

PAROLA alla DIFESA

rivista bimestrale diretta da
Beniamino Migliucci, Giorgio Spangher, Giovanni Flora



www.parolaalladifesa.it

5 **DUEMILADICIASSETTE**

settembre-ottobre

Comitato scientifico:

A. De Caro, F. Dinacci, O. Dominioni, G. Fiandaca, L. Filippi, A. Gaito,
M. Gallo, A. Gargani, G. Garuti, A. Giarda, F. Giunta, G. Insolera,
A. Lanzi, V. Maiello, V. Manes, A. Marandola, N. Mazzacuva,
G. Pecorella, D. Siracusano, L. Stortoni



**Pacini
Giuridica**

Indice

Editoriale

BENIAMINO MIGLIUCCI, *Verso il congresso straordinario* p. 367

Opinioni

MARCELLO DANIELE, *Astensione, diritto di libertà del difensore*..... » 371

MASSIMO BIFFA, *Riflessioni sulla nuova norma che disciplina la partecipazione al dibattito a distanza*..... » 381

Dal Parlamento / Al Parlamento

FABIO STANCATI, *L'introduzione del reato di tortura, tra luci e ombre* » 395

Dalle corti

FEDERICO MAZZACUVA, *Nella Babele della vicenda "Taricco-bis". Brevi osservazioni sulle conclusioni dell'Avvocato generale*..... » 399

COSTANZA FENYES, *Circostanze e prescrizione del reato. Cass. pen. Sez. Un., n. 28953/2017 del 27.4.2017, dep. il 9.6.2017* » 405

GHERARDO PECCHIONI, *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit... iudex dixit: Sull'interpretazione dell'art. 61, comma 1, n. 11-quinquies*..... » 409

ANGELA COMPAGNONE, *Obbligo di rinnovare l'istruttoria dibattimentale anche nel caso di reformatio in peius "non integrale"* » 416

Focus / Dibattiti

La Riforma Orlando

a cura di FABRIZIO GALLUZZO

Nuova prescrizione: processi sempre più kafkiani, di ERVIN RUPNIK – *Condotte riparatorie:*

una nuova causa di estinzione del reato con notevoli insidie applicative, di OTTAVIA MURRO –

Le modifiche apportate in materia di indagini preliminari ed udienza preliminare, di IRMA

CONTI – *Giudizio abbreviato: investigazioni (non più) a sorpresa e richieste subordinate*, di

FABRIZIO GALLUZZO – *La reintroduzione del concordato sui motivi in appello*, di GUIDO COLAIA-

COVO – *Per una Cassazione meno oberata ma più coerente e (si spera) più attenta ai diritti*

dei cittadini, di LUIGI LUDOVICI – *Inammissibilità in Cassazione: pochi margini di contraddit-*

torio?, di DANIELE LIVRERI » 420

Stanza di Gaetano » 446

di GAETANO PECORELLA

Verso il congresso straordinario

Editoriale

BENIAMINO MIGLIUCCI

Il Congresso straordinario dell'Unione delle Camere Penali Italiane cade in un momento particolare per il nostro Paese. Dopo l'approvazione a colpi di fiducia della Legge 23 giugno 2017 n. 103, recante "*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*", il Parlamento ha approvato in via definitiva la cd. legge antimafia.

Si tratta di due pessimi segnali sia per il metodo adottato, che per il merito dei provvedimenti. Il Ministro della Giustizia, dopo un periodo di proficua interlocuzione, che aveva portato a miglioramenti del testo della riforma dei codici penali, ha imposto una accelerazione inusitata, determinata da ragioni di natura squisitamente politica, interrompendo ogni riflessione su due punti che qualificano in negativo la novella, e cioè la dilatazione dei termini di prescrizione e il processo a distanza.

Su questi temi, l'Unione, dopo aver elaborato documenti ed aver proposto emendamenti al disegno di legge, presentati trasversalmente da diversi parlamentari, aveva sin dal 2015 protestato con astensioni e con ripetuti eventi pubblici, che hanno avuto senz'altro il merito di portare al centro dell'attenzione il dibattito sulla giustizia.

Le astensioni non sono state gradite dalla magistratura, che ha reagito denunciando, sia presso la Commissione di Garanzia che alla Corte costituzionale, la esistenza di un presunto contrasto del nostro Codice di autoregolamentazione con alcuni principi costituzionali.

L'Unione ha naturalmente difeso con forza le proprie posizioni davanti al Garante, segnalando, tra l'altro, che l'avvocatura penale non ha mai sospeso l'attività per ragioni di carattere corporativo o sindacale, ma sempre ed esclusivamente per l'attuazione del giusto processo e per la difesa delle garanzie processuali e dei diritti di libertà di ogni cittadino.

Sta di fatto che sia l'approvazione per fiducia di norme come quelle sopra richiamate, che la reazione alle astensioni sono segnali negativi: da una parte evidenziano la volontà del Legislatore di allontanarsi dal giusto processo, dall'altra indicano insofferenza per posizioni di contrasto rispetto alla visione di una parte della magistratura, che considera l'avvocatura un ostacolo o un accessorio processuale fastidioso.

A dimostrazione che non c'è mai fine al peggio, in questi giorni è stata approvata la riforma del cd. codice antimafia. Anche in questo caso, una accelerazione determinata dal desiderio di dimostrare efficienza, condita da una vena di giustizialismo. Poco importa che

sia una legge profondamente illiberale che estende ingiustificatamente l'applicazione di norme già sbagliate, retaggio di un'epoca autoritaria, a fattispecie di reato e illeciti che nulla hanno a che vedere con il fenomeno mafioso; a nulla rileva che nessuno sforzo sia stato fatto per aumentare le angustissime possibilità di difesa del proposto, che deve difendersi in dieci giorni, non ha diritto a prospettare effettive prove a discarico, può impugnare per ragioni assai limitate e in tempi ristrettissimi; priva di interesse la circostanza che il mondo accademico e autorevoli rappresentanti della magistratura, insieme all'avvocatura penale, avessero concordemente criticato la normativa; nessuna considerazione su quanto rilevato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che di recente ha giudicato eccessivamente discrezionali, arbitrarie e inadeguate agli standard convenzionali le norme sulla prevenzione. Ciò che contava era soddisfare il crescente populismo giudiziario.

Eppure, a ben vedere, c'erano tante leggi sulle quali il Parlamento avrebbe potuto concentrarsi, ma queste non portavano consenso e, dunque, in vista di prossime elezioni, meglio lasciar perdere.

E così, sono state lasciate per strada leggi impegnative come lo *ius soli*, la morte assistita, una decente legge sulla tortura, la legalizzazione delle droghe leggere, le norme sui magistrati in politica, progetti questi che si sono persi di vista e sono stati riposti accuratamente nei cassetti delle diverse commissioni, senza mai trovare un approdo.

La cosa che fa sorridere amaramente è che alcuni partiti politici hanno avuto talmente tanta fretta di approvare la legge, pur sapendo che la stessa era sbagliata, da chiedere al governo di monitorarla per eventualmente modificarla.

Questo è lo scenario che si presenta alle soglie del nostro Congresso, e che non induce a essere ottimisti anche in relazione al metodo utilizzato per l'attuazione della delega sulle intercettazioni contenuta nella Legge 23 giugno 2017, n. 103, perché, dopo aver evitato la discussione sia alla Camera che al Senato, il Ministero ha sostanzialmente "appaltato" a se stesso, e ai magistrati che fanno parte di tale Ufficio, la formulazione di una proposta che, invece, avrebbe dovuto essere elaborata all'esito dei lavori di una commissione composta da tutti i soggetti interessati.

Va rilevato, comunque, che il Ministro della Giustizia ha immediatamente inteso avviare una serie di interlocuzioni, anche con l'avvocatura penale, mostrandosi disponibile a recepire osservazioni e critiche per cercare di attuare al meglio la delega, sulla quale l'Unione delle Camere Penali era riuscita a intervenire attraverso proposte, parzialmente accolte, tendenti, tra l'altro, ad assicurare la effettiva riservatezza delle comunicazioni tra difensore e assistito, nonché conversazioni non rilevanti ai fini di giustizia penale e a garantire il rispetto del contraddittorio tra le parti in posizione di parità al momento della cd. udienza stralcio.

Occorre ora dare attuazione alla delega, tenendo conto che le norme del codice di procedura penale poste a tutela del segreto o che stabiliscono il divieto di pubblicazione di atti o di immagini sono state aggirate e disapplicate. Per evitare che ciò avvenga e che la delega rimanga priva di effetti, è necessario non solo vietare la trascrizione di conversazioni i cui contenuti non siano rilevanti ai fini del procedimento, ma occorre sanzionare tale condotta.

L'udienza per l'acquisizione delle captazioni pertinenti dovrebbe garantire la parità delle parti, e dovrebbe essere consentita la possibilità di accesso all'archivio riservato per le conversazioni stralciate con le stesse modalità a pubblico ministero e difensore, senza che le norme attuative facciano trapelare diffidenza nei confronti della funzione difensiva.

L'Unione delle Camere Penali ha già formulato osservazioni e critiche in merito alla bozza dello schema di decreto predisposto dall'Ufficio legislativo del Ministero anche su altri punti, e in particolare si è soffermata sull'eventuale modifica dell'art. 103 c.p.p. In merito, si è rilevato che la lettera della norma ha un significato inequivoco, perché prevede espressamente che non sia permessa l'intercettazione di conversazioni tra assistito e difensore. La conseguenza naturale è che se un'intercettazione non è consentita, non potrebbe nemmeno essere ascoltata. L'interpretazione che sino ad oggi è stata fatta dell'art. 103 c.p.p. ha sostanzialmente eluso la *ratio* della norma, non ha fornito concreta attuazione al diritto di difesa e ha ignorato la sacralità del rapporto che deve esistere tra assistito e difensore in un paese democratico.

Norme che si curassero solo di vietare, magari senza neppure sanzionare, la trascrizione di tali conversazioni costituirebbero un rimedio omeopatico, in quanto verrebbe rafforzato solo il profilo della riservatezza verso l'esterno, mentre polizia giudiziaria e pubblico ministero potrebbero tranquillamente ascoltare strategie difensive, informazioni e quant'altro di interesse, senza alcun limite.

In questi ultimi mesi, l'Unione delle Camere Penali ha dato concretezza anche al contenuto del programma congressuale di Bologna. La raccolta delle firme per la proposta di legge di iniziativa popolare per la separazione delle carriere tra magistrati inquirenti e giudicanti ha riscosso l'entusiastica adesione delle Camere penali territoriali, che sono riuscite ad avvicinare l'opinione pubblica per far comprendere l'importanza del tema, al fine di dare attuazione al giusto processo e rafforzare il ruolo del giudice, restituendo autonomia e indipendenza all'intera magistratura giudicante.

Ha osservato Francesco Petrelli che *“è proprio la terzietà del giudice, scritta nella nostra Costituzione, ma mai realizzata, la caratteristica intrinseca e irrinunciabile di un moderno processo accusatorio, nel quale l'azione del pubblico ministero è controllata da un giudice che segna, nell'esercizio del suo potere di azione, i confini invalicabili della legalità della prova, delle garanzie e dei diritti di tutti i cittadini”*.

Ogni riforma perde significato se il giudice, oltre ad essere imparziale, non è e non appare terzo rispetto alle parti. Non essendo in grado, tra l'altro, di garantire credibilmente la parità delle stesse.

Le sottoscrizioni della nostra proposta sono ad oggi quasi 70.000 e offrono la possibilità di mettere al centro del dibattito politico una questione che sembrava seppellita. Era doveroso per l'Unione delle Camere Penali fare quanto nelle sue possibilità, la responsabilità di dare poi vita a una riforma veramente liberale e significativa spetterà alla politica, che si auspica sia in futuro meno fragile e timida nei confronti di una parte della magistratura.

Le difficoltà e le negatività riscontrate, se non inducono a ottimismo, non devono neppure scoraggiare. L'imminente campagna elettorale offrirà nuove opportunità e la possibilità di comprendere quale sia l'idea di giustizia dei vari schieramenti, restando comunque

inalterata la possibilità di incidere su scelte sbagliate attraverso la continua proposta, fondata su riflessioni sempre più diffuse nell'opinione pubblica e condivise anche da parte dall'Accademia.

Il compito non è semplice, perché giustizialismo e populismo imperano e la difesa della cultura dei diritti e delle libertà sembra essere affidata ad una minoranza, ma la cultura di minoranza può diffondersi sempre di più, con maggior vigore, guadagnando spazi con la forza e la bontà delle idee per divenire cultura di maggioranza.

Due aporie nel sistema dei riti speciali¹

Opinioni

MARCELLO DANIELE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'accelerazione esasperata: il giudizio immediato custodiale. – 3. Una reviviscenza inquisitoria: il giudizio abbreviato. – 3.1. L'ombra del giudice accusatore. – 3.2. Il rapporto problematico con le indagini difensive. – 3.3. L'efficacia sanante nei confronti delle invalidità probatorie. – 4. Gli auspicabili correttivi.

