”*.

In questo caso, si prevede che il giudice provveda all'ammissione del rito *“solo dopo che sia decorso il termine non superiore a sessanta giorni, eventualmente richiesto dal pubblico ministero, per lo svolgimento di indagini suppletive limitatamente ai temi introdotti dalla difesa”*.

*“In tal caso”* – prosegue la norma – *“l'imputato ha facoltà di revocare la richiesta”*.

Il legislatore ha inteso mettere ordine su un tema oggetto di dibattito dottrinario oltre che di plurimi interventi della Corte costituzione (ord. 19 febbraio 2007, n. 62; ord. 20 giugno 2005, n. 245; sent. 22 giugno 2009, n. 184; sent. 4 aprile 2011, n. 117) e della Suprema Corte, scegliendo una soluzione suggerita (in termini non esattamente sovrapponibili) dalla Corte costituzionale (sent. n. 117 cit.), la quale aveva scandito i segmenti del procedimento probatorio in udienza preliminare, valorizzando l'esigenza del contraddittorio in relazione agli elementi di prova introdotti *“a sorpresa”* dalla controparte attraverso la previsione di congrui differimenti dell'udienza preliminare (C. cost., sent. 24 gennaio 1994, n. 16).

La scelta del legislatore ha dunque il pregio di aver normativizzato un percorso sino ad oggi soltanto – seppur autorevolmente – *“suggerito”*.

Tuttavia, sarebbe stato forse opportuno prevedere che a seguito di deposito delle indagini difensive in udienza preliminare il pubblico ministero avesse facoltà di attivare il contraddittorio interloquendo sia sull'ammissibilità che *“per produrre documentazione recante elementi di possibile diverso significato”* (così, C. cost. n. 117 cit.).

Si sarebbe così evitato il meccanismo della richiesta di abbreviato *“revocabile”* a seguito della produzione suppletiva da parte del pubblico ministero, che in qualche modo finisce per condizionare il g.u.p. nella valutazione dell'udienza preliminare.

Condivisibile il limite dei *“temi introdotti dalla difesa”* per le indagini suppletive del pubblico ministero.

Quanto, infine, alla facoltà dell'imputato di revocare la richiesta, la locuzione "*in tal caso*" va intesa nel senso che la richiesta è revocabile nel caso in cui il pubblico ministero abbia effettivamente svolto e depositato un'attività suppletiva di indagine.

2. La seconda modifica a prima vista potrebbe sembrare "innocua" se non addirittura momento di attuazione di garanzie difensive ma, a ben vedere, rappresenta l'esatto opposto.

Si tratta dell'introduzione del comma 5-*bis* nel corpo dell'art. 438, che dispone che unitamente alla richiesta condizionata di giudizio abbreviato l'imputato può avanzare, in via subordinata ed in caso di rigetto, richiesta di abbreviato "secco" o di patteggiamento.

La previsione ci pare ingenua e inutile; per certi versi dannosa.

È ingenua perché immaginare un'istanza difensiva con la quale si avanza contestualmente richiesta condizionata di giudizio abbreviato ed, in subordine ed in caso di rigetto, richiesta di patteggiamento, significa avere scarsa consapevolezza delle prassi, essendo evidente che in tal modo il difensore non farebbe altro che anticipare al giudice il suo reale obiettivo ed in qualche modo "suggerire" l'esistenza di un quadro probatorio ... "da patteggiamento".

È inutile perché le conseguenze del rigetto della richiesta di giudizio abbreviato condizionato sono già scandite dall'attuale assetto normativo.

Ed infatti.

A seguito di rigetto della richiesta condizionata, l'imputato può certamente proporre richiesta "secca", essendo pacifico che il termine indicato dall'art. 438, comma 2, è individuabile nella conclusione della fase della discussione in udienza preliminare<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Sul punto, Cass., Sez. Un., 27 marzo 2014, n. 20214, Frijia, ha stabilito che l'istanza 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».

Inoltre, l'imputato può avanzare richiesta di applicazione di pena concordata “*fino alla presentazione delle conclusioni di cui agli articoli 421 comma 3 e 422 comma 3*” (art. 446 comma 1), ovvero anche dopo il rigetto della richiesta condizionata.

Infine, l'imputato può persino rinnovare la richiesta condizionata rigettata, stante il disposto del comma 6 dell'art. 438, come emendato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 169/2003.

Ma la previsione è anche dannosa.

Infatti, sul piano sistematico, legittima un pregiudizio “culturale” sul rito abbreviato, accostato al patteggiamento, come se entrambi i procedimenti fossero accomunati da analoghe finalità e rispondessero a comuni strategie difensive e non, invece, due modalità di definizione processuale profondamente diverse quanto ai possibili esiti ed alle aspettative di chi li richiede.

Sul piano normativo, poi, disciplinando un potere già esistente, potrebbe ingenerare prassi distorte ed interpretazioni restrittive fondate su un (inesistente) obbligo difensivo di specificare sin dall'inizio tutte le richieste di riti “a scalare” (abbreviato condizionato, in subordine “secco”; abbreviato condizionato, in subordine patteggiamento).

**3.** La terza modifica, attraverso l'introduzione di un nuovo comma 6-*bis* all'art. 438, disciplina il regime di deducibilità delle patologie degli atti in sede di giudizio abbreviato, disponendo la sanatoria delle nullità, fatta eccezione per quelle assolute; la non rilevabilità delle inutilizzabilità, salve quelle derivanti dalla violazione di un divieto probatorio; la preclusione di questioni di competenza per territorio.

Prima di analizzare partitamente le modifiche, pare doveroso sottolineare come la disposizione in esame sia il frutto di un pericoloso arretramento culturale, prima ancora che di evidente distonia sistematica.

In sostanza il legislatore, superando il tradizionale bilanciamento su cui si fondava la scelta del rito – rinuncia al contraddittorio per la prova compen-

sata dai benefici premiali in caso di condanna –, finisce con il degradare il giudizio abbreviato a negozio giuridico totalmente abdicativo, in cui la difesa rinuncia incondizionatamente (oltre che al contraddittorio) ad ogni eccezione sui vizi degli atti probatori e processuali.

Tutto ciò in nome dell'assai discutibile principio, enunciato nella Relazione di accompagnamento alla presentazione del disegno di legge, secondo cui *“l'imputato che sceglie l'abbreviato accetta di essere giudicato da quel giudice e sulla base di quel materiale informativo e quindi, proprio per esigenze di efficienza e celerità del giudizio, non sembra che possano sopravvivere questioni afferenti all'idoneità di quel materiale a fondare validamente il giudizio di merito e di quel giudice a pronunciare la decisione nel caso concreto”* (pag. 6).

Appare evidente come la scelta non possa essere in alcun modo condivisa, ove si consideri che un giudizio “breve”, cui è connaturata la significativa ed estremamente onerosa rinuncia allo strumento del contraddittorio sugli elementi che rappresentano la piattaforma del convincimento del giudice, deve quanto meno assicurare il rispetto della legalità formale e sostanziale delle regole: legalità processuale e legalità della prova.

Si tratta di un'esigenza insopprimibile che – proprio per la fisionomia dell'abbreviato – ha ragion d'essere più nel rito contratto che nel procedimento ordinario.

Dunque, nessuna delle preclusioni alla rilevabilità delle patologie può essere condivisa.

Il regime di sanatoria delle nullità, pur recependo un consolidato orientamento giurisprudenziale (Cass., Sez. Un., 21 giugno 2000, n. 17, Tammaro; Cass., Sez. Un., 26 settembre 2006, n. 39298, Cieslinsky), esclude del tutto irragionevolmente la possibilità di eccepire le nullità degli atti a contenuto probatorio.

Assai pericolosa ed assolutamente non condivisibile la non rilevabilità delle inutilizzabilità diverse da quelle derivanti dalla violazione di un divieto probatorio, che, per un verso, determinerebbe la sanatoria di vizi soltanto apparentemente formali, ma sostanzialmente incidenti sulla legalità probatoria, come accade per alcune ipotesi di inutilizzabilità delle intercettazioni (si pensi ad esempio, all'inosservanza della disposizione di cui all'art. 268, comma 3, c.p.p., in ordine all'utilizzo di impianti diversi da quelli installati presso gli uffici della procura della Repubblica, vizio che, in virtù della nuova normativa, sarebbe sanato dalla richiesta di giudizio abbreviato); per altro verso, spingerebbe fuori dal perimetro dei vizi rilevabili tutte quelle ipotesi in cui non è immediatamente percepibile la trasgressione di una *lex probatoria* (come accade ad esempio per le attività di polizia giudiziaria atipiche potenzialmente lesive di diritti fondamentali).

La preclusione di questione di competenza per territorio, infine, benché edulcorata come proposta di riforma che “*si muove lungo le direttrici tracciate dalla giurisprudenza delle sezioni unite ... seppure con una posizione più cauta*” (così, nella Relazione di accompagnamento, pag. 7), rappresenta viceversa un irragionevole passo indietro rispetto all'orientamento delle Sezioni Unite, di cui di fatto contraddice tutti gli argomenti.

Questo il principio di diritto elaborato in materia: “*L'eccezione di incompetenza territoriale è proponibile in limine al giudizio abbreviato che non sia stato preceduto dalla udienza preliminare. Quanto al giudizio abbreviato preceduto dalla udienza preliminare (giudizio abbreviato c.d. tipico) tale eccezione è proponibile, sempre in limine, solo se essa sia stata già proposta (e rigettata) in sede di udienza preliminare*” (Cass., Sez. Un., 29 marzo 2012, n. 27996, Forcelli).

L'orientamento privilegiato dalle Sezioni Unite riposa, in estrema sintesi, sulla presa d'atto delle indubbe “*connessioni costituzionali*” che presentano sia il rito abbreviato che la competenza funzionale, attenendo il primo al

diritto di difesa, la seconda al principio del giudice naturale.

Ragione per cui – sottolineava la Suprema Corte – non è rinvenibile alcun dato normativo da cui ricavare “*la regola per cui l'imputato per poter essere giudicato dal giudice naturalmente competente debba rinunciare ai riti alternativi e, di converso, per poter accedere al giudizio abbreviato debba essere costretto a rinunciare a perseguire la legalità in tema di competenza*”.

La modifica normativa, invece, contrariamente a quanto affermato dalla Suprema Corte:

- legittima effetti discriminatori per l'imputato che si vede privato della possibilità di contestare la scelta del giudice operata dal pubblico ministero con l'atto di impulso dell'azione penale;
- priva l'imputato del diritto, costituzionalmente tutelato, di essere giudicato dal giudice naturale.

Va peraltro sottolineato che per il rito abbreviato “atipico”, ovvero non preceduto da udienza preliminare, in cui non v'è stata alcuna possibilità di eccepire l'incompetenza del giudice, i citati *vulnera* al diritto di essere giudicato dal giudice naturale sono ancor più macroscopici (valgano ancora una volta, le lineari argomentazioni delle Sezioni Unite).

Sul punto, non può non rilevarsi un'ulteriore incongruenza.

Il legislatore ha previsto la possibilità di eccepire l'incompetenza per territorio soltanto nell'ipotesi di conversione del giudizio immediato in abbreviato (cfr. il novellato art. 458, comma 1), omettendo analoga previsione per le ipotesi di conversione da direttissimo e da decreto penale.

La mancanza di ragionevolezza della scelta legislativa – è agevole prevederlo – darà luogo ad incidenti di costituzionalità.

**4.** La quarta modifica, infine, riguarda l'aspetto premiale del rito.

Essa introduce un abbattimento di pena della metà se si procede per un reato contravvenzionale, ferma restando la diminuzione di un terzo se si procede per un delitto (cfr. art. 442, comma 2).



Si tratta di una modifica che non pone particolari problemi interpretativi, ispirata alla logica dell'incentivazione del ricorso alle modalità alternative di definizione del procedimento, che tuttavia appare più "timida" rispetto al progetto elaborato dalla Commissione Canzio che aveva previsto la maggiore riduzione di pena anche per alcuni delitti di minore allarme sociale.

## **2.6.2. Il patteggiamento** **(commi 49-51)** (Lucio Cricri)

### **Art. 130 c.p.p. – Correzione di errori materiali**

1. La correzione delle sentenze, delle ordinanze e dei decreti inficiati da errori od omissioni che non determinano nullità, e la cui eliminazione non comporta una modificazione essenziale dell'atto, è disposta, anche di ufficio, dal giudice che ha emesso il provvedimento. Se questo è impugnato, e l'impugnazione non è dichiarata inammissibile, la correzione è disposta dal giudice competente a conoscere dell'impugnazione.

**1-bis. Quando nella sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti si devono rettificare solo la specie e la quantità della pena per errore di denominazione o di computo, la correzione è disposta, anche d'ufficio, dal giudice che ha emesso il provvedimento. Se questo è impugnato, alla rettificazione provvede la Corte di cassazione a norma dell'articolo 619, comma 2.**

2. Il giudice provvede in camera di consiglio a norma dell'art. 127. Dell'ordinanza che ha disposto la correzione è fatta annotazione sull'originale dell'atto.

### **Art. 448 c.p.p. – Provvedimenti del giudice**

1. Nell'udienza prevista dall'articolo 447, nell'udienza preliminare, nel giudizio direttissimo e nel giudizio immediato, il giudice, se ricorrono le condizioni per accogliere la richiesta prevista dall'articolo 444, comma 1, pronuncia immediatamente sentenza. Nel caso di dissenso da parte del pubblico ministero o di rigetto della richiesta da parte del giudice per le indagini preliminari, l'imputato, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, può rinnovare la richiesta e il giudice, se la ritiene fondata, pronuncia immediatamente sentenza. La richiesta non è ulteriormente rinnovabile dinanzi ad altro giudice. Nello stesso modo il giudice provvede dopo la chiusura del dibattimento di primo grado o nel giudizio di impugnazione quando ritiene ingiustificato il dissenso del pubblico ministero o il rigetto della richiesta.

2. In caso di dissenso, il pubblico ministero può proporre appello; negli altri casi la sentenza è inappellabile.

**2-bis. Il pubblico ministero e l'imputato possono proporre ricorso per cassazione contro la sentenza solo per motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza.**

3. Quando la sentenza è pronunciata nel giudizio di impugnazione, il giudice decide sull'azione civile a norma dell'articolo 578.

**Disposizione transitoria (art. 1, comma 51, l. n. 103/2017).**

**Le disposizioni del comma 2-bis dell'articolo 448 del codice di procedura penale, introdotto dal comma 50, non si applicano nei procedimenti nei quali la richiesta di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale è stata presentata anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge.**

\*\*\*\*\*

Alla disciplina del patteggiamento sono dedicate due disposizioni.

Anzitutto, attraverso l'inserimento di un nuovo comma 1-bis all'interno dell'art. 130 c.p.p., è stato previsto che *“quando nella sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti si devono rettificare solo la specie e la quantità della pena per errore di denominazione o di computo, la correzione è disposta, anche di ufficio, dal giudice che ha emesso il provvedimento. Se questo è impugnato, alla rettificazione provvede la Corte di cassazione a norma dell'articolo 619, comma 2”*.

La disposizione si innesta nel solco dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui *“È inammissibile il ricorso per cassazione proposto al solo fine di ottenere la rettifica della specie o della quantità della pena per errore di denominazione o di computo da parte del giudice di merito, essendo unicamente esperibile in tal caso la procedura di correzione dell'errore materiale, salvo che l'errore non sia pertinente anche a vizi diversi dall'errore di fatto”* (Cass., Sez. III, 18 novembre 2009, n. 49400), dal quale tuttavia pare discostarsi nella parte in cui la nuova disciplina sembrerebbe consentire la rettifica-

zione anche in presenza di ricorso inammissibile.

Con l'introduzione del comma 2-*bis* nell'art. 448 c.p.p. sono stati introdotti rigorosi limiti alla ricorribilità per cassazione della sentenza negoziata.

In particolare, si prevede che *“Il pubblico ministero e l'imputato possono proporre ricorso per cassazione contro la sentenza solo per motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza”*.

Benché i limiti alla ricorribilità delle sentenze oggetto di negoziazione possano in astratto essere condivisi, la disposizione pone alcuni problemi.

Per un verso, infatti, va rilevato che la compatibilità costituzionale dell'istituto del “patteggiamento” riposa in modo rilevante sui poteri/doveri del giudice, tra cui quello di pronunciare l'immediata declaratoria di cause di non punibilità.

Ragione per cui, eliminare la ricorribilità per cassazione di una sentenza equiparata alla sentenza di condanna, che applica una sanzione penale, pur in presenza di una causa di non punibilità, potrebbe essere operazione in contrasto con gli artt. 111, comma settimo, e 27, commi primo e terzo, Cost. (personalità della responsabilità e funzione rieducativa della pena).

L'altro problema riguarda tutte le statuizioni non oggetto di accordo perché *“fuori dalla disponibilità delle parti”*, come le sanzioni amministrative accessorie, le misure di sicurezza e la confisca.

In questi casi, il ricorso per cassazione resta l'unico rimedio non soltanto contro *“l'illegalità della misura di sicurezza”* ma contro ogni erronea statuizione o vizio di motivazione attinente alle statuizioni non oggetto di accordo<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Cfr. ad es. Cass., Sez. II, 21 gennaio 2014, n. 6618, secondo cui *“in tema di patteggiamento, l'estensione dell'applicabilità della confisca, per effetto della l. n. 134 del 2003, a tutte le ipotesi previste dall'art. 240 c.p., e non più solo a quelle previste come ipotesi di confisca obbligatoria, impone al giudice di motivare le ragioni per cui ritiene di dover disporre la confisca di specifici beni sottoposti a*

E' evidente che la nuova disposizione vanificherà ogni forma di controllo su aspetti estremamente rilevanti del negozio processuale.

Per concludere, va precisato che la modifica esaminata – per espressa previsione normativa (art. 1, comma 51, l. n. 103/2017) – avrà riguardo **solo alle richieste di applicazione pena presentate successivamente all'entrata in vigore della legge.**

### **2.6.3. Il procedimento “monitorio”**

**(comma 53)**

(Fabio De Maria)

#### **Art. 459 c.p.p. – Casi di procedimento per decreto**

1. Nei procedimenti per reati perseguibili di ufficio ed in quelli perseguibili a querela se questa è stata validamente presentata e se il querelante non ha nella stessa dichiarato di opporvisi, il pubblico ministero, quando ritiene che si debba applicare soltanto una pena pecuniaria, anche se inflitta in sostituzione di una pena detentiva, può presentare al giudice per le indagini preliminari, entro sei mesi dalla data in cui il nome della persona alla quale il reato è attribuito è iscritto nel registro delle notizie di reato e previa trasmissione del fascicolo, richiesta motivata di emissione del decreto penale di condanna, indicando la misura della pena.

**1-bis. Nel caso di irrogazione di una pena pecuniaria in sostituzione di una pena detentiva, il giudice, per determinare l'ammontare della pena pecuniaria, individua il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l'imputato e lo moltiplica per i giorni di pena detentiva. Nella determinazione dell'ammontare di cui al periodo precedente il giudice tiene conto della condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare. Il valore giornaliero non può essere inferiore alla somma di euro 75 di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva e non può superare di tre volte tale ammontare. Alla pena pecuniaria irrogata in sostituzione della pena detentiva si applica l'articolo 133-ter del codice penale.**

2. Il pubblico ministero può chiedere l'applicazione di una pena diminuita sino alla metà rispetto al minimo edittale.

---

*sequestro, ovvero, in subordine, quelle per cui non ritiene attendibili le giustificazioni eventualmente addotte in ordine alla provenienza del denaro o dei beni confiscati”.*

3. Il giudice, quando non accoglie la richiesta, se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'articolo 129, restituisce gli atti al pubblico ministero.

4. Del decreto penale è data comunicazione al querelante.

5. Il procedimento per decreto non è ammesso quando risulta la necessità di applicare una misura di sicurezza personale.

#### **Art. 464 c.p.p. – Giudizio conseguente all'opposizione**

1. Se l'opponente ha chiesto il giudizio immediato, il giudice emette decreto a norma dell'articolo 456, commi 1, 3 e 5. Se l'opponente ha chiesto il giudizio abbreviato, il giudice fissa con decreto l'udienza dandone avviso almeno cinque giorni prima al pubblico ministero, all'imputato, al difensore e alla persona offesa; nel giudizio si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 438, commi 3 e 5, 441, 441-*bis*, 442 e 443; **si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 438, comma 6-*bis***; nel caso di cui all'articolo 441-*bis*, comma 4, il giudice, revocata l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato, fissa l'udienza per il giudizio conseguente all'opposizione. Se l'opponente ha chiesto l'applicazione della pena a norma dell'articolo 444, il giudice fissa con decreto un termine entro il quale il pubblico ministero deve esprimere il consenso, disponendo che la richiesta e il decreto siano notificati al pubblico ministero a cura dell'opponente. Ove il pubblico ministero non abbia espresso il consenso nel termine stabilito ovvero l'imputato non abbia formulato nell'atto di opposizione alcuna richiesta, il giudice emette decreto di giudizio immediato.

2. Il giudice, se è presentata domanda di oblazione contestuale all'opposizione, decide sulla domanda stessa prima di emettere i provvedimenti a norma del comma 1.

3. Nel giudizio conseguente all'opposizione, l'imputato non può chiedere il giudizio abbreviato o l'applicazione della pena su richiesta, né presentare domanda di oblazione. In ogni caso, il giudice revoca il decreto penale di condanna.

4. Il giudice può applicare in ogni caso una pena anche diversa e più grave di quella fissata nel decreto di condanna e revocare i benefici già concessi.

5. Con la sentenza che proscioglie l'imputato perché il fatto non sussiste, non è previsto dalla legge come reato ovvero è commesso in presenza di una causa di giustificazione, il giudice revoca il decreto di condanna anche nei confronti degli imputati dello stesso reato che non hanno proposto opposizione.

\*\*\*\*\*

La l. n. 103/2017 presenta, all'art. 1, comma 53, un ulteriore innesto normativo che va ad arricchire l'art. 459 c.p.p. nella parte in cui si prevede l'inserimento del comma 1-*bis*, con cui si stabilisce che *“Nel caso di irrogazione di una pena pecuniaria in sostituzione di una pena detentiva, il giudice,*

*per determinare l'ammontare della pena pecuniaria, individua il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l'imputato e lo moltiplica per i giorni di pena detentiva. Nella determinazione dell'ammontare di cui al periodo precedente il giudice tiene conto della condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare. Il valore giornaliero non può essere inferiore alla somma di euro 75 di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva e non può superare di tre volte tale ammontare. Alla pena pecuniaria irrogata in sostituzione della pena detentiva si applica l'articolo 133-ter del codice penale".*

Ebbene, ad una prima lettura sembra che il legislatore si sia preoccupato di tracciare un sentiero lungo il quale deve formarsi la valutazione a cui l'organo giurisdizionale può pervenire in sede di emissione di decreto penale di condanna sotto un profilo meramente quantitativo, andando ad introdurre una regola di condotta o, per meglio dire, una direttiva dettagliata – prendendo in prestito una terminologia cara al diritto comunitario – avente ad oggetto i criteri attraverso i quali determinare l'ammontare della pena pecuniaria in sostituzione di quella detentiva.

In tale prospettiva, al fine di individuare il valore giornaliero su cui calibrare la pena da irrogare a seguito di una semplice moltiplicazione, appare evidente come, con specifico riferimento al procedimento per decreto, ci si è voluti in parte discostare, in buona sostanza, sia dai parametri previsti dall'art. 133-bis c.p. che, in particolare, da quelli sanciti dal successivo art. 135 c.p. che, in sede di conversione tra pene pecuniarie e detentive, individua un preciso valore economico per ogni giorno di reclusione, senza lasciare spazio ad una quantificazione discrezionale dell'organo giudicante.

Per ciò che concerne la prima delle richiamate disposizioni, se è vero che il comma 1 dell'art. 133-bis c.p. impone al giudice (“*deve tenere conto*”) di parametrare l'ammontare della multa o dell'ammenda alle condizioni economiche del reo, il secondo comma indica l'ambito di discrezionalità entro

cui il giudicante può districarsi (“*può aumentarle sino al triplo o diminuirle sino ad un terzo*”), che appare ben più limitato rispetto a quello circoscritto dal legislatore riformista.

Con riguardo, invece, all’art. 135 c.p. in tema di ragguglio tra pene pecuniarie e pene detentive, il legislatore stabilisce il valore di euro 250 per ogni giorno di pena da espiare in restrizione, dando vita ad un notevole inasprimento sanzionatorio con la legge n. 94 del 2009 là dove si consideri che, sino a tale ultima novella legislativa, il parametro di conversione era fermo ad euro 38 ed ancor prima del passaggio alla moneta unica europea a 25.000 lire. Incisivo incremento che, proprio con riferimento al decreto penale di condanna, aveva ed ha di fatto determinato un totale insuccesso di tale rito speciale, quale meccanismo deputato ad apportare un effetto deflativo del carico giudiziario, tanto agognato dal legislatore, a causa dell’ammontare particolarmente oneroso ed a volte davvero esorbitante (si pensi, ad esempio, alle contravvenzioni in materia urbanistico-edilizia) per i *quisque de populo*, sempre più propensi ad opporsi allo stesso, coscienti di affrontare un più garantito e “lungo” *iter* dibattimentale, piuttosto che imbattersi in una sanzione economica così fortemente pregiudizievole ed afflittiva.

Ebbene, sembra che il legislatore riformista abbia inteso cambiare rotta, indirizzandosi verso una proporzionalizzazione della determinazione delle pene pecuniarie alle reali capacità economiche dell’imputato, attribuendo all’organo giurisdizionale una regola di condotta speciale per il calcolo della sanzione da emettersi in sede di procedimento per decreto, adeguandosi in parte alla normativa di carattere generale con cui si sancisce un seppur limitato potere di adeguamento della sanzione alle condizioni economiche del reo, ma discostandosi, invece, dalla previsione secondo cui nel momento della eventuale conversione delle pene si debba procedere ad una sterile commutazione aritmetica.

Non va, tuttavia, sottaciuto che la novella legislativa in analisi, anche in relazione a tale innesto normativo, si presentava inizialmente con una stesura diversa e proiettata ad affidare al giudice un potere discrezionale notevolmente più ampio e, probabilmente, esorbitante. In principio, infatti, la redazione della norma recitava «*Il valore giornaliero non può essere inferiore alla somma di euro 75, o frazione di euro 75, di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva e non può **superare di dieci volte tale ammontare***». Ebbene, l'attribuzione di una così smisurata discrezionalità in capo al giudice per le indagini preliminari ha calamitato, nel corso dei lavori, non poche critiche al riguardo. Ed invero, la forchetta entro cui poter individuare la pena ritenuta di giustizia si presentava notevolmente ampliata (da 75 a 750 euro) rispetto a quella prescritta dall'art. 133-bis c.p.p. (aumento sino al triplo o diminuzione sino ad un terzo), deponendo nelle mani dell'autorità giurisdizionale un potere decisionale eccessivamente ampio da esercitarsi, tra l'altro, a fronte di una statuizione emessa *inaudita altera parte*. Inevitabilmente, maggiore sarebbe stato lo spazio di discrezionalità, minori sarebbero stati i margini di controllo dell'operato reso.

Epperò, avverso tale proposta di modifica, l'Unione Camere Penali, nel documento approntato all'indomani del testo approvato inizialmente alla Camera dei Deputati, ha stigmatizzato l'introduzione del comma in questione rilevando che tale modifica “*attribuisce al giudice che emetta un decreto penale di condanna un così ampio margine di discrezionalità nell'individuazione del valore giornaliero della pena pecuniaria (non inferiore a 75 euro e non superiore a dieci volte tale ammontare) nel caso in cui essa derivi dalla conversione della pena detentiva. La previsione pare, inoltre, poco coerente con quella dettata in via generale dall'art. 133-bis c.p. che, nell'imporre al giudice di tenere conto delle condizioni economiche del reo ai fini della quantificazione della pena pecuniaria, gli conferisce il potere di aumentarla fino al triplo, o di ridurla sino ad un terzo*”.



Censura, quest'ultima, che ha permesso, durante i lavori effettuati in Senato di procedere alla correzione ed alla limatura del testo originario, in modo da tornare ad un dato normativo ragionevole, conforme e non avulso dalla disciplina prevista nella parte generale del codice penale (Libro I, Titolo V, Capo I), capace, quindi, di integrarsi con quest'ultimo in una ottica di coerenza e di eguaglianza di trattamento del reo nel momento della determinazione della pena pecuniaria. Ecco, dunque, che il testo partorito dai lavori del Senato ed approvato con la l. n. 103/2017 sancisce che il valore giornaliero minimo di euro 75 *«non può superare di tre volte tale ammontare»*, in linea sia con l'art. 133-bis c.p. sia con il parametro di conversione ex art. 135 c.p.

La l. n. 103/2017, sempre con riferimento al "Procedimento per decreto", con l'art. 1, comma 48, va a ritoccare l'art. 464, comma 1, c.p.p., là dove inserisce, dopo le parole *«442 e 443»*, la seguente frase: *«si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 438 comma 6-bis»*.

Ebbene, siamo al cospetto di una norma di raccordo che esplica i propri effetti là dove, a fronte della notifica del decreto penale di condanna, l'imputato in sede di opposizione opti per il giudizio abbreviato. In siffatta evenienza, troverà applicazione il comma 6-bis dell'art. 438 c.p.p., così come novellato dall'art. 1, comma 43, della l. n. 103/2017. Pertanto, lo specifico richiamo effettuato dal legislatore riformista alla rinnovata disciplina del giudizio abbreviato impone anche in tali ipotesi di seguire quella stringente normativa in tema: A) di sanatoria di eventuali nullità, purché non siano assolute; B) di non rilevanza delle inutilizzabilità sempre che non siano il frutto di una violazione dei divieti probatori; C) preclusione a qualsivoglia questione inerente la competenza per territorio del giudice chiamato a decidere il rito abbreviato.

Con riferimento alla non appena menzionata normativizzazione della

seppur discutibile giurisprudenza formatasi in materia<sup>17</sup>, non possono che valere le stesse considerazioni spese in merito all'inserimento del comma 6-*bis* nell'art. 438 c.p.p., a cui si rinvia integralmente.