1. Premessa.

Idealmente parlando, in un sistema processuale ben costruito qualunque deviazione dalle forme del rito ordinario dovrebbe poggiare su solide giustificazioni. Non è questo il caso del nostro ordinamento, laddove il vigente assetto dei giudizi speciali si contraddistingue per almeno due aspetti degenerativi, che ne intaccano la fisiologia e creano delle distorsioni inaccettabili. Si allude al giudizio immediato c.d. custodiale e al giudizio abbreviato. Il primo, introdotto dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92, porta all'estremo la logica dell'accelerazione che si trova alla base dei riti che anticipano il passaggio al dibattimento. Il secondo, rimodellato dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479, ha abbandonato la logica della negoziazione che lo ispirava nella sua versione originaria, per trovare la sua ragion d'essere nelle sole esigenze ricollegabili all'efficienza processuale; un difetto di fondo a cui non hanno certo posto rimedio le modifiche operate dalla l. 23 giugno 2017, n. 103 (legge Orlando).

2. L'accelerazione esasperata: il giudizio immediato custodiale.

Il giudizio immediato custodiale (art. 453 commi 1-*bis* e 1-*ter*), come è noto, si basa sull'equiparazione legislativa fra i gravi indizi di colpevolezza a fondamento della custodia

¹ Testo della relazione, con aggiunta di note, svolta al convegno "Il processo penale accusatorio. Dall'intervenuta destrutturazione alla necessaria ricostruzione sistematica" (Roma, 9 giugno 2017).

cautelare in carcere (art. 273 c.p.p.) e l'“evidenza” della prova, richiesta dall'art. 453 comma 1 ai fini del giudizio immediato ordinario.

È un meccanismo che ha una giustificazione molto fragile. Esso muove dallo stigma negativo che l'opinione pubblica nutre nei confronti di chi si trovi in stato di carcerazione *ante delictum*, e lo usa strumentalmente per generare l'illusione di una giustizia rapida ed efficiente.

Altrettanto fragile è il collegamento fra il procedimento cautelare e il procedimento principale che lo sorregge: un cordone ombelicale costruito artificialmente, che trascura le profonde differenze fra i due procedimenti.

Anzitutto dal punto di vista della piattaforma cognitiva a sostegno delle valutazioni relative ai gravi indizi di colpevolezza e all'evidenza della prova. Se è vero che il *thema probandum* è il medesimo – la probabile colpevolezza della persona sottoposta a procedimento – la prima valutazione, però, poggia sul materiale appositamente selezionato dal pubblico ministero (art. 291 comma 1 c.p.p.), mentre la seconda avviene sulla scorta dell'intero fascicolo delle indagini².

Si aggiunga che il legislatore non ha tenuto conto di tutte le implicazioni della provvisoria della valutazione cautelare. Se, a seguito del riesame o della revoca della misura, l'accertamento dei gravi indizi venisse meno *prima* della richiesta del rito, quest'ultimo non potrebbe essere instaurato (artt. 453 comma 1 *ter* e 455 comma 1-*bis* c.p.p.). Se, per converso, l'accertamento venisse a mancare *dopo* l'ammissione del rito – magari per ragioni occasionali, legate al carico di lavoro del giudice interpellato – il giudizio dovrebbe proseguire, rischiando così di determinarsi irragionevoli disparità di trattamento³.

Né va, infine, trascurato il forte pregiudizio subito dalla difesa in mancanza dell'interrogatorio sui fatti dai quali emerge l'evidenza della prova, previsto dall'art. 453 comma 1 in rapporto all'immediato ordinario. Si è obiettato che quest'ultimo verrebbe surrogato dall'interrogatorio di garanzia a cui la persona in custodia cautelare va sottoposta ai sensi dell'art. 294 c.p.p.⁴. Eppure dovrebbero essere evidenti le differenze che le due tipologie di audizione presentano quanto alle tempistiche e, soprattutto, al contesto di riferimento⁵.

Questi difetti congeniti dell'immediato custodiale, per fortuna, non sono completamente sfuggiti alla giurisprudenza. Se ne è accorta, in particolare, la sentenza *Squicciarino* delle Sezioni Unite, la quale è però riuscita a correggerli solo in parte⁶.

È una decisione pienamente apprezzabile nella misura in cui, mancando espliciti segnali in senso contrario nell'art. 453 c.p.p., ha configurato l'immediato custodiale come una

² V. F. ALONZI, *Di cosa parliamo quando parliamo di rito immediato, ovvero le interessanti implicazioni della sentenza Squicciarino*, in www.la-legislazione-penale.eu, 8 giugno 2015, 26 s.; E. AMODIO, N. GALANTINI, *Sull'incostituzionalità del giudizio immediato custodiale*, in *Dir. pen. cont., riv. trim.*, 3/2013, 44 s.

³ Cfr. R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, VIII ed., Milanofiori Assago, 2016, 663 s.

⁴ Così P. TONINI, *Considerazioni sul giudizio immediato custodiale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1396 s.

⁵ V. P. RENON, *Obbligatorio ma non troppo... Questioni vecchie e nuove in tema di giudizio immediato "custodiale"*, in www.penalecon-temporaneo.it, 20 novembre 2012, 10 s.

⁶ Cfr. Cass., sez. un., 26 giugno 2014, *Squicciarino*, n. 42979.

sottospecie dell'immediato ordinario. Ciò – hanno osservato le Sezioni Unite – significa che, anche quando l'indiziato si trovasse in custodia cautelare, il giudice investito della richiesta di immediato non potrebbe esimersi dall'accertare la presenza dell'evidenza della prova, nonché dall'effettuare l'interrogatorio richiesto dall'art. 453 comma 1.

La sentenza *Squicciarino* ha anche, meritoriamente, precisato che il termine di centotanta giorni dall'esecuzione della custodia a cui allude l'art. 453 comma 1-*bis* vale, a pena di inammissibilità, non solo per lo svolgimento delle indagini, ma pure per la richiesta del rito; una parte della giurisprudenza lo aveva negato⁷, nell'intento di conferire al pubblico ministero una maggiore discrezionalità nella gestione dei tempi del giudizio.

Per converso, la sentenza *Squicciarino* non è altrettanto condivisibile nella parte in cui ha statuito che, qualora il giudice per le indagini preliminari ammettesse erroneamente l'immediato custodiale nonostante l'avvenuto decorso del termine di centotanta giorni, non si verificherebbe nessuna invalidità rilevabile dal giudice del dibattimento: in un'evenienza del genere il diritto di difesa, potendo pienamente esplicarsi nel corso del giudizio, non subirebbe alcun pregiudizio.

È un'affermazione sorprendente. L'inosservanza del termine in questione – così come l'assenza di uno degli altri requisiti previsti dall'art. 453 c.p.p. – vanifica il diritto dell'imputato di fruire del vaglio sull'accusa effettuato nell'udienza preliminare. È difficile non riconoscere, in questi casi, una nullità intermedia per violazione di norme attinenti all'assistenza e all'intervento (artt. 178 comma 1 lett. c e 180 c.p.p.), con la conseguente necessità di una regressione alla fase precedente⁸.

Del resto, che la Corte di cassazione, anche di fronte alle più gravi trasgressioni del diritto di difesa, possieda una certa idiosincrasia verso la logica della regressione, era già emerso dalla criticabile sentenza *Battistella*. In quell'occasione, sempre le Sezioni Unite avevano escluso che la formulazione generica dell'imputazione integri la nullità del decreto di rinvio il giudizio: si tratterebbe di un difetto che, secondo la Corte, potrebbe essere superato nella stessa udienza preliminare, tramite l'integrazione investigativa prevista dall'art. 421-*bis* c.p.p.⁹

Insomma, anche nella riedizione fornitane dalla sentenza *Squicciarino*, il giudizio immediato custodiale continua a presentarsi problematico. Nonostante il rafforzamento del vaglio di ammissibilità in capo al giudice per le indagini preliminari, permane il pericolo di una gestione eccessivamente lassista delle sue tempistiche, suscettibile di legittimare spregiudicate manovre tattiche da parte del pubblico ministero¹⁰.

⁷ Così ad esempio Cass., sez. VI, 1 dicembre 2009, n. 47348.

⁸ Cf. G. VARRASO, *Un (primo) passo in avanti delle Sezioni Unite sulla natura del termine per chiedere il giudizio immediato*, in *Cass. pen.*, 2015, 1009.

⁹ V. Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, *Battistella*, n. 5307.

¹⁰ Cf. G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015, 22.

3. Una reviviscenza inquisitoria: il giudizio abbreviato.

Il giudizio abbreviato, a differenza del patteggiamento, non è un rito anticognitivo. Ciononostante il secondo risulta, nel complesso, preferibile. Si tratta di un rito apertamente basato sulla negoziazione, e come tale ispirato ad una logica utilitaristica. La difesa mira allo sconto di pena e ai benefici previsti dagli artt. 444 e 445 c.p.p., mentre l'accusa punta al risparmio di tempo e di risorse che derivano dall'interruzione dell'*iter* procedimentale a seguito della pronuncia della sentenza patteggiata. Senza false ipocrisie, l'art. 444 comma 2 esclude chiaramente che, ai fini dell'irrogazione della pena, sia necessario l'accertamento positivo della responsabilità dell'imputato¹¹. Al giudice spetta unicamente verificare la correttezza della qualificazione giuridica e della comparazione delle circostanze, la congruità della pena e l'assenza di una causa di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p. La componente della negoziazione appare talmente radicata che l'accertamento in questione, anche se fosse prescritto dal legislatore, con ogni probabilità verrebbe effettuato in modo del tutto sommario.

Con ciò non si vogliono certo negare gli esiti distorti a cui il patteggiamento, a causa della sproporzione dei rapporti di forza tra le parti, spesso conduce. Opportunamente, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha indicato il limite minimale di qualsiasi procedura negoziata: il fatto che la rinuncia dell'imputato alle garanzie dibattimentali sia volontaria e consapevole¹². È tutt'altro che agevole, però, neutralizzare i fattori – perlopiù larvati e, come tali, incontrollabili – che possono alterare le scelte della difesa.

Si deve, al contempo, essere consapevoli degli enormi costi dal punto di vista della funzionalità del sistema che un'ipotetica abrogazione del patteggiamento determinerebbe. Non è un caso se quest'ultimo, sia pure con varie declinazioni e sfumature, è previsto nella maggior parte degli ordinamenti.

A seguito del *restyling* operato dalla l. n. 479 del 1999, per converso, il giudizio abbreviato presenta difetti ben peggiori del patteggiamento. Esso è diventato un procedimento inquisitorio nel senso più deteriore del termine; un procedimento, cioè, in cui la difesa rischia di essere pregiudicata in modo davvero eccessivo.

Il paradosso è che l'accesso all'abbreviato è interamente lasciato nelle mani dell'imputato, il quale può ottenere l'instaurazione del rito e la riduzione della pena che ne consegue indipendentemente dalla volontà del pubblico ministero. È un vantaggio iniziale che, tuttavia, non rimane privo di ripercussioni sulle prerogative difensive.

3.1. L'ombra del giudice accusatore.

In primo luogo, il potere unilaterale dell'imputato di interrompere il corso ordinario del procedimento e di farsi giudicare sulla base degli atti di indagine raccolti fino a quel mo-

¹¹ V.P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, III ed., Bologna, 2012, 26 s., 173 s.

¹² Corte eur., 29 aprile 2014, *Natsvlisvili e Togonidze c. Georgia*.

mento viene compensato dal potere *ex officio* del giudice di disporre l'integrazione della piattaforma probatoria, anche in assenza di una richiesta della difesa in tal senso (artt. 438 comma 5 e 441 comma 5 c.p.p.).

Ciò sulla base di un presupposto – la “necessità” ai fini della decisione – dai contorni impalpabili. Optando per l'abbreviato, solo illusoriamente l'imputato si sceglie il materiale istruttorio utilizzabile per la decisione: l'entità di quest'ultimo è, in realtà, determinata dagli interventi del giudice¹³.

L'evidente pericolo di questo meccanismo è che il giudice, anziché, come sarebbe fisiologico, limitarsi ad ordinare l'integrazione per rimediare alle lacune investigative, la impieghi come strumento di ausilio del pubblico ministero, agendo nell'ottica della conferma dell'ipotesi della colpevolezza. In altri termini, che si trasformi in un accusatore, specie nelle situazioni in cui appare plausibile che il pubblico ministero non avrebbe acconsentito all'abbreviato.

3.2. Il rapporto problematico con le indagini difensive.

Altri effetti distorsivi del giudizio speciale di cui si discute derivano dal suo difficile rapporto con le indagini difensive.

Va subito detto che nulla vieta l'impiego nell'abbreviato degli elementi raccolti dal difensore, anche se inseriti nel fascicolo contestualmente alla richiesta del rito o, comunque, immediatamente prima della stessa. Si pensi ad un testimone d'alibi non noto al pubblico ministero, che il difensore fosse riuscito a sentire solo *in limine* alla scadenza del termine di cui all'art. 438 comma 1 c.p.p.

Lo aveva già chiarito la sentenza n. 184 del 2009 della Corte costituzionale, precisando che l'art. 111 comma 5 Cost. non richiede che “il consenso promani dalla parte contrapposta a quella che ha raccolto l'elemento di indagine, e che risulterebbe, quindi, potenzialmente interessata ad escluderlo dal materiale probatorio”. Non è vero, dunque, che “l'imputato potrebbe abdicare al metodo del contraddittorio solo in rapporto agli elementi di indagine raccolti dal pubblico ministero, e non anche a quelli scaturenti da una sua stessa iniziativa investigativa”. Il contraddittorio non serve solo all'accertamento dei fatti, ma costituisce altresì uno “strumento di salvaguardia del rispetto delle prerogative dell'imputato”. L'essenziale è che “i presupposti e le modalità operative del riconoscimento all'imputato della facoltà di rinunciare alla formazione della prova in contraddittorio” non “determinino uno squilibrio costituzionalmente intollerabile tra le posizioni dei contendenti o addirittura una alterazione del sistema”, in violazione del principio di parità fra le parti *ex art.* 111 comma 2 Cost. È un'evenienza che non occorre nel giudizio abbreviato, “ove gli atti di investigazione difensiva acquistano valore solo come effetto della più generale rilevanza probatoria riconosciuta all'intera indagine preliminare, alla pari con quelli

¹³ Cfr. P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, II ed., Torino, 2017, 226 s.

dell'indagine del pubblico ministero e quindi con rinuncia generalizzata al contraddittorio per la formazione della prova". Anzi, l'uso probatorio delle indagini difensive è un elemento che contribuisce a riequilibrare le posizioni delle parti, proprio come richiesto dal principio di parità¹⁴.

È un vantaggio per l'imputato che, però, ha un costo: aprendosi nuovi *thema probanda*, sempre la parità fra le parti esige che, a seguito dell'inserimento delle indagini difensive nell'ambito del materiale utilizzabile ai fini della decisione, all'organo di accusa sia garantito il diritto alla controprova¹⁵. Ed è sotto questo profilo che potrebbero generarsi ripercussioni negative per la difesa.

Un modo per tutelare l'accusa è rappresentato dal ricorso ai poteri di integrazione probatoria *ex art. 441 comma 5 c.p.p.* È evidente, però, come il loro impiego in una situazione come questa incrementi il pericolo che il giudice assuma il ruolo dell'accusatore.

Lo stimolo ed esercitare i poteri *ex officio*, poi, sarebbe ancora maggiore quando gli elementi raccolti con le indagini difensive consistessero in dichiarazioni. In casi del genere, qualora il giudice non si attivasse e l'imputato venisse prosciolto, in appello opererebbe il principio enunciato dalla sentenza *Patalano* delle Sezioni Unite¹⁶, ed ora normativizzato dal comma 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p.¹⁷: in aderenza al criterio del *direct assessment* patrocinato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁸, il proscioglimento non potrebbe essere convertito in una condanna, a seguito di una "diversa valutazione" di prove dichiarative ritenute "decisive", senza che nel giudizio di appello si fosse proceduto all'esame dei dichiaranti¹⁹. Così stando le cose, non sorprenderebbe se, per esigenze di economia, qui fosse già il giudice di primo grado a disporre d'ufficio l'assunzione orale delle testimonianze.

Ancora più criticabile un'ulteriore via per preservare il diritto dell'accusa alla controprova: conferire a priori agli elementi raccolti con le indagini difensive un valore inferiore, in quanto non acquisiti da un organo pubblico; ad esempio, affermando che essi potrebbero al più servire come elementi di riscontro dell'attendibilità di altre prove. Una tentazione alla quale non pochi giudici potrebbero cedere, ma dalle conseguenze epistemologicamente inaccettabili: dovrebbe essere la logica induttiva, e non la provenienza, a determinare il peso cognitivo di ciascuna prova.

¹⁴ V. Corte cost., 22 giugno 2009, n. 84.

¹⁵ Cfr. Corte cost., 20 giugno 2005, n. 245.

¹⁶ V. Cass., sez. un., 19 gennaio 2017, *Patalano*, n. 18620, la quale ha esteso al giudizio abbreviato quanto statuito da Cass., sez. un., 28 aprile 2016, *Dasgupta*, n. 27620, in relazione al giudizio ordinario.

¹⁷ "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". Anche tale modifica è stata introdotta dalla legge Orlando.

¹⁸ V. Corte eur., 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*; Id., 4 giugno 2013, *Hanu c. Romania*; più di recente, Id., 29 giugno 2017, *Lorefice c. Italia*.

¹⁹ V., al riguardo, V. AIUTI, *Brevi note in tema di abbreviato d'appello*, in *questa Rivista*, 2017, 323 s.; L. LUPÀRIA, H. BELLUTA, *Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 maggio 2017.

Rimane una terza strada, già indicata da una parte della dottrina²⁰ e spesso adottata nella prassi, ed ora ufficializzata dall'art. 438 c.p.p. così come modificato dalla legge Orlando: “quando l'imputato chiede il giudizio abbreviato immediatamente dopo 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”²¹.

È, tutto sommato, la soluzione più accettabile, per la ragione che ha il pregio di non distorcere i ruoli dei soggetti processuali. Il diritto alla controprova ne verrebbe assicurato grazie ad un supplemento di indagini gestito interamente dal pubblico ministero, senza intaccare la fisiologica passività del giudice.

Ciò non significa che sia una soluzione completamente indolore. Essa amplia ulteriormente i poteri investigativi dell'organo di accusa, offrendogli un'altra *chance* che si aggiunge alle già tante occasioni che il sistema offre al pubblico ministero per completare il quadro delle indagini²².

3.3. L'efficacia sanante nei confronti delle invalidità probatorie.

Un'ultima ripercussione negativa per la difesa concerne le invalidità degli atti probatori, che con l'abbreviato trovano ampie opportunità di sanatoria.

Il fenomeno è fotografato dal nuovo comma 6-*bis* dell'art. 438 c.p.p., introdotto sempre dalla legge Orlando: la richiesta del rito alternativo “determina la sanatoria delle nullità, sempre che non siano assolute, e la non rilevabilità delle inutilizzabilità, salve quelle derivanti dalla violazione di un divieto probatorio”.

Il superamento delle nullità intermedie e relative si spiega con il fatto che il consenso dell'imputato all'abbreviato equivale ad un'accettazione degli effetti dell'atto invalido, così integrandosi la sanatoria *ex art.* 183, lett. *a*, c.p.p.

Più delicato il discorso relativo alle inutilizzabilità. L'art. 438 comma 6-*bis*, sotto questo profilo, si ispira chiaramente alla sentenza *Tammaro* delle Sezioni Unite. Queste ultime avevano statuito che nel giudizio abbreviato non rileva l'inutilizzabilità c.d. fisiologica, “funzionale cioè ai peculiari connotati del processo accusatorio in forza dei quali il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove, pure assunte *secundum legem*, ma diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento secondo l'art. 526 c.p.p.”. Nel rito speciale valgono esclusivamente le inutilizzabilità patologiche: quelle, cioè, inerenti “agli atti probatori assunti *contra legem*, il cui impiego è vietato in modo assoluto non solo nel

²⁰ V. O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del), diritto processuale penale*, in *Enc. dir., annali VII*, Milano, 2014, 264 s. V. anche Corte cost., 7 aprile 2011 n. 117, la quale ha dichiarato inammissibile una questione di illegittimità che mirava all'introduzione del meccanismo in questione, ritenendo la previsione di quest'ultimo di competenza del legislatore.

²¹ V., al riguardo, R. BRICCHETTI, *Arginato il rischio di violazione del contraddittorio*, in *Guida dir.*, 2017, n. 32, 49 s.

²² In senso analogo cfr. M. GIALUZ, A. CABIALE, J. DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 giugno 2017, 12 s.

dibattimento ma in qualsiasi altra fase del procedimento, ivi comprese le indagini preliminari, l'udienza preliminare, le procedure incidentali cautelari e quelle negoziali di merito"²³.

Il problema è che il concetto di inutilizzabilità fisiologica è piuttosto scivoloso, risultando suscettibile, in quanto tale, di essere deformato in via applicativa. Ciò è dovuto alla ragione che, in mancanza di un'esplicita limitazione del divieto al solo dibattimento – come ad esempio fanno gli artt. 350 comma 7, 360 comma 5 e 403 comma 1 c.p.p. – la natura di ciascuna inutilizzabilità deve essere ricavata dalle finalità da essa perseguite: un'operazione che, non di rado, determina dubbi e contrasti interpretativi.

Rigorosamente intese, le inutilizzabilità fisiologiche dovrebbero ricomprendere unicamente quelle che mirano a sanzionare la mancata adozione del metodo dialettico nella formazione della prova: è solo quest'ultimo a costituire oggetto di rinuncia da parte dell'imputato ai sensi dell'art. 111 comma 5 Cost. Sono estranei alla categoria, per converso, i divieti probatori dotati di altri scopi. Si pensi all'inutilizzabilità disposta dall'art. 271 comma 1 c.p.p. in rapporto alle intercettazioni eseguite tramite impianti diversi da quelli in dotazione della Procura in violazione dell'art. 268 comma 3. Si tratta di una regola di esclusione che mira a tutelare il diritto alla riservatezza e, quindi, di natura patologica. Eppure la giurisprudenza l'ha ritenuta inoperante nel giudizio abbreviato, affermando che integrerebbe un'ipotesi di inutilizzabilità fisiologica²⁴.

Alla luce di queste considerazioni, è evidente come l'art. 438 comma 6-bis c.p.p. rischi di essere manipolato, finendo per allargare a dismisura l'efficacia taumaturgica del rito abbreviato nei confronti dell'inutilizzabilità²⁵.

4. Gli auspicabili correttivi.

Come superare le aporie generate dal giudizio immediato custodiale e dal giudizio abbreviato?

Quanto al primo, vi è da auspicare che la giurisprudenza si attesti sull'interpretazione fornita dalla sentenza *Squicciarino*, omettendo però di seguirla nella parte in cui esclude che il giudice del dibattimento possa dichiarare la nullità assoluta del decreto di giudizio immediato emesso dopo la scadenza del termine di centottanta giorni dall'esecuzione della misura cautelare.

Se questa linea ermeneutica si consolidasse, il giudizio immediato custodiale verrebbe, di fatto, neutralizzato. Sarebbe un'operazione a costo zero per le esigenze repressive e per la rapidità del procedimento. Anche eliminando i rigidi automatismi introdotti dall'art. 453 comma 1-bis c.p.p., è probabile che, nella maggior parte dei casi, lo *status custodiae* verrebbe ugualmente ritenuto equivalente all'evidenza della prova necessaria per l'instaurazione del rito.

²³ Cfr. Cass., sez. un., 21 giugno 2000, *Tammaro*, n. 16.

²⁴ V. Cass., sez. II, 24 febbraio 2016, n. 10134; Id., sez. II, 14 gennaio 2014, n. 3606.

²⁵ Cfr. G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont., riv. trim.*, 1/2016, 93.

I problemi aperti dal giudizio abbreviato, dal canto loro, purtroppo non sono superabili in via ermeneutica. Qui occorrerebbe un atto di coraggio da parte del legislatore: *sic et simpliciter*, l'abrogazione del rito speciale. Tale mossa non dovrebbe pesare sull'efficienza del sistema²⁶. È ragionevole pensare che gli spazi attualmente coperti dall'abbreviato sarebbero in buona parte riempiti dal patteggiamento sulla prova (artt. 431 comma 2, 493 comma 3 e 500 comma 7 c.p.p.), specie qualora quest'ultimo venisse esteso alla fase antecedente alla pronuncia del decreto che dispone il giudizio. I due meccanismi, per molti versi, non sono dissimili, comportando entrambi una contrazione del procedimento a fronte del consenso all'uso probatorio degli atti di indagine. Il patteggiamento sulla prova ha, in più, il pregio di non estromettere il pubblico ministero, evitando gli inconvenienti per la difesa che, come abbiamo detto, discendono dall'azzeramento della negoziazione determinata dall'abbreviato.

Non va trascurato, in ogni caso, che qualunque rimaneggiamento dell'assetto dei riti speciali è destinato a rimanere inefficace fino a quando il legislatore non riuscirà a razionalizzare le scansioni del rito ordinario e la disciplina della prescrizione: un obiettivo che difficilmente il *restyling* operato dalla legge Orlando riuscirà a conseguire.

²⁶ Per una critica allo stereotipo dell'efficacia deflattiva dell'abbreviato v. R. ORLANDI, *L'insostenibile lunghezza del processo penale e le sorti progressive dei riti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 22 s.

Riflessioni sulla nuova norma che disciplina la partecipazione al dibattimento a distanza (art. 146 bis, disp. att. c.p.p.)

MASSIMO BIFFA

SOMMARIO: 1. Premessa: l'approvazione della Riforma Orlando. – 2. Le lontane origini della partecipazione al dibattimento a distanza. – 3. La compiuta disciplina dell'istituto ad opera della Legge 7 gennaio 1998 n. 11. – 4. Disfunzioni e criticità dello strumento processuale. – 5. Estensione della partecipazione a distanza: casistica. – 6. La nuova disciplina introdotta dalla Riforma Orlando. – 7. Riflessioni sulla legittimità costituzionale del nuovo art. 146-*bis* disp. att.

1. Premessa: l'approvazione della Riforma Orlando.

Come è ormai ampiamente noto agli operatori, il 14 giugno 2017 la Camera dei deputati ha definitivamente approvato, con voto di fiducia, la proposta di legge C. 4368, nota anche come DDL Orlando, che modifica l'ordinamento penale, sia sostanziale sia processuale, nonché l'ordinamento penitenziario.