## 2.7. La motivazione della sentenza penale (comma 52) (Massimiliano Cuosta)

### Art. 546 c.p.p. – Requisiti della sentenza

La sentenza contiene:

- a) l'intestazione «in nome del popolo italiano» e l'indicazione dell'autorità che l'ha pronunciata;
  - b) le generalità dell'imputato e le altre indicazioni personali che valgono a identificarlo nonché le generalità delle altre parti private;
  - c) l'imputazione;
  - d) l'indicazione delle conclusioni delle parti;
  - e) **la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri di valutazione della prova adottati e con l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie, con riguardo:**
    - 1) **all'accertamento dei fatti e delle circostanze che si riferiscono all'imputazione e alla loro qualificazione giuridica;**
    - 2) **alla punibilità e alla determinazione della pena, secondo le modalità stabilite dal comma 2 dell'articolo 533, e della misura di sicurezza;**
    - 3) **alla responsabilità civile derivante dal reato;**
    - 4) **all'accertamento dei fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali.**
  - f) il dispositivo, con l'indicazione degli articoli di legge applicati;
  - g) la data e la sottoscrizione del giudice.
2. La sentenza emessa dal giudice collegiale è sottoscritta dal presidente e dal giudice estensore. Se, per morte o altro impedimento, il presidente non può sottoscrivere, alla sottoscrizione provvede, previa menzione dell'impedimento, il componente più an-

---

<sup>17</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 26 settembre 2006, n. 39298, in tema di nullità; Cass., Sez. Un., 21 giugno 2000, n. 16, Tammaro, in tema di inutilizzabilità; Cass., Sez. Un., 29 marzo 2012, Forcelli.

ziano del collegio; se non può sottoscrivere l'estensore, alla sottoscrizione, previa menzione dell'impedimento, provvede il solo presidente.

3. Oltre che nel caso previsto dall'art. 125 comma 3, la sentenza è nulla se manca o è incompleto nei suoi elementi essenziali il dispositivo ovvero se manca la sottoscrizione del giudice.

\*\*\*\*\*

L'originario d.d.l. n. 2798 presentato alla Camera dei Deputati il 23 dicembre 2014 dal Ministro della Giustizia annoverava tra le molteplici, dichiarate, sue finalità la costruzione di un “**modello legale della motivazione «in fatto» della decisione, nella quale risulti esplicito il ragionamento probatorio sull'intero spettro dell'oggetto della prova, che sia idoneo a giustificare razionalmente la decisione secondo il modello inferenziale indicato per la valutazione delle prove**”; nelle intenzioni del proponente, tale innovazione normativa, lungi dall'essere fine a stessa, avrebbe finalmente consentito alla sentenza penale di assurgere ad “**effettivo paradigma devolutivo sul quale commisurare la facoltà di impugnazione delle parti e i poteri di cognizione del giudice dell'impugnazione**”.

La l. n. 103/2017 – recependo, sul punto, il testo del citato d.d.l. – ha inteso perseguire tale obiettivo attraverso la integrale riscrittura della lett. e) dell'art. 546 c.p.p., il cui novellato testo, facendo propria l'elencazione degli spazi cognitivi riservati all'iniziativa probatoria delle parti contenuta nell'art. 187 c.p.p., individua quattro macro-aree sulle quali dovrà focalizzarsi l'impegno argomentativo del giudicante: 1) fatto dedotto in giudizio e sua qualificazione giuridica; 2) punibilità e trattamento sanzionatorio *lato sensu* inteso; 3) responsabilità civile derivante da reato; 4) fatti incidenti sulla applicazione di norme processuali. In riferimento a tali specifici punti la decisione, oltre ad indicare concisamente i motivi, in fatto ed in diritto, a suo fondamento, dovrà illustrare, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 192, co.1, c.p.p., i “**risultati acquisiti**” (e non già le “*prove*” così come imponeva il pre-

vigente testo normativo), i criteri alla cui stregua gli stessi sono stati valutati, nonché le ragioni in forza delle quali non sono state ritenute attendibili le prove contrarie.

Premesso che l'operata sostituzione del termine "*prove*" con quello "*risultati*" ha carattere meramente nominale e non sostanziale, già da una prima superficiale lettura del catalogo di cui alla novellata lett. e) dell'art. 546 c.p.p. emerge chiaramente come, tra quelli in precedenza elencati, unico indeffettibile elemento della sentenza resa all'esito del primo grado di giudizio sarà quello indicato dal n. 1), laddove, in riferimento a quelli contemplati ai successivi n. 2), 3) e 4), l'insorgenza dell'obbligo motivazionale ad essi relativo dipenderà dal concreto sviluppo della specifica vicenda processuale.

Ancorché tale segmento della riforma risulti animato da apprezzabili intenti, avendo, al contempo, il pregio di definire espressamente la struttura della sentenza quanto alla sua parte motiva, alcune osservazioni si impongono.

Innanzitutto, l'innovazione realizzata attraverso la riscrittura della lett. e) dell'art. 546 c.p.p. è, a ben vedere, meno dirompente di quanto possa apparire a prima vista. A tanto induce una lettura del previgente art. 546 c.p.p. condotta alla luce di quanto prescritto dagli art. 192, co. 1, e 187 c.p.p.: premesso, invero, che, ai sensi di tale ultima disposizione sono potenziale oggetto di prova i fatti che si riferiscono alla imputazione, alla punibilità, al trattamento sanzionatorio, alla responsabilità civile e quelli da cui dipende l'applicazione di norme processuali, laddove, in forza dell'art. 192, co. 1, c.p.p., "*il giudice valuta la prova dando conto in motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati*", ne deriva che, anche anteriormente alla riforma in commento, il corretto adempimento dell'obbligo motivazionale imponeva una compiuta analisi delle risultanze istruttorie relative a quei medesima *thema* oggi espressamente elencati nella nuova lett. e) dell'art. 546 c.p.p.

A ciò si aggiunga, poi, come l'omessa previsione di qualsivoglia sanzione correlata alla inosservanza della prescrizione di nuovo conio ne depotenzi enormemente la funzione precettiva di guisa che l'adesione a quello schema sarà sostanzialmente rimessa alla maggiore o minore buona volontà del Giudicante.

(Si rinvia, per gli opportuni collegamenti con la disciplina delle impugnazioni, alla modifica dell'art. 581 c.p.p. e al relativo commento, *infra sub* par. 2.8, pag. 95).

## **2.8. Le modifiche al sistema delle impugnazioni (commi 54-72)**

(Dina Cavalli, Francesco Cedrangolo, Marco Muscariello)

### **2.8.1. Le disposizioni generali**

#### **La rescissione del giudicato**

**(commi 54-55, 59, 63-65, 70-72)**

(Marco Muscariello)

##### **Art. 571 c.p.p. – Impugnazione dell'imputato**

1. **Salvo quanto previsto per il ricorso per cassazione dall'articolo 613, comma 1**, l'imputato può proporre impugnazione personalmente o per mezzo di un procuratore speciale nominato anche prima della emissione del provvedimento.

2. Il tutore per l'imputato soggetto alla tutela e il curatore speciale per l'imputato incapace di intendere o di volere, che non ha tutore, possono proporre l'impugnazione che spetta all'imputato.

3. Può inoltre proporre impugnazione il difensore dell'imputato al momento del deposito del provvedimento ovvero il difensore nominato a tal fine.

4. L'imputato, nei modi previsti per la rinuncia, può togliere effetto all'impugnazione proposta dal suo difensore. Per l'efficacia della dichiarazione nel caso previsto dal comma 2, è necessario il consenso del tutore o del curatore speciale.

##### **Art. 613 c.p.p. – Difensori**

1. **[Salvo che la parte non vi provveda personalmente]** L'atto di ricorso, le memorie e i motivi nuovi devono essere sottoscritti, a pena di inammissibilità, da difensori iscritti nell'albo speciale della Corte di cassazione. Davanti alla corte medesima le parti sono rappresentate dai difensori.

2. Per tutti gli atti che si compiono nel procedimento davanti alla corte, il domicilio delle parti è presso i rispettivi difensori, salvo quanto previsto dal comma 4. Il difensore è nominato per la proposizione del ricorso o successivamente; in mancanza di nomina il difensore è quello che ha assistito la parte nell'ultimo giudizio, purché abbia i requisiti indicati nel comma 1.

3. Se l'imputato è privo del difensore di fiducia, il presidente del collegio provvede a norma dell'articolo 97.

4. Gli avvisi che devono essere dati al difensore sono notificati anche all'imputato che non sia assistito da difensore di fiducia.

5. Quando il ricorso concerne gli interessi civili, il presidente, se la parte ne fa richiesta, nomina un difensore secondo le norme sul patrocinio dei non abbienti.

\*\*\*\*\*

I commi 54 e 63 dell'art. 1 vanno letti in modo coordinato, in quanto l'inserimento nel corpo del primo comma dell'art. 571 c.p.p. dell'inciso, in premessa, "Salvo quanto previsto per il ricorso per cassazione dall'articolo 613 comma 1" (comma 54) e la soppressione, al comma 1 dell'art. 613 c.p.p., dell'inciso "Salvo che la parte non vi provveda personalmente" (comma 63) determinano la restrizione dei casi di impugnazione proponibili personalmente dall'**imputato**, **escludendo che lo stesso possa proporre autonomamente il ricorso per cassazione**, riservando tale facoltà al solo difensore iscritto nell'albo speciale.

Tale formulazione dei commi era identica anche nel testo approvato dalla Camera prima delle modifiche apportate dal Senato (nel documento parlamentare S-2067) ed appare iscriversi all'esigenza, ispiratrice anche di altre modifiche dello stesso articolato, di restringere il contenzioso della Cassazione penale, limitando la proponibilità del ricorso solo ai tecnici specializzati, in modo da evitare possibili impugnazioni aspecifiche o "a-tecniche", in un'ottica di generalizzata restrizione dei casi di ammissibilità delle impugnazioni. In questo senso, se, da un lato, il *novum* è potenzialmente in grado di assicurare migliore "qualità" della impugnazione dinanzi al giudice di legittimità, dall'altro, rischia di restringere uno strumento di libero accesso ai rimedi processuali anche da parte dell'imputato che non voglia o non possa, per ragioni economiche, avvalersi di un avvocato iscritto nell'albo speciale, anche alla luce della scarsa incidenza del gratuito patrocinio.

### **Art. 581 c.p.p. – Forma dell’impugnazione**

1. L’impugnazione si propone con atto scritto nel quale sono indicati il provvedimento impugnato, la data del medesimo e il giudice che lo ha emesso, **con l’enunciazione specifica, a pena di inammissibilità:**

- a) dei capi o dei punti della decisione ai quali si riferisce l’impugnazione;**
- b) delle prove delle quali si deduce l’inesistenza, l’omessa assunzione o l’omessa o erronea valutazione;**
- c) delle richieste, anche istruttorie;**
- d) dei motivi, con l’indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta.**

\*\*\*\*\*

Tale modifica dell’art. 581, apportata dal comma 55 dell’art. 1 della l. n. 103/2017, è identica anche nel testo approvato dalla Camera prima delle modifiche apportate dal Senato (nel documento parlamentare S-2067), benché rispetto a quel testo, sia stato soppresso un comma *1-bis* da introdurre nell’articolo 591 c.p.p., avente ad oggetto la possibilità che anche il giudice *a quo* rilevi la inammissibilità dell’impugnazione, per tutti i casi previsti dalle varie ipotesi dell’art. 591, ad eccezione di quelli contemplati dall’art. 581 c.p.p., riservati al solo giudice dell’impugnazione.

Con tale modifica si richiede che l’**atto di appello** sia caratterizzato da una stringente **specificità** nella indicazione dei capi e punti della sentenza impugnati, delle prove non correttamente valutate o del tutto trascurate o di quelle che si chiede di assumere, in uno con le ragioni di diritto e di fatto che sorreggono le richieste, ampliando notevolmente il potere di declaratoria di inammissibilità dell’atto di appello da parte del giudice dell’impugnazione.

La novella si ispira chiaramente all’esigenza, già riscontrabile nella giurisprudenza della Corte di cassazione, di limitare la trattazione delle impugnazioni ai soli casi di rimedi proposti in modo puntuale e specifico, in antitesi al principio del *favor impugnationis*; tendenza questa ulteriormente manifestatasi con la recente sentenza Galtelli delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (Cass., Sez. Un., 27 ottobre 2016, n. 8825, Galtelli).



Con tale pronuncia, il Supremo collegio ha optato in favore dell'orientamento più restrittivo manifestatosi nella giurisprudenza di legittimità, in ordine al profilo della ammissibilità delle impugnazioni in generale e dell'appello in particolare, superando le distinzioni tra il rigore necessario a valutare la ammissibilità del ricorso per cassazione ed il maggiore favore nei confronti dell'atto di appello.

Di fatto, si individua una “categoria unitaria” della inammissibilità delle impugnazioni (nel solco dei principi codicistici unitari), sia per i ricorsi che per gli appelli, incentrata prevalentemente sulla necessità di una stringente specificità delle impugnazioni, specificità che è considerata preconditione ai fini della accoglibilità delle impugnazioni, secondo le diverse regole di giudizio delle stesse (tra gravami di merito e di legittimità).

Questa impostazione recentissima della giurisprudenza, che non pare tenere in debito conto la natura dell'atto di appello e la sua diversità rispetto al ricorso per cassazione – per essere il primo un atto di critica a forma libera (sebbene specifico), mentre il secondo a critica vincolata (nel solco dei vizi di cui all'art. 606 c.p.p.) –, è stata peraltro valutata con preoccupazione dall'UCPI, che con nota pubblicata all'indomani del deposito della motivazione della sentenza, ha segnalato il rischio di un serio depotenziamento dello strumento dell'appello.

Paventando un pericoloso “arbitrio interpretativo”, l'UCPI ha segnalato la diversità tra le due impugnazioni, quella di merito e quella di legittimità, anche in ragione della asimmetria tra i giudizi, nel dualismo sentenza-impugnazione, sul versante delle reciproche sanzioni. Infatti, mentre alla a-specificità della sentenza di secondo grado, rispetto alle doglianze prospettate dall'appellante, è pur sempre collegabile in Cassazione il vizio di motivazione, ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., cui consegue l'annullamento della sentenza, nel caso della a-specificità della sentenza di primo grado, rispetto ai dettami dell'art. 546, comma 1, lett. e) c.p.p., non vi

è sanzione di nullità, riservata ai casi di mancanza assoluta della motivazione, di mancanza o incompletezza del dispositivo o di mancanza della firma del giudice, ai sensi dell'art. 546, comma 3, c.p.p.

Per contro, così come è inammissibile il ricorso per Cassazione a-specifico, l'intervento della novella spinge verso un maggior rigore valutativo anche il giudizio di ammissibilità dell'atto di appello, sul versante della mancanza di specificità, ricollegando una sanzione tanto grave (e potenzialmente preliminare anche all'instaurazione del contraddittorio), quale l'inammissibilità, ad un atto che impugna una sentenza la cui a-specificità, di fatto, non è sanzionata e può pertanto essere generica.

La conseguenza è che si finisce per imporre la specificità estrema a doglianze di merito che si "confrontano" con una sentenza che può essere anche "generica".

Segnalava significativamente il documento dell'UCPI che se "visti e valutati i parametri di cui all'art. 133 c.p." è considerata motivazione sufficiente a soddisfare l'obbligo costituzionale di cui all'art. 111 Cost., non si vede perché la richiesta di rideterminazione della pena in termini più favorevoli all'imputato, proposta nei motivi di appello sulla stessa base, debba essere ritenuta "generica".

Né la modifica normativa proposta dal comma 52, dello stesso articolato, che vedrebbe riscrivere la lett. e) dell'art. 546 c.p.p. nel senso di imporre maggiore specificità alla motivazione della sentenza di primo grado, può rassicurare chi abbia a cuore la funzione di garanzia per l'imputato, collegata al doppio grado di merito.

Infatti, l'assenza di una sanzione per la sentenza che violi il precetto dell'art. 546, comma 1, lett. e) c.p.p., anche nella nuova formulazione, viepiù collegata alla possibilità del giudice di appello di integrare la motivazione carente della sentenza di primo grado, vanifica di fatto la efficacia della novella.

Conclusivamente, l'abbandono del criterio di "mediazione interpretativa" del *favor impugnationis*, dimostrato dall'azione combinata della recente giurisprudenza di legittimità e dalla proposta di modifica legislativa in argomento, lascia intravedere possibili margini di eccessiva discrezionalità, con il serio rischio di depotenziamento dell'appello.

In barba all'(iniziale) enfatica intitolazione dell'articolato parlamentare, dichiaratamente volto al potenziamento sia dell'efficienza del processo che delle garanzie difensive, la modifica dell'art. 581 c.p.p. pare rispondere solo alla prima esigenza, attuata mediante la deflazione del carico processuale di secondo grado, limitando di fatto la seconda, essendo possibile ipotizzare un concreto pregiudizio per le garanzie dell'imputato, tra le quali – ancora oggi – il nostro ordinamento prevede il doppio grado di merito.

#### **Art. 48 c.p.p. – Decisione**

1. La Corte di cassazione decide in camera di consiglio a norma dell'articolo 127, dopo aver assunto, se necessario, le opportune informazioni.

2. Il Presidente della Corte di cassazione, se rileva una causa d'inammissibilità della richiesta, dispone che per essa si proceda a norma dell'articolo 610, comma 1.

3. L'avvenuta assegnazione della richiesta di rimessione alle sezioni unite o a sezione diversa dall'apposita sezione prevista dall'articolo 610, comma 1, è immediatamente comunicata al giudice che procede.

4. L'ordinanza che accoglie la richiesta è comunicata senza ritardo al giudice procedente e a quello designato. Il giudice procedente trasmette immediatamente gli atti del processo al giudice designato e dispone che l'ordinanza della Corte di cassazione sia per estratto comunicata al pubblico ministero e notificata alle parti private.

5. Fermo quanto disposto dall'articolo 190-*bis*, il giudice designato dalla Corte di cassazione procede alla rinnovazione degli atti compiuti anteriormente al provvedimento che ha accolto la richiesta di rimessione, quando ne è richiesto da una delle parti e non si tratta di atti di cui è divenuta impossibile la ripetizione. Nel processo davanti a tale giudice le parti esercitano gli stessi diritti e facoltà che sarebbero loro spettati davanti al giudice originariamente competente.

6. Se la Corte rigetta o dichiara inammissibile la richiesta delle parti private queste con la stessa ordinanza possono essere condannate al pagamento a favore della cassa delle ammende di una somma da 1.000 euro a 5.000 euro, **che può essere aumentata fino al doppio, tenuto conto della causa di inammissibilità della richiesta.**

**6-bis. Gli importi di cui al comma 6 sono adeguati ogni due anni con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle fi-**

**nanze, in relazione alla variazione, accertata dall'Istituto nazionale di statistica, dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati, verificatasi nel biennio precedente.**

**Art. 616 c.p.p. – Spese e sanzione pecuniaria in caso di rigetto o di inammissibilità del ricorso**

1. Con il provvedimento che dichiara inammissibile o rigetta il ricorso, la parte privata che lo ha proposto è condannata al pagamento delle spese del procedimento. Se il ricorso è dichiarato inammissibile, la parte privata è inoltre condannata con lo stesso provvedimento al pagamento a favore della cassa delle ammende di una somma da euro 258 a euro 2.065, che può essere aumentata fino al triplo, tenuto conto della causa di inammissibilità del ricorso. Nello stesso modo si può provvedere quando il ricorso è rigettato.

**1-bis. Gli importi di cui al comma 1 sono adeguati ogni due anni con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, in relazione alla variazione, accertata dall'Istituto nazionale di statistica, dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati, verificatasi nel biennio precedente.**

\*\*\*\*\*

I commi 59, 64 e 65 dell'art. 1 della l. n. 103/2017 vanno letti in modo combinato perché di fatto prevedono l'aumento delle sanzioni costituite dal pagamento di una somma alla cassa delle ammende nei casi in cui la Corte di cassazione dichiara la inammissibilità dei ricorsi, sia in generale che in particolare con riferimento alla ipotesi di rimessione del processo.

In particolare, con disposizioni non modificate rispetto al documento parlamentare S-2067, la riforma introduce due incisi che, modificando rispettivamente, l'art. 48, comma 6, c.p.p. e l'art. 616, comma 1, c.p.p., prevedono la possibilità di aumentare “sino al doppio” (per i casi di inammissibilità della richiesta di rimessione del processo) e “sino al triplo” (per i ricorsi in generale) l'importo della somma a favore della cassa delle ammende, cui può essere condannato il ricorrente che si veda dichiarare inammissibile il gravame.

A tali modifiche si aggiunge in entrambi i casi l'inciso “tenuto conto dei casi di inammissibilità” della richiesta o del ricorso, conferendo di fatto la possibilità alla Corte di cassazione di parametrare questi importi sanzionatori

al tipo di causa di inammissibilità riscontrata, nel solco deflativo della novella, ispirata alla riduzione del carico di lavoro del Giudice di legittimità, essendo lo stesso aumentato negli ultimi anni per effetto di un contenzioso definito, nei lavori parlamentari, meramente “defatigatorio”, perché ispirato a mere finalità dilatorie.

Di scarso rilievo, poi, appare l’introduzione di due commi aggiunti, il comma 6-*bis* all’art. 48 c.p.p. ed il comma 1-*bis* all’art. 616 c.p.p., che prevede l’adeguamento biennale dei predetti importi, a mezzo decreto del Ministero della giustizia, collegato alla variazione dell’indice Istat dei prezzi al consumo.

L’intervento normativo in sé non pone particolari criticità interpretative, pur lasciano spazio a riflessioni, da un lato, sul rischio che in pochi possano permettersi il rischio di un ricorso per cassazione dichiarato inammissibile e, dall’altro, sulla marcata accentuazione di una sanzione pecuniaria per chi impugna le sentenze penali senza adeguate motivazioni o propone istanze di rimessione non consentite, punendolo per aver impegnato inutilmente la Corte di cassazione, cui non corrisponde di certo un correlato impegno economico dello Stato nel ristorare i danni da “processo ingiusto”, tantomeno per i costi subiti (basterà richiamare, sul punto, la scarsa attenzione normativa dedicata al tema, aggravata dalla stretta giurisprudenziale riscontrabile in tema di riparazione per ingiusta detenzione o applicazioni della legge Pinto).

Pertanto, l’intervento di modifica rischia di veder utilizzata la sanzione pecuniaria come strumento per scoraggiare ricorsi fondati su indirizzi esegetici contrari a quelli uniformi o maggioritari.

#### **Art. 629-*bis* c.p.p. – Rescissione del giudicato**

**1. Il condannato o il sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato, nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, può ottenere la rescissione del giudicato qualora provi che l’assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo.**

2. La richiesta è presentata alla corte di appello nel cui distretto ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento, a pena di inammissibilità, personalmente dall'interessato o da un difensore munito di procura speciale autenticata nelle forme previste dall'articolo 583, comma 3, entro trenta giorni dal momento dell'avvenuta conoscenza del procedimento.

3. La corte di appello provvede ai sensi dell'articolo 127 e, se accoglie la richiesta, revoca la sentenza e dispone la trasmissione degli atti al giudice di primo grado. Si applica l'articolo 489, comma 2.

4. Si applicano gli articoli 635 e 640.

\*\*\*\*\*

I commi 70 e 71 dell'art. 1 vanno ancora una volta letti in modo combinato perché incidono fortemente sull'istituto della “**rescissione del giudicato**”, senza aver subito alcuna modifica rispetto al documento parlamentare S-2067. Il testo attuale dell'articolo 625-ter c.p.p., così come introdotto dalla legge 28 aprile 2014 n. 67, viene riformulato nell'articolo 629-bis c.p.p., spostando la competenza a decidere della rescissione in capo alla “*Corte di appello del distretto in cui ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento*” e prevedendo, come ulteriore novità, che “*si applicano gli articoli 635 e 640*” del codice di procedura penale, concernenti la possibilità che la Corte di Appello disponga la sospensione dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza e che possa proporsi avverso la decisione della Corte, sulla rescissione, ricorso per Cassazione, secondo lo schema della revisione.

In ordine alla competenza funzionale, la scelta di attribuire la cognizione alla corte d'appello ha indotto il legislatore a inserire la disciplina relativa nel titolo dedicato alla revisione, suscitando perplessità collegate alla introduzione di un nuovo rimedio straordinario che ha in comune con la revisione solo la competenza e il richiamo a due disposizioni espressamente applicabili anche alla rescissione (artt. 635 e 640 c.p.p.).

La nuova figura di revisione, collegata a motivi procedurali, ha tuttavia il pregio di attribuire la competenza a decidere della rescissione del giudicato

ad un organo, la corte di appello, che appare più adeguato al tipo di giudizio, tenuto conto della necessità di accesso agli atti e di valutazioni di merito.

Peraltro, tale modifica di competenza si iscrive, certamente, nel senso di una generalizzata riduzione del carico di lavoro della Cassazione penale, che sta alla base anche di altri interventi di modifica.

Quanto agli aspetti procedurali, il primo comma del nuovo art. 629-*bis* c.p.p. stabilisce che il condannato possa ottenere la rescissione del giudicato pronunciato in assenza qualora *“provi che l’assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo”*. Tale comma è rimasto dunque sostanzialmente identico a quello dell’abrogato art. 625-*ter* c.p.p., nonostante le perplessità suscitate dalla scelta di lasciare in capo all’imputato l’onere di dimostrare l’assenza di colpa circa la mancata conoscenza del processo. L’unica modifica – apparentemente priva di conseguenze sul piano pratico – consiste nella sostituzione del verbo “chiedere” con “ottenere”. Nel comma 2 – anziché rifarsi all’art. 633, comma 1, c.p.p., secondo cui la richiesta deve essere presentata *“nella cancelleria della corte di appello individuata secondo i criteri di cui all’articolo 11”* – il legislatore ha stabilito che la richiesta vada presentata alla *“corte di appello nel cui distretto ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento”*.

Coerente con la nuova competenza attribuita alla corte di appello appare poi il richiamo agli artt. 635 e 640 c.p.p., concernenti la possibilità per il giudice di disporre la sospensione dell’esecuzione della pena o della misura di sicurezza e quella di proporre ricorso per cassazione avverso la decisione della corte.

#### **Art. 1, comma 72**

**I presidenti delle corti di appello, con la relazione sull’amministrazione della giustizia prevista dall’articolo 86 dell’ordinamento giudiziario, di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, e successive modificazioni, riferiscono dati e valutazioni circa la durata dei giudizi di appello avverso le sentenze di condanna, non-**

ché dati e notizie sull'andamento dei giudizi di appello definiti ai sensi dell'articolo 599-*bis* del codice di procedura penale, introdotto dal comma 56.

\*\*\*\*\*

Il comma 72 dell'art. 1 prevede poi che i presidenti delle corti di appello relazionino periodicamente sull'amministrazione della giustizia, “*riferendo dati e valutazioni circa la durata dei giudizi di appello avverso le sentenze di condanna*” e sui giudizi di cui al rinnovato c.d. “*patteggiamento in appello*”, nel solco evidente di verificare costantemente l'efficacia deflativa e la funzionalità delle modifiche apportate in tema di appello.

Dall'esplicito riferimento alle sole “*sentenze di condanna*”, si evince che si vuole testare la funzionalità del nuovo sistema di calcolo della prescrizione, per predisporre eventuali correttivi.

## **2.8.2. Il giudizio di appello** **(commi 56-58)** **(Dina Cavalli)**

**Art. 599-*bis* c.p.p. – Concordato anche con rinuncia ai motivi di appello**

**1. La corte provvede in camera di consiglio anche quando le parti, nelle forme previste dall'articolo 589, ne fanno richiesta dichiarando di concordare sull'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi di appello, con rinuncia agli altri eventuali motivi. Se i motivi dei quali viene chiesto l'accoglimento comportano una nuova determinazione della pena, il pubblico ministero, l'imputato e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria indicano al giudice anche la pena sulla quale sono d'accordo.**

**2. Sono esclusi dall'applicazione del comma 1 i procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, i procedimenti per i delitti di cui agli artt. 600-*bis*, 600-*ter*, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600-*quater*, secondo comma, 600-*quater*.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-*quinqies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater* e 609-*octies* del co-**



dice penale, nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza.

3. Il giudice, se ritiene di non poter accogliere, allo stato, la richiesta, ordina la citazione a comparire al dibattimento. In questo caso la richiesta e la rinuncia perdono effetto, ma possono essere riproposte nel dibattimento.

4. Fermo restando quanto previsto dal comma 1 dell'articolo 53, il procuratore generale presso la corte di appello, sentiti i magistrati dell'ufficio e i procuratori della Repubblica del distretto, indica i criteri idonei a orientare la valutazione dei magistrati del pubblico ministero nell'udienza, tenuto conto della tipologia dei reati e della complessità dei procedimenti.

#### **Art. 602 c.p.p. – Dibattimento di appello**

1. Nell'udienza, il presidente o il consigliere da lui delegato fa la relazione della causa.

**1-bis.** Se le parti richiedono concordemente l'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi di appello a norma dell'art. 599-bis, il giudice, quando ritiene che la richiesta deve essere accolta, provvede immediatamente; altrimenti dispone la prosecuzione del dibattimento. La richiesta e la rinuncia ai motivi non hanno effetto se il giudice decide in modo difforme dall'accordo.

2. [comma abrogato dal d.l. 23 maggio 2008 n. 92, convertito, con modificazioni, nella l. 24 luglio 2008 n. 125]

3. Nel dibattimento può essere data lettura, anche di ufficio, di atti del giudizio di primo grado nonché, entro i limiti previsti dagli articoli 511 e seguenti, di atti compiuti nelle fasi antecedenti.

4. Per la discussione si osservano le disposizioni dell'articolo 523.

\*\*\*\*\*

I predetti articoli vanno analizzati congiuntamente in quanto entrambi volti a disciplinare il concordato in appello.

Con la l. n. 103/2017 è stato previsto l'inserimento nel codice di rito, dopo l'art. 599 c.p.p., dell'art. 599-bis., per l'appunto intitolato "**Concordato anche con rinuncia ai motivi di appello**", attraverso il quale si reintroduce nel nostro ordinamento un istituto che aveva subito in passato diversi interventi.

Inserito nel nostro ordinamento giuridico dal Legislatore del 1989 con la pronuncia della Corte delle Leggi n. 435 del 10 ottobre 1990 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui prevedeva che nel patto

negoziale potessero rientrare anche le circostanze relative all'accertamento della responsabilità penale.

La sentenza è stata “travolta” dalla novella del 1999 (l. 19 gennaio 1999 n. 14), che ha fatto rivivere l'originario spazio di operatività dell'istituto con i commi 4 e 5 dell'art. 599 c.p.p. ed il comma 2 dell'art. 602 c.p.p.; commi di poi abrogati dalla lettera i) del comma 1 dell'art. 2 del d.l. 23 maggio 2008 n. 92, convertito, con modificazioni, nella l. 24 luglio 2008 n. 12.

L'introduzione dell'art. 599-*bis* c.p.p. comporta la conseguente modifica dell'art. 602 c.p.p., ove dopo il comma 1 è previsto l'inserimento del comma 1-*bis*.

Senonché il primo ed il terzo comma dell'articolo di nuova introduzione, così come il comma 1-*bis* dell'art. 602 c.p.p., riprendono pedissequamente il testo del 1999 per quanto concerne la natura dell'istituto, la procedura ed i poteri del giudice.

Tale strumento processuale – comunemente denominato in maniera impropria sotto la precedente vigenza “patteggiamento in appello” – consente alle parti, prima che inizi il dibattimento o anche successivamente, di raggiungere un accordo in ordine all'accoglimento in tutto od in parte dei motivi di impugnazione, con rinuncia agli altri, da sottoporre al giudice di appello.

Sostanzialmente attraverso questo strumento si limita l'ambito del *devolutum* ai soli motivi di impugnazione che si ritiene siano meritevoli di accoglimento, svincolando il giudice di appello dall'obbligo motivazionale sulle restanti doglianze contenute nell'atto introduttivo.

Nel caso in cui i motivi dei quali viene chiesto l'accoglimento comportino una rideterminazione della pena, le parti (pubblico ministero, imputato e persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria) indicano al giudice anche l'entità sulla quale hanno raggiunto l'accordo.

Diversamente, però, dal rito alternativo del patteggiamento, questa forma semplificata del giudizio di appello non comporta benefici né riduzione

di pena, in quanto consente esclusivamente il raggiungimento di un accordo sulla riduzione della pena concretamente inflitta, che comunque non potrà mai essere inferiore al limite edittale.

È ovviamente previsto il vaglio del giudice, così come disposto dal comma 3 dell'art. 599-*bis* e dal comma 1-*bis* dell'art. 602 codice di rito, che ricalcano la normativa del 1999.

Pertanto nel caso disciplinato dall'art. 599-*bis* c.p.p. il giudice procede in camera di consiglio se accoglie la richiesta avanzata nelle forme dell'art. 589 c.p.p.; diversamente – laddove la ritenga inammissibile o infondata ovvero ritenga incongrua la pena così come rideterminata dalle parti – ordina la citazione a comparire al dibattimento, ma la richiesta e la rinuncia, che perdono effetto, possono essere riproposte nel dibattimento (art. 599-*bis*, comma 3, c.p.p.).

La richiesta *ex art.* 599-*bis* c.p.p. può essere formulata anche nel dibattimento di appello ai sensi del comma 1-*bis* dell'art. 602 c.p.p., ossia nell'udienza dopo la relazione della causa.

In tal caso il Giudice, se non ritiene di poterla accogliere, dispone la prosecuzione del dibattimento.

La richiesta e la rinuncia non hanno effetto se il giudice dispone in maniera difforme.

Due soli gli elementi di novità rispetto alla disposizione previgente, di poi abrogata.

In primo luogo la previsione al comma 2 dell'art. 599-*bis* c.p.p. di alcuni **casi di esclusione**.

Ed invero, anche per questo istituto si ripropone il problema del **doppio binario** in quanto con la riforma ne restano esclusi dall'applicazione alcune ipotesi di reato, e più precisamente i delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, i delitti di cui agli articoli 600-*bis*, 600-*ter*, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600-*quater*, secondo comma, 600-*quater*. 1, relativamente alla

condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600- *quinquies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p., nonché i procedimenti contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza.

In secondo luogo – impregiudicata la piena autonomia del magistrato del pubblico ministero nell’esercizio delle sue funzioni nell’udienza, riconosciuta dall’art. 53, comma 1, c.p.p. – con il quarto comma dell’art. 599-*bis* c.p.p. si prevede che il procuratore generale presso la corte di appello – previa consultazione con i magistrati dell’ufficio ed i procuratori della Repubblica del distretto – indichi “*i criteri idonei a orientare la valutazione dei magistrati del pubblico ministero nell’udienza, tenuto conto della tipologia dei reati e della complessità dei procedimenti*”.

Si deve ritenere che la finalità di tali ultime disposizioni sia quella – nel reintrodurre un strumento deflativo utile alla luce dell’eccessiva mole di processi che determinano uno stallo del procedimento nella fase di appello – di arginare le derive che si erano registrate sotto la vigenza dell’istituto oggetto di abrogazione.

Ma se è chiara la limitazione di natura oggettiva posta con il comma 2, riesce difficile immaginare in cosa possano sostanziarsi i criteri di cui al comma 4, soprattutto laddove si consideri che uno dei parametri è rappresentato per l’appunto dalla tipologia dei reati e che la riforma già esclude *in nuce* l’applicazione di tale strumento processuale per i procedimenti aventi ad oggetto l’accertamento di talune fattispecie criminose tassativamente elencate.

#### **Art. 603 c.p.p. – Rinnovazione dell’istruzione dibattimentale**

1. Quando una parte, nell’atto di appello o nei motivi presentati a norma dell’art. 585 comma 4, ha chiesto la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado o l’assunzione di nuove prove, il giudice, se ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti, dispone la rinnovazione dell’istruzione dibattimentale.

2. Se le nuove prove sono sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nei limiti previsti dall'art. 495 comma 1.

3. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è disposta di ufficio se il giudice la ritiene assolutamente necessaria.

**3-bis. Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.**

4. [comma abrogato dalla l. 28 aprile 2014, n. 67]

5. Il giudice provvede con ordinanza, nel contraddittorio delle parti.

6. Alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, disposta a norma dei commi precedenti, si procede immediatamente. In caso di impossibilità, il dibattimento è sospeso per un termine non superiore a dieci giorni.

\*\*\*\*\*

La riforma – che prevede un caso di **rinnovazione obbligatoria di ufficio** – tende a sopire un travagliato dibattito sulla sostanziale compromissione del diritto di difesa dell'imputato, che, per effetto dell'impugnazione del rappresentante della pubblica accusa, possa vedere ribaltato l'esito del giudizio di primo grado conclusosi con sentenza assolutoria a seguito di una valutazione meramente cartolare delle prove dichiarative assunte in dibattimento.

In questo *iter* va inserita la legge 20 febbraio 2006 n. 46 – anche nota come Legge Pecorella –, che aveva introdotto significativi limiti al potere di impugnazione del pubblico ministero delle sentenze di proscioglimento, e la pronuncia della Corte costituzionale n. 26 del 6 febbraio 2007, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 1 della predetta legge nella parte in cui escludeva che il pubblico ministero potesse appellare le sentenze di proscioglimento, fatta eccezione per i casi in cui fosse stata scoperta o fosse sopravvenuta una nuova prova decisiva.

Antecedenti specifici giurisprudenziali del citato comma 3-*bis* vanno rinvenuti tanto nelle pronunce della Corte edu (caso Dan contro Moldavia; caso Destrehen contro Francia), quanto nella giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione (**Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta**;

Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, n. 46718, Patalano, informazione provvisoria).

Con il progetto di legge, infatti, si è sostanzialmente codificato un principio espresso dalla Suprema Corte a Sezioni Unite con la pronuncia emessa all'esito dell'udienza pubblica del 28 aprile 2016, ricorrente Dasgupta in ottemperanza ad un'interpretazione convenzionalmente orientata (ex art. 6, par. 3, lett. d, CEDU) dell'art. 603 c.p.p..

Si è osservato, infatti, come la riforma della sentenza assolutoria di primo grado con conseguente affermazione della penale responsabilità dell'imputato senza diretta assunzione della prova dichiarativa contrasti con *“la giurisprudenza della Corte EDU che reputa iniqua la riforma della sentenza assolutoria di primo grado fondata su di una diversa valutazione, esclusivamente cartolare, dell'attendibilità di una testimonianza decisiva qualora, nella fase processuale, conclusasi con l'assoluzione, la stessa prova, formata nel contraddittorio, sia stata ritenuta non attendibile”* .

Ed invero, il rispetto dell'art. 6 CEDU – secondo l'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo – comporta la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale ogni qualvolta il soggetto che propone impugnazione avverso una pronuncia assolutoria rappresenti la possibilità di un diverso apprezzamento circa l'attendibilità di una prova dichiarativa decisiva assunta nel giudizio di primo grado.

Sulla base di queste considerazioni la Suprema Corte a Sezioni Unite è pervenuta ad affermare il seguente principio di diritto: *“la previsione contenuta nell'art.6, par. 3, lett. d), della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, relativa al diritto dell'imputato di esaminare o fare esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico, come definito dalla giurisprudenza consolidata della Corte EDU, la quale costituisce parametro interpretativo delle norme processuali interne, implica che, nel caso di appello*

*del pubblico ministero avverso una sentenza assolutoria, fondata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, il giudice di appello non può riformare la sentenza impugnata nel senso dell'affermazione della responsabilità penale dell'imputato senza aver proceduto, anche di ufficio, a norma dell'art. 603, comma 3, cod. proc. pen., a rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado”.*

*Pertanto “la sentenza del giudice di appello che, in riforma di quella di proscioglimento di primo grado, affermi la responsabilità dell'imputato sulla base di una diversa valutazione della prova dichiarativa, ritenuta decisiva, senza avere proceduto alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, è affetta da vizio di motivazione deducibile dal ricorrente a norma dell'art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., in quanto la condanna contrasta in tal caso con la regola di giudizio “al di là di ogni ragionevole dubbio” di cui all'art. 533, comma 1, cod. proc. pen.”.*

Il disposto del comma 3-bis dell'art. 603 c.p.p. rappresenta, quindi, l'approdo normativo della giurisprudenza della Corte EDU e dei principi espressi dalle Sezioni Unite, senza – però – testualmente riproporre il parametro della decisività della prova dichiarativa dalle stesse evocato.

Va, inoltre, evidenziato come la disposizione in esame faccia espressamente riferimento al solo appello del pubblico ministero, diversamente dalla pronuncia delle Sezioni Unite sopra citata, che ritiene applicabile i principi enunciati anche al caso di riforma della sentenza di proscioglimento di primo grado, ai fini delle statuizioni civili, sull'appello proposto dalla parte civile.

Infine, nella genericità del testo licenziato e sulla scia della giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, cit.) si deve ritenere che la norma trovi applicazione anche nel caso di appello del pubblico ministero per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa ritenuta de-

cisiva contro una sentenza di proscioglimento emessa all'esito del giudizio abbreviato.

### **2.8.3. Il giudizio di legittimità Il ricorso straordinario (commi 60-62, 66-69) (Francesco Cedrangolo)**

#### **Art. 325 c.p.p. – Ricorso per cassazione**

1. Contro le ordinanze emesse a norma degli articoli 322-*bis* e 324, il pubblico ministero, l'imputato e il suo difensore, la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione possono proporre ricorso per cassazione per violazione di legge.

2. Entro il termine previsto dall'articolo 324, comma 1, contro il decreto di sequestro emesso dal giudice può essere proposto direttamente ricorso per cassazione. La proposizione del ricorso rende inammissibile la richiesta di riesame.

3. Si applicano le disposizioni **dell'articolo 311 commi 3, 4 e 5**.

4. Il ricorso non sospende l'esecuzione dell'ordinanza.

\*\*\*\*\*

Il comma 5 dell'articolo 311 è il seguente: *“la Corte di Cassazione decide entro trenta giorni dalla ricezione degli atti osservando le forme previste dall'art. 127”*.

L'introduzione della forma camerale *ex art. 127 c.p.p.* appare in sintonia con la più risalente giurisprudenza di legittimità che sin da Cass., Sez. un., 26 aprile 1990, n. 4, Serio, aveva stabilito che il procedimento in camera di consiglio dovesse svolgersi nelle forme dell'art. 127 c.p.p.; ciò per effetto del richiamo, all'interno del comma 3 dell'art. 325 c.p.p., della disposizione



di cui al comma 4 dell'art. 311 c.p.p. che recita testualmente “*il ricorrente ha facoltà di enunciare motivi nuovi davanti alla Corte di Cassazione prima dell'inizio della discussione*”.

Attraverso, dunque, il richiamo al comma 4 dell'art. 311 c.p.p., che fa esplicito riferimento alla “*discussione*”, la giurisprudenza aveva già dettato il principio per cui l'udienza innanzi alla Corte di cassazione si svolgesse comunque nelle forme dell'udienza camerale partecipata.

Tale condivisibile principio era stato immotivatamente ribaltato dalla Cass., Sez. un., 17 dicembre 2015, n. 51207, che aveva di fatto "eliminato" la discussione in camera di consiglio per le procedure reali, riservandola unicamente alle personali.

Opportuno, dunque, appare l'intervento del Legislatore che reintroduce la **camerale partecipata per le procedure reali**, forma che, come intuibile, rende più pregnante il contributo del difensore.

Ulteriore novità è invece costituita dalla previsione del **termine di 30 giorni per la decisione**, fino ad oggi propria delle sole impugnazioni avverso le ordinanze di natura personale.

Novità che, comunque, è destinata ad essere sterilizzata dalla prevedibile interpretazione giurisprudenziale circa la natura meramente ordinatoria del termine, così come sancito dalle Sezioni Unite nella sentenza 25 marzo 1998, n. 11, Manno, con riferimento ai ricorsi in tema di misure cautelari personali.

#### **Art. 608 c.p.p. – Ricorso del pubblico ministero**

Il procuratore generale presso la corte di appello può ricorrere per cassazione contro ogni sentenza di condanna o di proscioglimento pronunciata in grado di appello o inappellabile.

**1-bis. Se il giudice di appello pronuncia sentenza di conferma di quella di proscioglimento, il ricorso per cassazione può essere proposto solo per i motivi di cui alle lettere a), b) e c) del comma 1 dell'articolo 606.**

2. Il procuratore della Repubblica presso il tribunale può ricorrere per cassazione contro ogni sentenza inappellabile, di condanna o di proscioglimento, pronunciata dalla corte di assise, dal tribunale o dal giudice per le indagini preliminari presso il tribunale.

3. [comma abrogato dal d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51]

4. Il procuratore generale e il procuratore della Repubblica presso il tribunale possono anche ricorrere nei casi previsti dall'articolo 569 e da altre disposizioni di legge.

\*\*\*\*\*

La norma riduce drasticamente la possibilità per la procura generale di proporre ricorso per cassazione in caso di c.d. **doppia conforme di assunzione**.

Il ricorso potrà essere proposto, infatti, solo in caso di esercizio da parte del giudice di merito di potestà riservata ad organi legislativi o amministrativi ovvero non consentita ai pubblici poteri (606, comma 1, lett. a) c.p.p.); erronea applicazione della legge penale (lett. b); inosservanza di norme processuali (lett. c).

È precluso, dunque, alla Pubblica Accusa ricorrere per cassazione per la mancata assunzione di prove decisive (lett. d) e per c.d. difetto di motivazione (lett. e).

Tale norma non può che essere vista favorevolmente, dal momento che consentirà ad imputati che sono stati assolti in primo ed in secondo grado di evitare il giudizio innanzi alla Suprema Corte e di vedere definitivamente risolta la vicenda processuale.

#### **Art. 610 c.p.p. – Atti preliminari**

1. Il Presidente della Corte di cassazione, se rileva una causa di inammissibilità dei ricorsi, li assegna ad apposita sezione. Il presidente della sezione fissa la data per la decisione in camera di consiglio. La cancelleria dà comunicazione del deposito degli atti e della data dell'udienza al procuratore generale ed ai difensori nel termine di cui al comma 5. L'avviso contiene l'enunciazione della causa di inammissibilità rilevata **con riferimento al contenuto dei motivi di ricorso**. Si applica il comma 1 dell'art. 611. Ove non venga dichiarata l'inammissibilità gli atti sono rimessi al presidente della Corte.

*1-bis.* Il presidente della corte di cassazione provvede all'assegnazione dei ricorsi alle singole sezioni secondo i criteri stabiliti dalle leggi di ordinamento giudiziario.

2. Il presidente, su richiesta del procuratore generale, dei difensori delle parti o anche di ufficio, assegna il ricorso alle sezioni unite quando le questioni proposte sono di speciale importanza o quando occorre dirimere contrasti insorti tra le decisioni delle singole sezioni.

3. Il presidente della corte, se si tratta delle sezioni unite, ovvero il presidente della sezione fissa la data per la trattazione del ricorso in udienza pubblica o in camera di consiglio e designa il relatore. Il presidente dispone altresì la riunione dei giudizi nei casi previsti dall'articolo 17 e la separazione dei medesimi quando giovi alla speditezza delle decisioni.

4. [comma abrogato dalla l. 26 marzo 2001, n. 128]

5. Almeno trenta giorni prima della data dell'udienza, la cancelleria ne dà avviso al procuratore generale e ai difensori, indicando se il ricorso sarà deciso a seguito di udienza pubblica ovvero in camera di consiglio. [periodo soppresso dalla l. 26 marzo 2001, n. 128]

**5-bis. Nei casi previsti dall'articolo 591, comma 1, limitatamente al difetto di legittimazione, b), c), esclusa l'inosservanza delle disposizioni dell'articolo 581, e d), la corte dichiara senza formalità di procedura l'inammissibilità del ricorso. Allo stesso modo la corte dichiara l'inammissibilità del ricorso contro la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti e contro la sentenza pronunciata a norma dell'articolo 599-bis. Contro tale provvedimento è ammesso il ricorso straordinario ai sensi dell'articolo 625-bis.**

\*\*\*\*\*

La novella va inquadrata nell'ambito del complessivo ampliamento del regime di inammissibilità del ricorso per cassazione, con il connesso inasprimento delle sanzioni.

In questo contesto, la norma ha l'evidente obiettivo di dare maggiore contezza alla parte della causa di inammissibilità, al fine di orientare in maniera efficace la richiesta, rivolta alla settima sezione, di assegnare il ricorso ad una sezione ordinaria.

Ad oggi, infatti, l'avviso *ex art. 610 c.p.p.* contiene un laconico richiamo alla causa di inammissibilità, solitamente riferito a "*motivi non consentiti in sede di legittimità*", che non consente alla parte di contestare compiutamente la dedotta inammissibilità.

Va segnalato, tuttavia, che la giurisprudenza non ha individuato, ad oggi, nella omessa enunciazione della causa di inammissibilità, già prevista nel-

la formulazione attualmente vigente, una causa di nullità, sicché è agevole prevedere che anche la nuova statuizione resterà una mera petizione di principio la cui omissione sarà priva di alcuna sanzione.

La riforma tende poi ad ampliare, complessivamente, il regime della inammissibilità e tale novella si pone in sintonia con tale, dichiarato, intento.

Viene introdotta, dunque, una inaccettabile pronuncia di inammissibilità *de plano*, che evita addirittura il transito del ricorso per la settima sezione, nei seguenti casi:

- difetto di legittimazione del ricorrente (591, comma 1);
- non impugnabilità del provvedimento (591, comma 2);
- mancata osservanza delle disposizioni di cui all'art. 582 (presentazione dell'impugnazione), 583 (spedizione dell'atto di impugnazione), 585 (termini), 586 (impugnazione di ordinanze emesse nel dibattimento) (581, comma 1, lett. c);
- rinuncia all'impugnazione (591, comma 1, lett. d);
- ricorso avverso applicazione pena *ex artt.* 444 e ss. c.p.p.;
- ricorso avverso il reintrodotta concordato in appello;

La norma ha una chiara finalità deflativa della attività della Settima sezione, obiettivamente oberata da un numero esorbitante di ricorsi affetti da inammissibilità, ma appare assolutamente inconciliabile con il principio sin qui enucleato dall'art. 610 c.p.p., che imponeva comunque il vaglio in camera di consiglio, seppur non partecipata, circa la inammissibilità del ricorso.

È evidente che la novella espone la parte ad una decisione di inammissibilità del ricorso *inaudita altera parte*, con la conseguenza che la sentenza diventerà definitiva senza che la parte possa interloquire circa la prospettata inammissibilità; la possibilità di esperire ricorso *ex art. 625-bis* c.p.p. appare, francamente, del tutto insufficiente rispetto alla posta in gioco.

Discorso sensibilmente diverso merita, invece, la previsione

dell'inammissibilità in caso di ricorso avverso le sentenze rese *ex artt.* 444 e ss. c.p.p. L'esperienza insegna che tali ricorsi sono, nella maggior parte dei casi, meramente dilatori e, dunque, la sanzione dell'inammissibilità *de plano* può apparire, obiettivamente, giustificabile. Se si considera, però, che l'inammissibilità *de plano* colpirebbe indiscriminatamente tutti i ricorsi avverso le sentenza di patteggiamento e quindi anche quelli aventi ad oggetto questioni *ex art.* 129 c.p.p., nonché quelli riguardanti profili di qualificazione giuridica del fatto, che meriterebbero un contraddittorio, non può che ribadirsi il giudizio di sostanziale irragionevolezza della novella.

#### **Art. 618 c.p.p. – Decisioni delle sezioni unite**

1. Se una sezione della corte rileva che la questione di diritto sottoposta al suo esame ha dato luogo, o può dar luogo, a un contrasto giurisprudenziale, su richiesta delle parti o di ufficio, può con ordinanza rimettere il ricorso alle sezioni unite.

**1-bis.** Se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso.

**1-ter.** Il principio di diritto può essere enunciato dalle sezioni unite, anche d'ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta.

\*\*\*\*\*

Il comma 1-*bis* si presta ad una duplice interpretazione. Se, infatti, l'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario attribuisce alla Corte di cassazione la funzione di nomofilachia, prevedendo espressamente che tale funzione appartenga alle sezioni semplici e che le Sezioni Unite sono chiamate a mettere fine ad incertezze interpretative, la possibilità, prevista dalla novella, di mettere in discussione la decisione delle Sezioni Unite pare costituire un *vulnus* alla funzione nomofilattica del Supremo Collegio. Aprendo, dunque, la strada, ad una perenne incertezza interpretativa.

Sorprende, sotto tale aspetto, l'evidente contrasto della norma con i principi ispiratori della stessa: dalla relazione alla Camera dei Deputati n.

2798 del 23 dicembre 14 traspariva l'intento di *“rafforzare l'uniformità e la stabilità nomofilattica dei principi di diritto espressi dal giudizio di legittimità”*; orbene, la possibilità per le sezioni semplici di mettere in discussione il principio di diritto sancito dalle Sezioni Unite, a fronte di una giurisprudenza di legittimità che, sino ad oggi, imponeva alle sezioni semplici di prendere atto dell'*“annuncio implicito di giurisprudenza futura”* operato dalla Sezioni Unite (cfr. Cass., Sez. III, 23 febbraio 94, n. 7455), si pone in evidente antitesi con la volontà del legislatore espressa nella anzidetta relazione.

D'altra parte, se si considera la tendenza sempre più marcata delle sezioni semplici a discostarsi dai principi enunciati dalle Sezioni Unite, l'intervento del Legislatore si appalesa come una sorta di "male minore", imponendo alle sezioni semplici di investire nuovamente le Sezioni Unite in caso di dissenso rispetto al principio da queste ultime espresso.

Il comma 1-*ter*, che mira a consentire alle Sezioni Unite di enunciare il principio di diritto anche in caso di inammissibilità sopravvenuta del ricorso, tende evidentemente ad evitare che la questione rimessa alle Sezioni Unite rimanga irrisolta a causa della dichiarazione di inammissibilità del ricorso.

#### **Art. 620 c.p.p. – Annullamento senza rinvio**

1. Oltre che nei casi particolarmente previsti dalla legge, la corte pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio:

- a) se il fatto non è previsto dalla legge come reato, se il reato è estinto o se l'azione penale non doveva essere iniziata o proseguita;
- b) se il reato non appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario;
- c) se il provvedimento impugnato contiene disposizioni che eccedono i poteri della giurisdizione, limitatamente alla medesima;
- d) se la decisione impugnata consiste in un provvedimento non consentito dalla legge;
- e) se la sentenza è nulla a norma e nei limiti dell'articolo 522 in relazione a un reato concorrente;
- f) se la sentenza è nulla a norma e nei limiti dell'articolo 522 in relazione a un fatto nuovo;
- g) se la condanna è stata pronunciata per errore di persona;

h) se vi è contraddizione fra la sentenza o l'ordinanza impugnata e un'altra anteriore concernente la stessa persona e il medesimo oggetto, pronunciata dallo stesso o da altro giudice penale;

i) se la sentenza impugnata ha deciso in secondo grado su materia per la quale non è ammesso l'appello;

**l) se la corte ritiene di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, o di rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito o di adottare i provvedimenti necessari, e in ogni altro caso in cui ritiene superfluo il rinvio.**

\*\*\*\*\*

La novella si fonda, evidentemente, sul principio di evitare la regressione del processo, ampliando i poteri della Corte di cassazione di annullare la decisione senza rinvio.

Si pone nel solco della giurisprudenza di legittimità che, sin da Cass., Sez. un., 30 ottobre 2003, n. 45276, Andreotti, consentiva alla Corte di disporre l'annullamento senza rinvio allorché il giudizio di rinvio *“non potrebbe in alcun modo colmare la situazione di vuoto probatorio storicamente accertata”*.

Appare evidente che la Corte sarà chiamata ad una valutazione prognostica di merito, dal momento che la nuova lett. l) prevede che essa possa decidere allorché valuti che non siano *“necessari ulteriori accertamenti di fatto”*; valutazione che impone una disamina del fatto da parte del Giudice di legittimità.

È pur vero che l'esperienza insegna che l'annullamento con rinvio nella maggior parte dei casi costituisce nient'altro che un ulteriore prolungamento di processi lunghissimi, che hanno sfibrato le resistenze dell'imputato il quale, con l'annullamento senza rinvio, ha la possibilità di porre la parola fine alla propria vicenda processuale.

Per ciò che attiene alla possibilità di rideterminare la pena, la novella costituisce nient'altro che la naturale evoluzione della giurisprudenza sul punto, che già consentiva alla Corte di cassazione di procedere direttamente alla

determinazione della pena qualora si dovevano applicare gli indici di calcolo già definiti dalla corte di appello (cfr. Cass., Sez VI, 20 marzo 2014, n. 15157).

**Art. 625-bis c.p.p. – Ricorso straordinario per errore materiale o di fatto**

1. È ammessa, a favore del condannato, la richiesta per la correzione dell'errore materiale o di fatto contenuto nei provvedimenti pronunciati dalla corte di cassazione.

2. La richiesta è proposta dal procuratore generale o dal condannato, con ricorso presentato alla corte di cassazione entro centottanta giorni dal deposito del provvedimento. La presentazione del ricorso non sospende gli effetti del provvedimento, ma, nei casi di eccezionale gravità, la corte provvede, con ordinanza, alla sospensione

3. L'errore materiale di cui al comma 1 può essere rilevato dalla corte di cassazione, d'ufficio, in ogni momento e **senza formalità. L'errore di fatto può essere rilevato dalla corte di cassazione, d'ufficio, entro novanta giorni dalla deliberazione.**

4. Quando la richiesta è presentata fuori dell'ipotesi prevista al comma 1 o, quando essa riguardi la correzione di un errore di fatto, fuori del termine previsto al comma 2, ovvero risulta manifestamente infondata, la corte, anche d'ufficio, ne dichiara con ordinanza l'inammissibilità; altrimenti procede in camera di consiglio, a norma dell'articolo 127 e, se accoglie la richiesta, adotta i provvedimenti necessari per correggere l'errore.

\*\*\*\*\*

La novella amplia l'istituto, controverso, del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto introdotto nel 2001 dalla legge n. 128.

Alla luce della nuova disposizione, anche l'errore di fatto – ovvero quello costituito dall'erronea percezione causata da una svista o un equivoco in cui il giudice è incorso nella lettura degli atti –, e non più il solo errore materiale – ovvero quello rappresentato da una divergenza del tutto formale ed esteriore tra volontà effettiva del giudice e volontà manifestata – può essere rilevato di ufficio dalla corte entro 90 giorni dalla deliberazione.

Mentre l'errore materiale potrà essere rilevato senza alcuna formalità.



## **2.9. La partecipazione e l'esame a distanza**

**(commi 77-81)**

(Giuseppe Gragnaniello)

**Art. 146-bis disp. att. c.p.p. – Partecipazione al dibattimento a distanza**

**1. La persona che si trova in stato di detenzione per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-bis, nonché nell'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 4), del codice, partecipa a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali è imputata, anche relativi a reati per i quali sia in libertà. Allo stesso modo partecipa alle udienze penali e alle udienze civili nelle quali deve essere esaminata quale testimone.**

**1-bis. La persona ammessa a programmi o misure di protezione, comprese quelle di tipo urgente o provvisorio, partecipa a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali è imputata.**

**1-ter. Ad esclusione del caso in cui sono state applicate le misure di cui all'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, il giudice può disporre con decreto motivato, anche su istanza di parte, la presenza alle udienze delle persone indicate nei commi 1 e 1-bis del presente articolo qualora lo ritenga necessario.**

**1-quater. Fuori dei casi previsti dai commi 1 e 1-bis, il giudice può disporre con decreto motivato la partecipazione a distanza anche quando sussistano ragioni di sicurezza, qualora il dibattimento sia di particolare complessità e sia necessario evitare ritardi nel suo svolgimento, ovvero quando si deve assumere la testimonianza di persona a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario.**

**2. Il presidente del tribunale o della corte di assise nella fase degli atti preliminari, oppure il giudice nel corso del dibattimento, dà comunicazione alle autorità competenti nonché alle parti e ai difensori della partecipazione al dibattimento a distanza.**

**3. Quando è disposta la partecipazione a distanza, è attivato un collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza e il luogo della custodia, con modalità da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto vi viene detto. Se il provvedimento è adottato nei confronti di più imputati che si trovano, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione in luoghi diversi, ciascuno è posto altresì in grado, con il medesimo mezzo, di vedere ed udire gli altri.**

**4. È sempre consentito al difensore o a un suo sostituto di essere presente nel luogo dove si trova l'imputato. Il difensore o il suo sostituto presenti nell'aula di udienza e l'imputato possono consultarsi riservatamente, per mezzo di strumenti tecnici idonei.**

**4-bis.** In tutti i processi nei quali si procede con il collegamento audiovisivo ai sensi dei commi precedenti, il giudice, su istanza, può consentire alle altre parti e ai loro difensori di intervenire a distanza assumendosi l'onere dei costi del collegamento.

5. Il luogo dove l'imputato si collega in audiovisione è equiparato all'aula di udienza.

6. Un ausiliario abilitato ad assistere il giudice in udienza designato dal giudice o, in caso di urgenza, dal presidente è presente nel luogo ove si trova l'imputato e ne attesta l'identità dando atto che non sono posti impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà a lui spettanti. Egli dà atto altresì della osservanza delle disposizioni di cui al comma 3 ed al secondo periodo del comma 4 nonché, se ha luogo l'esame, delle cautele adottate per assicurarne la regolarità con riferimento al luogo ove si trova. A tal fine interpella, ove occorra, l'imputato ed il suo difensore. Durante il tempo del dibattimento in cui non si procede ad esame dell'imputato il giudice o, in caso di urgenza, il presidente, può designare ad essere presente nel luogo ove si trova l'imputato, in vece dell'ausiliario, un ufficiale di polizia giudiziaria scelto tra coloro che non svolgono, né hanno svolto, attività di investigazione o di protezione con riferimento all'imputato o ai fatti a lui riferiti. Delle operazioni svolte l'ausiliario o l'ufficiale di polizia giudiziaria redigono verbale a norma dell'articolo 136 del codice.