La legge si compone di un articolo unico suddiviso in 95 commi e, al comma 77, opera una incisiva riformulazione della disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza.

Per regolare in modo più accurato l'entrata in vigore della nuova, complessa disciplina, al comma 81, poi, il DDL stabilisce che, fatta eccezione per i soggetti che si trovino in stato di detenzione relativamente ai delitti di cui all'art. 270-*bis*, primo comma c.p., all'art. 416-*bis* secondo comma, c.p. e all'art. 74, comma 1, t.u. stup., d.P.R. n. 309 del 1990, per i quali la disposizione diviene operativa con l'entrata in vigore della riforma – fissata al trentesi-

mo giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale – la disposizione sulla partecipazione al dibattimento a distanza entrerà in vigore dopo un anno dalla pubblicazione della legge sulla Gazzetta Ufficiale.

Sembra fondamentale, per comprendere le ragioni che sin dall'inizio hanno indotto il Legislatore ad introdurla nel nostro sistema processuale, ripercorrere la storia della partecipazione al dibattimento a distanza e riflettere sull'incidenza di questo strumento su diritti di rango costituzionale, quali il diritto di difesa e quello al giusto processo.

2. Le lontane origini della partecipazione al dibattimento a distanza.

Sebbene nell'attuale rito penale l'identificazione tra istruzione e processo conferisca particolare rilevanza alla effettiva partecipazione dell'imputato attraverso la sua fisica presenza in aula e sebbene il complesso di diritti di natura partecipativa sia solennemente enunciato anche nell'art. 6, par. 3, C.e.d.u., a mente del quale ogni persona accusata ha diritto, tra l'altro, di difendersi personalmente e di *“interrogare o far interrogare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico”* – attività, queste, che sembrano presupporre anche una presenza fisica dell'imputato e non soltanto del difensore – tutto ciò non ha impedito al legislatore di stabilire che **in determinate situazioni**, ove lo richiedano **esigenze di ordine pubblico o di economia processuale**, la simultanea partecipazione di tutti i soggetti del processo possa o debba svolgersi secondo differenti modulazioni, rinunciando così al contatto “emotivo” che anche la appena ricordata norma convenzionale vorrebbe garantire.

E non ha impedito, come vedremo, neanche il consolidamento e l'espansione dello strumento di partecipazione “virtuale” al dibattimento.

Nel 1992, infatti, con il d.l. n. 306, contenente *“Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa”*, entra nel codice di rito il telecollegamento, come espediente, emergenziale e transitorio, per l'escussione dei collaboratori di giustizia.

Tale decreto introduce infatti l'art. 147-*bis* disp. att. c.p.p., disciplinante l'esame “a distanza” delle persone che collaborano con la giustizia, in riferimento ai processi di criminalità organizzata, al chiaro scopo di evitare che l'esame di tali soggetti, esposti a rischio di ritorsione per la collaborazione prestata alla giustizia, si possa tradurre in un'occasione di grave pericolo per la loro incolumità fisica.

Perciò, il cuore dell'art. 147-*bis* disp. att. c.p.p., nella sua versione originaria, consiste appunto nello stabilire che, ove siano disponibili idonei strumenti tecnici, l'esame dei collaboratori di giustizia nel dibattimento avviene mediante il collegamento audiovisivo.

Le modalità di svolgimento del collegamento dovranno essere tali da assicurare la contestuale visibilità delle persone presenti tra il luogo dove la persona sottoposta ad esame si trova e l'aula di udienza.

3. La compiuta disciplina dell'istituto ad opera della Legge 7 gennaio 1998 n. 11.

Il vero e proprio inserimento della partecipazione al dibattimento a distanza nel nostro ordinamento si ha sicuramente con la Legge 7 gennaio 1998, n. 11.

Le videoconferenze in ambito giudiziario, introdotte, come visto, con l'art. 147-*bis* disp. att. c.p.p., disciplinante l'esame "a distanza" delle persone che collaborano con la giustizia, in riferimento ai processi di criminalità organizzata, hanno infatti ricevuto un importante impulso ad opera della c.d. legge sulla videoconferenza.

Lo scopo della normativa sulla partecipazione in collegamento audiovisivo al dibattimento dell'imputato si ravvisa nell'esigenza di estendere i meccanismi di partecipazione virtuale anche al detenuto non collaborante, in presenza dei requisiti previsti dall'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. al fine di conseguire il **risparmio nei tempi dibattimentali e nella traduzione dei detenuti**.

Il modello della videoconferenza prevede, per gli imputati dei reati indicati nell'art. 51, comma 3-*bis* c.p.p., di utilizzare moderne risorse tecnologiche al fine di **assicurare la presenza solo virtuale dell'imputato detenuto in carcere nell'aula dibattimentale, quando si verificano le ipotesi predeterminate dalla legge, così assicurando una forma di partecipazione nuova ed alternativa a quella diretta e ordinaria**.

Questa forma alternativa di partecipazione a distanza deve essere disposta dal giudice in via obbligatoria, anche d'ufficio, **con decreto motivato**, nel corso delle indagini preliminari o nel corso del dibattimento, comunicando la relativa decisione, alle parti e ai due difensori, nel termine di almeno dieci giorni prima dell'udienza.

L'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., inserito dall'art. 2 della L. 7 gennaio 1998, n. 11, prevede, infatti, la partecipazione a distanza dell'imputato alle udienze nei casi in cui si proceda per uno dei delitti di cui all'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p., **qualora si riscontrino gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico, ovvero il procedimento sia di particolare complessità e vi sia la necessità di evitare ritardi**, anche alla luce della contemporanea pendenza di più processi nei confronti dello stesso imputato in sedi giudiziarie diverse.

Indipendentemente da tali circostanze, è obbligatoria la partecipazione alle udienze a distanza da parte dell'imputato, quando lo stesso sia sottoposto al regime previsto dall'art. 41-*bis* ord. penit.

Con la legge 7 gennaio 1998, n. 11, quindi, il legislatore apre definitivamente le porte del processo all'impiego degli strumenti audiovisivi per la partecipazione a distanza dell'imputato e per l'assunzione a distanza dell'esame testimoniale.

L'approvazione di questa legge comporta dunque l'introduzione, accanto alle ipotesi di esame a distanza dei collaboratori o degli imputati di reato connesso, anche di quella della partecipazione a distanza dell'imputato al suo processo, ossia quella che comunemente viene definita "videoconferenza" o "teleconferenza".

I dati che appaiono immediatamente significativi sono quelli che, per un verso, disciplinano con minuziosa cura le modalità del collegamento audiovisivo, per altro verso **limi-**

tano temporalmente l'efficacia della legge in questione alla data del 31 dicembre 2000.

Non può non ricordarsi come l'art. 6 della legge del 1998 aveva fissato il termine finale di efficacia delle disposizioni alla data del 31 dicembre 2000 e dagli atti parlamentari si evince che tale scelta è collegata alla “*eccezionalità dell'attuale contingenza*”, quasi a voler dire che il rimedio speciale introdotto dalla legge fosse destinato a durare per il tempo necessario al recupero dell'ordine sociale.

Allo scadere del termine di efficacia previsto dall'art. 6, l. 11/98, però, il legislatore ha scelto di prorogare l'operatività processuale dei collegamenti audiovisivi, pur rimanendo legato ad un regime di temporaneità e di straordinarietà.

Per effetto dell'art. 12 del d.l. n. 341 del 2000, convertito in l. n. 4/2001, il termine ultimo di efficacia dell'art. 146-*bis* è stato fissato al 31 dicembre 2002, nella convinzione che lo stato di emergenza dovuto alle organizzazioni mafiose non potesse dirsi superato, sebbene notevoli passi fossero stati compiuti nella lotta alla criminalità organizzata.

Con la legge 2 dicembre 2002, n. 279, infine, è stato abrogato l'art. 6 della legge 11/98 e quindi ci si è trovati di fronte ad una stabile modificazione del sistema penale in alcuni suoi snodi essenziali, attinenti alla qualità sia del processo che della pena, nonché ai diritti di chi dell'uno e dell'altra è soggetto.

In altre parole, si è prevista la stabilizzazione dell'art. 146-*bis* nella disciplina del processo penale ordinario, rafforzando in tal modo il meccanismo processuale differenziato in materia di criminalità organizzata e di terrorismo.

Il definitivo inserimento nel nostro ordinamento della partecipazione a distanza, unitamente al regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. è venuto così a realizzare un meccanismo “a circuito chiuso” nei confronti di detenuti per gravi tipologie delittuose.

Deve essere infatti evidenziato che nel 2001, con la legislazione contro il terrorismo, era stato ampliato il campo di applicazione dell'art 146-*bis* disp. att. c.p.p. estendendolo anche ai delitti indicati dall'art. 407 comma 2, lett a) n. 4, cioè ai delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, nonché ai delitti di cui agli artt. 270 comma 2 (partecipazione ad associazioni sovversive) e 306 comma 2 c.p. (partecipazione a banda armata) purchè sussistano gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico ovvero il dibattimento sia di particolare complessità e la partecipazione a distanza risulti necessaria ad evitare ritardi nel suo svolgimento (art. 8 d.l. 374 del 2001).

L'estensione della disciplina delle videoconferenze ai delitti di terrorismo risponde del resto alla stessa logica emergenziale che aveva portato nel 1998 all'introduzione, sia pure nelle norme di attuazione, di una disciplina organica delle forme di collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza dibattimentale e la struttura di detenzione dell'imputato.

4. Disfunzioni e criticità dello strumento processuale.

Come visto, quindi, ai sensi dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., quando si procede per le “famiglie” di reati espressamente individuate dalla norma nei confronti di colui che si trovi in detenzione carceraria - sia di tipo cautelare che in espiazione di pena - e l'Autorità Giu-

diziaria abbia verificato la sussistenza degli eterogenei requisiti richiesti: 1) gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; 2) particolare complessità del dibattimento o, al di fuori dei casi precedenti, 3) l'imputato sia sottoposto al regime dell'art. 41-*bis* dell'Ordinamento Penitenziario, si dovrà far ricorso alla videoconferenza.

Per l'applicazione dell'istituto non è tuttavia sufficiente l'evidenza dei suddetti requisiti, ma occorre che la decisione dell'Autorità Giudiziaria procedente, che conserva quindi un margine di discrezionalità, venga riversato in un decreto motivato.

La norma del 1998 stabilisce quindi che bisogna assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità tra l'aula di udienza e la saletta del carcere in cui si trova il detenuto e che vi sia la possibilità di udire quanto viene detto in aula.

Stabilisce inoltre che il difensore possa consultarsi con il suo assistito in modo riservato, servendosi di mezzi idonei.

È comunque incontestabile che la mediazione telematica comporti inevitabilmente una scomposizione del processo di apprendimento del dato, destinato ad essere percepito da persone tra loro distanti. Del resto, la norma non ricorre ad infingimenti quando descrive gli accorgimenti che debbono essere adottati al fine di garantire l'oralità ed immediatezza.

È allora legittimo e necessario chiedersi se vi sia uno iato tra la prescrizione normativa e l'applicazione pratica della stessa. Occorre dunque chiedersi se, nella realtà del dibattimento, vi siano disfunzioni e criticità originate dalla partecipazione a distanza.

È noto a tutti come gli avvocati penalisti abbiano da sempre combattuto contro la partecipazione al dibattimento a distanza.

Già dal 1992 è stato evidenziato come l'imputato in videocollegamento sia limitato nella sua partecipazione: ricevendo solo inquadrature parziali, può vedere soltanto una persona alla volta, ed è quindi privato della visione d'insieme dell'aula dove si tiene l'udienza che lo riguarda.

Inoltre, non può tacersi che anche dal punto di vista del giudice vi sono limitazioni rilevanti: il Giudice infatti è privo del contatto diretto con l'imputato poiché lo vede attraverso uno schermo e, per esperienza diretta, è possibile affermare che, nella realtà, gli schermi consentono sempre una visione poco nitida. Ed inoltre, specialmente quando, come nei maxiprocessi, i collegamenti in videoconferenza avvengono con più soggetti in contemporanea, la resa di immagine che viene offerta al Giudice è paragonabile a quella di un mosaico. Si parla infatti di "effetto mosaico" perché i volti dei vari imputati sono rimpiccioliti, quasi a formare le tessere di un mosaico o un "album di francobolli", sempre in ragione dell'effetto che si ha quando in aula si vedono tanti soggetti in videocollegamento.

Ma ancora, tra le criticità originate dall'adozione dello strumento della videoconferenza e lamentate dall'avvocatura, occorre segnalare la impossibilità, per l'imputato, di partecipare appieno al processo dovuta alla grande difficoltà di parlare liberamente con il proprio difensore.

Infatti, anche se è vero che l'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. prevede la consultazione riservata tra difensore ed imputato, troppi sono gli ostacoli di ordine pratico che, nella realtà, impediscono l'efficacia e la riservatezza del colloquio tra l'avvocato ed il suo assistito che si trova nella saletta del carcere in cui avviene il collegamento in video con l'aula di giustizia.

L'imputato incontra molte difficoltà ad esprimersi dalla saletta della videoconferenza: bisogna tenere presente che il microfono è spento e l'imputato si trova lontano dal microfono pertanto, innanzitutto, egli deve essere autorizzato ad avvicinarsi al microfono; il personale che assiste in saletta deve essere autorizzato, a sua volta, ad accendere il microfono e solo dopo l'accensione l'imputato è autorizzato a parlare.