7. Se nel dibattimento occorre procedere a confronto o ricognizione dell'imputato o ad altro atto che implica l'osservazione della sua persona, il giudice, ove lo ritenga indispensabile, sentite le parti, dispone la presenza dell'imputato nell'aula di udienza per il tempo necessario al compimento dell'atto.

**Art. 45-bis disp. att. c.p.p. – Partecipazione al procedimento in camera di consiglio a distanza**

1. [parole soppresse dalla l. n. 103/2017] La partecipazione dell'imputato o del condannato all'udienza procedimento in camera di consiglio avviene a distanza **nei casi e secondo quanto previsto dall'articolo 146-bis, commi 1, 1-bis, 1-ter e 1-quater.**

2. La partecipazione a distanza è **comunicata o notificata dal giudice o dal presidente del collegio** unitamente all'avviso di cui all'articolo 127, comma 1, del codice.

3. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni previste dall'articolo 146-bis, commi 2, 3, 4, **4-bis** e 6.

**Art. 134-bis disp. att. c.p.p. – Partecipazione a distanza nel giudizio abbreviato**

1. Nei casi previsti dall'articolo 146-bis, commi 1, **1-bis** e **1-quater**, la partecipazione dell'imputato avviene a distanza anche quando il giudizio abbreviato si svolge in pubblica udienza.

**Art. 7 d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 – Procedimento applicativo**

1. Il tribunale provvede, con decreto motivato, entro trenta giorni dalla proposta. L'udienza si svolge senza la presenza del pubblico. Il presidente dispone che il procedimento si svolga in pubblica udienza quando l'interessato ne faccia richiesta.

2. Il presidente del collegio fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso alle parti, alle altre persone interessate e ai difensori. L'avviso è comunicato o notificato almeno dieci giorni prima della data predetta. Se l'interessato è privo di difensore, l'avviso è dato a quello di ufficio.

3. Fino a cinque giorni prima dell'udienza possono essere presentate memorie in cancelleria.

4. L'udienza si svolge con la partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero. Gli altri destinatari dell'avviso sono sentiti se compaiono. Se l'interessato è detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice e ne fa tempestiva richiesta, deve essere sentito prima del giorno dell'udienza, dal magistrato di sorveglianza del luogo. Ove siano disponibili strumenti tecnici idonei, il presidente del collegio può disporre che l'interessato sia sentito mediante collegamento audiovisivo ai sensi dell'articolo 146-bis, commi 3, 4, 5, 6 e 7 disp. att. c.p.p.

5. L'udienza è rinviata se sussiste un legittimo impedimento dell'interessato che ha chiesto di essere sentito personalmente e che non sia detenuto o internato in luogo diverso da quello in cui ha sede il giudice.

6. Ove l'interessato non intervenga ed occorra la sua presenza per essere interrogato, il presidente del tribunale lo invita a comparire e, se egli non ottempera all'invito, può ordinare l'accompagnamento a mezzo di forza pubblica.

7. Le disposizioni dei commi 2, 4, primo, secondo e terzo periodo, e 5, sono previste a pena di nullità.

**8. Per l'esame dei testimoni si applicano le disposizioni degli articoli 146-bis e 147-bis delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale.**

9. Per quanto non espressamente previsto dal presente decreto, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni contenute nell'articolo 666 del codice di procedura penale.

10. Le comunicazioni di cui al presente titolo possono essere effettuate con le modalità previste dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

\*\*\*\*\*

Le innovazioni normative di cui alla l. n. 103/2017, incidono profondamente anche sul piano del **diritto dell'imputato a partecipare, personalmente e fisicamente, al dibattimento.**

Diritto che – bene premetterlo – **non conosce limitazioni, né assolute né relative** (come si dirà più ampiamente in prosieguo), tanto all'interno dei **manufatti normativi sovranazionali** cui l'ordinamento italiano è tenuto a conformarsi, quanto nell'ambito della stessa **normazione costituzionale interna**.

L'**art. 146-bis** delle disposizioni attuative del codice di procedura penale, per come era strutturato sino alla novella, **intendeva rappresentare un punto di equilibrio** – certamente opinabile, per tutto quanto si dirà in prosieguo – fra l'**esigenza**, da un lato, di **tutelare beni-interessi meta-individuali**, quali l'ordine pubblico e la celerità dei dibattimenti, e la **necessità**, dall'altro lato, di **garantire all'imputato** (*in vinculis*, ove si proceda per talune tipologie di reato caratterizzate da eccezionale “allarme sociale”) una **partecipazione attiva ed impregiudicata alle attività dibattimentali**.

Di contro, l'intervento riformatore apporta un palese sbilanciamento della disciplina, privilegiandosi – come si vedrà – la **necessità di tenere fisicamente lontane dall'aula d'udienza alcune categorie di imputati**; evidentemente ritenendo (il legislatore) che la presenza fisica degli stessi, in aula, implichi – in automatico – un pericolo di compromissione dell'ordine pubblico, ovvero un *vulnus* rispetto all'impregiudicabilità (pur sussistente, quale principio) delle attività dibattimentali. In altre parole, **una sorta di pericolosità sociale presunta**.

Si parta dall'analisi dell'art. 146-bis disp. att. c.p.p. nel **testo vigente sino all'intervento innovatore**.

Il legislatore innanzitutto circoscriveva **l'ambito di applicazione della partecipazione a distanza** dell'imputato, partitamente individuando i celebrandi processi “*per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-bis, nonché nell'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4)) del codice [c.p.p., ndr]*”, all'interno dei quali partecipa a distanza l'imputato che si trovi, a qualsiasi ti-

tolo, in stato di detenzione. L'imputato libero, di contro, vi partecipa fisicamente.

**Detta contrazione non costituiva regola, ma eccezione.**

Difatti, il legislatore prevedeva soli due casi (alternativi, o concorrenti) in cui ciò accade: 1) gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; 2) esigenza di evitare appesantimenti e ritardi, in caso di dibattimento particolarmente complesso.

Al di fuori del summenzionato perimetro spaziale, nonché a prescindere dalle relative condizioni, la partecipazione a distanza era **regolarmente disposta quando si procedeva nei confronti di detenuto al quale sono state applicate le misure di cui all'articolo 41-bis, comma 2, della legge 26 luglio 1975, n. 354.**

Di poi, il legislatore prevedeva che, laddove possibile e salve particolari esigenze, fosse **ascoltato “a distanza” anche il teste in stato di detenzione – a qualunque titolo** – presso un istituto penitenziario.

La **regola** della partecipazione fisica dell'imputato al dibattimento, era **ripristinata – in casi particolari – all'interno del comma settimo**: *“se nel dibattimento occorre procedere a confronto o ricognizione dell'imputato o ad altro atto che implica l'osservazione della sua persona, il giudice, ove lo ritenga indispensabile, sentite le parti, dispone la presenza dell'imputato nell'aula di udienza per il tempo necessario al compimento dell'atto”*.

**Tale disciplina ha subito, nel testo di riforma<sup>18</sup>, un integrale stravolgimento.**

---

<sup>18</sup> Bene specificare come, ai sensi dell'art. 1, comma 81, l. n. 103/2017, le **modifiche** normative in tema di partecipazione a distanza **entrano in vigore decorso un anno dalla pubblicazione della legge** in Gazzetta Ufficiale, **eccezion fatta per le ipotesi** riguardanti soggetti **detenuti per i reati di cui agli artt. 270-bis, comma primo, c.p.** (costituzione, direzione, finanziamento o promozione di associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico), **416-bis, comma secondo, c.p.** (promozione, direzione e organizzazione di associazione di tipo mafioso anche straniera), **74, comma 1, d.P.R. n. 309 del 1990** (promozione, costituzione, direzione, organizzazione, finanziamento di associazioni finalizzate al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope). In tali casi, la novella legislativa entra **in vigore decorsi trenta giorni dalla pubblicazione delle disposizioni in Gazzetta Ufficiale** (art. 1, comma 95, l. n. 103/2017).

*In primis*, si evidenzia la **scomparsa del circoscritto ambito di applicazione**: ovunque sia imputato, partecipa a distanza il soggetto detenuto “*per taluno dei delitti indicati nell’articolo 51, comma 3-bis, nonché nell’articolo 407, comma 2, lettera a), numero 4), del codice*”. Ovunque. Anche all’interno dei processi (*rectius* dibattimenti) ove egli risulti libero, dunque.

A ciò, **s’accompagna la scomparsa dei relativi casi**: difatti, si prevede che la **partecipazione a distanza sia disposta sempre e comunque, sussistendone la suindicata condizione**. E quelli che sono i casi in cui era prevista la partecipazione a distanza (gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; esigenza di evitare appesantimenti e ritardi, in caso di dibattimento particolarmente complesso), diventano, all’interno della riforma, i **presupposti per poter disporre – facoltativamente e discrezionalmente, come si dirà – la partecipazione a distanza in ogni tipologia di processo**: qualsiasi sia l’imputazione, qualsiasi caratterizzazione abbia l’imputato; libero o detenuto che sia.

Simmetricamente, il riformatore prevede la **partecipazione a distanza** delle suindicate tipologie di detenuti, **anche nei procedimenti (sia civili che penali) in cui debbano essere ascoltati quali testimoni**. Anche in tal caso, la forma della partecipazione a distanza diviene regola, parimenti non soggetta a condizioni di sorta.

**Partecipa a distanza, altresì, l’imputato ammesso a programmi o misure di protezione**, comprese quelle di tipo urgente o provvisorio.

Desta particolare interesse la disposizione di cui al nuovo comma 1-*ter* dell’art. 146-*bis* disp. att. c.p.p.: “*Ad esclusione del caso in cui sono state applicate le misure di cui all’articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, il giudice può disporre con decreto motivato, anche su istanza di parte, la presenza alle udienze delle persone indicate nei commi 1 e 1-bis del presente articolo qualora lo ritenga necessario*”.

*In primis*, si evidenzia l'estensione dei casi in cui la regola della partecipazione personale al dibattimento può essere ripristinata: ogniqualvolta il giudice lo ritenga necessario, anche su istanza di parte. **Circostanza**, questa, di **impossibile verifica nei confronti dei detenuti** – per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-*bis*, nonché nell'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 4), del codice di procedura penale – **in regime di cd. "carcere duro"**.

Lascia alquanto perplessi tale disposizione, dacché il riformatore, all'interno della medesima, sembra cumulare la sottoposizione al regime di carcere duro, con la qualità di detenuto per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-*bis*, nonché nell'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 4), del codice di procedura penale: nei confronti di tale soggetto, non può ripristinarsi in alcun caso la regola della partecipazione fisica al dibattimento.

Tuttavia, **il riformatore omette di indicare – all'interno del nuovo ordito normativo – il detenuto al 41-*bis* O.P. quale soggetto che, sempre e comunque, partecipa a distanza alle attività dibattimentali.**

In altre parole, par di comprendere come **il detenuto al 41-*bis* O.P. abbia la possibilità di partecipare fisicamente alle attività dibattimentali, laddove non sia anche detenuto per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-*bis*, nonché nell'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 4), del codice di procedura penale, e laddove, sempre in tale caso, il giudice lo ritenga necessario.** Il che costituirebbe un'apertura, dal momento che, allo stato attuale, il detenuto al 41-*bis* O.P. partecipa, sempre e comunque, a distanza.

Si ritiene che tale disposizione di cui al nuovo comma 1-*ter* dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., è stata semplicemente scritta e strutturata male, atteso che la compressione – in via generale – del diritto alla partecipazione fisica al dibattimento per il detenuto al 41-*bis* O.P. (quale unico caso effettivamente

indicatore di una pericolosità sociale del soggetto) è effettivamente giustificabile con l'esigenza di massima tutela dell'ordine pubblico; pertanto, **l'interpretazione letterale e sistematica – appena fornita – di tale disposizione, forse non rispecchia fedelmente l'intenzione del riformatore, latore di un regime normativo fortemente – e irragionevolmente – restrittivo sul punto.**

Di poi, il ripristino facoltativo – in via generale, laddove il giudice lo ritenga necessario – della regola della partecipazione personale, posto dal riformato **comma 1-ter**, andrà anche **coordinato, in via interpretativa, col tenore della disposizione – non riformata né abrogata – dell'art. 146-bis, comma 7, disp. att. c.p.p.**, secondo cui la partecipazione personale dell'imputato può essere consentita dal giudice, **ove lo ritenga indispensabile** quando nel dibattimento occorre procedere a confronto o ricognizione dell'imputato o ad altro atto che implica l'osservazione della sua persona.

Altra **discrasia: da un lato**, in via generale, il giudice può disporre la partecipazione fisica **laddove ritenuto “necessario”**; **dall'altro lato**, quando occorre procedere a confronto o ricognizione dell'imputato o ad altro atto che implica l'osservazione della sua persona, il giudice può disporre la partecipazione fisica, ma **solo quando lo ritenga “indispensabile”**. E' evidente la manifesta irragionevolezza (ed illogicità) di tale “combinato” disposto.

Al di là degli adattamenti al nuovo regime normativo, operati in merito alla partecipazione a distanza nel rito abbreviato, nel rito camerale *tout court* e nel procedimento di prevenzione, vanno ora affrontate le **modifiche normative introdotte dal riformatore sul piano strettamente procedurale**.

Innanzitutto, si evidenzia come il **comma 2 del previgente art. 146-bis disp. att. c.p.p.** demandasse al **presidente del tribunale** o della **corte d'assise**, nella fase degli **atti preliminari al dibattimento** (tramite decreto motivato, *de plano*, comunicato alle parti almeno dieci giorni prima dell'udienza), nonché **al giudice del dibattimento** (con ordinanza, in con-



traddittorio), il **potere (riconosciuto anche in via officiosa) di disporre la partecipazione a distanza nei casi previsti**. Era dunque **riconosciuto alle parti un generale potere d'impulso e di istanza, e nel dibattimento, altresì, una possibilità d'interlocuzione sul punto**, atteso che l'ordinanza dibattimentale era adottata nel contraddittorio delle parti.

Il legislatore della **riforma**, di contro, **spoglia le parti di tale potere**, da un lato, mentre dall'altro lato appare anche **sottrarre, al giudice, il potere di disporre la partecipazione a distanza**, atteso che il riformato comma 2 dell'art. 146-*bis* disp. att. recita: *“Il presidente del tribunale o della corte di assise nella fase degli atti preliminari, oppure il giudice nel corso del dibattimento, dà comunicazione alle autorità competenti nonché alle parti e ai difensori della partecipazione al dibattimento a distanza”*. Di talché, l'unico onere che incombe sul giudice è costituito dal **dovere d'informare le parti (e le autorità competenti) della differente modalità di partecipazione all'udienza, senza che costoro (le parti) possano in alcun modo interloquire sul punto**; a meno che le medesime – come anzi detto – non stimolino il giudice a disporre con decreto, eccezionalmente, la partecipazione fisica dell'imputato, laddove ciò sia ritenuto – dal giudice stesso – necessario.

La **sottrazione al giudice del potere dispositivo**, in ordine alla forma partecipativa a distanza, è agevolmente **spiegabile** sulla scorta della **considerazione per la quale oggi è la legge stessa a prevedere detta forma di partecipazione quale unica possibile, in relazione alle specifiche tipologie di imputati e testimoni**.

Difatti, la scomparsa a monte delle precedenti condizioni (gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; esigenza di evitare appesantimenti e ritardi, in caso di dibattimento particolarmente complesso), sottrae di fatto, al giudice, la valutazione discrezionale in ordine alla sussistenza delle medesime, ormai depennate dal riformatore.

A tal uopo, bene sottolineare come **l'unico spazio per un apprezzamento discrezionale, da parte del giudice, è costituito dalla residuale possibilità di disporre (con decreto motivato) la partecipazione a distanza in ogni altro caso, ove sussistano le appena menzionate condizioni.** In tali evenienze, tuttavia, il legislatore non fa alcun riferimento alla possibilità, in capo alle parti, di interloquire e/o stimolare: possibilità che, sebbene inespresa dal riformatore, appare pacificamente riconoscibile, atteso che la decisione del giudice maturerebbe in un contesto procedimentale a contraddittorio garantito.

Infine, quasi a voler evitare – in ogni modo – il “sovraffollamento” dell’aula d’udienza, il riformatore riconosce la **possibilità (introdotta con il “nuovo” comma 4-bis dell’art. 146-bis disp. att. c.p.p.), ad ogni altra parte diversa dal soggetto “costretto” a partecipare a distanza, di richiedere al giudice di poter intervenire parimenti a distanza;** tuttavia, in tal caso, chi intenda usufruire di tale possibilità, è **tenuto a sobbarcarsi i costi del collegamento: cuius commoda, eius atque incommoda.**

Il che rappresenta un inedito – francamente opinabile – per il nostro ordinamento processuale: in nessun altro caso il legislatore subordina una possibilità partecipativa, all’esborso di una somma di danaro. Non v’è chi non veda come **una disposizione del genere non solo vulneri il principio costituzionale della *paritas partium*, ma confligga anche con una lettura costituzionalmente orientata (secondo i principi di cui all’art. 111 Cost.) dell’art. 178, comma 1, lett. c) c.p.p., in riferimento alla partecipazione delle altre parti private: diritto garantito in modo incondizionato, e senza dubbio “incondizionabile”.**

L’estensione **quasi indiscriminata** della partecipazione dibattimentale a distanza, suscita certamente numerose perplessità. Non certo per una acriti-

ca affezione al modello dibattimentale classico<sup>19</sup>, fondato pur sempre sull'**habeas corpus di tradizione anglosassone**, amato e promosso, in Italia, da giuristi del calibro del Filangieri e del Pagano. Non per questo; o **non solo per questo**.

*In primis*, si ritiene che tale tendenza a virtualizzare i dibattimenti contribuisca, non poco, ad **alienare la persona dal processo, e il processo dalla persona**.

Il processo è fatto umano: giuridico, ma pur sempre umano. E il soggetto che dev'essere giudicato non può vedersi **spogliato del diritto, democratico, di presenziare, nel medesimo luogo fisico e con le cautele opportune, al cospetto di chi deve decidere della sua responsabilità, e della sua libertà**.

Non è sufficiente, a tal fine, la rappresentanza del difensore: necessaria, ma insufficiente. **Il difensore** può – e deve – farsi latore tecnico delle istanze difensive a beneficio dell'imputato, ma **non può fisicamente sostituirsi** a quest'ultimo: il difensore non è il giudicando, essendone meramente il “tutore” tecnico, provvisto delle cognizioni scientifiche necessarie per l'interlocuzione processuale.

**Il difensore** non è dunque l'imputato, ma **ha la necessità che l'imputato segga accanto a lui, siccome l'imputato ha la necessità di sedere accanto al proprio difensore**: non già in ossequio ad una concezione tanto romantica quanto “allegorica” del rapporto fiduciario, ma perché **questa è l'unica forma di processo democratico possibile**: l'effettività di un confronto, in tempo reale e senza intermediazioni, fra avvocato ed assistito, rappresenta un bene-interesse a carattere metaindividuale, come tale preminente, in una scala assiologica ideale.

---

<sup>19</sup> Cfr. C. cost., 22 luglio 1999, n. 342, dirimente plurime questioni di legittimità costituzionale dell'art. 146-bis disp. att. c.p.p., sollevate dalla Corte d'assise di Catania: “[...] non potendosi certo in tale prospettiva evocare il superamento della tradizione - per di più nella specie dovuto alle innovazioni introdotte dalla evoluzione tecnologica - quale elemento in sé idoneo a perturbare equilibri e dinamiche processuali che, al contrario, rimangono nella sostanza inalterati”.

Sul punto, se è vero, com'è in effetti vero, che il comma 4 dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. consenta pur sempre al difensore dell'imputato di essere presente, anch'egli, nel luogo dal quale l'imputato partecipa a distanza, è nondimeno vero come **la surrogazione delle forme partecipative ordinarie comunque ponga dei limiti all'esercizio pieno del diritto di difesa**. Si pensi, ad esempio, ad una **contingente ed improcrastinabile esigenza difensiva di produrre al giudice documentazione**, nel corso del dibattimento, ovvero di esaminare documenti che altra parte intende produrre; a meno che l'imputato non abbia nominato due difensori, all'avvocato presente in videoconferenza risulta pur sempre inibita la possibilità di produrre al giudice, fisicamente, immediatamente ed in quel particolare frangente dibattimentale, la documentazione difensiva, ovvero di visionare il documento proveniente da altra parte.

Devesi altresì rilevare (se ne accennava in premessa) come **nei massimi orditi normativi sovranazionali manchi del tutto**, forse proprio sulla scorta di tutte le suesposte riflessioni, **qualsivoglia riferimento alla possibilità di contrarre il diritto dell'imputato a presenziare, fisicamente, all'udienza**.

Ad esempio, appare opportuno citare l'**art. 14, par. 3, lett. d), del Patto O.N.U.** (unico manufatto normativo sovranazionale che indichi testualmente il diritto dell'imputato a partecipare personalmente al giudizio), secondo cui *"[l'imputato ha diritto] ad essere presente al processo ed a difendersi personalmente o mediante un difensore di sua scelta: nel caso sia sprovvisto di un difensore, ad essere informato del suo diritto ad averne e, ogni qualvolta l'interesse della giustizia lo esiga, a vedersi assegnato un difensore di ufficio, a titolo gratuito se egli non dispone di mezzi sufficienti per compensarlo"*.

Tale è la pregnanza assiologica del principio di partecipazione personale dell'imputato al processo, che risulta **irrintracciabile, all'interno del medesimo documento, qualsivoglia caso in cui tale diritto possa subire delle**

**contrazioni. *Idem*, laddove si rivolga lo sguardo alla CEDU**, in cui giammai sono previste, direttamente o indirettamente, limitazioni al diritto dell'imputato di prender parte fisicamente al processo; né diversi argomenti possono trarsi dalla lettura dell'art. 111 Cost.

Sul piano della normazione ordinaria, altresì, appare opportuno sottolineare come la disciplina di cui al combinato disposto degli artt. 474 e 484 c.p.p. (rinviate, quest'ultimo, alle disposizioni recentemente riformate dell'art. 420-*bis* e ss. c.p.p.), riveli l'**indubbio scrupolo col quale il legislatore intende favorire proprio la partecipazione personale dell'imputato al giudizio**; bene ritenuto talmente rilevante da giustificare, sotto il profilo patologico, la previsione della sanzione di nullità assoluta e insanabile, *ex artt.* 178, comma 1, lett. c) e 179, comma 1, c.p.p., nei casi di inosservanza delle disposizioni riguardanti l'intervento dell'imputato in giudizio.

*Rebus sic stantibus*, dunque, la riforma dell'istituto della partecipazione a distanza appare difficilmente accettabile, sotto i profili assiologico e sistematico.

Non può sfuggire come **il riformatore attribuisca, ad una determinata categoria di detenuti** (che presenta, quale substrato, una sensibile eterogeneità di reati), **una chiara e insuperabile presunzione di pericolosità sociale**; tanto chiara, quanto **irragionevole**, atteso che – come appena detto – il **catalogo dei delitti** richiamato nel novellato art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. è **costituito da un'eterogeneità di fondo** che non consente di attribuire, *tout court*, in astratto e a prescindere, predicati di pericolosità sociale ai soggetti detenuti per tutti i titoli di reato considerati, e per ciascuno di essi; indiscriminatamente ed *ex ante*.

Se valutazione dev'essere fatta, non può ragionevolmente svilupparsi su un piano generale ed astratto, **dovendosi – *de iure condendo* – molto più correttamente demandare al giudice l'onere di stabilire, caso per caso e in via del tutto eccezionale, se in quel particolare processo e a quelle partico-**

lari condizioni (relative all'imputazione, al "*curriculum*" criminale dell'imputato, al contesto locale e sociale, nonché alla particolare conformazione o collocazione geografica del luogo fisico di celebrazione del processo) **sia opportuno disporre – con provvedimento motivato – la partecipazione a distanza dell'imputato**; ciò, previa interlocuzione con le parti processuali, in contraddittorio.

E la valutazione del giudice, d'altro canto, non può che essere il **frutto di un giudizio di bilanciamento fra beni-interessi contrapposti – senz'altro di pari rilevanza costituzionale** – quali il diritto di difesa e di partecipazione fisica al giudizio da parte dell'imputato, da un lato, e le esigenze di ordine pubblico, di sicurezza pubblica, di tutela dell'incolumità stessa dell'imputato, nonché di speditezza del dibattimento, dall'altro. Ciò, al di là di schemi preconcepi e presuntivi, tanto irragionevoli quanto antidemocratici, e senz'altro incostituzionali.

Critica, questa, che diventerebbe ancor più forte ed aspra, laddove si dovesse invero ritenere che il ***primum movens* dell'intervento riformatore, sia costituito dalla (forse malcelata) volontà di produrre un risparmio per le casse dell'erario.**

Vero è che la videoconferenza limita sensibilmente la spesa da sostenersi per le operazioni di trasporto dell'imputato-detenuto, ogniqualvolta il luogo di restrizione sia posto (come sovente accade nei dibattimenti ipotizzati dal riformatore) ad una sensibile distanza dal luogo di celebrazione del dibattimento.

Ma è nondimeno vero come **i diritti processuali democratici, riconosciuti dalla Costituzione repubblicana e dunque garantiti ad ogni cittadino, non possono in alcun modo subire contrazioni derivanti da esigenze di quadratura dei bilanci.**

Un diritto è effettivamente tale, laddove apprezzabili ed evidenti siano gli sforzi – anche di natura economica – posti in essere dall'apparato statale, al fine di renderne effettivo ed impregiudicato l'esercizio.

Di contro, **il cittadino si trova sempre più spesso costretto ad assistere, passivo ed impotente, al sacrificio dei propri diritti democratici minimi, sull'altare – doloroso e sanguinante – della *spending review*.**

## **2.10. Le informazioni sull'azione penale; i criteri di priorità nella trattazione dei processi; la vigilanza del procuratore capo sull'iscrizione delle notizie di reato (commi 73-76)**

(Luca Bancale, Mattia Floccher, Roberto Guida)

**(Luca Bancale)**

### **Art. 129 disp. att. c.p.p. – Informazioni sull'azione penale**

1. Quando esercita l'azione penale nei confronti di un impiegato dello Stato o di altro ente pubblico, il pubblico ministero informa l'autorità da cui l'impiegato dipende, dando notizia dell'imputazione. Quando si tratta di personale dipendente dai servizi per le informazioni e la sicurezza militare o democratica, ne dà comunicazione anche al comitato parlamentare per i servizi di informazione e sicurezza e per il segreto di stato.

2. Quando l'azione penale è esercitata nei confronti di un ecclesiastico o di un religioso del culto cattolico, l'informazione è inviata all'ordinario della diocesi a cui appartiene l'imputato.

3. Quando esercita l'azione penale per un reato che ha cagionato un danno per l'erario, il pubblico ministero informa il procuratore generale presso la Corte dei conti, dando notizia dell'imputazione. Quando esercita l'azione penale per i delitti di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322, 322-*bis*, 346-*bis*, 353 e 353-*bis* del codice penale, il pubblico ministero informa il presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione, dando notizia dell'imputazione.

3-*bis*. Il pubblico ministero invia la informazione contenente la indicazione delle norme di legge che si assumono violate anche quando taluno dei soggetti indicati nei commi 1 e 2 è stato arrestato o fermato ovvero si trova in stato di custodia cautelare.

3-*ter*. Quando esercita l'azione penale per i reati previsti nel decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, ovvero per i reati previsti dal codice penale o da leggi speciali comportanti un pericolo o un pregiudizio per l'ambiente, il pubblico ministero informa il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e la Regione nel cui territorio i fatti si sono verificati, **dando notizia dell'imputazione**. Qualora i reati di cui al primo periodo arrechino un concreto pericolo alla tutela della salute o alla sicurezza agroalimentare, il pubblico ministero informa anche il Ministero della salute o il Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali. **[periodo soppresso dalla l. n. 103/2017]** Le sentenze e i provvedimenti definitivi di ciascun grado di giudizio sono trasmessi per estratto, a cura della cancelleria del giudice che ha emesso i provvedimenti medesimi, alle amministrazioni indicate nei primi due periodi del presente comma. I procedimenti di competenza delle amministrazioni di cui ai periodi precedenti, che abbiano ad oggetto, in tutto o in parte, fatti in relazione ai quali procede l'autorità giudiziaria, possono essere avviati o proseguiti anche in pendenza del procedimento penale, in conformità alle norme vigenti. Per le infrazioni di maggiore gravità, sanzionate con la revoca di autorizzazioni o con la chiusura di impianti, l'ufficio competente, nei casi di particolare complessità dell'accertamento dei fatti addebitati, può sospendere il procedimento amministrativo fino al termine di quello penale, salva la possibilità di adottare strumenti cautelari.

#### **Art. 132-*bis* disp. att. c.p.p. – Formazione dei ruoli di udienza e trattazione dei processi**

1. Nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione dei processi è assicurata la priorità assoluta:

a) ai processi relativi ai delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale e ai delitti di criminalità organizzata, anche terroristica;

a *bis*) ai delitti previsti dagli articoli 572 e da 609-*bis* a 609-*octies* e 612-*bis* del codice penale;

b) ai processi relativi ai delitti commessi in violazione delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro e delle norme in materia di circolazione stradale, ai delitti di cui al testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nonché ai delitti puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni;

c) ai processi a carico di imputati detenuti, anche per reato diverso da quello per cui si procede;

d) ai processi nei quali l'imputato è stato sottoposto ad arresto o a fermo di indiziato di delitto, ovvero a misura cautelare personale, anche revocata o la cui efficacia sia cessata;



e) ai processi nei quali è contestata la recidiva, ai sensi dell'articolo 99, quarto comma, del codice penale;

f) ai processi da celebrare con giudizio direttissimo o con giudizio immediato;

**f-bis) ai processi relativi ai delitti di cui agli articoli 317, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321 e 322-bis del codice penale.**

2. I dirigenti degli uffici giudicanti adottano i provvedimenti organizzativi necessari per assicurare la rapida definizione dei processi per i quali è prevista la trattazione prioritaria.

\*\*\*\*\*

Con la l. n. 103/2017 in esame sono stati effettuati interventi che hanno riguardato anche le norme di attuazione del codice di rito.

Ed invero, il **comma 73** dell'art. 1 interviene sull'art. 129 del d.lgs. n. 271 del 1989 in tema di “**informazioni sull'azione penale**” integrando il comma 3-ter nella parte in cui prevede che il pubblico ministero, anche quando esercita l'azione penale per i reati previsti dal decreto legislativo n. 152/2006 ovvero per reati che comportano un pericolo o un pregiudizio per l'ambiente, deve dare “*notizia dell'imputazione*” al Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare, nonché alla Regione nel cui territorio i fatti si sono verificati. Di conseguenza, è stato eliminato il terzo periodo del comma 3-ter dell'art. 129 che prevedeva semplicemente come nell'informazione si dovessero indicare le norme di legge asseritamente violate.

Quindi, in luogo della mera “informazione” si è scelto di “dare notizia dell'imputazione” agli enti preposti al controllo del territorio onde renderli maggiormente edotti circa gli specifici addebiti formulati mediante l'esercizio dell'azione penale.

Il **comma 74** dell'art. 1 della l. n. 103/2017 incide sull'art. 132-bis del d.lgs. n. 271 del 1989 che disciplina la **formazione dei ruoli di udienza** indicando i **processi** che devono essere **trattati con priorità assoluta**. Tra questi, sono stati inseriti al comma f)-bis i processi per taluni delitti contro la pubbli-

ca amministrazione: si fa riferimento ai reati di concussione (art. 317 c.p.), corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio (artt. 319-321 c.p.), corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.), induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-quater c.p.), corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320 c.p.), nonché peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale o degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (art. 322-bis c.p.).

La *ratio* di tale intervento appare in linea con i più recenti interventi legislativi volti a reprimere i delitti contro la pubblica amministrazione mediante la previsione di pene edittali che sono state elevate sia nei minimi che nei massimi. L'obiettivo, quindi, di punire più severamente le condotte delittuose di tipo concussivo e/o corruttivo viene reso più efficace mediante la previsione di una trattazione prioritaria dei processi riguardanti delitti contro la pubblica amministrazione.

Dietro siffatta scelta, però, sembra celarsi la volontà del legislatore di introdurre meccanismi che, di fatto, appaiono destinati ad incidere sulla "discrezionalità" dell'azione penale, con inevitabili ripercussioni sull'art. 112 Cost. (in tema di obbligatorietà dell'azione penale). Ciò perché è serio il rischio che il pubblico ministero proceda a "selezionare" le *notitiae criminis* rispetto alle quali esercitare l'azione penale, in ragione della tipologia di reato per la quale viene prevista una trattazione prioritaria del processo che, ragionevolmente, sarebbe destinato a concludersi in tempi rapidi (senza le preoccupazioni correlate alla dilatazione dei tempi della giustizia che, inevitabilmente, incide sulla definizione del giudizio e, quindi, anche sulla possibile prescrizione del reato). In definitiva, forse, invece di intervenire sull'art. 132-bis c.p. (introdotto con d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito, con modificazioni, nella l. 19 gennaio 2001, n. 4), sarebbe stato più ragionevole (ed effi-

cace!) prevedere una riforma di più ampio respiro che potesse incidere sui principi costituzionali in tema di azione penale (art. 112 Cost.).

**(Mattia Floccher, Roberto Guida)**

**Art. 1 d.lgs. 20 febbraio 2006 n. 106 – Attribuzioni del procuratore della Repubblica**

1. Il procuratore della Repubblica, quale preposto all'ufficio del pubblico ministero, è titolare esclusivo dell'azione penale e la esercita sotto la propria responsabilità nei modi e nei termini fissati dalla legge.

2. Il procuratore della Repubblica assicura il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale, **l'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato** ed il rispetto delle norme sul giusto processo da parte del suo ufficio.

3. Il procuratore della Repubblica può designare, tra i procuratori aggiunti, il vicario, il quale esercita le medesime funzioni del procuratore della Repubblica per il caso in cui sia assente o impedito ovvero l'incarico sia rimasto vacante.

4. Il procuratore della Repubblica può delegare ad uno o più procuratori aggiunti ovvero anche ad uno o più magistrati addetti all'ufficio la cura di specifici settori di affari, individuati con riguardo ad aree omogenee di procedimenti ovvero ad ambiti di attività dell'ufficio che necessitano di uniforme indirizzo.

5. Nella designazione di cui al comma 3 e nella attribuzione della delega di cui al comma 4, il procuratore della Repubblica può stabilire, in via generale ovvero con singoli atti, i criteri ai quali i procuratori aggiunti ed i magistrati dell'ufficio devono attenersi nell'esercizio delle funzioni vicarie o della delega.

6. Il procuratore della Repubblica determina:

a) i criteri di organizzazione dell'ufficio;

b) i criteri di assegnazione dei procedimenti ai procuratori aggiunti e ai magistrati del suo ufficio, individuando eventualmente settori di affari da assegnare ad un gruppo di magistrati al cui coordinamento sia preposto un procuratore aggiunto o un magistrato dell'ufficio;

c) le tipologie di reati per i quali i meccanismi di assegnazione del procedimento siano di natura automatica.

7. I provvedimenti con cui il procuratore della Repubblica adotta o modifica i criteri di cui al comma 6 devono essere trasmessi al Consiglio superiore della magistratura.

\*\*\*\*\*

Quanto, poi, alle attribuzioni del procuratore della Repubblica, va segnalato come all'articolo 1, comma 2, del d.lgs. n. 106 del 2006, recante “Di-

*sposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera d), della legge 25 luglio 2005, n. 150*", dopo le parole: «azione penale» sono inserite le seguenti: *“l'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato”*. In altri termini, il Procuratore della Repubblica assicura il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale ed anche dell'iscrizione delle notizie di reato.

A ciò si aggiunga, con particolare riferimento all'attività di vigilanza demandata al procuratore generale presso la corte di appello, come la riforma attribuisca a quest'ultimo la facoltà di acquisire dati e notizie dalle procure della Repubblica del distretto ed inviare al procuratore generale presso la Corte di cassazione una relazione almeno annuale, anche in riferimento *“all'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato”*.

Al procuratore generale presso la corte di appello è stato, altresì, attribuito – *ex art. 1, comma 30, della l. n. 103/2017* – la possibilità di prorogare il termine di tre mesi entro il quale il pubblico ministero deve determinarsi sull'eventuale esercizio dell'azione penale ovvero a richiedere l'archiviazione della notizia di reato.

Sul punto, si segnala come le tematiche oggetto di modifica siano state in passato sottoposte al vaglio delle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione; ciò, con particolare riferimento al delicato potere del g.i.p. in tema di retrodatazione della iscrizione della notizia di reato nel relativo registro.

Ed invero, la Suprema Corte ha chiarito come debba *“... essere escluso qualsiasi potere in capo al giudice in caso di tardiva iscrizione della notizia di reato, di retrodatare il termine iniziale di decorrenza delle Indagini Preliminari al momento in cui l'iscrizione avrebbe dovuto essere effettuata. (...)”* (Cass., Sez. un., 24 settembre 2009, n. 40538).

Pertanto, la modifica legislativa in esame, certamente condivisibile, appare, tuttavia, tradursi in un intervento “di facciata” che non sembra affatto ri-

sollevare il delicato tema della disposizione in ordine alla iscrizione della notizia di reato, anche perché non si comprende quale dovrebbe essere la sanzione irrogata in caso di inadempienza da parte del pubblico ministero; questione questa, come evidenziato con la giurisprudenza sopra richiamata, già più volte sollevata.

## **2.11. La relazione governativa ex l. n. 47 del 2015 sui dati relativi all'applicazione delle misure cautelari personali**

**(comma 37)**

(Fabrizio Chianese, Fulvia Fabrizia Mazzola)

### **Art. 15 l. 16 aprile 2015 n. 47**

1. Il Governo, entro il 31 gennaio di ogni anno, presenta alle Camere una relazione contenente dati, rilevazioni e statistiche relativi all'applicazione, nell'anno precedente, delle misure cautelari personali, distinte per tipologie, con l'indicazione dell'esito dei relativi procedimenti, ove conclusi. **La relazione contiene inoltre i dati relativi alle sentenze di riconoscimento del diritto alla riparazione per ingiusta detenzione, pronunciate nell'anno precedente, con specificazione delle ragioni di accoglimento delle domande e dell'entità delle riparazioni, nonché i dati relativi al numero di procedimenti disciplinari iniziati nei riguardi dei magistrati per le accertate ingiuste detenzioni, con indicazione dell'esito, ove conclusi.**

\*\*\*\*\*

L'art. 15 della l. n. 47 del 2015 (*“Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali”*), come noto, pone in capo al Governo l'obbligo di trasmettere periodicamente alla Presidenza della Camera dei Deputati una relazione sull'applicazione delle misure cautelari personali.

Il documento governativo deve essere predisposto dal Ministero della Giustizia e presentato alle Camere entro il 31 gennaio di ogni anno col precipuo scopo di fornire le informazioni necessarie per verificare l'effettiva applicazione dello strumento cautelare.

La relazione consta di tre parti: la prima dedicata all'illustrazione della metodologia seguita, la seconda all'analisi dei dati che si sono raccolti e l'ultima alle valutazioni conclusive.

Ai fini della rilevazione dei dati, il Ministero trasmette a ciascun tribunale, presente sul territorio nazionale, un prospetto nel quale gli uffici interessati devono indicare il numero di misure cautelari applicate nell'anno di riferimento nonché il numero di procedimenti nel cui ambito sono state emesse dette misure, con la specificazione dell'anno d'iscrizione del procedimento.

Tale attività è finalizzata all'offerta di un indicatore orientativo sulla concreta valorizzazione da parte dei giudici di merito del requisito di attualità, così come introdotto dall'art. 2, comma 1, lettera *a*) della l. n. 47 del 2015, che deve connotare le esigenze cautelari e dunque sostenere l'applicazione dei relativi provvedimenti.

Da ultimo, l'art. 1, comma 37, l. n. 103/2017 introduce all'art. 15 il seguente periodo *“La relazione contiene inoltre i dati relativi alle sentenze di riconoscimento del diritto alla riparazione per ingiusta detenzione, pronunciate nell'anno precedente, con specificazione delle ragioni di accoglimento delle domande e dell'entità delle riparazioni, nonché i dati relativi al numero di procedimenti disciplinari iniziati nei riguardi dei magistrati per le accertate ingiuste detenzioni, con indicazione dell'esito, ove conclusi”*.

Il documento ministeriale rappresenterebbe, dunque, alla luce delle modifiche, uno strumento per portare ad emersione i dati reali relativi all'effettivo ricorso allo strumento della custodia cautelare e gli abusi ad esso connessi, con particolare riferimento alla custodia cautelare in carcere, la cui troppo estesa e disinvolta applicazione, determina, non solo un grave sovraff-

follamento carcerario, ma anche un'evidente sperequazione fra numero di detenuti in esecuzione pena e numero di detenuti in attesa di giudizio. Quale ulteriore effetto il rilevante numero di ingiuste detenzioni che comporta consistenti esborsi dello Stato per le conseguenti riparazioni.

Purtroppo gli esiti investigativi relativi all'anno 2015 sono stati deludenti, sia a causa dell'estrema scarsità degli elementi conoscitivi raccolti che della circostanza connessa a valutazioni statistiche condotte non tanto in relazione al numero dei soggetti colpiti dalle misure cautelari personali, quanto piuttosto a quello dei procedimenti iscritti.

L'imprecisione dei dati raccolti trova un ulteriore fattore di alterazione negli uffici giudiziari che si sono attivati nella presentazione della relazione.

Difatti, la trasmissione dei più volte richiamati dati è avvenuta, in relazione all'anno 2015, ad opera di tribunali minori nei cui rispettivi uffici di procura non si annoverano sedi della direzione distrettuale antimafia o, comunque, ubicati in territori nei quali non è stata riscontrata la presenza di organizzazioni criminali di tipo mafioso. Tale ultima circostanza è da sola sufficiente a sfalsare l'intera attività d'indagine cognitiva da parte del Ministero, il quale si è trovato ad elaborare le proprie statistiche su dati poco significativi poiché connessi ad informazioni trasmesse da uffici ove il ricorso alle misure cautelari coercitive è certamente poco frequente.

Le poc'anzi evidenziate problematiche hanno indotto il Governo a presentare alle Camere un ulteriore documento, integrativo della relazione precedentemente pubblicata, inerente allo stesso anno 2015, così rispondendo alla necessità di allargare il campione delle risposte che, come anticipato, è stato corrisposto solo dal 35% degli uffici interessati e ha incluso poche sedi di grandi dimensioni.

Orbene, le statistiche aggiornate evidenziano che nel corso dell'anno 2015, risultano emesse, dagli uffici che hanno risposto alla richiesta, 35.332 misure cautelari personali. La custodia cautelare in carcere è stata disposta in

16.701 casi che rappresentano il 47% del totale, seguono gli arresti domiciliari che, con 9.163 casi, corrispondono al 26% e l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, che ricorre in 4.481 casi, pari a quasi il 13%.

L'indagine condotta in relazione all'anno 2016 si è fondata su un più esteso e omogeneo campione di risposte, ciò grazie all'introduzione del nuovo sistema informatizzato degli atti della cognizione penale (SICP).

Alla data del 28 febbraio 2017 hanno risposto 175 uffici su 272, pari al 64% del totale. Inoltre deve aggiungersi che, differentemente da quanto accaduto per l'anno precedente, tra detti uffici sono figurate tutte le più importanti sedi di direzioni distrettuali antimafia, ragion per cui si è potuto ritenere il campione più che esauriente.

Orbene, alla luce delle indagini espletate nell'anno 2016 risultano emesse, dagli uffici che hanno risposto alla richiesta, 48.527 misure cautelari personali. La misura della custodia cautelare in carcere viene disposta in 20.531 casi rappresentanti il 42% del totale, con un -5% rispetto all'anno precedente (47%). Si mantengono, invece, stabili gli arresti domiciliari, con 12.402 casi che corrispondono al 26%, il divieto e l'obbligo di dimora (art. 283 c.p.p.), pari al 13%, e l'allontanamento dalla casa familiare (art. 282-*bis* c.p.p.), che si ferma al 4%.

Mostrano un certo incremento l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, che ricorre in 7.366 casi, pari al 15% (13% nel 2015).

Alla luce delle suesposte argomentazioni si può senz'altro affermare che il proposito della l. n. 103/2017, limitatamente alla modifica dell'art. 15 della l. n. 47 del 2015, è certamente quello di dare maggior valore allo strumento della "relazione governativa" in modo da consentire all'esecutivo di ottenere, da un lato, una più completa gamma di informazioni finalizzata alla scrupolosa rilevazione dei dati di indagine e, dall'altro, una più produttiva collaborazione da parte di tutti gli uffici giudiziari del territorio italiano.



## Sezione III

# Le deleghe al Governo

### **3.1. La delega per la modifica del regime di procedibilità per alcuni reati** **(commi 16 lett. a-b), 17 e 20)** (Mauro Buono)

La Riforma Orlando ha previsto una delega al Governo destinata ad intervenire entro un anno per riformare, tra l'altro, **il regime di procedibilità di alcuni reati**, nonché per procedere al riordino di alcuni settori del codice penale. Anche in questo caso principio di base della delega sarà quello deflativo con un inquadramento delle “*offese di modesta entità al bene protetto*” o, comunque, non gravissime e, in ultimo, non meritevoli di affrontare un procedimento penale.

Rispetto al testo originario, scompare il richiamo alla “*offesa di modesta entità*”. Le fattispecie il cui regime di procedibilità verrà rimodulato sono così individuate: **1)** reati contro la persona puniti con la sola pena pecuniaria; **2)** reati contro la persona puniti con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, fatta eccezione per il delitto di violenza privata (art. 610 c.p.); **3)** reati contro il patrimonio.

Le ipotesi soggette all'intervento deflativo sembrano attestarsi sulla volontà dei privati di procedere o meno all'azione penale approdando ad una valutazione oggettiva correlata alla pena anziché all'entità dell'offesa al bene.

Limiti di carattere generale del regime di procedibilità a querela riguardano l'**esclusione** per i reati in danno dei soggetti incapaci per età o per infermità (già previsto nel testo originario), nonché il fatto, nei reati contro il patrimonio, che il danno arrecato alla persona offesa sia di rilevante gravità e

il fatto che ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale ovvero le circostanze indicate all'art. 339 c.p.

Si giungerebbe, dunque, al potenziamento della procedibilità a querela come strumento di deflazione processuale, delegando al Governo di prevedere *“la procedibilità a querela per i reati contro la persona e contro il patrimonio che arrechino offese di modesta entità all'interesse protetto, salvo che la persona offesa sia incapace per età o per infermità”*.

Uno spazio di manovra amplissimo sul quale il legislatore delegato si dovrà cimentare date le incerte o, comunque, poco chiare cornici costruite dalla novella, rafforzando, tra l'altro, il disvalore penale della norma sia con riguardo ai soggetti più deboli (minore di età, la persona in stato di infermità, l'individuo con deficienza psichica) che con riferimento alle aggravanti ad effetto speciale.

Anche qui sembrano evidenti gli elementi di criticità: nell'attesa di conoscere gli esiti del lavoro del legislatore delegato, si apre una nuova, impervia strada lasciata alle scelte degli operatori del diritto come avvocati e, soprattutto giudici, sugli incisi del tipo *“modesta offesa dell'interesse tutelato”* o sullo scivoloso sintagma *“modesta tenuità”*: *quid iuris* sulla corretta interpretazione di queste formulazioni connotative? Quali sono i parametri per definire ciò che è *“modesta tenuità”* o *“particolare tenuità”*? In ultimo: quale il perimetro d'azione nel quale si muoveranno gli operatori del diritto testé richiamati? L'evanescenza di queste formulazioni potrebbe far sorgere la legittima *suspizione* che i principi di tassatività e sufficiente determinatezza delle future fattispecie criminose siano violati o ne escano, quanto meno, menomati, attesa la difficile determinazione anche in base al regime differenziato di ogni individuo in base ai beni personali o patrimoniali lesi.

Il progetto riformatore, in ultimo, non sembra essere in linea neanche con il principio di riserva assoluta di legge penale *ex* comma secondo dell'art. 25 Cost.: al di là della eterogeneità delle modifiche proposte, il disegno sem-

bra scontare delle deleghe generiche che non si attagliano bene all'idea di una soddisfacente ed equilibrata formulazione dei criteri e principi direttivi di una prospettiva di legge. Si può parlare di "eccesso di delega" al Governo per le caratteristiche generiche e generalizzanti della legge n. 103/2017, al punto da invocare la violazione della garanzia contenuta nell'art. 76 Cost.; inoltre non va sottovalutata l'approvazione "a colpi di fiducia" da parte del Governo della legge che non conferisce quella dimensione prettamente democratica e garantista alla riforma.

### **3.2. La delega per la revisione della disciplina delle misure di sicurezza (commi 16 lett. c), 17 e 20) (Chiara Ariano)**

La l. n. 103/2017, comprende, all'art.1, comma 16, la delega per la riforma della **disciplina delle misure di sicurezza personali**, che il governo è chiamato ad esercitare nel termine di un anno dall'entrata in vigore della legge.

Le misure di sicurezza personali sono disciplinate al titolo VII, capo I sez. I e II del codice penale ed hanno quali presupposti per la loro applicazione la:

- a) pericolosità sociale del soggetto,
- b) commissione di un fatto di reato, salve le ipotesi eccezionali di "quasi-reato" espressamente previste dalla legge (artt. 49 e 115 c.p.).

Per ciò che concerne il loro contenuto, esso possono avere un presupposto:

- curativo, quando la pericolosità affonda le sue radici in infermità di carattere psichiatrico;
- educativo, quando la pericolosità ha ad oggetto la personalità di un soggetto minore;
- rieducativo-trattamentale nelle ipotesi in cui la pericolosità afferisca ad un soggetto sano e maturo di mente.

Le misure di sicurezza sono, poi, applicabili: sia a soggetti imputabili e in tale caso la misura di sicurezza si aggiunge alla pena, e viene eseguita di regola dopo l'espiazione della pena stessa (è il c.d. "doppio binario" in cui, per un verso, la pena corrisponde alla colpevolezza, mentre dall'altro, la misura di sicurezza corrisponde, quale rimedio o mezzo di neutralizzazione, alla pericolosità); sia a soggetti non imputabili, che siano però pericolosi; sia ai soggetti semi-imputabili.

La legge (art. 1, comma 16, lett. c) nel delegare, il governo alla riforma della disciplina delle misure di sicurezza, dopo aver stabilito l'applicabilità anche alle misure di sicurezza del principio *nulla poena sine previa lege poenali*, differenzia le posizioni dei soggetti imputabili, semi-imputabili e non imputabili, attraverso i seguenti principi e criteri direttivi.

1) Il primo criterio direttivo cui il governo dovrà ispirarsi nella riforma della disciplina della misura di sicurezza è costituito dalla previsione del divieto di disporre l'applicazione di misure di sicurezza personali per fatti non previsti dalla legge come reato al tempo in cui furono commessi.

In effetti l'art. 200 c.p. prevede che l'applicazione delle misure di sicurezza è regolata dalla legge in vigore al tempo della loro esecuzione.

Tuttavia, già la giurisprudenza aveva concluso nel senso che la misura di sicurezza non poteva trovare applicazione rispetto a comportamenti che non costituivano reato al momento in cui furono commessi. Il legislatore evidentemente ha ritenuto preferibile rendere esplicito tale principio.

Viceversa, la riforma non affronta l'altra questione afferente la possi-

bilità di disporre una determinata misura di sicurezza in conseguenza di un fatto che costituiva reato all'epoca nel quale fu commesso, ma rispetto al quale non era prevista l'applicabilità di quella specifica misura di sicurezza. Sulla questione, in senso negativo, è intervenuta nel 2010 la seconda sezione della Cassazione con la sentenza n. 24342 del 18 maggio 2010, in tema di applicabilità della misura di sicurezza dell'espulsione, ai sensi dell'art. 1, co. 1, lett. a) d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125). La Corte, sul presupposto della natura sostanziale delle norme in tema di misure amministrative di sicurezza, ha negato la possibilità di applicare la suindicata misura in relazione a fatti posti in essere prima della entrata in vigore della legge, dovendo trovare applicazione la norma in vigore all'epoca dei fatti. Sarebbe stata opportuna una precisazione del legislatore anche su questo punto.

**2)** Per i **soggetti imputabili** il regime del doppio binario (applicazione congiunta di pene e misure di sicurezza personali) viene limitato ai soli gravi delitti previsti dall'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p. Si tratterebbe di una novità – come sottolinea Gatta<sup>20</sup> – importante perché, in relazione alle misure di sicurezza detentive e para-carcerarie (casa di lavoro e colonia agricola) *impedirebbe la duplicazione di fatto della pena detentiva* (ad es., in relazione all'autore seriale di furti, giudicato socialmente pericoloso), ma allo stesso tempo critica perché aggiungerebbe un ulteriore tassello al *regime giuridico differenziato* per gli autori dei reati richiamati dalla citata disposizione del codice di rito.

Invero, con tale previsione il legislatore accoglie le indicazioni degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, il cui tavolo 11 suggeriva la limitazione del sistema del doppio binario ai reati di rilevante gravità.

---

<sup>20</sup> Cfr. GATTA G.L., *Riforma Orlando: la delega in materia di misure di sicurezza personali. Verso un ridimensionamento del sistema del doppio binario* in <http://www.penalecontemporaneo.it/d/5498-riforma-orlando-la-delega-in-materia-di-misure-di-sicurezza-personali-verso-un-ridimensionamento>.

Inoltre, la delega prevede che in tali casi debba essere in ogni caso prevista anche la durata massima della misura di sicurezza, nonché la verifica periodica della persistenza della pericolosità.

Sempre con riferimento all'applicazione delle misure di sicurezza per i soggetti imputabili, il legislatore delega il Governo a prevedere l'introduzione di un principio generale che deve guidare nella scelta e successiva applicazione delle misure di sicurezza, costituito dal minor sacrificio possibile della libertà personale.

**3)** Per i **soggetti semi-imputabili** si prevede l'abolizione del sistema del doppio binario e l'introduzione di un trattamento sanzionatorio finalizzato al superamento delle condizioni che hanno diminuito la capacità dell'agente, anche mediante il ricorso a trattamenti terapeutici o riabilitativi e l'accesso a misure alternative, sempre compatibilmente con le esigenze di tutela della sicurezza pubblica.

**4)** Per i **soggetti non imputabili** vengono prospettate misure terapeutiche e di controllo ispirate all'esigenza primaria della cura, all'interno di strutture a ciò deputate, fuori dal circuito carcerario. La legge delega prevede, a questo scopo, di destinare alle REMS non solo gli autori non imputabili e socialmente pericolosi, ma anche *“tutti coloro per i quali occorra accertare le relative condizioni psichiche, qualora le sezioni degli istituti penitenziari alle quali sono destinati non siano idonee, di fatto, a garantire i trattamenti terapeutico-riabilitativi, con riferimento alle peculiari esigenze di trattamento dei soggetti e nel pieno rispetto dell'articolo 32 della Costituzione”*.

Per ciò che concerne quest'ultimo punto la lett. d) del comma 16 della legge delega, introdotta in sede di approvazione al Senato, ha generato particolare perplessità, come emerge dal parere della Commissione Affari sociali: *“Valuti la Commissione di merito l'opportunità di precisare, all'articolo 1, comma 16, lettera d), alla luce delle previsioni di cui alla legge n. 81 del 2014, che il ricovero nelle REMS dei soggetti per i quali l'infermità di mente*

*sia sopravvenuta durante l'esecuzione della pena, degli imputati sottoposti a misure di sicurezza provvisoria, nonché di tutti coloro per i quali occorra accertare le condizioni psichiche, deve essere considerato quale extrema ratio e nel rispetto dei caratteri di eccezionalità e transitorietà sanciti dalla predetta legge, che individua nelle misure alternative alla detenzione, costruite sulla base di un necessario progetto terapeutico-riabilitativo individuale, la risposta prevalente per i soggetti in questione*". Siffatte perplessità sono state però superate mediante un ordine del giorno di indirizzo al Governo nell'attuazione della delega formulato nel senso di precisare, sulla base dell'avverbio "prioritariamente", che la destinazione alle REMS di soggetti diversi da quelli per i quali tali strutture sono state istituite sia eccezionale e che sia possibile solo quando vi siano posti a disposizione rispetto a quelli utilizzati nell'ambito delle funzioni proprie delle REMS.

In sostanza, si è cercato di bilanciare il diritto alla salute della persona con quella della sicurezza sociale. L'effetto di tali modifiche dovrebbe comportare una ottimizzazione della gestione personalizzata dei pazienti e un più idoneo rapporto tra operatori ed internati.

Va detto che il tema delle REMS è stato oggetto di particolare attenzione in seno agli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, che avevano sottolineato alcune criticità connesse alla chiusura degli OPG ed alla istituzione delle REMA, a cui il legislatore sembra voler dare una risposta proprio con quanto previsto alla citata lettera d) della legge delega.

Sono ancora altre, poi, le questioni delegate al Governo.

La prima, compresa nel più ampio criterio dell'*imputabilità*, è costituita dalla ridefinizione della **nozione di infermità**, da realizzarsi "*mediante la previsione di clausole in grado di attribuire rilevanza, in conformità a consolidate posizioni scientifiche, ai disturbi della personalità*". La legge delega ha recepito, in questo caso, quanto acquisito dalla giurisprudenza, almeno a partire dalla sentenza delle Sezioni Unite del 25 gennaio 2005, n.

9163, la quale, ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, ha ritenuto di far rientrare nel concetto di “infermità” anche i “gravi disturbi della personalità” tali da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere o di volere, in presenza di un nesso eziologico tra il disturbo e la specifica azione criminosa. La scienza psichiatrica propone paradigmi e modelli scientifici molto diversi tra loro; al legislatore delegato spetterà, dunque, affrontare un tema importantissimo, di notevole impatto nella prassi.

La seconda afferisce all’applicazione delle misure di sicurezza degli **stranieri**, che si trovano nel territorio dello Stato, rispetto ai quali la loro applicazione non ne impedisce l’espulsione a norma delle leggi di pubblica sicurezza.

### **3.3. La delega per il riordino di alcuni settori del codice penale (rinvio)** **(commi 16-17, 20 e 85 lett. q)** (Aldo Franceschini)

La l. n. 103/2017 contiene anche un’ambiziosa delega al **riordino di alcuni settori del codice penale**. Tuttavia, tra le numerose deleghe contenute nella riforma, questa in esame sembra proprio quella caratterizzata da maggiore genericità; cui si aggiunge, per la verità, anche una certa sciatte-  
ria.

In effetti, mentre la delega al Governo ad adottare un decreto legislativo per il riordino di alcuni settori del codice penale viene conferita al comma 16 dell’art. 1 (unitamente alle deleghe in materia di procedibilità e misure di sicurezza), i criteri direttivi si rinviengono poi nel distante comma 85, lett. q), nell’ambito della diversa delega per la riforma dell’Ordinamento



penitenziario. Se si leggono i criteri direttivi declinati alle lett. a-d) del comma 16, non si trova, infatti, alcun riferimento al riordino del codice penale.

La confusionaria disarticolazione della delega è, con ogni probabilità, ascrivibile alle modifiche subite dall'originario d.d.l. presentato dal Ministro Orlando. Nella primitiva versione (C-2798) le deleghe procedibilità, misure di sicurezza e riordino erano localizzate nell'art. 6 (munito, peraltro, di esplicita rubrica), che dettava, pure, i corrispondenti criteri direttivi, rispettivamente alle lett. a-c). Va anche detto che, in quel testo, i criteri erano del tutto evanescenti, limitandosi a evocare la *“indicazione dei settori di tutela penale, le cui disposizioni incriminatrici devono essere inserite nel codice penale in ragione dell'omogeneità di materia e sulla base degli interessi protetti, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni”*.

Premesse queste considerazioni, si rinvia, per la disamina della formulazione finale della delega e dei relativi criteri, al commento della delega Ordinamento penitenziario (*infra*, par. 3.6, pag. 194).