Problemi analoghi esistono anche nel caso in cui l'imputato voglia telefonare al difensore dalla saletta di videoconferenza.

Si potrebbe obiettare che questi sono meri problemi della prassi, che non inficiano la bontà della norma.

Purtroppo, però, non si può non ribadire che questi problemi della prassi continuano ad essere tali da ben 25 anni: è dal lontano 1992 che si registrano questi disagi e queste difficoltà oggettive.

A fronte di tutto ciò, quindi, non si può non chiedersi come l'intervento dell'imputato dalla saletta delle videoconferenze possa essere tempestivo nei confronti del suo difensore in aula che, ad esempio, su suo suggerimento, debba fare un'opposizione a domande poste nel corso di un esame testimoniale.

Non si può non chiedersi come un difensore possa effettuare tempestivamente una contestazione a dichiarazioni rese in aula, quando la contestazione nasca dal ricordo più preciso che l'imputato abbia di un fatto, che vuole segnalargli.

Attività difensive, quelle appena ricordate, la cui efficacia dipende essenzialmente dalla tempestività della formulazione dell'eccezione e dalla immediatezza della decisione o della risposta.

Per non parlare poi della riservatezza della consultazione tra difensore ed assistito che si trovi nella saletta del carcere da cui avviene la videoconferenza.

Esiste da tempo una "leggenda metropolitana" – e c'è da augurarsi che sia soltanto una "leggenda" – secondo la quale i colloqui telefonici tra imputato e difensore, che avvengono durante la videoconferenza, sono registrati e controllati.

Non ci sono elementi per affermare se questo sia vero o no, o se lo sia sempre, ma è possibile affermare che nella comunità dei detenuti questo è un credo indiscutibile.

Nella realtà, quindi, tale diffusa convinzione fa sì che il colloquio riservato venga vissuto come un qualcosa di fittizio, come una sorta di colloquio inutile, privando difensore ed assistito di uno scambio fondamentale ai fini della migliore difesa.

Del resto, a conferma di quanto il convincimento dei detenuti non sia poi così lontano dal vero, la giurisprudenza ci ha consegnato un caso concreto.

Al di là del sospetto e della malizia, infatti, ci sono dati importanti che hanno messo seriamente in dubbio l'effettiva riservatezza del colloquio tra imputato e difensore.

Un esempio è quello del noto processo "Spartacus", contro la criminalità casalese, celebrato avanti alla Corte di Assise di Santa Maria Capua Vetere.

Nel corso del giudizio di primo grado un operatore di polizia penitenziaria in servizio in una saletta video del luogo di custodia aveva ascoltato il colloquio telefonico tra un esponente della camorra, in video, ed il suo difensore, che era in udienza e, addirittura, l'operatore di polizia penitenziaria aveva pensato bene di redigere una importante ed

argomentata annotazione di servizio – giunta all’attenzione del Presidente della Corte di Assise - su tutto quanto da lui ascoltato.

A suo parere, infatti, il contenuto della comunicazione poteva avere una grande valenza sia nell’ottica di rendere necessarie nuove investigazioni, sia nell’ottica processuale, per la valutazione e delibazione delle prove già assunte nel dibattimento.

Si potrà obiettare che quanto accaduto nel processo “Spartacus” è un’eccezione che, come in effetti è accaduto, ha trovato adeguata soluzione in quell’ambito ma, nella riflessione sulla partecipazione al dibattimento a distanza, non ci si può esimere dal considerare anche questo tipo di disfunzioni e di problemi.

In sintesi, quindi, si può concordare che l’istituto in esame viola una molteplicità di diritti e principi fondamentali del nostro processo penale, a cominciare dal diritto di difesa, per passare quindi al principio del contraddittorio, a quello dell’oralità, a quello dell’immediatezza.

E ciò, sebbene la Corte Costituzionale si sia pronunciata salvando l’art. 146-bis disp. att. c.p.p. dalle censure di legittimità.

È noto infatti come in passato sia stata posta in dubbio la legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della Legge 7 gennaio 1998, n. 11 (*Disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell’esame in dibattimento dei collaboratori di giustizia, nonché modifica della competenza sui reclami in tema di articolo 41-bis dell’ordinamento penitenziario*) a causa della peculiarità dei modi di partecipazione processuale che delineava, modi che sembravano menomare sotto plurimi aspetti il diritto di difesa.

La sentenza della Corte costituzionale del 22 luglio 1999 n. 342 ha invece chiarito che “*non è fondata, con riferimento agli artt. 3, 10, 13, 24, 27 Cost., la questione di legittimità degli artt. 1 e ss. L. 7 gennaio 1998 n. 11 (disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell’esame in dibattimento dei collaboratori di giustizia nonché modifica della competenza sui reclami in tema di art. 41-bis dell’ordinamento penitenziario), in quanto la premessa – secondo cui solo la presenza fisica nel luogo del processo potrebbe assicurare l’effettività del diritto di difesa - non è esatta, alla luce della considerazione che ciò che occorre, sul piano costituzionale, è che sia garantita l’effettiva partecipazione, personale e consapevole, dell’imputato al dibattimento, e dunque che i mezzi tecnici, nel caso della partecipazione a distanza, siano del tutto idonei a realizzare quella partecipazione; il che è quanto si verifica relativamente alla disciplina impugnata.*” (Corte Cost. sent. 342/1999)

La Corte ha quindi affermato che la normativa in argomento, lungi dal limitarsi a delineare i mezzi processuali o tecnici attraverso i quali realizzare gli obiettivi perseguibili, ha tracciato un esauriente sistema di “risultati” che si presenta in linea con il livello minimo di garanzie che devono cautelare il diritto dell’imputato di partecipare, e quindi difendersi, per tutto l’arco del dibattimento.

Si legge infatti nella sentenza dei giudici delle leggi che la norma sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale contiene “*Un quadro di presidi di incisività e completezza tali da rendere la normativa in questione aderente al principio sancito dall’art. 24, secondo comma, della Carta fondamentale, non potendosi certo in tale prospettiva evocare il supe-*

ramento 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” (Corte Cost., 22 luglio 1999, n. 342, cit.).

Ora, però, se il principio affermato è stato unanimemente condiviso dai commentatori, le critiche si sono appuntate sulla *ratio decidendi* che, anziché essere fondata su un bilanciamento tra interessi costituzionali esclude radicalmente che il sistema della videoconferenza, per come è disciplinato dal legislatore, incida sul diritto di difesa.

Una parte dei commentatori ha infatti osservato come un ragionamento fondato invece sul bilanciamento tra interessi costituzionali sarebbe stato più in linea con altre statuizioni della stessa Corte Costituzionale, che in altre occasioni aveva sottolineato l'importanza della partecipazione fisica e diretta dell'imputato all'udienza.

In tale prospettiva, in effetti, si deve ribadire che, come dianzi rappresentato, pur essendo tutelata la facoltà difensiva di conferire riservatamente con il difensore attraverso opportuni accorgimenti tecnici, e pur essendo garantita la possibilità che nella sede processuale remota l'imputato sia assistito da un altro difensore o da un sostituto, è innegabile che la prassi presenti oggettive criticità e disfunzioni e, di conseguenza, il contatto con il patrono non può mai essere identico a quello assicurato dalla presenza in aula.

Così come una partecipazione a distanza, che pure assicuri la “*contestuale, effettiva e reciproca visibilità*” delle persone presenti in udienza e nei luoghi remoti, non può garantire identiche possibilità di intervento nel dibattimento.

Sono infatti pressochè inevitabili, come dianzi rappresentato, alcune complicazioni, tanto in relazione all'**autodifesa** quanto in relazione alla **difesa tecnica**.

5. Estensione della partecipazione a distanza: casistica.

Ebbene, nonostante le numerose critiche da sempre mosse alla partecipazione al dibattimento a distanza, si registra tuttavia un lento e progressivo consolidarsi dell'istituto che, inserito inizialmente “*a termine*” nel 1998, ha dapprima ricevuto, come visto, delle proroghe alla propria efficacia, per poi divenire parte integrante del nostro ordinamento processuale con l'art. 3 della L. 23.12.2003, n. 279.

Ma non solo, venendo a giorni a noi più vicini, troviamo altre disposizioni che facilitano ed incentivano la partecipazione a distanza nel nostro ordinamento.

Il Codice Antimafia, D. Lvo. 159/2011, all'art. 7, comma 8, stabilisce che nel procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione personali, qualora il Tribunale debba sentire “*soggetti informati su fatti rilevanti per il procedimento, il presidente ed il collegio può disporre l'esame a distanza nei casi e nei modi indicati all'art. 147-bis, comma 2, delle norme di attuazione*” del c.p.p. ed ancora, all'art. 4, lo stesso Codice Antimafia prevede che “*Se l'interessato è detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice e ne fa tempestiva richiesta, la partecipazione all'udienza è assicurata a distanza mediante collegamento audiovisivo ai sensi dell'art. 146-bis, commi 3, 4, 5, 6 e 7 delle norme di attuazione...*”.

Inoltre, l'art. 23 del Codice Antimafia, che disciplina il procedimento applicativo delle misure di prevenzione patrimoniali, estende anche ad esso le disposizioni dianzi esaminate, dettate per il procedimento applicativo di misure di prevenzione personali.

Ma ancora, il recentissimo D.L. 17.02.2017, N. 13 (convertito in Legge 13.04.2017, N. 46) "*Procedimenti in tema di immigrazione e protezione internazionale*", materia in cui alle difficoltà di partecipazione si sommano difficoltà linguistiche, all'art. 10 stabilisce che "*L'interessato trattenuto in un centro per immigrati partecipa all'udienza ... ove possibile ... mediante collegamento audiovisivo tra l'aula di udienza ed il centro...*".

Da questo rapido *excursus* sulla normativa anche più recente, si coglie con evidenza un *file rouge* che si snoda dal 1992 ai nostri giorni e va nella direzione del consolidamento e dell'espansione dell'uso dello strumento della videoconferenza e nel quale si inserisce, "a buon diritto", la proposta di legge C. 4368, nota anche come DDL Orlando, che modifica l'ordinamento penale, sia sostanziale sia processuale, nonché l'ordinamento penitenziario.

6. La nuova disciplina introdotta dalla Riforma Orlando.

Esaurito l'*excursus* storico e la disamina dei contenuti del previgente impianto dell'art. 146-bis, disp. att., c.p.p., imprescindibili per l'analisi della nuova legge, è finalmente possibile prendere in considerazione, da vicino, i contenuti della riforma, che tanto profondamente ha inciso su tale norma.

Come ricordato, il 14 giugno 2017 la Camera dei deputati ha definitivamente approvato, con voto di fiducia, la proposta di legge C. 4368, nota anche come DDL Orlando, intitolata "*Modifica al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*" ed avente lo "*scopo di rafforzare le garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi*".

Tra le innovazioni apportate alle disposizioni di attuazione, quella di sicuro più significativa riguarda la disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza, che è stata completamente rivoluzionata.

Deve essere però rilevato che nella iniziale proposta di legge governativa non si faceva alcun riferimento alla videoconferenza, ma questo tema è stato inserito nel disegno di legge dal gennaio 2015, durante il dibattito dinanzi alla Commissione di Giustizia della Camera.

Il "nuovo" art. 146-bis disp. att. c.p.p. è molto diverso da quello finora in vigore poiché prevede che "*la persona che si trova in stato di detenzione per taluno dei delitti indicati nell'art. 51 comma 3-bis, nonché dell'art. 407, comma 2, lett. a) n. 4 del codice, partecipa a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali è imputata, anche relativi a reati per i quali sia in stato di libertà*".

Allo stesso modo partecipa alle udienze penali e alle udienze civili nelle quali deve essere esaminata quale testimone (art. 146-bis, comma 1, disp. att. c.p.p.) con una estensione della partecipazione obbligatoria a distanza a situazioni diverse, quindi, da quelle in cui riveste il ruolo di imputato, ed una conseguente, chiara violazione del principio del contraddittorio, quale metodo di accertamento nel processo penale.

Anche la persona comunque ammessa a programmi di protezione, parteciperà a distanza al dibattimento nei processi in cui è imputata (art. 146-*bis*, comma 1-*bis*, disp. att. c.p.p.).

Una apertura rispetto a tali rigidi automatismi si rinviene invece nel comma 1-*ter* nel quale, in relazione a questi soggetti - esclusi quelli sottoposti al regime penitenziario dell'art. 41-*bis* l. n. 354/1975 - il giudice, anche a richiesta di parte, ove lo ritenga necessario - dandone motivazione - può disporre che siano presenti in udienza (art. 146-*bis*, comma 1-*ter*, disp. att. c.p.p.).

Al contrario, sempre motivando, il giudice può disporre la partecipazione a distanza, “quando sussistano **ragioni di sicurezza**, qualora il dibattimento sia di **particolare complessità**” e al fine di **evitare ritardi**, nonché qualora si debba assumere la testimonianza di una persona a qualunque titolo ristretta in un istituto penitenziario (art. 146-*bis*, comma 1-*quater*, disp. att. c.p.p.).

In buona sostanza, quindi, alcune delle condizioni che, prima della riforma, legittimavano l'operatività della partecipazione a distanza solo in relazione ai processi di criminalità organizzata, ne consentono ora l'applicazione indistintamente, a qualsiasi contesto, facendo fondatamente temere che potrebbe prendere sempre più piede il malcelato intento del Legislatore di volerla rendere “normale” nei dibattimenti che coinvolgano soggetti non in libertà, a prescindere dalla natura del procedimento che ha dato luogo allo stato di detenzione.

Il Presidente del Tribunale o della Corte di Assise nella fase degli atti preliminari, ovvero il Giudice nel corso del dibattimento, danno comunicazione di tali determinazioni alle autorità competenti, alle parti e ai difensori (art. 146-*bis*, comma 2, disp. att. c.p.p.) e ciò, quindi, senza che sia necessario un decreto motivato, ma con una semplice comunicazione attesa, come visto, la scomparsa di ogni potere discrezionale da parte del giudice in ordine alla valutazione circa la necessità della partecipazione in videoconferenza dell'imputato.

Non sono cambiate le modalità operative di cui ai commi 3, 4, 5, 6 e 7 dell'art. 146-*bis* in questione, mentre il nuovo comma 4-*bis* prevede che qualora le altre parti e i loro difensori, previa autorizzazione del giudice, intendano intervenire a distanza nei processi nei quali si procede con collegamenti audiovisivi, dovranno assumersi l'onere dei costi del collegamento.

Tali disposizioni dell'art. 146-*bis* disp.att. c.p.p., oltre che nei procedimenti camerale, nel rito abbreviato, nonché nel procedimento di prevenzione, troveranno applicazione anche ai sensi del nuovo comma 8 dell'art. 7, d. lgs. n. 159 del 2011, per l'esame dei testimoni, ove sono richiamate anche le disposizioni di cui all'art. 147 disp. att. c.p.p.

Ora, tirando le somme, sembra proprio evidente che la volontà del Legislatore sia quella di espandere notevolmente la possibilità di usufruire dello strumento della videoconferenza, con tutto ciò che questo potrebbe comportare in termini di risparmio di tempi e costi.

In forza della Riforma Orlando, pertanto, la partecipazione a distanza, considerata sinora un'eccezione legata alla sussistenza di determinati parametri (come visto: sussistenza di gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; particolare complessità del dibattimento

per cui la partecipazione a distanza risulti necessaria ad evitare ritardi nel suo svolgimento), diviene ormai la regola per tutti i processi cui è sottoposta la persona che sia detenuta per uno dei gravi reati richiamati nella norma.

In pratica, in presenza dello *status detentionis* per uno dei reati elencati, si procederà automaticamente con la videoconferenza, senza che sia necessario alcun provvedimento del giudice che la disponga.

Nel modificare l'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., la Riforma Orlando ha esteso indiscriminatamente a tutti i processi con detenuti la possibilità di usare il meccanismo della “partecipazione a distanza”.

Per questo motivo, finisce per incidere sull'essenza del “principio di immediatezza” e sullo stesso diritto di difesa.

Temì, come visto, già affrontati al tempo della legge 11/1998 e che furono chiariti grazie anche alla sentenza della Corte costituzionale 342/1999.

I presupposti attualmente previsti dall'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. vengono però interamente ribaltati: mentre, infatti, condizione dell'applicazione dell'istituto è che si proceda nei confronti di un “imputato” di determinati reati tassativamente indicati, che si trovi in stato di detenzione in carcere, ora, **nell'ipotesi riformata**, la condizione non riguarda più l'imputato nei cui confronti si proceda per determinati reati, bensì la persona in quanto sottoposta allo stato di detenzione.

Ne consegue che si procederà a distanza non solo nel caso in cui il detenuto debba essere sentito come testimone, ma anche quando il detenuto sia imputato in un altro procedimento per il quale lo stesso sia “in libertà”.

I fautori della Riforma, pur non potendo negare le obiettive limitazioni al diritto di difesa che il nuovo art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. introduce ed incrementa, hanno sottolineato e valorizzato il grande risparmio economico di un processo celebrato con il dibattimento a distanza rispetto ad un processo che si svolga in modo, per così dire, “tradizionale”.

Certo, si potrebbero dire molte cose a proposito del soppesare e paragonare due beni giuridici – ammesso che entrambi siano beni giuridici – come il risparmio economico da una parte ed il diritto di difesa costituzionalmente protetto dall'altra ma, oltre ad essere affidato alla sensibilità giuridica di ciascuno, il terreno sul quale anche questo argomento che riguarda la videoconferenza pare destinato ad essere affrontato è quello che concerne la conformità del nuovo istituto ai principi fissati dalla Carta fondamentale.

Inoltre, a mò di provocazione, pur volendo riconoscere un certo valore all'argomento “risparmio economico”: c'è stato qualcuno, tra coloro che sono favorevoli al nuovo art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., che si sia preoccupato di approfondire il tema dei costi che la riforma comporta?

Qualcuno del Ministero della Giustizia o del Governo ha considerato i costi dei nuovi strumenti da installare per la videoconferenza?

I costi per il nuovo personale da assumere in vista del notevole ampliamento applicativo previsto?

I costi per la manutenzione della strumentazione che dovrà essere aumentata?

I costi per la gestione e/o installazione di nuove sale video negli istituti penitenziari?

I costi dei consumi elettrici e telefonici ulteriori che ci saranno in ragione dell'ampliamento dei collegamenti audiovisivi?

È stata fatta la somma di tutti questi costi?

E tale somma è stata comparata con il c.d. risparmio economico da videoconferenza? E quale è il saldo?

Ad oggi, sembra proprio che, sul punto, nessuno abbia speso una sola parola.

7. Riflessioni sulla legittimità costituzionale del nuovo art. 146-bis disp. att.

L'idea base della riforma, di estendere l'impiego dei collegamenti audiovisivi a tutti i processi in cui sia coinvolta una persona detenuta per uno dei reati richiamati dalla norma, impone di interrogarsi sulla compatibilità di tale nuova disciplina con la inviolabilità del diritto di difesa garantito dall'art. 24, comma 2 della Costituzione.

In altre parole, visto che la Riforma Orlando, ancora una volta ridisegna i profili dell'istituto del collegamento audiovisivo ampliandone, una volta di più, la sfera di applicazione, occorre verificare se possano essere riproposti e siano tuttora validi gli argomenti sulla scorta dei quali la Corte Costituzionale, con la più volte ricordata sentenza N. 342 del 1999, ha salvato dalle censure di costituzionalità la precedente formulazione dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p.

Ebbene, se ci si sofferma a considerare che il discutibile criterio allora adottato dalla Corte per ritenere legittima la norma sottoposta al giudizio è stato, in buona sostanza, quello di ritenere efficaci e funzionali i mezzi usati per le videoconferenze che, in quanto tecnicamente validi, non farebbero venire meno la partecipazione del soggetto al dibattimento, è ovvio che anche il nuovo impianto normativo resisterebbe ad un simile vaglio di legittimità.

Ma non sembra certo questo il punto di vista alla stregua del quale operare la valutazione di conformità della partecipazione "virtuale" al dibattimento, così come disciplinata nel nuovo art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., al dettato costituzionale ed anche alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Oltre a dover sottolineare che la sentenza del 1999 è stata emessa allorchè la normativa esaminata era ancora "a termine", quindi ancora emergenziale e temporanea - il che avrà sicuramente inciso sui criteri di valutazione - deve altresì rilevarsi che, come osservato dai commentatori, la Consulta allora non ha operato il dovuto bilanciamento di interessi tra diritto di difesa ed esigenze di efficienza della macchina giudiziaria, spianando così la strada ai potenziali, futuri ampliamenti della deroga alla regola ed al diritto dell'imputato ad essere presente al **su**o processo.

Ed anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza *Viola c. Italia* del 5 ottobre 2006, ha ritenuto che non potesse ravvisarsi nessuna lesione del diritto di difesa nella previsione contenuta nell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., in quanto la videoconferenza permette comunque all'imputato di seguire adeguatamente lo svolgimento del dibattimento,

consentendogli anche di rappresentare al giudice problemi tecnici che dovessero rendere difficoltoso il collegamento in videoconferenza.

Pur ammettendo, in linea di principio, la possibilità che l'imputato partecipi a distanza al processo, la Corte EDU, nella richiamata sentenza del 2006, ne ha però circoscritto l'applicazione in ragione delle caratteristiche intrinseche del reato per cui si procede

Dalle considerazioni critiche che precedono discende quindi che l'approccio della Corte Costituzionale dovrebbe cambiare: adeguato parametro da assumere a riferimento nella riflessione sulla costituzionalità della norma dovrà essere individuato nel necessario bilanciamento tra il fondamentale diritto di difesa di cui all'art. 24, comma 2 Cost. e le esigenze di celerità ed economicità del processo che, come visto, hanno costituito l'obiettivo perseguito dalla Riforma Orlando, per chiedersi se il sacrificio e/o comunque la compressione del primo a vantaggio delle seconde sia legittimo e conforme alla Costituzione ed alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Nella comparazione tra diritto di difesa e ragionevole durata del processo è evidente che non si può in alcun modo ritenere che quest'ultimo possa trovare maggiore favore perché, se così fosse, verrebbe meno il concetto stesso di processo come sistema organizzato di garanzie da cui evincere il grado di civiltà dell'ordinamento giuridico complessivamente inteso.

Ebbene, la conclusione di questo percorso non potrà non essere quella della impossibilità di ritenere la prevalenza ed accordare quindi maggior favore all'esigenza della ragionevole durata del processo rispetto alla tutela di un diritto del rango di quello di difesa.

Opinare diversamente significherebbe creare una contraddizione nello stesso contenuto dell'art. 111 Cost. poiché al suo interno dovrebbero convivere sia la tutela del principio del contraddittorio, sia la legittimità delle deroghe finalizzate a contenere la durata dei procedimenti.

Questa palese contraddizione sta quindi a dimostrare che l'esigenza di evitare ritardi, così come quella di contenere i costi economici, non è certo classificabile tra gli interessi comparabili con un diritto del rango di quello di difesa.

In chiusura della riflessione sulla legittimità costituzionale della nuova disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza, sembra opportuno ricordare ancora una volta e sottolineare come la proposta di tale legge abbia generato varie proteste da parte degli avvocati penalisti, tanto che, come noto, nelle more dell'approvazione definitiva, la Giunta delle Camere Penali ha deliberato varie astensioni da ogni attività giudiziaria nel settore penale facendo rilevare il **forte contrasto** tra il "nuovo" art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. e i principi costituzionali del giusto processo e manifestando di voler contrastare con determinazione la estensione, tramite la riforma dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., dello strumento del "processo a distanza" indistintamente a tutti i processi con detenuti e senza specifica motivazione.

Bibliografia

D. PULITANÓ, *Commento al DDL n. 2067 sulle proposte di modifica al codice penale e all'ordinamento penitenziario*, *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 3.

G. SPANGHER, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice penale*, *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 3.

M. DANIELE, *La sagomatura dell'esame a distanza nel perimetro del contraddittorio*, tratto da *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di Daniele Negri e Renzo Orlando, Torino, 2017.

M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative – L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino, 2012.

P. TONINI, *La partecipazione e l'esame a distanza*, tratto da *Manuale di Procedura penale*, tredicesima edizione, Milano, 2012.

M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, Milano, 1901.

P. BRONZO, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, in *Il Processo penale*, diretto da Alfredo Gaito e Giorgio Spangher, Tomo III, *La giustizia penale differenziata – Gli accertamenti complementari*, Torino, 2011

O. DENTE GATTOLA, Presidente di Sezione del Tribunale di Torre Annunziata, "La gestione delle video conferenze", www.penale.it

G. SPANGHER, a cura di, *La Riforma Orlando*, Ospedaletto (PI), 2017.

A. CONZ, LUIGI LEVITA, *La riforma della giustizia penale*, Roma, 2017.

Sentenza Spartacus, Corte di Assise di S. Maria Capua Vetere – II Sezione, Proc.to n. 9/98 – Abbate Antonio ed altri.

Sentenza CEDU 5 ottobre 2006, Ricorso n. 45106/04; M. V. c. Italia.

Corte Costituzionale, Sentenza 342/1999

Lettera dell'Unione delle Camere Penali del 12 settembre 2016 al Ministro della Giustizia, al Capo dell'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia, Al Presidente della Commissione Giustizia del Senato.

L'introduzione del reato di tortura, tra luci e ombre

FABIO STANCATI

Con la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale n. 166 del 18 luglio 2017 della Legge 14 luglio 2017, n. 110, è stato finalmente introdotto nel nostro ordinamento il reato di tortura.

La summenzionata legge, in particolare, ha disposto l'inserimento nel Titolo XII del codice penale, riguardante i delitti contro la persona e, in particolare, nella Sezione III (delitti contro la libertà morale), i reati di tortura (art. 613-*bis* c.p.) e di istigazione alla tortura (art. 613-*ter* c.p.).

L'introduzione di tali norme nel nostro ordinamento rappresenta la conclusione di un lungo e travagliato iter legislativo che ha visto susseguirsi diverse proposte (che, nel corso degli anni, sono state accantonate, modificate e snaturate) e che si è concluso tra le polemiche e le critiche delle associazioni per la tutela dei diritti umani che hanno valutato la legge in commento come il frutto di un compromesso politico e della necessità di approvare, in tempi rapidi, una disciplina del reato di tortura.