### **3.4. La delega per la riforma della disciplina in materia di intercettazioni** **(commi 82-84 e 86-87)** (Alessandro Orabona)

Il Governo è delegato ad intervenire su alcuni temi di particolare interesse, tra i quali spicca quello relativo alle **intercettazioni di comunicazioni o conversazioni**, da attuare con uno o più decreti legislativi, attraverso la previsione di disposizioni volte a garantire la riservatezza delle comunicazioni,

con particolare riferimento a quelle con i difensori nei colloqui con l'assistito, e delle conversazioni telefoniche e telematiche oggetto di intercettazione, in conformità all'art. 15 Cost., con prescrizioni che incidano sulle modalità di utilizzazione cautelare dei risultati delle captazioni e che diano una precisa scansione procedimentale per la selezione di materiale intercettativo nel rispetto del contraddittorio tra le parti e fatte salve le esigenze di indagine, avendo speciale riguardo alla tutela della riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni delle persone occasionalmente coinvolte nel procedimento, e delle comunicazioni comunque non rilevanti a fini di giustizia.

Si tratta, in buona sostanza, di mettere a punto delle regole che assicurino un'anticipata selezione del materiale derivante da intercettazione da utilizzare anche in fase cautelare. Ciò al fine di perseguire un punto di equilibrio tra i diritti di difesa dei soggetti coinvolti nell'accertamento penale ed i diritti di riservatezza, anche dei soggetti che ad esso rimangono estranei, disponendo in particolare, fermi restando i limiti e i criteri di utilizzabilità vigenti, che:

**a)** nella selezione del materiale da inviare al giudice a sostegno della richiesta di misura cautelare il pubblico ministero, oltre che per la prosecuzione delle indagini preliminari, dovrà assicurare la riservatezza degli atti contenenti registrazioni di conversazioni o comunicazioni informatiche o telematiche inutilizzabili a qualunque titolo, o contenenti dati sensibili non pertinenti all'accertamento delle responsabilità penali, o irrilevanti ai fini delle indagini perché riferiti esclusivamente a fatti o circostanze ad esse estranei;

**b)** gli atti non allegati a sostegno della richiesta di misura cautelare dovranno essere custoditi in apposito archivio riservato, con facoltà di esame e ascolto ma non di copia, da parte dei difensori delle parti e del giudice, fino al momento della conclusione della procedura *ex art. 268*, commi 6 e 7, c.p.p.;

**c)** venuto meno in quel momento il divieto di pubblicazione di cui all'art. 114, co. 1, c.p.p., i difensori delle parti potranno ottenere copia degli atti e trascrizione delle intercettazioni ritenute rilevanti dal giudice o il cui ri-

lascio sia stato autorizzato dal giudice nella fase successiva alla conclusione delle indagini preliminari;

**d)** ai fini della richiesta di giudizio immediato o del deposito successivo all'avviso di conclusione delle indagini preliminari, il pubblico ministero, quando rilevi che tra gli atti sono presenti registrazioni di conversazioni o comunicazioni informatiche o telematiche inutilizzabili a qualunque titolo, ovvero contenenti dati sensibili che non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede, ovvero irrilevanti ai fini delle indagini, perché riguardanti esclusivamente fatti e circostanze ad esse estranei, dovrà chiederne lo stralcio (qualora la procedura di cui ai commi 6 e 7 dell'art. 268 c.p.p. non si sia già svolta);

**e)** è prevista, altresì, l'introduzione di una **nuova fattispecie di reato** volta a punire (fino a quattro anni di reclusione) la **diffusione del contenuto di riprese audiovisive o registrazioni di conversazioni telefoniche captate fraudolentemente**, con finalità di recare danno alla reputazione; la punibilità è esclusa quando le registrazioni o le riprese sono utilizzate nell'ambito di un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca;

**f)** la delega prevede, inoltre, la semplificazione dell'impiego delle intercettazioni nei procedimenti per i reati più gravi contro la pubblica amministrazione;

**g)** è prevista, inoltre, la possibilità di effettuare intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti mediante immissione di **captatori informatici (cd. Trojan)** in dispositivi elettronici portatili, secondo la specifica disciplina così articolata:

- l'attivazione del microfono deve avvenire solo in conseguenza di apposito comando inviato da remoto e non con il solo inserimento del captatore informatico, nel rispetto dei limiti stabiliti nel decreto autorizzativo del giudice;

- la registrazione audio sarà avviata dalla polizia giudiziaria o dal personale tecnico incaricato, su indicazione della polizia giudiziaria, che dovrà indicare ora di inizio e fine della registrazione e darne atto nel verbale descrittivo delle modalità di effettuazione delle operazioni di cui all'art. 268 c.p.p.;
- l'attivazione del dispositivo sarà sempre ammessa quando si procede **per i delitti ex art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p.**; fuori da tali casi, nei luoghi di cui all'art. 614 c.p. soltanto se sia in corso l'attività criminosa, nel rispetto dei requisiti previsti per le intercettazioni telefoniche; il decreto autorizzativo del giudice deve indicare le ragioni che rendono necessaria questa specifica modalità di intercettazione ai fini delle indagini;
- al fine di garantire originalità ed integrità, il trasferimento delle registrazioni deve avvenire soltanto verso il *server* della procura e al termine della registrazione il captatore informatico deve essere disattivato e reso definitivamente inutilizzabile su indicazione del personale di polizia giudiziaria operante;
- è previsto l'utilizzo solo di programmi informatici conformi ai requisiti tecnici stabiliti con apposito decreto ministeriale;
- quando ricorrano concreti casi di urgenza specificamente indicati che rendano impossibile la richiesta al giudice, solo per i delitti di cui all'art. 51, c. 3-bis e 3-quater c.p.p., il pubblico ministero potrà disporre l'utilizzo di captatori, salvo convalida del giudice entro quarantotto ore, sempre che il decreto d'urgenza dia conto delle specifiche situazioni di fatto che rendono impossibile la richiesta al giudice e delle ragioni per le quali tali modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini;
- i risultati delle intercettazioni ottenuti tramite impiego di *trojan* potranno essere utilizzati a fini di prova soltanto dei reati oggetto del provvedimento autorizzativo; potranno essere utilizzati in procedimenti diversi solo se indispensabili per l'accertamento di reati per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza ex art. 380 c.p.p.;

- i risultati di intercettazioni che abbiano coinvolto occasionalmente soggetti estranei ai fatti per cui si procede non potranno essere in alcun modo conoscibili, divulgabili e pubblicabili.

A ben vedere, la disciplina relativa alla possibilità di immissione di captatori informatici (c.d. *Trojan*) in dispositivi informatici, testé indicata, sembra recepire, solo in parte, le statuizioni rese dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite (Cass., Sez. un., 1 luglio 2016, n. 26889), la quale, investita dalla seguente questione “*se – anche nei luoghi di privata dimora ex articolo 614 c.p., pure non singolarmente individuati e anche se ivi non si stia svolgendo l’attività criminosa – sia consentita l’intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti, mediante l’installazione di un captatore informatico in dispositivi elettronici portatili (ad es., personal computer, tablet, smartphone, ecc.)*”, ha posto l’attenzione sulle caratteristiche tecniche ed informatiche del nuovo mezzo investigativo: le intercettazioni vengono effettuate mediante un software, del tipo definito simbolicamente *trojan horse*, che è chiamato, nelle prime sentenze che si sono confrontate con esso, “captatore informatico” (Cass., Sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556, Virruso, Rv. 246954) o “agente intrusore” (Cass., Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 27100, Musumeci, Rv. 265654). Tale programma informatico, viene installato in un dispositivo del tipo *target* (un computer, un *tablet* o uno *smartphone*), di norma a distanza e in modo occulto, per mezzo del suo invio con una mail, un sms o un’applicazione di aggiornamento. Il software è costituito da due moduli principali: il primo (*server*) è un programma di piccole dimensioni che infetta il dispositivo bersaglio; il secondo (*client*) è l’applicativo che il virus usa per controllare detto dispositivo.

Uno strumento tecnologico di questo tipo consente lo svolgimento di una **molteplicità di attività** e precisamente:

a) di captare tutto il traffico dati in arrivo o in partenza dal dispositivo “infettato” (navigazione e posta elettronica, sia *webmail*, che *outlook*);

b) di attivare il microfono e, dunque, di apprendere per tale via i colloqui che si svolgono nello spazio che circonda il soggetto che ha la disponibilità materiale del dispositivo, ovunque egli si trovi;

c) di mettere in funzione la webcam, permettendo di carpire le immagini;

d) di perquisire l'*hard disk* e di fare copia, totale o parziale, delle unità di memoria del sistema informatico preso di mira;

e) di decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema (*keylogger*) e visualizzare ciò che appare sullo schermo del dispositivo bersaglio (*screenshot*);

f) di sfuggire agli antivirus in commercio.

I dati raccolti sono trasmessi, per mezzo della rete internet, in tempo reale o ad intervalli prestabiliti ad altro sistema informatico in uso agli investigatori.

Con l'utilizzo del programma informatico di cui si discorre, inoculato su un telefono cellulare, un *tablet* o un PC portatile, è possibile anche cogliere i dialoghi tra presenti. In tal caso **le intercettazioni captate diventano “ambientali”**.

Atteso che il telefono cellulare, il *tablet* o un *notebook*, costituiscono oggetti che accompagnano quotidianamente ogni movimento e seguono in ogni luogo la persona, il loro utilizzo come mezzi di intercettazione, consente di sottoporre l'individuo ad un penetrante controllo che va ad estendersi inevitabilmente anche ad altri soggetti che si trovano nelle immediate vicinanze della persona intercettata.

La problematica sollevata e risolta dal Supremo Collegio attiene proprio al fatto che l'intercettazione caratterizzata da queste modalità (sostanzialmente di natura ambientale), può avvenire ovunque, quindi anche all'interno di un domicilio e non solo in luoghi pubblici o aperti al pubblico.

Il mezzo tecnologico in esame impone, secondo le Sezioni Unite, un difficile bilanciamento tra esigenze investigative e tutela dei diritti individuali, che potrebbero subire gravi lesioni o limitazioni.

Nel risolvere la questione sollevata, la Corte si è interrogata innanzitutto sulla valenza da attribuire all'individuazione – e conseguentemente all'indicazione nel provvedimento che autorizza l'attività investigativa in oggetto – del “luogo” nel cui ambito deve essere svolta la “intercettazione di comunicazioni tra presenti” oggetto di previsione dell'art. 266, comma 2, c.p.p.

La Corte, superando l'evidente contrasto giurisprudenziale sorto con la sentenza n. 27100/2015 (Musumeci, cit.) in ordine alla asserita necessità di individuare con precisione, a pena di inutilizzabilità “i luoghi” nei quali le intercettazioni tra presenti devono essere espletate (*contra ex plurimis* Cass., Sez. I, 25 febbraio 2009, n. 11506, Molè; Cass., Sez. II, 8 aprile 2014, n. 17894), ha evidenziato che quando risultano indicati il destinatario della captazione e la tipologia degli ambienti (diversi dai luoghi di privata dimora) in cui eseguirla, l'intercettazione deve ritenersi utilizzabile quando venga effettuata in un altro luogo rientrante nella medesima categoria.

Questo perché è riconosciuta la “dinamicità” delle intercettazioni di questo tipo, eseguibili in ambienti diversi frequentati dal soggetto sottoposto a controllo.

In conclusione, secondo l'interpretazione consolidatasi nel tempo nella giurisprudenza di legittimità e ribadita dalla Corte a Sezioni Unite, possono quindi individuarsi i seguenti punti fermi:

**a)** di regola, il decreto autorizzativo delle intercettazioni “tra presenti” deve contenere la specifica indicazione dell'ambiente nel quale la captazione deve avvenire solo quando si tratti di luoghi di privata dimora, con la limitazione che, in detti luoghi, tali intercettazioni possono essere effettuate, in base

alla disciplina codicistica, soltanto se vi è fondato motivo di ritenere che in essi si stia svolgendo l'attività criminosa;

b) per le intercettazioni “tra presenti” da espletare in luoghi diversi da quelli indicati dall'articolo 614 c.p. (come, ad esempio, carceri, autovetture, capanni adibiti alla custodia di attrezzi agricoli, luoghi pubblici, ecc.), deve ritenersi sufficiente che il decreto autorizzativo indichi il destinatario della captazione e la tipologia di ambienti dove essa va eseguita: l'intercettazione resta utilizzabile anche qualora venga effettuata in un altro luogo rientrante nella medesima categoria;

c) l'indicazione del luogo o dell'ambiente della intercettazione “tra presenti” costituisce un indispensabile requisito autorizzativo nei soli casi in cui occorre fare applicazione della disciplina codicistica sulle limitazioni delle captazioni effettuate nei luoghi di privata dimora (vale a dire, la sussistenza del fondato motivo di ritenere che in essi si stia svolgendo l'attività criminosa).

Tali le premesse che hanno portato le Sezioni Unite ad affermare che *“l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante l'installazione di un captatore informatico in un dispositivo elettronico è consentita nei soli procedimenti per delitti di criminalità organizzata per i quali trova applicazione la disciplina di cui all'art. 13 del D.L. n. 151 del 1991, convertito dalla legge n. 203 del 1991, che consente la captazione anche nei luoghi di privata dimora, senza necessità di preventiva individuazione ed indicazione di tali luoghi e prescindendo dalla dimostrazione che siano sedi di attività criminosa in atto (in motivazione la Corte ha sottolineato che, in considerazione della forza intrusiva del mezzo usato, la qualificazione del fatto reato, ricompreso nella nozione di criminalità organizzata, deve risultare ancorata a sufficienti, sicuri e obiettivi elementi indiziari, evidenziati nella motivazione del provvedimento di autorizzazione in modo rigoroso).*



Con la precisazione che per reati di “criminalità organizzata” devono intendersi, comunque, non solo quelli elencati nell’art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., ma anche quelli comunque facenti capo a un’associazione per delinquere *ex art.* 416 c.p., correlata alle attività più diverse, con esclusione del mero concorso di persone.

Dunque la Corte ha dato risposta affermativa al quesito concernente la legittimità delle intercettazioni “tra presenti” eseguite a mezzo di “captatore informatico” installato in un dispositivo portatile, nell’ambito di attività investigativa svolta in relazione a procedimenti per delitti di criminalità organizzata. Ciò a prescindere dalla preventiva individuazione ed indicazione dei luoghi in cui la captazione deve essere espletata.

Secondo il Supremo Collegio, in tal caso esplica tutta la sua efficacia la norma speciale derogatrice di cui all’**art. 13 d.l. 13 maggio 1991 n. 152** (convertito nella l. 12 luglio 1991 n. 203), a condizione che il giudice, nell’autorizzare le particolari intercettazioni di comunicazioni “tra presenti” oggi rese possibili dall’uso dei “captatori informatici”, motivi adeguatamente le proprie determinazioni.

Si badi che il legislatore, a suo tempo, per i delitti di criminalità organizzata ha dato una precisa e significativa indicazione laddove ha espressamente escluso, per le intercettazioni tra presenti in luoghi di privata dimora, disposte in procedimenti relativi a tali reati, il requisito autorizzativo previsto dall’art. 266, comma 2, secondo periodo, c.p.p., per tutte le altre intercettazioni.

Così facendo, il legislatore ha operato uno specifico bilanciamento di interessi, optando per una più pregnante limitazione della segretezza delle comunicazioni e della tutela del domicilio tenendo conto della eccezionale gravità e pericolosità, per la intera collettività, dei (particolari) reati oggetto di attività investigativa per l’acquisizione delle prove: bilanciamento che è sfociato, appunto, nella possibilità di effettuare, previa motivata valutazione del

giudice, intercettazioni “tra presenti” in luoghi di privata dimora “a prescindere” dalla dimostrazione che essi siano sedi di attività criminose in atto e, quindi, senza alcuna necessità di preventiva individuazione ed indicazione dei luoghi stessi.

La Suprema Corte, per quel che riguarda l’eventualità che lo strumento captativo in argomento possa produrre, in casi estremi, esiti lesivi della dignità umana, rileva che si tratta di un pericolo che ben può essere neutralizzato con gli strumenti di cui dispone l’ordinamento; ad esempio, “facendo discendere dal principio personalistico enunciato dall’**art. 2 Cost.**, e dalla tutela della dignità della persona che ne deriva, la **sanzione di inutilizzabilità delle risultanze di “specifiche” intercettazioni** che nelle loro modalità di attuazione e/o nei loro esiti abbiano acquisito “in concreto” connotati direttamente lesivi della persona e della sua dignità”.

In conclusione, **entro tre mesi** dall’entrata in vigore della legge di riforma, il Governo è chiamato a disciplinare in dettaglio il nuovo strumento investigativo ad alto grado tecnologico (c.d. *Trojan*).

Dalla lettura delle disposizione appena richiamate, non pare che il legislatore riformatore si sia curato della reale natura di questo particolare mezzo di ricerca della prova, né sugli effetti che esso porterà in ambito investigativo.

A ben vedere, una prima critica al *novum* normativo in commento, riguarderebbe innanzitutto **l’elenco dei reati** per i quali si può disporre la captazione di conversazione di tal fatta, che **non riguarderebbe solo reati di criminalità organizzata di stampo mafioso**, ma anche quelli di riduzione in schiavitù, tratta di persone, prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale nei confronti di minorenni, sequestro a scopo di estorsione ed altri (*ex art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p.*).

Ma vi è anche un altro inciso della disposizione che desta non poche perplessità, in quanto il ventaglio delle ipotesi criminose, richiamate dall’art. 266, comma 1, c.p.p., per le quali il pubblico ministero potrà richiedere

l'attivazione del captatore elettronico, nel domicilio privato dell'indagato, **in caso di attività criminale *in itinere***, si allarga **ai delitti non colposi puniti con pena superiore nel massimo a cinque anni**; si va dallo *stalking* al contrabbando, dall'usura ai delitti contro la P.A., dalla manipolazione del mercato all'abuso di informazioni privilegiate.

A parere di chi scrive, sembrerebbe mancare proprio il requisito della proporzionalità tra l'utilizzo di uno strumento particolarmente invasivo, quale è il *Trojan*, ed il novero dei reati richiamati.

Allarmante appare, altresì, il ruolo chiaramente svilito della difesa, che davanti a risultati probatori derivanti dall'attività del *Trojan*, non potendo contestare alcunché, si trova di fatto imbrigliata dalle stesse funzionalità tecniche del nuovo strumento informatico: come potrà la difesa contestare l'eventuale superamento dei limiti della funzionalità del *Trojan* che il legislatore ha stabilito?

Il difensore non sarà mai in grado di contestare con dati concreti e contrari ciò che verrà dedotto a seguito dell'utilizzo del *Trojan*, né potrà affermare che qualcosa, ad esempio, sia andato storto anche per un semplice malfunzionamento del sistema.

Ma altra questione che il legislatore riformatore sembra non essersi proprio posto è la seguente: le intercettazioni a mezzo *Trojan* sono intercettazioni ambientali? Oppure sono qualcosa che va ben oltre l'intercettazione di conversazioni e comunicazioni? Atteso che il *Trojan*, come sopra illustrato, può attivare, bloccare, perquisire, decifrare, duplicare, registrare, siamo davvero sicuri di trovarci innanzi ad una intercettazione? O in tali casi, attraverso l'utilizzo del "virus informatico", l'autorità giudiziaria procedente (es. duplicazione ed esportazione di documenti presenti nel PC) pone in essere ispezioni e sequestri?

Sarebbe stato opportuno, innanzitutto, prevedere la formulazione di protocolli chiari e pubblici con gli stessi produttori dei dispositivi per consen-

tire lo svolgimento delle operazioni investigative ogni qual volta ne sussistano realmente i presupposti di legge.

Maggiori garanzie potevano essere riconosciute, ad esempio, attraverso la creazione di albi pubblici per gli ausiliari informatici a disposizione della procura e tramite l'instaurazione di precisi obblighi di relazione periodica.

Dal punto di vista procedurale, anche la recente legge di delega non ha pensato alla necessità di introdurre un sostanziale rafforzamento di tutela della disciplina delle intercettazioni soprattutto nelle sue fasi preliminari.

In particolare, in considerazione del fatto che l'applicazione della disciplina derogatoria del d.l. n. 152 del 1991 comporta un sostanziale pregiudizio per la posizione dell'indagato e dei suoi diritti, la legge avrebbe potuto, e non lo ha fatto, introdurre un controllo *ab origine*, sulla discrezionalità del pubblico ministero nel momento della definizione della stessa qualificazione giuridica del fatto.

Questo passaggio, seppure preso in considerazione dalla sentenza a Sezioni Unite testé richiamata, allorquando afferma testualmente che *“la qualificazione provvisoria del fatto come inquadrabile in un contesto di criminalità organizzata, risulti ancorato a sufficienti, sicuri e obiettivi elementi indiziari che ne sorreggano (...) la corretta formulazione da parte del pubblico ministero”*, è stato completamente dimenticato dal riformatore.

La necessità di un siffatto controllo è chiaramente volto ad evitare abusi dovuti alla raccolta di informazioni anche estremamente sensibili e al rischio della loro divulgazione, per i quali la sanzione (solo successiva) di inutilizzabilità se non è idonea comunque non presenta garanzie sufficienti.

In questo scenario, anche se viene contemplato il diritto per la difesa di ottenere la documentazione relativa a tutte le operazioni eseguite con captatori informatici e di richiedere una eventuale costosissima ispezione informatica, il difensore, più che attore dell'attività di difesa dovrà acconsentire alla te-

si accusatoria senza poter fare alcunché, **se non assistere alla deriva della sua stessa funzione!**

Altro tema di fondamentale interesse, del tutto svilito dal tenore letterale della l. n. 103/2017 è quello relativo alle **intercettazioni di conversazioni tra l'indagato e il suo difensore.**

Si nota subito il “cambiamento di registro” del legislatore che, a differenza della disciplina relativa ad “intercettazioni e *trojan*” in cui è palese “l'eccesso di dettagli” (basti vedere a quanta meticolosità ha fatto ricorso per delineare le caratteristiche tecniche del nuovo strumento investigativo), qui, invece, ha utilizzato una locuzione stringata ed evanescente: “*prevedere disposizioni dirette a garantire la riservatezza delle comunicazioni, in particolare dei difensori nei colloqui con l'assistito, e delle conversazioni telefoniche e telematiche oggetto di intercettazione, in conformità all'articolo 15 della Costituzione (...)*” (art. 1, comma 84, lett. a).

Per la verità sembra che il legislatore riformatore abbia trascurato del tutto sia le disposizioni del codice dedicate alla disciplina di questo specifico tema (intercettazioni tra indagato e suo difensore), che le linee guida emanate dalle procure della Repubblica italiane nel corso degli anni.

È chiaro, forse non per tutti, il tenore dell'art. 103 c.p.p., il quale al comma 5 **vieta** le intercettazioni delle conversazioni o comunicazioni dei difensori e, al comma 7, sanziona con l'**inutilizzabilità** le intercettazioni eseguite in violazione di tale divieto.

La Corte Suprema di cassazione ha avuto modo di intervenire più volte su questo delicatissimo tema, stabilendo tra l'altro i limiti di operatività del divieto in commento e fissando alcuni principi ormai granitici.

È costante l'affermazione secondo cui “*il divieto in questione non riguarda indiscriminatamente tutte le conversazioni di chi rivesta la qualità di difensore e per il solo fatto di rivestire tale qualifica, ma solo le conversazioni che attengono alla funzione esercitata*” (ex plurimis Cass., Sez. un., 12

novembre 1993, n. 25; Cass., Sez. II, 29 maggio 2014, n. 26323<sup>21</sup>).

È altresì costante nella giurisprudenza del Giudice delle Leggi l'affermazione secondo la quale il detto divieto opera anche se il difensore non sia stato formalmente nominato o sia nominato in procedimento diverso, in quanto *“il divieto è posto a garanzia della necessaria riservatezza dell'attività difensiva e, quindi, dipende esclusivamente dalla natura della conversazione intercettata, così come verificabile anche a posteriori. Ne consegue che l'inutilizzabilità delle intercettazioni con il proprio difensore sussiste quand'anche l'indagato non abbia ancora comunicato all'autorità procedente la nomina del difensore ai sensi dell'art. 96 c.p.p. in quanto ciò che rileva ai fini della garanzia di cui all'art. 103 è la natura del colloquio e non la formalizzazione del ruolo del difensore”* (Cass., Sez. V, 18. Febbraio 2003, n. 12944).

Tali statuizioni costituiscono le fondamenta sulle quali la Cassazione ha avuto modo di erigere una complessa struttura giurisprudenziale secondo cui, in estrema sintesi, *“l'art. 103, comma quinto, cod. proc. pen., nel vietare le intercettazioni delle conversazioni o comunicazioni dei difensori, riguarda l'attività captativa in danno del difensore in quanto tale ed ha dunque ad oggetto le sole conversazioni o comunicazioni – individuabili, ai fini della loro inutilizzabilità, a seguito di una verifica postuma – inerenti all'esercizio delle funzioni del suo ufficio e non si estende ad ogni altra conversazione che si svolga nel suo ufficio o domicilio”* (Cass., Sez. IV, 29 dicembre 2016, n. 55253).

Sulla base di tali premesse molte procure della Repubblica, in conside-

---

<sup>21</sup> In tema di garanzie di libertà dei difensori previste dall'art. 103 c.p.p., la sentenza ha concluso nel senso che, il divieto di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni riguarda solo le conversazioni che attengono alla funzione esercitata. Di conseguenza, “nell'ipotesi in cui venga intercettato un colloquio fra l'indagato ed un avvocato legati da uno stretto rapporto di amicizia e familiarità, il giudice, al fine di stabilire se quel colloquio sia o no utilizzabile, all'esito di un esame globale ed unitario dell'intera conversazione, deve valutare: a) se quanto detto dall'indagato sia finalizzato ad ottenere consigli difensivi, o, non sia, piuttosto, una mera confidenza che potrebbe essere fatta a chiunque altri con cui si trovi in stretti rapporti di amicizia; b) se quanto detto dall'avvocato sia di natura professionale (e, quindi, rientrante nell'ambito del mandato difensivo) oppure abbia una mera natura consolatoria ed amicale a fronte delle confidenze ricevute”.

razione dei delicatissimi interessi in gioco (*in primis* la garanzia della libertà del mandato difensivo) e al fine di uniformare l'attività investigativa, hanno emanato precise direttive (*rectius* linee guida)<sup>22</sup>, con la previsione di specifiche ipotesi, così sintetizzate:

**1) intercettazioni indirette** nei confronti del difensore, ossia la captazione di conversazioni tra l'indagato e il suo difensore nel corso di attività di intercettazione disposta nei confronti dell'indagato.

Tali conversazioni non saranno utilizzabili, indipendentemente dalla formalizzazione della nomina, qualora attengano alla funzione difensiva. In tal caso le conversazioni non dovranno essere riportate nei brogliacci redatti dalla polizia giudiziaria, ne potranno, di conseguenza essere riportate nelle informative, comprese quelle redatte a supporto delle richieste di autorizzazione e di proroga delle intercettazioni, ne potranno essere utilizzate dal magistrato procedente per fondare richieste al giudice<sup>23</sup>;

**2) intercettazioni dirette** nei confronti del difensore, ossia quelle intercettazioni nei confronti del difensore raggiunto da indizi di reato e quindi iscritto nel registro *ex art.* 335 c.p.p.

In tali casi le intercettazioni saranno di regola sempre utilizzabili e il relativo contenuto potrà essere riportato nei brogliacci e nelle note informative comprese quelle di richiesta di autorizzazione e proroga delle intercettazioni e nelle richieste del magistrato procedente al giudice.

Anche in tali casi, però, dovranno essere escluse le conversazioni attinenti alla funzione difensiva e quindi di regola, e con le prescrizioni riportate *sub* 1), tutte le conversazioni del difensore con soggetti estranei alle indagini e attinenti alla sua attività professionale.

---

<sup>22</sup> Cfr. Procura di Roma, 16 giugno 2015, circ. n. 14 (n. 1757/15 prot.); Id., 26 novembre 2015, circ. n. 27 (n. 3389/15 prot.); Procura di Torino, 15 febbraio 2016, circ. (n. 513/16 prot.); Procura di Firenze, 13 aprile 2016, circ. (n. 2990/16 prot.); Procura di Napoli, 15 aprile 2016, dir. n. 4.

<sup>23</sup> In caso di dubbio in merito all'attinenza della conversazione alla funzione difensiva, la polizia giudiziaria sottoporrà il contenuto della conversazione trascritta e trasmessa con nota autonoma, alla valutazione del pubblico ministero procedente, il quale darà le opportune direttive.

Nella realtà quotidiana, in spregio ai principi sopra evidenziati e strumentalizzando il tenore del dettato normativo dell'art. 103, comma 7, c.p.p., che, da presidio per il rafforzamento di tutela incentrata sul divieto di intercettazione, viene trasformato a distorta giustificazione per eluderlo.

Si assiste sovente ad una vergognosa prassi, così sintetizzabile: *“Intanto si ascolti e si registrino i colloqui tra assistito ed avvocato ... poi alla eventuale cernita di quanto captato, si vedrà!?”*.

Ad evidenziare la gravità estrema della indicata situazione, che è sotto gli occhi di tutti, appare utile la lettura della nota sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013, che ha risolto un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sorto a seguito proprio dell'attività di intercettazione telefonica, svolta nell'ambito di un procedimento penale pendente dinanzi alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo che ha visto coinvolto il Presidente della Repubblica.

La Consulta ha fornito **un'interpretazione costituzionalmente orientata** del sistema delle garanzie, **attingendo proprio al modello di tutela previsto per la funzione difensiva**, al fine di ricostruire il fondamento delle garanzie delle comunicazioni della Prima Carica dello Stato.

La Corte, con la sentenza in commento, nel sottolineare come *“l'eterogeneità delle fattispecie regolate dallo stesso art. 271 c.p.p. consenta di tener conto delle diverse ragioni che sono alla base delle singole ipotesi di inutilizzabilità”*, ha osservato come tale inutilizzabilità possa *“derivare, per un verso, dall'inosservanza di regole procedurali, che prescindono dalla qualità dei soggetti coinvolti e dal contenuto delle comunicazioni captate”*, ma per altro verso, *“possa connettersi anche a ragioni di ordine sostanziale, espressive di un'esigenza di tutela “rafforzata” di determinati colloqui in funzione di salvaguardia di valori e diritti di rilievo costituzionale che si affiancano al generale interesse alla segretezza delle comunicazioni (quali la libertà di religione, **il diritto di difesa**, la tutela della riservatezza su dati sen-*



sibili ed altro) ed è questo il caso, specificamente previsto dal successivo comma 2, delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni dei soggetti indicati dall'art. 200, comma 1, c.p.p. (ministri di confessioni religiose, **avvocati**, investigatori privati, medici ed altro), allorché abbiano ad oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione”.