Si deve infatti evidenziare che, come è noto, prima dell'entrata in vigore della L.110/2017, nel nostro ordinamento era presente un vero e proprio vuoto legislativo che durava da oltre trent'anni, dalla ratifica della "Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti" (adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984 ed entrata in vigore il 27 giugno 1987) che prevedeva esplicitamente l'approvazione di misure e sanzioni penali volte alla repressione della tortura da parte di ogni Stato parte dell'accordo.

Per tali motivi, la previsione normativa del reato di tortura è sempre stata al centro di un acceso dibattito politico, che, negli ultimi anni, si è ulteriormente acuito soprattutto in seguito alle pronunce emesse della Corte di Strasburgo con le quali l'Italia è stata condannata, per violazione dell'art. 3 della CEDU, al risarcimento dei danni subiti dai ricorrenti in occasione del G8 di Genova in conseguenza dell'irruzione della Polizia nella scuola Diaz-Pertini avvenuta la notte del 21 luglio 2001.

In particolare, nelle sentenze Cestaro c. Italia (C. edu, sent. 7 aprile 2015, ric. n. 6884/11) e Bartesaghi Gallo e altri c. l'Italia (C. edu, sent. 22 giugno 2017), la Corte EDU ha ritenuto che:

- le azioni delle forze dell'ordine siano state estremamente gravi, totalmente gratuite e poste in essere in assenza di qualsiasi resistenza esercitata dai ricorrenti;
- le modalità attraverso le quali è stata immotivatamente inflitta tale violenza costituiscono una vera e propria forma di "tortura" secondo quanto previsto dall'art. 3 CEDU;
- non essendo prevista nell'ordinamento italiano alcuna sanzione penale, l'Italia non ha potuto provvedere ad assicurare alle vittime di tale violenza il ristoro derivante dalla violazione dell'art. 3 CEDU, in quanto esso non può essere validamente integrato da un risarcimento meramente pecuniario.

A seguito di tali (ed altre) condanne, l'iter per l'introduzione di una disciplina penale della "tortura", ha subito una notevole accelerazione dopo anni di stasi, fino alla sua definitiva approvazione - ben lontana dall'essere unanime - con 198 voti a favore, 35 contrari e 104 astenuti.

Tale spaccatura in sede di votazione, le critiche ricevute da molte organizzazioni a tutela dei diritti umani - quali Amnesty International e Human Rights Watch - e, soprattutto, la lettera inviata, in corso di approvazione della legge, da parte del Commissario per i diritti Umani del Consiglio d'Europa Nils Muiznieks, ai Presidenti di Camera e Senato, delle Commissioni Giustizia, dei due rami del Parlamento, nonché al Presidente della Commissione straordinaria per i Diritti umani, lasciano intendere che tale normativa, pur rappresentando un primo, importante passo per la repressione di un fenomeno molto diffuso, sia stata accolta con particolare scetticismo.

Al fine di comprendere le ragioni delle suddette critiche, occorre analizzare le due norme che sono state introdotte nel nostro ordinamento.

L'art. 613-bis c.p.:

- punisce, con la reclusione da quattro a dieci anni, "**Chiunque**, con violenze o minacce **gravi, ovvero** agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un **verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona**";

- prevede, al secondo comma, una autonoma fattispecie di reato, con pena ricompresa tra i cinque i dodici anni, "*Se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, **con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio***" specificando esplicitamente che detta aggravante "*non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure private o limitative di diritti*";

- sancisce un ulteriore aumento di pena se dai fatti derivi una lesione o la morte della persona offesa: la pena sarà maggiore in caso di lesioni, aumentata fino ad un terzo in caso di lesioni gravi, fino alla metà per le lesioni gravissime (terzo comma), mentre sarà, rispettivamente, di trent'anni e dell'ergastolo in caso di morte come conseguenza non voluta e di morte cagionata volontariamente.

Da una mera analisi letterale del testo approvato si evince, in prima battuta, che si tratta di **un reato comune, che pertanto può essere commesso da chiunque**. Tale scelta legislativa, apparentemente mirante ad estendere l'applicabilità della norma di cui all'art. 613-bis c.p, in realtà potrebbe sminuire quella che è la ratio sottesa all'introduzione della norma in parola, creando una significativa sovrapposizione con la fattispecie di maltrattamenti in famiglia prevista dall'art. 572 c.p.

L'art. 613bis c.p introduce un concetto di tortura molto distante da quello codificato dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 1984, ovvero "*qualsiasi atto con il quale sono inflitti a una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o*

una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito (Art. 1 Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti).

Proprio per tali ragioni, nella lettera del Commissario per i diritti Umani del Consiglio d'Europa Nils Muiznieks, è stato esplicitamente sottolineato che la scelta di allargare il concetto di tortura convenzionalmente determinato da oltre trent'anni non debba in alcun modo comportare *“un indebolimento della protezione accordata alla tortura commessa dalle autorità dello Stato, considerando la natura particolarmente grave di tale violazione dei diritti umani.”*¹

Alla luce di tale discrasia esistente tra il concetto codificato di tortura e quello che è stato approvato dal Parlamento il 14 Luglio 2017, appare evidente che ciò che è stato introdotto dall'art. 613-bis c.p. è, in realtà, molto vicino ad un'ipotesi “speciale” del reato di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p.

L'art. 613-bis c.p., infatti, prevede che siano punite anche le condotte poste in essere nei confronti di soggetti “affidati in custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza” e, prima dell'ultima votazione, era prevista, come elemento costitutivo del reato, la “reiterazione” delle condotte perseguite.

In seguito alle critiche mosse al testo licenziato dal Senato, la norma è stata opportunamente modificata, prevendo la punizione *“se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona”*. Tale correttivo è di grande rilevanza, in quanto la previsione di una tortura punibile solo in caso di reiterazione, avrebbe, in modo del tutto illogico, escluso la punibilità dei trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 della CEDU.

Nonostante tale correttivo, il requisito della pluralità di condotte permane nei casi non integranti un “trattamento disumano”, creando notevoli dubbi in ordine al profilo applicativo della norma in parola.

Muovendo ora l'attenzione alle condotte che possono integrare il reato e all'evento derivante dalle stesse, si evidenzia che si tratta di un reato di evento che punisce chi abbia posto in essere reiterate “violenze o minacce gravi” o abbia “agito con crudeltà” cagionando “acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico”.

Se in ordine alle condotte sorgono bene pochi dubbi interpretativi, lo stesso non può dirsi in ordine all'evento previsto, soprattutto per quanto attiene al “**verificabile**” trauma psichico, anch'esso oggetto dei dubbi espressi dal Commissario Nils Muiznieks.

¹ “Finally, since the Bill adopts a broad notion of torture, which encompasses conduct committed by private persons, I would like to stress the importance of ensuring that this does not result in a weakening of the protection afforded against torture committed by persons exercising the authority of the state, considering the particularly serious nature of this human rights violation”.

E ciò in quanto l'esplicita previsione di un trauma "verificabile" se, da un lato, può essere interpretata come una statuizione ultronea e superflua, atteso che ogni elemento del reato deve essere verificato e dimostrato, dall'altro potrebbe comportare, in fase applicativa, una notevole circoscrizione delle condotte effettivamente integranti in reato di cui all'art. 613-*bis* c.p.

Passando alla previsione dell'art. 613ter c.p., che invece non desta particolari difficoltà interpretative, questa si ricollega all'ipotesi prevista dal II comma dell'art. 612*bis* c.p., che introduce una fattispecie autonoma di reato con una pena più alta (da 5 a 12 anni) quando i fatti di cui al primo comma del medesimo articolo siano stati commessi dal Pubblico Ufficiale "con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio".

L'istigazione a commettere il reato di tortura, infatti, è un reato proprio, che punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni, "il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istiga in modo concretamente idoneo altro pubblico ufficiale o altro incaricato di un pubblico servizio a commettere il delitto di tortura, se l'istigazione non è accolta ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso".

Si evidenzia, infine, che se l'art. 1 della Legge 14 luglio 2017, n. 110, che ha introdotto gli artt. 612-*bis* e 612-*ter* c.p. è stato oggetto delle summenzionate – in parte fondate – critiche, le norme di coordinamento previste dagli artt. 2, 3 e 4 sono esenti da giudizi negativi e sono rimaste pressoché invariate nel lungo iter di approvazione della legge.

Le principali novità apportate da tali articoli sono le seguenti:

- l'art. 2 ha modificato l'art. 191 c.p.p. introducendo un nuovo comma 2-*bis* il quale stabilisce l'**inutilizzabilità** delle dichiarazioni o delle informazioni **ottenute mediante il delitto di tortura**. Tale norma prevede una giusta eccezione applicabile ai casi in cui dette prove debbano essere usate contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale;

- l'art. 3 ha disposto la modifica dell'articolo 19 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (D.Lgs 25 luglio 1998, n. 286) attraverso l'introduzione di un comma 1-*bis* che prevede **il divieto di respingimento, espulsione o estradizione** di una persona verso uno Stato, quando vi siano "**fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura**";

- l'art. 4 ha, invece, introdotto importanti novità in tema di immunità diplomatiche prevedendo che **non possa "essere riconosciuta alcuna forma di immunità agli stranieri sottoposti a procedimento penale o condannati per il reato di tortura in altro Stato o da un tribunale internazionale"**.

In conclusione, ad un'analisi globale della fattispecie in esame, si delinea, pertanto, una disciplina che, sotto un profilo sostanziale, pur rappresentando una prima, rilevante, risposta ad un fenomeno sempre più diffuso, appare fin troppo limitata quantomeno sotto il profilo delle condotte penalmente rilevanti ai fini dell'integrazione del reato in parola – che appare distante da quella richiesta dalla Convenzione del 1984 – e che rischia di essere poco incisiva e di non semplice applicazione.

Avvocato generale, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, causa pregiudiziale C-42/17, M.A.S. et M.B.

Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista

Dalle
corti

Nella Babele della vicenda “Taricco-bis”. Brevi osservazioni sulle conclusioni dell’Avvocato generale

Da una prima lettura delle conclusioni rassegnate dell’Avvocato generale¹, si ha l’impressione di vagare in una “Torre di Babele” (da cui il titolo del presente contributo), nella quale ciascun interlocutore parla una lingua differente, senza alcuna possibilità di dialogo.

In estrema sintesi – e concentrando l’attenzione sui passaggi che maggiormente suscitano perplessità – l’intento perseguito dall’*amicus curiae* è quello integrare, attraverso strumenti interpretativi di vario genere, la prima “risposta” offerta dalla Grande Sezione nella sentenza Taricco², riconoscendosi una certa (seppur “incolpevole”) sottovalutazione, da parte del Giudice di Lussemburgo, delle problematiche di ordine costituzionale sottese ai principi ivi espressi, invero non affrontate in quella causa né dal giudice del rinvio, né dall’Avvocato generale dello Stato.

Muovendo dal presupposto che non è (evidentemente) l’istituto della prescrizione in sé considerato ad essere incompatibile con il principio di effettività del diritto dell’Unione, bensì il suo regime giuridico e, in particolare, la previsione di un limite massimo alla sua decorrenza, che assumerebbe le vesti di un vero e proprio “*délai préfix*” (ossia di “termine di decadenza” fisso), la soluzione tratteggiata nelle conclusioni, per vero del tutto singolare, è quella – testualmente – di «*considerare la nozione di interruzione della prescrizione una nozione autonoma di diritto dell’Unione [...] nel senso che ogni atto diretto al perseguimento del reato nonché ogni atto che ne costituisce la necessaria pro-*

¹ Le conclusioni dell’Avvocato generale sono state depositate all’udienza pubblica del 19 luglio 2017 nell’ambito della causa pregiudiziale C-42/17, *M.A.S. et M.B.*, denominata – per comodità – vicenda “Taricco-bis”.

² Corte di Giustizia, 8 settembre 2015, *Taricco e a.*, causa C-105/14: in tale pronuncia, il Giudice europeo ha affermato che l’art. 325 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (di seguito, TFUE) impone al giudice nazionale di non applicare il combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, del codice penale italiano quando ciò impedirebbe di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione, ovvero quando frodi che pregiudicano gli interessi finanziari dello Stato membro sono soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi perpetrate ai danni degli interessi finanziari dell’Unione; circostanze, queste ultime, la cui ricorrenza spetta al giudice nazionale verificare.

secuzione interrompe il termine di prescrizione; tale atto fa quindi decorrere un nuovo termine, identico al termine iniziale, mentre il termine di prescrizione già decorso viene cancellato»³.

Tra le molteplici ragioni di critica ad una simile proposta, peraltro per nulla foriera di criteri determinati e tassativi per il giudice interno (quali provvedimenti, ulteriori e diversi da quelli già analiticamente indicati dall'art. 160, comma 1 del codice di rito, devono intendersi per "atti diretti al perseguimento del reato" ovvero per "atti che ne costituisce la necessaria prosecuzione"?), si può anzitutto evidenziare che, così opinando, si finirebbe per privare di efficacia l'intera disciplina della prescrizione, rendendo le frodi in materia di IVA sostanzialmente imprescrittibili e prevaricando, in definitiva, le stesse scelte di politica criminale riservate unicamente al Legislatore nazionale.