La Consulta ha avuto l'occasione di evidenziare una importantissima differenza: “a proposito delle regole da seguire ai fini della distruzione del materiale inutilizzabile, il trattamento delle due categorie di intercettazioni deve essere diverso. **Le intercettazioni inutilizzabili per vizi di ordine procedurale** attengono a comunicazioni di per sé non inconoscibili, e che avrebbero potuto essere legittimamente captate se fosse stata seguita la procedura corretta. La loro distruzione può pertanto seguire l'ordinaria procedura camerale, nel contraddittorio fra le parti. Nel caso invece si tratti di **intercettazioni non utilizzabili per ragioni sostanziali**, derivanti dalla violazione di una protezione “assoluta” del colloquio per la qualità degli interlocutori o per la pertinenza del suo oggetto, la medesima soluzione risulterebbe antitetica rispetto alla ratio della tutela. L'accesso delle altre parti del giudizio, con rischio concreto di divulgazione dei contenuti del colloquio anche al di fuori del processo, vanificherebbe l'obiettivo perseguito, sacrificando i principi e i diritti di rilievo costituzionale che si intende salvaguardare”.

Pertanto, ha concluso la Corte “(...) nelle ipotesi ora indicate deve ritenersi che i principi tutelati dalla Costituzione non possano essere sacrificati in nome di una astratta simmetria processuale, peraltro non espressamente richiesta dall'art. 271, comma 3, c.p.p.”.

È auspicabile, dunque, un intervento della Consulta (ove investita della questione) volto a ribadire simili stringenti argomentazioni anche per le intercettazioni di conversazioni con il difensore, attesa l'evidente incostituzionalità dell'*interpretatio abrogans* dell'art. 103 c.p.p.!

Per la verità, il tessuto letterale della delega molto ampio e a tratti eva-

nescente<sup>24</sup>, considerata l'importanza dei principi costituzionali e gli interessi in gioco (rapporto tra segretezza dei colloqui professionali, funzione difensiva ed esercizio della giurisdizione), doveva essere, a parere di chi scrive, particolarmente circoscritto e determinato in tutte le sue parti.

In questi termini appare illegittima la delega al Governo, che assume le vesti di una vera e propria **delega in bianco**.

La l n. 103/2017 avrebbe dovuto contenere ulteriori elementi e fornire maggiori indicazioni volti a chiarire, sin da subito, non solo “la direzione normativa” che il Governo è chiamato ad intraprendere ma anche il dettaglio delle innovazioni che andrà ad effettuare all'atto dell'esercizio della delega.

In questo senso era necessario un maggior coinvolgimento del Parlamento nella definizione delle “linee guida” in modo da vincolare (e limitare) le scelte che il Governo dovrà imminente effettuare, e tenerlo imbrigliato “in rime obbligate” per non consentirgli di brancolare indisturbato, intervenendo su temi di assoluta preminenza attesa la caratura costituzionale.

---

<sup>24</sup> **Art. 1, comma 84, l. n. 103/2017:** “*Nell'esercizio della delega di cui al comma 82, i decreti legislativi recanti modifiche alla disciplina del processo penale, per i profili di seguito indicati, sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere disposizioni dirette a garantire la riservatezza delle comunicazioni, in particolare dei difensori nei colloqui con l'assistito, e delle conversazioni telefoniche e telematiche oggetto di intercettazione, in conformità all'articolo 15 della Costituzione, attraverso prescrizioni che incidano anche sulle modalità di utilizzazione cautelare dei risultati delle captazioni e che diano una precisa scansione procedimentale per la selezione di materiale intercettativo nel rispetto del contraddittorio tra le parti e fatte salve le esigenze di indagine, avendo speciale riguardo alla tutela della riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni delle persone occasionalmente coinvolte nel procedimento, e delle comunicazioni comunque non rilevanti a fini di giustizia penale (...)*”.

### **3.5. La delega in materia di impugnazioni penali (commi 82-84 lett. f-m) (Alessandro Orabona)**

Altro tema in discussione al Governo è la delega in tema di impugnazioni *ex art. 1*, commi 82, 83 e 84, lett. f-m della L. n. 103 del 2017.

In particolare, le lett. g), h) e i) del comma 84, pur essendo concentrate sui limiti alla legittimazione ad impugnare, impongono comunque una riscrittura degli articoli 570, 571 e 593 c.p.p.

Ma vediamo in dettaglio in cosa si sostanzia la delega:

1) prevedere la ricorribilità per cassazione soltanto per violazione di legge delle sentenze emesse in grado di appello nei procedimenti per i reati di competenza del giudice di pace (lett. f);

2) prevedere che il procuratore generale presso la corte di appello possa appellare soltanto nei casi di avocazione e di acquiescenza del pubblico ministero presso il giudice di primo grado (lett. g);

3) prevedere la legittimazione del pubblico ministero ad appellare avverso la sentenza di proscioglimento, nonché avverso la sentenza di condanna solo quando abbia modificato il titolo del reato o abbia escluso la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o abbia stabilito una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato (lett. h);

4) prevedere la legittimazione dell'imputato ad appellare avverso la sentenza di condanna, nonché avverso la sentenza di proscioglimento emessa al termine del dibattimento salvo che sia pronunciata con le formule: «il fatto non sussiste» o «l'imputato non ha commesso il fatto» (lett. i);

5) escludere l'appellabilità delle sentenze di condanna alla sola pena dell'ammenda e delle sentenze di proscioglimento o di non luogo a procedere relative a contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda o con una pena alternativa (lett. l);

6) prevedere la titolarità dell'appello incidentale in capo all'imputato e limiti di proponibilità (lett. m).

Si tratta, in buona sostanza, di dare attuazione alle modifiche del regime di impugnazione nel procedimento innanzi al giudice di pace, all'individuazione degli uffici del pubblico ministero legittimati a proporre appello, alla riduzione dei casi di appello ed infine alla limitazione dell'appello incidentale, proponibile dal solo imputato.

Orbene, la l. n. 103/2017 è già intervenuta sulla specifica materia delle impugnazioni. In particolare ai commi 38, 39 e 40 dell'art. 1 è intervenuta con significative modifiche in relazione all'appello della sentenza di non luogo a procedere (vd. *supra* par. 2.8).

In effetti, eliminato con la legge Pecorella l'appello avverso la sentenza di non luogo a procedere, il giudizio di secondo grado viene reintrodotta al fine di limitare la ricorribilità per cassazione e viene esclusa la possibilità per la persona offesa, costituita parte civile, di ricorrere per cassazione (*ex art. 428, comma 2, c.p.p.*).

Sempre nell'ottica di voler restringere le ipotesi di proponibilità dei ricorsi per cassazione si prevede che il pubblico ministero, in caso di doppia sentenza conforme di assoluzione, possa proporre ricorso solo per violazione di legge (art. 608, comma 1-*bis*, c.p.p.).

In generale, come già ampiamente su evidenziato, per ciò che concerne l'appello il legislatore riformatore è intervenuto su diversi piani, prevedendo:

a) l'obbligo della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in caso di appello del pubblico ministero nei confronti di una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa (art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p.);

b) la ricorribilità da parte del pubblico ministero nei confronti della sentenza d'appello che conferma la decisione di proscioglimento, solo per violazione di legge (art. 608, comma 1 *bis*, c.p.p.);

c) la possibilità del c.d. concordato in appello anche con rinuncia ai motivi (artt. 599-*bis* e 602 c.p.p.).

Il *restyling* del giudizio di secondo grado parrebbe, attraverso questa specifica delega, completato con gli “innesti” sulla legittimazione oggettiva e soggettiva, fermo restando quanto previsto per le sentenze emesse a seguito di giudizio abbreviato, del patteggiamento e delle sentenze che dispongono misure di sicurezza.

### **3.6. La delega per la riforma dell’Ordinamento penitenziario** **(commi 82 e 85-87)** (Chiara Ariano)

Nella l. n. 103/2017 è contenuta anche la legge **delega per la riforma dell’Ordinamento penitenziario**.

La delega è prevista nel comma 82 dell’unico articolo di cui si compone la legge, benché sia il comma 85 a fornire i principi ed i criteri direttivi ai quali dovrà ispirarsi il Governo nella predisposizione dei decreti delegati, che dovranno essere emanati **nel termine di un anno dalla sua entrata in vigore** (comma 83).

Lo spettro di intervento sull’Ordinamento penitenziario è certamente ampio, ed in molti punti i principi e criteri direttivi risultano particolarmente generici, rendendo complessa la possibilità di prevedere l’effettivo contenuto della futura decretazione.

Ciò nonostante, attraverso il ricorso al recente lavoro degli Stati Generali sulla Esecuzione Penale<sup>25</sup>, voluti dallo stesso Ministro che ha sottoscritto la legge di riforma ed attivi contestualmente alle fase iniziali dell'*iter* parlamentare afferente la sua approvazione, nonché a provvedimenti di natura sovranazionale, si cercherà non solo di illustrare il contenuto dei principi individuati nel comma 85, ma anche di comprendere in quale direzione, presumibilmente, si muoverà l'esecutivo nel darvi attuazione.

Con riferimento alla sua strutturazione il comma 85<sup>26</sup> non appare sempre organico, ma è comunque possibile individuare **5 principali settori d'azione**, rispetto ai quali il legislatore delegato dovrà intervenire, ed in particolare: le misure alternative alla detenzione; le modalità di esecuzione della pena, la tutela delle categorie vulnerabili, la sanità penitenziaria, i procedimenti dinanzi alla magistratura di sorveglianza. Ai settori di intervento citati, si aggiunge anche una disposizione in tema di riserva di codice.

### **1) La delega in tema di misure alternative alla detenzione**

Con riferimento a tale ambito di intervento il legislatore ha previsto, innanzitutto, la necessità di eliminare la disarmonia tra il limite di pena che consente l'accesso alle misure alternative alla detenzione, determinato in quattro anni nelle ipotesi di cui all'art. 47, comma 3-*bis*, l. 26 luglio 1975, n. 354 (c.d. Ordinamento penitenziario, d'ora in avanti, per brevità, O.P.)<sup>27</sup>, ed il **limite di pena** entro il quale può essere concessa la **sospensione dell'ordine di esecuzione** che, ad eccezione delle ipotesi contemplate dall'art. 47-*ter*,

---

<sup>25</sup> Istituiti con d.m. 8 maggio 2015.

<sup>26</sup> In ragione della modifica apportata in Senato i principi ed i criteri direttivi indicati nella legge delega non trovano applicazione nelle ipotesi di cui all'art. 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354 (c.d. Ordinamento penitenziario).

<sup>27</sup> L'art. 47, comma 3-*bis*, O.P., aggiunto dall'art. 3, comma 1, lett. c) del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 (convertito, con modificazioni, nella legge 21 febbraio 2014, n. 10), recita: "*L'affidamento in prova può altresì essere concesso al condannato che deve espiare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione, quando abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorsi in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare, ovvero in libertà, un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2*".

comma 1, O.P.<sup>28</sup>, è viceversa fissato dall'art. 656, comma 5, c.p.p. nell'inferiore limite dei tre anni.

Disarmonia dalla quale scaturisce l'obbligo di esecuzione della pena anche per i soggetti che, benché condannati o avendo da espiare una pena superiore ai tre anni di reclusione, potrebbero tuttavia beneficiare dell'affidamento in prova previsto dal citato art. 47, comma 3-*bis*, O.P.

A tale scopo la lettera c) del comma 85 prevede, appunto, la delega al Governo a prevedere che: *“il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione sia fissato in ogni caso a quattro anni”*.

La previsione va certamente salutata con particolare favore, anche se l'inserimento nella legge delega ha comportato un ritardo nella introduzione della modifica normativa posto che, a differenza di quanto previsto nel disegno di legge n. 270, la stessa troverà effettiva applicazione solo con i decreti delegati.

Collegata soprattutto alla disciplina del “nuovo” art. 47-*ter*, comma 3-*bis*, O.P. è la lettera d) del comma 85, che impone al Governo di prevedere: *“una necessaria osservazione scientifica della personalità da condurre in libertà, stabilendone tempi, modalità e soggetti chiamati a intervenire, con una espansione delle competenze dell'UEPE”*.

Il criterio direttivo mira ad adeguare **il sistema dell'osservazione della personalità del reo** con la possibilità concessa, appunto, dall'art. 47, comma 3-*bis*, O.P. di concedere l'affidamento in prova al servizio sociale anche a coloro che, in stato di libertà, hanno tenuto una condotta tale da far ritenere che la concessione della misura alternativa contribuisca al reinserimento del con-

---

<sup>28</sup> L'art. 47-*ter*, comma 1, O.P., prevede che: *“La pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, quando trattasi di: a) donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci, con lei convivente; b) padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole; c) persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali; d) persona di età superiore a sessanta anni, se inabile anche parzialmente; e) persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia”*.

dannato, assicurando allo stesso tempo la prevenzione del pericolo che commetta altri delitti. In effetti, non sono chiare le modalità con le quali il Governo potrà contemperare la necessità del periodo di osservazione del soggetto non sottoposto a misure cautelari con i diritti di libertà dell'individuo. È verosimile che il periodo di osservazione afferisca alla condotta tenuta dal soggetto nell'arco temporale che va dal passaggio in giudicato della sentenza o dalla sospensione dell'ordine di esecuzione, sino alla valutazione in merito alla sussistenza dei presupposti per la concessione della misura alternativa.

Più in generale la lettera b) obbliga il Governo ad una revisione delle modalità di accesso alle misure alternative, sia in termini di presupposti soggettivi che di pena, onde facilitare il ricorso alle stesse, salvo i casi di eccezionale gravità.

La previsione è particolarmente generica e lascia al Governo ampi margini di discrezionalità nella sua attuazione, tanto da far dubitare della sua conformità a quanto previsto dall'art. 76 Cost.

L'unico punto di riferimento per comprendere la direzione nella quale potrebbe muoversi il Governo può forse trovarsi in seno ai lavori degli Stati Generali sulla Esecuzione Penale.

In particolare, con riferimento alle misure alternative il relativo tavolo di lavoro ha raccomandato che la sospensione dell'esecuzione della pena potesse essere finalizzata a consentire *“al giudice di sorveglianza di poter scegliere tra tutte le misure alternative, compresa la semilibertà (artt. 48-50 O.P.), quando questa si palesi adeguata a soddisfare le esigenze di risocializzazione e di difesa sociale e non vi siano i presupposti per concedere una delle altre misure”* (Rel. Finale, par. 3.1)<sup>29</sup>.

Proprio con riferimento alla semilibertà, gli Stati Generali hanno suggerito anche la modifica dell'istituto, affinché se ne possa fare ricorso non necessariamente dopo aver espiato una parte consistente della pena, ed anche in

---

<sup>29</sup> Relazione finale degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, par. 3.1.



tutti quei casi nei quali non si riveli possibile la detenzione domiciliare per mancanza di domicilio idoneo, dando peraltro attuazione a quanto previsto dagli artt. 48, comma 2, O.P. e 101, comma 8, Reg. es. O.P., che prevedono l'esecuzione della semilibertà presso "sezioni autonome di istituti ordinari" o "ubicate in edifici o parti di edifici di civile abitazione".

## **2) La delega in ordine alle modalità di esecuzione della pena**

Con riferimento a tale ambito di intervento, nella legge delega è possibile individuare disposizioni che intervengono sull'attività trattamentale (lett. da d) ad h) ed r) del comma 85), ed altre inerenti alla conservazione dei rapporti con i familiari (lett. i) ed n).

Relativamente al primo profilo, assume particolare importanza la lettera e) che prevede **l'eliminazione di automatismi** che: *"impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato"*, nonché la revisione della disciplina di *"preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale"*.

Il criterio direttivo di cui alla lettera e) è stato oggetto di un intervento modificatore operato dal Senato, che al testo approvato dalla Camera ha aggiunto il riferimento alla differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati ed alle caratteristiche del condannato.

Il legislatore sembra voler spingere **verso un modello costituzionalmente orientato di esecuzione della pena**, nella quale la rieducazione costituisce non solo e non tanto un obbligo dello Stato, quanto un diritto costituzionale del condannato. In questo senso correttamente si invita il legislatore ad eliminare la sussistenza di condizione soggettive che possano costituire

motivo di esclusione dalle opportunità di recupero sociale o di ritardo nell'accesso ai trattamenti rieducativi attraverso presunzioni di irrecuperabilità sociale fondate sul reato e non sul percorso svolto dal singolo individuo.

Si auspica pertanto che in ossequio a tale delega il Governo possa intervenire sulla rigidissima disciplina di cui al combinato disposto degli artt. 4-*bis* e 58-*ter* O.P., i cui divieti sono stati estesi a dismisura nel corso degli ultimi anni.

In senso contrario si osserva, viceversa, che la revisione dei benefici penitenziari per gli ergastolani, è assolutamente insufficiente e non conforme alla premessa giuridico-culturale cui si è fatto riferimento, atteso che il legislatore non prevede la completa eliminazione dell'inaccettabile condizione dell'**ergastolo ostativo**. La disposizione, infatti, nel prevedere la modifica della disciplina dell'accesso ai benefici per gli ergastolani, esclude le condanne per delitti di mafia, che maggiormente producono l'effetto aberrante dell'ergastolo ostativo, in ragione delle preclusioni previste dal citato art. 4-*bis* O.P.

Tema peraltro divenuto ancor più delicato sotto il profilo della sua conformità alla normativa sovranazionale, alla luce della sentenza della Corte EDU nel caso Vinter e altri c. Regno Unito. Con tale pronuncia la Corte ha, infatti, chiarito che la pena dell'ergastolo in tanto può essere compatibile con la Convenzione in quanto lo Stato si doti di un **meccanismo di revisione della effettiva necessità di prosecuzione dell'esecuzione della pena** in rapporto ai fini della pena medesima<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Cfr. C. edu, G.C., 9 luglio 2013, Vinter e altri c. Regno Unito: “La Corte considera che, per quanto riguarda le pene perpetue, l'articolo 3 debba essere interpretato nel senso che esige che esse siano riducibili, ossia sottoposte a un riesame che permetta alle autorità nazionali di verificare se, durante l'esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto dei progressi sulla via del riscatto tali che nessun motivo legittimo relativo alla pena permetta più di giustificare il suo mantenimento in detenzione. La Corte sottolinea tuttavia che, tenuto conto del margine di apprezzamento che deve essere accordato agli Stati contraenti in materia di giustizia penale e di determinazione delle pene, essa non ha il compito di imporre la forma (amministrativa o giudiziaria) che un tale esame deve assumere. Per lo stesso motivo essa non deve stabilire in quale momento si debba procedere a un tale esame. Ciò premesso, la Corte constata anche che, dagli elementi di diritto comparato e di diritto internazionale prodotti dinanzi ad essa, risulta che vi è una netta tendenza in favore della creazione di un meccanismo speciale che garan-

In ogni caso bisognerà verificare quale sarà il contenuto dei decreti delegati e se si riterrà di intervenire anche e/o solo sull'art. 176, comma IV, c.p., che permette al condannato all'ergastolo di poter accedere alla liberazione condizionale dopo aver scontato ventisei anni di reclusione.

La lettera f) introduce per la prima volta all'interno del percorso trattamentale la previsione di **attività di giustizia riparativa**: “*quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative*”.

La previsione raccoglie l'invito degli Stati Generali ad introdurre anche con riferimento alla fase di esecuzione della pena una forma di *restorative justice*, invero, già introdotta all'interno dei meccanismi processuali attraverso l'istituto della messa alla prova e nell'ambito del procedimento dinanzi al giudice di pace<sup>31</sup>.

La lettera g) del comma 85 sottolinea l'importanza di una legislazione che favorisca: “*l'incremento delle opportunità di lavoro retribuito, sia intramurario sia esterno, nonché di attività di volontariato individuale e di reinserimento sociale dei condannati, anche attraverso il potenziamento del ricorso al lavoro domestico e a quello con committenza esterna, aggiornando quanto il detenuto deve a titolo di mantenimento*”.

L'importanza del tema circa **le opportunità di lavoro da fornire ai detenuti** è oggetto anche delle regole penitenziarie europee, approvate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel 1973 e successivamente oggetto di modifiche. In particolare, le regole 26-2 e 26-7 prevedono che le autorità penitenziarie debbano offrire sufficienti opportunità di lavoro che ri-

---

*tisca un primo riesame entro un termine massimo di venticinque anni da quando la pena perpetua è stata inflitta, e poi, successivamente, dei riesami periodici. Di conseguenza, laddove il diritto nazionale non prevede la possibilità di un tale riesame, una pena dell'ergastolo effettivo contravviene alle esigenze derivanti dall'articolo 3 della Convenzione”.*

<sup>31</sup> L'art. 35, comma 1, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, prevede che: “*Il giudice di pace, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato, enunciandone la causa nel dispositivo, quando l'imputato dimostra di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato*”.

specchino il più possibile quelle svolte all'esterno ed organizzate secondo sistemi gestionali e processi produttivi moderni.

Il legislatore forte delle esperienze positive condotte in alcuni istituti, primo fra tutti quelli di Bollate, ritiene estremamente importante favorire normative che accrescano le opportunità di lavoro, e che, verosimilmente, dovrebbero portare ad una modifica dell'attuale legge "Smuraglia"<sup>32</sup>, affinché possa contribuire con maggiore efficacia a creare una positiva sinergia tra il mondo delle imprese e quello del carcere.

Allo stesso modo il legislatore delega l'esecutivo ad implementare le forme di **attività di volontariato** quale momento di reinserimento del condannato. Invero la previsione è stata inserita al Senato in quanto non era presente nel testo approvato dalla Camera dei Deputati.

In effetti l'attuale disciplina normativa contempla quale forma di volontariato solo il lavoro all'esterno previsto dall'art. 21, comma 4-ter, O.P., peraltro da svolgere esclusivamente presso gli enti pubblici indicati dalla norma. Il legislatore sembra viceversa voler ampliare le forme di volontariato a cui può accedere il detenuto verosimilmente alla luce di quanto già previsto dall'art. 165 c.p., o 186 e 187 d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (c.d. Codice della Strada), nonché dalla legge sul giudice di pace.

Peraltro il legislatore è consapevole che per favorire il raggiungimento dei predetti obiettivi è necessaria la collaborazione con le attività di volontariato da sempre operanti all'interno degli istituti, pur in assenza di una disciplina normativa specifica. Così la lettera h) delega anche il Governo a valorizzare il lavoro del volontariato all'interno ed all'esterno degli istituti.

In considerazione della genericità della disposizione è, invero, difficile poter prevedere come il Governo intenderà realizzare tale valorizzazione, ed anche sotto tale profilo sorgono dubbi di costituzionalità per violazione dell'art. 76 Cost.

---

<sup>32</sup> Cfr. l. 22 giugno 2000, n. 193.

Sempre con riferimento alle modalità di esecuzione della pena il legislatore alla lettera r) della comma 85 invita il Governo a proseguire nella strada già intrapresa prevedendo: *“norme volte al rispetto della dignità umana attraverso la responsabilizzazione dei detenuti, la massima conformità della vita penitenziaria a quella esterna, la sorveglianza dinamica”*. Si tratta di un principio e criterio direttivo inserito solo in sede di approvazione della legge da parte del Senato.

Già dal 2013 l'amministrazione penitenziaria, anche per rispondere alle problematiche del sovraffollamento ed a quanto statuito dalla sentenza Torreggiani<sup>33</sup>, ha intrapreso la strada di una maggiore **responsabilizzazione del detenuto** attraverso i **meccanismi di sorveglianza dinamica**, caratterizzata per lo più dalla apertura delle celle nelle ore diurne, e dalla possibilità del detenuto di accedere a più reparti dell'istituto anche senza scorta. Del resto già la regola penitenziaria europea 25-2 prevede la necessità di garantire ai detenuti la possibilità di trascorrere quotidianamente fuori dalla cella un tempo adeguato a garantire i contatti umani e sociali.

Invero, alla luce delle caratteristiche strutturali della maggior parte delle nostre strutture penitenziarie, la misura ha dato effetti positivi solo parziali attesa l'assenza di spazi in cui il recluso possa impiegare utilmente il proprio tempo al di fuori della cella.

Anche per questa ragione, verosimilmente, il criterio direttivo di cui alla lettera r) precisa che la responsabilizzazione del detenuto dovrà avvenire attraverso l'introduzione di una quotidianità detentiva simile, per quanto possibile, a quella esterna.

Tale indicazione appare, tuttavia, di difficile realizzazione in quanto in molti istituti sono necessari interventi di architettura penitenziaria rispetto ai quali la legge non prevede alcun tipo di stanziamento, trattandosi di un inter-

---

<sup>33</sup> Cfr. C. edu, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

vento normativo che ai sensi del comma 83 dovrà essere realizzato senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Infine, benché non afferente la fase di esecuzione della pena, la previsione di cui alla lettera u) è in ogni caso tesa a favorire il reinserimento sociale del detenuto attraverso la delega alla: “*revisione del sistema delle pene accessorie improntata al principio della rimozione degli ostacoli al reinserimento sociale del condannato ed esclusione di una loro durata superiore alla durata della pena principale*”.

È questa una delle poche disposizioni in cui il criterio direttivo è espresso in maniera compiuta, atteso che la revisione dovrà essere improntata al principio della rimozione degli ostacoli al reinserimento sociale del condannato ed escludere una durata superiore alla durata della pena principale. Si tratta di un’indicazione estremamente importante, inserita nel testo approvato dal Senato, in quanto le **pene accessorie** sono per lo più pene interdittive, e limitano le possibilità di lavoro nonché di esercizio della potestà genitoriale. Rispetto a quest’ultimo tema la disposizione sembra richiamare quanto statuito da alcune pronunce della Corte costituzionale ed in particolare dalle sentenze 23 febbraio 2012, n. 31 e 16 gennaio 2013, n. 7, le quali hanno sancito l’illegittimità costituzionale dell’art. 569 c.p. che prevedeva, quale conseguenza automatica della condanna per il delitto di alterazione di stato, la perdita della potestà genitoriale, senza alcuna possibilità per il giudice di valutare il singolo caso concreto.

Dedicate alla conservazione e cura dei **rapporti con la famiglia** sono anche le lettere i) ed n) del comma 85.

La lettera i) impone al Governo di intervenire sulla: “*disciplina dell’utilizzo dei collegamenti audiovisivi sia a fini processuali, con modalità che garantiscano il rispetto del diritto di difesa, sia per favorire le relazioni familiari*”.

Con riguardo alle relazioni familiari la disposizione, nella consapevolezza che **il principio di territorialità della pena** non può e non viene sempre assicurato, mira ad utilizzare le risorse fornite dalla moderna tecnologia per garantire al detenuto il mantenimento delle relazioni familiari, da sempre ritenute una condizione fondamentale per portare a termine positivamente il programma trattamentale ed accrescere le possibilità di reinserimento del recluso.

Del resto il Commentario alle regole penitenziarie europee, con riferimento alla regola 24-1, prevede che le autorità penitenziarie devono sforzarsi di creare le condizioni per consentire ai detenuti di mantenere i rapporti con la famiglia tenendo conto del fatto che la moderna tecnologia offre nuovi strumenti di comunicazione.

In effetti l'Amministrazione penitenziaria nel novembre del 2015<sup>34</sup> ha già emanato una circolare tesa a regolamentare l'utilizzo dei *personal computer* presenti negli istituti quali strumenti di comunicazione audiovisiva. La norma sembra proseguire in questa strada imponendo al Governo l'adozione stabile ed estesa di tali modalità di comunicazione.

Diversamente la previsione dell'utilizzo di strumenti di comunicazione audiovisiva per fini processuali e di difesa è collegata alla disposizione di cui al comma 77 dell'art. 1 l. n. 103/2017<sup>35</sup>.

La lettera n) è, viceversa, dedicata al “*riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate e disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio*”.

**Il diritto all'affettività** ha trovato espresso riconoscimento in seno agli Stati Generali, che hanno sottolineato l'importanza di incrementare delle reti affettive e familiari anche attraverso una modifica della disciplina dei permessi da estendersi anche a momenti fondamentali della vita dei figli (battesimo,

---

<sup>34</sup> Circolare DAP del 2 novembre 2015, prot. n. 0366755.

<sup>35</sup> Per la disamina di tale previsione normativa si rinvia al relativo commento, *supra* par. 3.4.

laurea, matrimonio, ecc.) o per far visita a familiari affetti da gravi patologie o infermi<sup>36</sup>.

Peraltro, sul tema dei rapporti con i figli non può dimenticarsi che nel 2014 è stata sottoscritta anche la Carta dei diritti dei figli di genitori detenuti, la cui applicazione va pertanto garantita a livello nazionale<sup>37</sup>.

Il tema dell'affettività è peraltro connesso anche a quello del **diritto alla sessualità del detenuto**, già oggetto di una raccomandazione del Consiglio di Europa del 1997 (n. 1340), e oggetto di approfondimento anche in seno agli Stati Generali dell'Esecuzione Penale.

Consegue al riconoscimento del diritto alla sessualità del detenuto la predisposizione di luoghi all'interno delle carceri, ove questi possano incontrare i propri *partners* per un tempo congruo e nel rispetto della *privacy*.

### **3) La delega in materia di tutela delle categorie vulnerabili**

In seno al comma 85 dell'art. 1 vi sono numerose principi e direttive aventi ad oggetto **la tutela dei soggetti vulnerabili in stato di detenzione**.

Il punto di partenza è la constatazione che anche nel momento esecutivo della sanzione penale deve trovare applicazione l'art. 3, comma secondo, Cost., che prevede la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana. In questo senso la volontà del legislatore sembra andare in una direzione opposta a quella seguita negli ultimi anni attraverso politiche di criminalizzazione di fenomeni sociali, in luogo di una legislazione che prende atto della esistenza di eterogenee categorie di soggetti

---

<sup>36</sup> Rel. fin., op. cit., par. 3.3. e ss..

<sup>37</sup> “La Carta dei figli dei genitori detenuti” è un Protocollo d'intesa stipulato il 21 marzo 2014, tra il Ministro della Giustizia, l'Autorità Garante dell'Infanzia e *Bambinisenzasbarre*, per garantire protezione e tutela ai **100.000 bambini che entrano nelle carceri italiane**. La Carta dei figli dei genitori detenuti riconosce formalmente il diritto di questi minorenni alla **continuità del legame affettivo con il proprio genitore detenuto** e ribadisce il diritto alla genitorialità. Il documento istituisce un **Tavolo permanente** (art. 8) composto dai rappresentanti dei tre firmatari, uno strumento di monitoraggio periodico sull'attuazione dei punti previsti della Carta che agevola e promuove la cooperazione tra i soggetti istituzionali e non, e favorisce lo scambio delle buone prassi a livello nazionale e internazionale.



più deboli, le cui condizioni sono sia causa di comportamenti devianti che conducono alla sanzione carceraria, sia effetto della stessa sanzione detentiva<sup>38</sup>.

Di qui la necessità di una legislazione specifica che consenta a tali soggetti di interagire con le istituzioni soprattutto al fine di poter scontare la pena in modo più dignitoso e di poter godere effettivamente del diritto alla rieducazione ed al reinserimento nella stessa misura in cui sono garantiti agli altri detenuti.

Il comma 85 individua **tre categorie di soggetti vulnerabili**, quali gli stranieri, i minori e le donne. In effetti la norma si presenta molto meno ambiziosa di quanto previsto dagli Stati Generali, che avevano individuato anche altre categorie “deboli” quali: i *sex offenders*, i soggetti con problemi di identità di genere, i soggetti affetti da disagio psichico, quelli da dipendenze patologiche, di cui, purtroppo, non vi è traccia nella legge delega.

### **3.1) I detenuti stranieri**

Volta al miglioramento delle condizioni di detenzione degli **stranieri** e tesa ad incrementare la possibilità del loro reinserimento sociale è la lettera o) del comma 85, che spicca per la sua assoluta genericità, delegando il Governo alla: “*previsione di norme che favoriscano l’integrazione delle persone detenute straniere*”. Invero il testo approvato in via definitiva è stato riformulato al Senato in quanto nella formulazione della Camera la lettera n) recitava: “*previsione di norme che considerino i diritti e i bisogni sociali, culturali, linguistici, sanitari, affettivi e religiosi specifici delle persone detenute straniere*”. La modifica ha reso la previsione priva di qualsiasi principio e criterio direttivo, generando i soliti dubbi di costituzionalità.

In effetti, le norme dell’Ordinamento penitenziario dedicate agli stranieri sono piuttosto scarse esaurendosi nell’art. 18, in tema di assistenza sanitaria, e nell’art. 35, in forza del quale “*nell’esecuzione delle misure privative*

---

<sup>38</sup> Rel. fin., op. cit. par. 2 e ss.

*della libertà nei confronti di cittadini stranieri, si deve tenere conto delle loro difficoltà linguistiche e delle differenze culturali”.*

Una carenza non più giustificabile se si considera la dimensione del fenomeno che vede oramai un terzo della popolazione detenuta costituita da stranieri. La genericità della norma non consente previsioni circa gli indirizzi che adotterà il Governo; tuttavia, è possibile individuare le possibili linee di intervento facendo riferimento alla raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 2012 (CM/Rec 2012/12).

Tra i punti principali della raccomandazione vi sono: la necessità che venga effettivamente garantita allo straniero la possibilità di accedere alla medesime sanzioni e misure non detentive cui accedono gli altri autori di reato, nonché ai medesimi programmi di formazione e lavoro; la possibilità di conseguire titoli riconosciuti nel paese di origine; il sostegno economico ai detenuti indigenti; l'assegnazione ad istituti dove sono presenti stranieri della medesima nazionalità o religione; il mantenimento dei rapporti con la famiglia.

La raccomandazione prevede, infine, la necessità che negli istituti vi sia **personale specializzato e formato alla diversità culturale dello straniero**, ed ai problemi da questo vissuti nel corso della detenzione. Tale necessità era stata avvertita anche in seno agli Stati Generali sulla Esecuzione Penale che avevano suggerito di inserire nelle piante organiche dei penitenziari la figura del mediatore culturale. Una necessità che, tuttavia, sembra continuare a rimanere non presa in considerazione dal legislatore.

Principalmente dedicata agli stranieri è anche la lettera v) del comma 85 in tema di: *“revisione delle attuali previsioni in materia di libertà di culto e dei diritti ad essa connessi”*, ed inserita nel testo approvato dal Senato. Anche sul tema della **libertà religiosa** l'Ordinamento penitenziario appare carente dedicando alla stessa l'art. 58, che riconosce il diritto a praticare il proprio culto religioso, anche apponendo effigi nella camera individuale, purché

non sia contrario all'ordine ed alla sicurezza dell'istituto e non si esprima in comportamenti molesti per la comunità. Anche se va detto che il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria è intervenuto con più di una circolare per disciplinare le problematiche connesse al trattamento dei detenuti stranieri.

La genericità della previsione rende in ogni caso difficile immaginare in cosa effettivamente si concretizzerà l'intervento del Governo.

### **3.2) I minorenni**

L'art. 79 O.P., al comma 1, estende ai **minori degli anni diciotto** sottoposti a sanzione penale la normativa prevista per gli adulti, precisando che a tale "ripiego" si sarebbe ricorso: "*fino a quando non sarà provveduto con apposita legge*", ovvero, sino a quando non fosse stata approvata una legge specifica per i minori. Non a caso l'invito ad una normativa penitenziaria per i minori è stata ribadita in senso agli Stati Generali dell'Esecuzione Penale. Il legislatore ha, perciò, inserito nella legge la lettera p) con la quale delega il Governo: "*all'adeguamento delle norme dell'ordinamento penitenziario alle esigenze educative dei detenuti minori di età secondo i seguenti criteri*".

Questa premessa spiega la ragione per la quale, con riferimento ai minori, i principi e criteri direttivi risultano particolarmente dettagliati.

Il primo principio direttivo è costituito dalla **conservazione della giurisdizione specializzata**: "*affidata al tribunale per i minorenni, fatte salve le disposizioni riguardanti l'incompatibilità del giudice di sorveglianza che abbia svolto funzioni giudicanti nella fase di cognizione*". La disposizione è di assoluto rilievo in quanto nel disegno di legge intitolato "Modifiche al Codice di procedura civile", approvato dalla Camera e giunto in Senato con il n. 2284, era prevista la soppressione del tribunale per i minorenni, previsione che suscitò le forti reazioni di tutti gli addetti ai lavori. Con la legge delega si ribadisce la sopravvivenza del tribunale specializzato.

All'“organizzazione penitenziaria degli istituti penali per minorenni nell'ottica della socializzazione, della responsabilizzazione e della promozione della persona”, è dedicato il punto 2) della lettera p). Con riferimento a tale previsione gli Stati Generali hanno raccomandato l'introduzione di un limite al numero dei minori che i relativi istituti possano contenere; nonché la previsione della assoluta tassatività del principio di territorialità della pena. Tuttavia entrambi i suggerimenti non hanno trovato espresso spazio nel testo normativo.

È stata viceversa accolta l'indicazione in tema di **estensione della disciplina** prevista per i minori **ai detenuti giovani adulti** al punto 3) della lettera p), in cui si delega il Governo a prevedere: “l'applicabilità della disciplina prevista per i minorenni quantomeno ai detenuti giovani adulti, nel rispetto dei processi educativi in atto”.

I principi e criteri direttivi di cui ai numeri 4), 5), 6), ripercorrono quanto previsto nella delega per gli “adulti” prevedendo: “4) *previsione di misure alternative alla detenzione conformi alle istanze educative del condannato minorenne*; 5) *ampliamento dei criteri per l'accesso alle misure alternative alla detenzione, con particolare riferimento ai requisiti per l'ammissione dei minori all'affidamento in prova ai servizi sociali e alla semilibertà, di cui rispettivamente agli articoli 47 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni*<sup>39</sup>; 6) *eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari, in contrasto con la funzione rieducativa della pena e con il principio dell'individuazione del trattamento*”.

Il punto 7) è dedicato al “**rafforzamento dell'istruzione e della formazione professionale quali elementi centrali del trattamento dei detenuti minorenni**”; ma è soprattutto il punto 8) a costituire motivo di interesse. La generi-

---

<sup>39</sup> Il punto 5 è stato modificato al Senato, che ha aggiunto: “con particolare riferimento ai requisiti per l'ammissione dei minori all'affidamento in prova ai servizi sociali e alla semilibertà, di cui rispettivamente agli articoli 47 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni”.

cità della delega, (“*rafforzamento dei contatti con il mondo esterno quale criterio guida nell’attività trattamentale in funzione del reinserimento sociale*”) non esclude la possibilità dell’introduzione delle sanzioni di comunità, ovvero, l’introduzione di percorsi di reinserimento sociale da realizzarsi attraverso attività di volontariato ed utilità sociale da svolgersi nel contesto territoriale di appartenenza.

Non sono state estese ai minori forme di *restorative justice*, nonostante una specifica direttiva europea sottolinei l’importanza del generale ricorso alle stesse<sup>40</sup>; segno che il legislatore continua a diffidare dal valorizzare eccessivamente il ruolo della vittima nel processo minorile.

### **3.3) Le donne**

È stato il Senato ad inserire nella legge delega i principi e criteri direttivi in tema di **detenzione femminile**.

La lettera t) è destinata all’introduzione di disposizioni che tengano conto degli “*specifici bisogni e diritti delle donne detenute*”. L’intervento normativo si rende necessario per colmare le carenze dell’Ordinamento penitenziario, che riserva pochissime disposizioni alle problematiche connesse alla detenzione femminile, e per renderlo conforme alle regole penitenziarie europee, che si occupano del tema al punto 34, sottolineando l’importanza di un’attenzione particolare a tutti i bisogni delle donne detenute.

Anche in tale caso il criterio direttivo è assolutamente generico, e lascia ampi margini di discrezionalità al legislatore.

Gli Stati Generali sulla Esecuzione Penale avevano formulato alcune proposte, come: l’introduzione di un ufficio per la detenzione femminile in seno all’amministrazione penitenziaria, nonché quello di un “Ufficio detenute” all’interno degli Istituti; un ripensamento dell’architettura degli spazi dedicati alla detenzione femminile; la possibilità di accedere a *screening* per la prevenzione di malattie che affliggono specificamente le donne, ed infine un

---

<sup>40</sup> Cfr. Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 (2012/29/UE).

ampliamento della disciplina dei permessi che tenga conto del ruolo della donna all'interno della famiglia e possa consentire un maggiore rispetto del diritto all'affettività.

Naturalmente il **ruolo dell'affettività e della maternità** assume una importanza particolare che non è sfuggita al legislatore, il quale, alla lettera s), delega il Governo alla “*revisione delle norme vigenti in materia di misure alternative alla detenzione al fine di assicurare la tutela del rapporto tra detenute e figli minori e di garantire anche all'imputata sottoposta a misura cautelare la possibilità che la detenzione sia sospesa fino al momento in cui la prole abbia compiuto il primo anno di età*”<sup>41</sup>.

In particolare sulla questione delle detenute madri era già intervenuto il legislatore con la l. 8 marzo 2001, n. 40, ed oggi spinge il Governo a proseguire ancora su questa strada. In tale ottica si spiega, ad esempio, la previsione della sospensione della applicazione della misura cautelare della madre di prole di età inferiore ad un anno, oggi prevista sono nella fase di esecuzione della pena.

La disposizione è, del resto, coerente con la predetta “Carta dei diritti dei figli di genitori detenuti”, che all'art. 1, punto 1), prevede: “*(Le Autorità giudiziarie saranno sensibilizzate ed invitate, in particolare:) a tenere in considerazione i diritti e le esigenze dei figli minori di età della persona arrestata o fermata che conservi la responsabilità genitoriale, nel momento della decisione dell'eventuale misura cautelare cui sottoporla, dando priorità, laddove possibile, a misura alternative alla custodia cautelare in carcere*”.

#### **4) La delega per la semplificazione dei procedimenti dinanzi la magistratura di sorveglianza**

Il primo punto (lett. a) del comma 85 delega il Governo alla “*semplificazione delle procedure, anche con la previsione del contraddittorio differito ed eventuale, per le decisioni di competenza del magistrato e del tribunale di*

---

<sup>41</sup> L'art. 275, comma 4, c.p.p. limita ai casi di eccezionale gravità, ma non esclude, l'applicabilità della misura cautelare della custodia in carcere per le madri di prole non superiore a sei anni.

*sorveglianza, fatta eccezione per quelle relative alla revoca delle misure alternative alla detenzione*"; previsione chiaramente destinata a consentire al Governo di individuare modalità procedurali che possano agevolare il lavoro dei tribunali di sorveglianza, da lungo tempo incapaci di dare tempestiva ed efficace risposta alle istanze che provengono sia dai soggetti in stato di detenzione che dai soggetti liberi.

Collegata a tale "indicazione" è anche l'ultima parte del criterio direttivo posto dalla lettera c), in cui si prevede che: *"il procedimento di sorveglianza garantisca il diritto alla presenza dell'interessato e la pubblicità dell'udienza"*. La previsione prende atto dei recenti interventi con i quali la Corte costituzionale, in particolare con la sentenza 15 aprile 2015, n. 97, ha dichiarato la illegittimità degli artt. 666, comma 3, e 678 c.p.p., relativamente al procedimento dinanzi al tribunale di sorveglianza, nella parte in cui non prevedono che, su richiesta dell'interessato, il relativo procedimento si svolga in pubblica udienza.

### **5) La delega in materia di sanità penitenziaria**

Con il d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230 e successivamente con il d.C.P.M. del 30 maggio 2008<sup>42</sup> venne realizzato il trasferimento delle competenze sanitarie della medicina generale e specialistica penitenziaria, dal Ministero della Giustizia al Sistema sanitario nazionale e quindi a Regioni e Asl.

Il trasferimento aveva l'obiettivo dichiarato di garantire anche ai detenuti le medesime prestazioni cui hanno diritto i cittadini liberi. Recita, infatti, l'art. 1 del d.lgs. n. 230 del 1999: *"I detenuti e gli internati hanno diritto, al pari dei cittadini in stato di libertà, alla erogazione delle prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione, efficaci ed appropriate, sulla base degli obiettivi generali e speciali di salute e dei livelli essenziali e uniformi di*

---

<sup>42</sup> Il decreto è rubricato "Modalità e criteri per il trasferimento al Servizio sanitario nazionale delle funzioni sanitarie, dei rapporti di lavoro, delle risorse finanziarie e delle attrezzature e beni strumentali in materia di sanità penitenziaria" (G.U. 30 maggio 2008, n. 126).

*assistenza individuati nel Piano sanitario nazionale, nei piani sanitari regionali e in quelli locali”.*

A fronte di così importanti obiettivi, i risultati raggiunti sono stati modestissimi, e la Sanità penitenziaria continua ad essere uno dei tasti più dolenti del nostro sistema.

Per tale ragione, la lettera l) del comma 85 prevede la “*revisione delle disposizioni dell’ordinamento penitenziario alla luce del riordino della medicina penitenziaria disposto dal decreto legislativo 22 giugno 1999, n. 230, tenendo conto della necessità di potenziare l’assistenza psichiatrica negli istituti di pena”.*

La formulazione del criterio direttivo lascia totale discrezionalità al legislatore nella sua attuazione, e ciò impedisce qualsiasi valutazione in merito ai reali benefici che scaturiranno dalla riforma. Invero, le problematiche della **Medicina penitenziaria** sono state oggetto di attenzione anche nel corso dei lavori dei citati Stati Generali, dai quali è emersa la necessità del ricorso alla telemedicina negli istituti, e l’adozione di un sistema di raccolta dei dati clinici dei ristretti.

Va precisato che la lettera l) è stata oggetto di un intervento del Senato che in sede di approvazione della legge ha aggiunto il riferimento alla necessità di potenziare l’**assistenza psichiatrica** negli istituti di pena. La modifica va salutata con assoluto favore in quanto prende atto dell’esistenza del grave problema dei ristretti con disagio psichico, che rappresenta uno dei fenomeni più critici che contraddistingue il “pianeta carcere”, anche per l’assenza di personale specializzato. In particolare da uno studio condotto su 16.000 detenuti da un gruppo di lavoro del Ministero della Salute<sup>43</sup>, è risultato che il problema del disagio psichico affliggeva il 40% dei soggetti analizzati. Ci si auspica quindi che l’intervento si concretizzi nella costituzione di aree all’interno delle carceri munite di personale specializzato alla cura di tali sog-

---

<sup>43</sup> “La salute dei detenuti in Italia: i risultati di uno studio multicentrico”, aprile 2015.



getti, nonché alla individuazione di misure, anche alternative al carcere, che tengano conto di tali condizioni.

Sempre ai lavori del Senato si deve poi l'introduzione della lettera m) che delega il Governo alla: *“previsione della esclusione del sanitario dal consiglio di disciplina istituito presso l'istituto penitenziario”*.

#### **6) La riserva di codice.**

Alla lettera q) il legislatore delega il Governo all'*“attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena, presupposto indispensabile perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali, attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato”*.

La ragione del singolare inserimento della riserva codice in seno alla riforma dell'Ordinamento penitenziario, già teorizzata nel progetto di riforma Pisapia del 2007, viene spiegata dalla stessa disposizione ed individuata nell'esistenza di un diretto collegamento tra la conoscenza del precetto penale e la funzione rieducativa della pena, quasi a voler riprendere quanto affermato nella nota sentenza della Corte costituzionale del 1988.

Tuttavia la disposizione pecca di una assoluta genericità atteso che non è dato in alcun modo comprendere quali sarebbero le fattispecie criminose da

inserire nel codice penale, che, stando a quanto indicato alla lettera q), sembrano davvero tutte quelle previste al di fuori del codice penale.

L'approvazione della legge delega per la riforma dell'Ordinamento penitenziario va considerata certamente con favore, in quanto contribuisce a rendere la disciplina dell'esecuzione penale maggiormente conforme al dettato costituzionale. In questo senso, va certamente condivisa l'eliminazione di automatismi che precludano o limitino fortemente l'accesso ai benefici penitenziari in ragione del reato commesso, nonché le disposizioni a tutela delle categorie più vulnerabili ed il riconoscimento del diritto all'affettività.

Tuttavia, va evidenziato che la riforma **in molti dei suoi principi e criteri direttivi pecca di assoluta genericità**, di modo che l'effettivo raggiungimento dei fini con essa perseguiti dipenderà dalla successiva decretazione governativa, che, è bene ricordare, dovrà intervenire senza aumenti di spesa per le casse dello Stato.

Infine, non può non essere censurata l'assenza di previsioni tese alla completa eliminazione dell'aberrante fenomeno dell'ergastolo ostativo, la mancanza di una riforma organica della disciplina dei permessi, la mancata introduzione nelle piante organiche degli istituti penitenziari della figura del mediatore culturale, nonché l'assenza di qualsiasi previsione in materia di architettura penitenziaria; tutti interventi ritenuti determinanti all'esito dei lavori degli Stati Generali, le cui indicazioni, invero, sembrano essere state accolte solo parzialmente dal legislatore.

### **3.7. La delega per la revisione della disciplina del casellario giudiziale (commi 18-19 e 20) (Angelo Mastrocola)**

La delega legislativa in tema di casellario giudiziale prevista dalla l. n. 103/2017 persegue gli obiettivi della semplificazione e della riduzione degli adempimenti amministrativi (comma 18, lett. a). In realtà la disposizione, contenuta ai **commi 18 e 19 dell'art. 1**, più che individuare principi e criteri, si limita a conferire delega al Governo, che entro un anno dall'entrata in vigore della legge (3 agosto 2017), dovrà occuparsi di:

**a) Adeguare le norme in tema di casellario giudiziale (d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313):**

1. alle modifiche apportate al codice di rito e di merito;
2. ai principi e criteri cui si ispira la legislazione nazionale vigente;
3. limitatamente alla materia di protezione dei dati personali, ai principi e criteri di diritto comunitario.

**b) Consentire alle pubbliche amministrazioni ed ai gestori di pubblici servizi un accesso semplificato alla banca dati dei certificati giudiziari.** A tal fine il Governo dovrà prevedere uno (o più ?) appositi procedimenti amministrativi, riservando alle convenzioni che le singole amministrazioni stipuleranno con l'Ufficio del Casellario Centrale la fissazione dei limiti, delle condizioni di accesso, delle norme in tema di riservatezza e di reati ostativi.

**c) Rivedere le norme in tema di iscrizioni/cancellazioni dei provvedimenti nel registro del Casellario.** La delega concerne:

- 1) l'eliminazione dell'iscrizione del proscioglimento **per particolare tenuità del fatto**. Si ricorda infatti che, ad oggi, la declaratoria della causa di non punibilità *ex art. 131-bis c.p.* comporta comunque l'iscrizione del relativo provvedimento nel casellario giudiziale (cfr. articolo 3, comma 1,

lettera f) del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313). Di conseguenza, verrà quindi abrogata la lett. d-*bis*) della norma, che prevede – trascorsi dieci anni dalla pronuncia del provvedimento *ex* 131-*bis* c.p. – l’eliminazione della relativa iscrizione (quanto invece all’eliminazione di talune condanne “meno gravose”, cfr. punto successivo).

2) La riforma dei **limiti temporali per l’eliminazione delle iscrizioni** relative a:

- a) condanne irrogate con decreto penale di condanna;
- b) applicazione della pena su richiesta delle parti comunque non superiore a sei mesi;
- c) condanne irrogate dal giudice di pace (attualmente eliminabili trascorsi cinque anni dall’esecuzione della pena pecuniaria e dieci dall’esecuzione di pene diverse, cfr. art. 5, comma 2, lett. g).

Unica delega “specificata” è contenuta al comma 18, lett. a), terzo e quarto periodo: qui, con specifico riferimento all’art. 5, comma 1, d.P.R. n. 313 del 2002, si delega il Governo ad abrogare la norma che prevede l’eliminazione delle iscrizioni nel casellario giudiziale al compimento dell’ottantesimo anno di età o per morte della persona alla quale si riferiscono. La riforma quindi obbliga il Governo a **rivedere i limiti delle iscrizioni per “anzianità”**, per adeguarli alla (modifica della) durata media della vita umana.

La delega al Governo sulla riforma del casellario giudiziale era già prevista, in maniera quasi identica, dagli artt. 8 e 9 del disegno di legge approvato dal Senato della Repubblica (S. 2067). In entrambe le versioni il decreto delegato venne adottato su proposta del Ministro della Giustizia, trasmesso alle Camere senza alcun aggravio finanziario, e necessita dei pareri delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per profili finanziari.

Unico punto di distacco tra i due testi riguarda i limiti temporali entro cui le Commissioni parlamentari sono tenute a esprimere i loro pareri: sessan-

ta giorni dalla data di trasmissione per il disegno di legge del Senato (S. 2067, art. 8, comma 2) e quarantacinque giorni per il disegno di legge della Camera (C. 4368, comma 19), poi divenuto definitivo.

La delega al Governo contenuta nella l. n. 103/2017 appare finalizzata ad un duplice scopo: da un lato l'armonizzazione dell'intero sistema legislativo, d'altra parte l'affievolimento delle conseguenze pregiudizievoli delle pronunce di condanna, al fine di una più facile risocializzazione del reo.

Quanto al primo aspetto, è ovvio che le recenti riforme in tema di giustizia penale hanno comportato una vera e propria "schizofrenia" dell'apparato penale (il riferimento, affatto casuale, è alle norme in materia di prescrizione), difettando spesso di disposizioni di coordinamento tra nuovi istituti e sistema vigente. La delega pertanto "obbliga" il Governo a trovare soluzioni di raccordo nel settore delle iscrizioni al casellario giudiziale (che rappresenta, in sostanza, effetto penale della condanna estinguibile *ex art. 178 c.p.*<sup>44</sup>).

Il coordinamento però riguarda anche la normativa comunitaria. È bene a tal fine ricordare che già con i decreti legislativi del 12 maggio 2016, numeri 73, 74 e 75 il legislatore aveva dato attuazione alle decisioni quadro europee<sup>45</sup> in tema di rilevanza delle condanne tra gli stati europei, scambio di dati provenienti dai casellari giudiziari dei singoli stati membri ed istituzione di un Ufficio Europeo di Informazione sui Casellari Giudiziari<sup>46</sup>.

Con il riferimento alla spinosa **materia dei dati personali**, già trattata in sede di analisi delle novità in tema di intercettazioni, la l. n. 103/2017 prova ad attuare quanto di recente stabilito nel Regolamento 2016/679/UE<sup>47</sup>, ufficialmente entrato in vigore il 24 maggio 2016. In sostanza il legislatore europeo ha previsto maggiori tutele per i cittadini (ma anche per i fruitori del

---

<sup>44</sup> Peraltro in merito va segnalata la recente pronuncia, di segno contrario, Cass., Sez. I, 21 novembre 2012, n. 45581, secondo cui "la cancellazione della sentenza dal casellario non rientra tra gli effetti penali di cui è prevista l'estinzione a seguito di riabilitazione".

<sup>45</sup> Rispettivamente, decisioni quadro n. 2008/675/GAI, 2009/315/GAI e 2009/316/GAI.

<sup>46</sup> Si tratta dell'ERICS, *European Criminal Records Information System*.

<sup>47</sup> Si tratta del c.d. regolamento *General Data Protection Regulation*.

*web*<sup>48</sup>) e pesanti sanzioni per le pubbliche amministrazioni che saranno giudicate non conformi.

Quanto al secondo aspetto rinvenibile nella delega al Governo, va segnalato che il riferimento ad una seppur generica riscrittura delle norme in materia di iscrizione delle condanne al casellario giudiziale, dimostra una particolare attenzione agli effetti “mediati” della condanna penale.

Il legislatore si dimostra quindi ben consapevole di quanto il certificato *ex art. 3 d.P.R. n. 313 del 2002* danneggi il condannato che provi ad iniziare il suo percorso di risocializzazione e inserimento (o reinserimento) nel mondo nel lavoro.

Detta attenzione, a ragion veduta definita come un esempio di “*sensibilità verso la persona*”<sup>49</sup> rischia però di venire mortificata da un sistema che insiste nel prevedere un “doppio binario” di certificazione delle condanne penali. In sostanza il certificato richiedibile dal privato (che non contiene ad esempio le condanne con concessione del beneficio della non menzione) continuerebbe a divergere fortemente da quello visibile a forze dell’ordine ed autorità giudiziarie, ed inoltre il condannato con il beneficio *ex art. 175 c.p.* potrebbe – paradossalmente – ottenere un casellario giudiziale ad uso privato nullo, ma dovrebbe comunque continuare a dichiarare, in sede di autocertificazione, la condanna a proprio carico.

---

<sup>48</sup> Si pensi al fatto che viene del tutto rinnovata la normativa in tema di “diritto all’oblio”, con possibilità di ottenere la cancellazione dei propri dati personali, anche *online*, al ricorrere di talune condizioni o al trascorrere di un periodo di tempo.

<sup>49</sup> Cfr. SPANGHER G., “*La Riforma Orlando della giustizia penale, prime riflessioni*”, pag. 9, Dir. pen. cont., su [http://www.ristretti.it/commenti/2016/ottobre/pdf2/articolo\\_spangher.pdf](http://www.ristretti.it/commenti/2016/ottobre/pdf2/articolo_spangher.pdf).

## Sezione IV

# Le spese di giustizia

### **4.1. La ristrutturazione e la razionalizzazione delle spese di giustizia (commi 88-91) (Alessandro Orabona)**

Il legislatore riformatore, nell'ottica di voler ristrutturare e razionalizzare le spese di giustizia, è intervenuto con la recente riforma da un lato, per dimezzare la **spesa per gli ascolti di intercettazioni di conversazioni** e dall'altro, per uniformare le tariffe.

In dettaglio la disciplina prevede modifiche alle voci di spesa relative alle prestazioni a fini di giustizia effettuate a fronte di richieste di intercettazioni e di informazioni di cui all'art. 5, co. 1, lett. *i-bis*), del testo unico di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, all'art. 96 d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 (c.d. Codice delle comunicazioni elettroniche).

Proprio in relazione alle voci relative alle intercettazioni, ai fini dell'adozione del canone annuo forfettario per le prestazioni obbligatorie, con decreto del Ministro della Giustizia, del Ministro dello Sviluppo Economico, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, da emanare entro il 31 dicembre 2017, è attuata la revisione delle voci di listino di cui al decreto del Ministro delle Comunicazioni 26 aprile 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 104 del 7 maggio 2001. Il decreto:

a) disciplina le tipologie di prestazioni obbligatorie e ne determina le tariffe, tenendo conto dell'evoluzione dei costi e dei servizi, in modo da conseguire un risparmio di spesa di almeno il 50% rispetto alle tariffe praticate. Nella tariffa sono ricompresi i costi per tutti i servizi contemporaneamente attivati o utilizzati da ogni identità di rete;

**b)** individua i soggetti tenuti alle prestazioni obbligatorie di intercettazione, anche tra i fornitori di servizi, le cui infrastrutture consentono l'accesso alla rete o la distribuzione dei contenuti informativi o comunicativi, e coloro che a qualunque titolo forniscono servizi di comunicazione elettronica o applicazioni, anche se utilizzabili attraverso reti di accesso o trasporto non proprie;

**c)** definisce gli obblighi dei soggetti tenuti alle prestazioni obbligatorie e le modalità di esecuzione delle stesse, tra cui l'osservanza di procedure informatiche omogenee nella trasmissione e gestione delle comunicazioni di natura amministrativa, anche con riguardo alle fasi preliminari al pagamento delle medesime prestazioni.

Entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite, con decreto del Ministro della Giustizia, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, le prestazioni funzionali alle operazioni di intercettazione e sono determinate le corrispondenti tariffe.

Il decreto, da aggiornare ogni due anni, sulla base delle innovazioni scientifiche, tecnologiche e organizzative e delle variazioni dei costi dei servizi:

**a)** individua le tipologie di prestazioni funzionali erogate, tenendo conto altresì: delle prestazioni obbligatorie; dell'acquisizione e della elaborazione della documentazione del traffico telefonico o telematico; della strumentazione tecnica utilizzabile e delle altre eventuali necessità atte ad assicurare l'intrusione nei sistemi telefonici, informatici e telematici;

**b)** determina la tariffa per ogni tipo di prestazione in misura non superiore al costo medio di ciascuna, come rilevato, nel biennio precedente, dal Ministero della Giustizia tra i cinque centri distrettuali con il maggiore indice di spesa per intercettazioni, così da conseguire un risparmio della spesa complessiva;



c) specifica gli obblighi dei fornitori delle prestazioni in relazione ai livelli qualitativi e quantitativi minimi dei servizi offerti e alle modalità di conservazione e gestione, mediante canali cifrati, dei dati raccolti negli archivi informatizzati, nel rispetto dei requisiti di sicurezza e della necessità del loro trattamento secondo criteri di riservatezza, disponibilità e integrità.

Il decreto è trasmesso, corredato di relazione tecnica, alle Commissioni parlamentari competenti per i profili finanziari per il relativo parere.

Ai fini della razionalizzazione delle spese relative alle prestazioni di cui all'art. 5, co. 1, lettera *i-bis*), del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, il Governo è delegato ad adottare, nel termine di un anno dalla data di entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi per armonizzare le disposizioni in precedenza indicate, secondo i seguenti principi e criteri direttivi:

- a) accelerazione dei tempi di pagamento delle prestazioni rese;
- b) individuazione dell'autorità giudiziaria competente alla liquidazione della spesa;
- c) natura esecutiva del provvedimento di liquidazione della spesa;
- d) modalità di opposizione al provvedimento di liquidazione della spesa.