L'ineludibile "stella polare" che deve orientare il ragionamento, infatti, è che nell'ordinamento giuridico italiano l'istituto della prescrizione ha natura sostanziale, così come è stato riconosciuto, in modo chiaro e definitivo, dapprima dalla Corte di Cassazione, nell'ordinanza n. 28346/2016 che ha sollevato questione di legittimità costituzionale, e poi dalla Consulta nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 24/2017⁴. Occorrerebbe, perciò, che in sede europea si prendesse atto che «[l]a Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità»⁵. In altri termini, l'ordinamento italiano esclude proprio l'idea del "giudice di scopo", chiamato a disapplicare la legge interna ogni qualvolta la stessa risulti, secondo il suo apprezzamento, inadeguata rispetto al perseguimento di determinati interessi meritevoli di tutela: impostazione alla quale pare accedere, invece, la sentenza Taricco.

Ciò senza contare che la soluzione prospettata prescinde totalmente dal criterio dell'equivalenza sancito dall'art. 325, paragrafo 2, TFUE e richiamato nella sentenza Taricco con riferimento al più lungo termine di prescrizione previsto dal legislatore interno per reati che ledono gli interessi finanziari nazionali: il *tertium comparationis* è rappresentato – come noto – dalla disciplina dei reati in materia di contrabbando dei tabacchi lavorati esteri di cui all'art. 291-*quater* del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, che si estinguono una volta decorso un lasso di tempo, appunto, più lungo rispetto a quello necessario per la prescrizione delle frodi IVA.

Ulteriore soluzione avanzata dall'Avvocato generale è quella di interpretare la formula "numero considerevole di frodi gravi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione" (con-

³ Conclusioni dell'Avvocato generale, cit., § 101.

⁴ Incidentalmente, mette conto segnalare come l'interpretazione fatta propria dalla Corte di Cassazione e dalla Consulta sconfessi apertamente l'impostazione (certo provocatoria) seguita dal Tribunale di Cuneo (giudice del rinvio nella "causa Taricco") e fatta propria anche dall'Avvocato generale nel presente giudizio, secondo cui la prescrizione non costituirebbe un principio irrinunciabile di garanzia dell'imputati, bensì soltanto un mezzo di garanzia di impunità: v. Trib. di Cuneo, ord. 17/01/2014, n. 100306/2009 R.G. G.i.p.; v. conclusioni dell'Avvocato generale, cit., § 92.

⁵ C. Cost., ord. n. 24/2017, punto 8.

tenuta nella "regola Taricco") alla luce del considerato 14 della proposta di direttiva PIF, laddove «*il legislatore dell'Unione ha definito la nozione di reati gravi lesivi degli interessi finanziari dell'Unione – reati che includono anche le frodi in materia di IVA – nel senso che essa comprende tutti i reati aventi un collegamento con il territorio di due o più Stati membri e che comportano un danno di importo tale superiore alla soglia di EUR 10 milioni, soglia soggetta a una clausola di revisione*»⁶.

Se tale proposta sembra voler aggiungere un parametro obiettivo agli originari criteri di disapplicazione forniti dalla Corte di Giustizia, resta il fatto che, da qualunque parte si voglia iniziare a "sbrogliare la matassa", non si può sfuggire da un principio cardine della giurisprudenza europea, ossia quello in virtù del quale la disapplicazione del diritto interno non può pregiudicare la posizione giuridica dei singoli, specie se imputati in un procedimento penale.

Si rammenta, sul punto, la decisione del Giudice di Lussemburgo nella causa pregiudiziale relativa alla (vecchia) disciplina italiana delle false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c. (come, all'epoca, risultava in seguito alla riforma intervenuta con d. lgs. n. 61/2002), laddove la Grande Sezione ha espressamente affermato che attribuire effetto diretto ad una direttiva, con conseguente disapplicazione del diritto interno ad essa contrastante, «*non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale*» di soggetti chiamati a rispondere dei reati loro addebitati⁷.

Più in generale, il principio di primazia del diritto dell'Unione e dell'effetto diretto delle sue norme ha sempre rappresentato uno strumento applicativo volto a rafforzare la tutela degli individui nei confronti dello Stato (c.d. effetto verticale) e degli altri consociati (c.d. effetto orizzontale)⁸. Lo stesso principio risulterebbe, quindi, irrimediabilmente snaturato ove fosse invocato a detrimento delle fondamentali prerogative della persona, aggravando il regime giuridico della responsabilità penale del soggetto sottoposto a procedimento da parte dell'Autorità giudiziaria nazionale (c.d. effetto verticale inverso o rovesciato ovvero disapplicazione *in malam partem*).

Da ultimo, non si può certo mancare di spendere qualche parola sull'ulteriore argomento, addotto dall'Avvocato generale, secondo il quale non si potrebbero comunque invocare i "controlimiti" in quanto il "nucleo fondamentale" della Costituzione italiana risiederebbe unicamente nei primi dodici articoli della stessa⁹.

⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale, cit., § 117.

⁷ Corte di Giustizia, sentenza 2 maggio 2005, *Berlusconi e a.*, C-387/02, C-391/02 e C-403/02.

⁸ Si ricordano gli arresti del Giudice europeo nella sentenza *Factortame*: «[è] compito dei giudici nazionali, secondo il principio di collaborazione enunciato dall'art. 5 del trattato CEE, garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta» (Corte di Giustizia, sentenza 19 giugno 1990, *The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, causa C-213/89, punto 19).

⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale, cit., § 181.

Ci si limiterà, in questa sede, a due sole critiche, una di metodo e una di contenuto.

Sul metodo, si trascura la fondamentale indicazione – da tempo maturata nella giurisprudenza costituzionale ed europea – secondo cui, così come il solo interprete del diritto dell’Unione è la Corte di Giustizia, la stessa competenza “esclusiva” spetta alla Consulta (che è, tra l’altro, il “qualificato” giudice del rinvio della presente causa pregiudiziale, anzi vero e proprio “interprete autentico” della Carta fondamentale della Repubblica italiana) rispetto al diritto costituzionale interno¹⁰.

Sul contenuto, la lettura della Costituzione italiana (verrebbe da dire “a compartimenti stagni”) fornita dall’Avvocato generale, oltre ad essere del tutto avulsa rispetto alla giurisprudenza costituzionale di riferimento¹¹, si presta all’evidenza ad esiti davvero paradossali, non fosse altro perché – così argomentando – si dovrebbero escludere dal c.d. “nocciolo duro” tutti i diritti fondamentali racchiusi nella Parte prima della Costituzione, tra i quali – come è ben noto – la libertà personale e tutte le garanzie fondamentali ad essa correlate, *in primis* il principio di legalità in materia penale e quello, inscindibilmente connesso, di sottoposizione del giudice alla legge.

Tornando al diritto dell’Unione, l’*amicus curiae* ricorda che – secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia – la garanzia del livello più elevato di protezione dei diritti, riconosciuta dall’art. 52, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (di seguito, “Carta di Nizza”)¹², dovrebbe comunque essere «conson[a] al diritto dell’Unione»¹³. Tuttavia, l’art. 325, paragrafo 2, TFUE affida alla discrezionalità di ciascun Stato membro la scelta delle misure da adottare contro le frodi che ledono gli interessi dell’Unione, per cui – come anche la Commissione ha riconosciuto nelle proprie osservazioni scritte depositate nell’ambito della presente causa pregiudiziale¹⁴ – «sarebbe possibile [...] una variazione nel livello di tutela tra gli Stati membri, perché l’ambito legislativo non è totalmente coperto dal diritto dell’Unione». Inoltre, come rilevato dallo stesso Avvocato generale, la disciplina della prescrizione non è oggetto di armonizzazione. A questo proposito, risulta davvero contraddittorio interpretare il principio di ragionevole durata del processo, sancito dall’art. 47, paragrafo 2, della Carta di Nizza, come «archetipo della norma armonizzata»¹⁵, anche perché – a tacer d’altro – si finirebbe per trasfor-

¹⁰ Questione di metodo, del resto, espressamente affrontata dalla Corte costituzionale nell’ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 24 del 2017: «[n]aturalmente, la Corte di giustizia non è sollevata dal compito di definire il campo di applicazione del diritto dell’Unione, né può essere ulteriormente gravata dall’onere di valutare nel dettaglio se esso sia compatibile con l’identità costituzionale di ciascun Stato membro. È perciò ragionevole attendersi che, nei casi in cui tale valutazione sia di non immediata evidenza, il giudice europeo provveda a stabilire il significato della normativa dell’Unione, rimettendo alle autorità nazionali la verifica ultima circa l’osservanza dei principi supremi dell’ordinamento nazionale. Compete poi a ciascuno di questi ordinamenti stabilire a chi spetti tale verifica. La Costituzione della Repubblica italiana, a tale proposito, la rimette in via esclusiva a questa Corte [...]» (punto 6).

¹¹ Nella stessa ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 24 del 2017, la Corte costituzionale ha, invero, espressamente affermato: «[n]on vi è [...] dubbio che il principio di legalità in materia penale esprima un principio supremo dell’ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell’individuo» (punto 2).

¹² In questo caso, il livello più elevato sarebbe quello nazionale, stante appunto la natura sostanziale accordata dall’ordinamento italiano all’istituto della prescrizione.

¹³ Conclusioni dell’Avvocato generale, cit., § 148.

¹⁴ Osservazioni scritte della Commissione europea, depositate in data 17 marzo 2017, § 49.

¹⁵ Conclusioni dell’Avvocato generale, cit., § 165. Argomento, quest’ultimo, con il quale si vorrebbe superare il “*distinguishing*” operato

mare un principio generale posto a garanzia dell'individuo (al quale, peraltro, l'istituto della prescrizione dà attuazione) in fonte che imporrebbe limiti al principio medesimo.

Del resto, proprio in funzione della salvaguardia di tale più elevato *standard* interno di protezione dei diritti fondamentale può leggersi la "riserva" espressa dalla Corte di Giustizia nella sentenza Taricco, laddove la Grande Sezione ha testualmente affermato: «*se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati*»¹⁶.

Tale "riserva", a ben vedere, costituisce applicazione, al caso di specie, del principio generale (anch'esso soppesato in modo non soddisfacente dall'Avvocato generale) di cui all'art. 4, paragrafo 2, del Trattato sull'Unione europea (di seguito, TUE). Infatti, come ha affermato la Commissione – in modo per vero del tutto condivisibile – nelle proprie osservazioni scritte, «*il rispetto per l'identità nazionale degli Stati membri, consacrato dall'articolo 4, paragrafo 2, TUE, può permettere eccezionalmente a un giudice nazionale di applicare disposizioni nazionali di prescrizione in materia penale [...] nonostante l'obbligo che incombe, in linea di principio, a tale giudice nazionale di disapplicare tali disposizioni per dare piena attuazione all'articolo 325, commi 1 e 2, TFUE, soltanto a condizione che la non applicazione di tali disposizioni violi in modo evidente e grave il nucleo essenziale di un principio o un diritto garantito dalla Costituzione che occupa un posto talmente centrale nell'ordinamento costituzionale dello Stato membro da considerarsi costitutivo della struttura costituzionale fondamentale dello stesso Stato membro*»¹⁷. Ebbene, proprio di "nucleo essenziale" trattasi, come chiarito dalla Corte costituzionale.

Infine, se è vero che – come si ricorda nelle osservazioni preliminari – che la vicenda Taricco non è certo un "lampo a ciel sereno", in quanto la disciplina della prescrizione prevista dall'ordinamento interno è da tempo bersaglio di critiche non solo a livello interno, ma anche da parte dell'Unione europea, della Corte di Strasburgo e dell'OCSE, è parimenti certo che mai si è posto in discussione – e sul punto la Corte costituzionale, nella sua ordinanza di rinvio, è stata oltremodo chiara – che lo Stato italiano possa subire procedure di infrazione per mancata attuazione del diritto dell'Unione¹⁸.

dalla Corte costituzionale, nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, rispetto al "caso Melloni" (Corte di Giustizia, sentenza 26 febbraio 2012, *Melloni*, causa C-399/11). In quell'occasione, il principio del carattere "recessivo" del maggior standard di tutela garantito dalla giurisprudenza costituzionale spagnola (relativamente ai diritti processuali dei soggetti condannati *in absentia*) e, dunque, della prevalenza del diverso e minor standard riconosciuto in sede europea, era volto ad assicurare l'unità del diritto dell'Unione nell'ambito di una disciplina oggetto di armonizzazione, ossia quella della Decisione quadro 26 febbraio 2009, n. 2009/299/GAI la quale – come osserva il Giudice europeo nella pronuncia testé indicata – «riflette il consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, secondo il diritto dell'Unione, ai diritti processuali di cui godono le persone condannate in absentia raggiunte da un mandato di arresto europeo», (punto 62). Nella presente causa pregiudiziale, viceversa, la disciplina nazionale della prescrizione dei reati non è oggetto di armonizzazione e, quindi, anche a prescindere dagli effetti che si vorrebbero ricavare dall'art. 325 TFUE, è comunque rimessa agli Stati membri la valutazione circa il rispetto delle garanzie vigenti nel singolo ordinamento nazionale, alla luce del precuo standard di tutela ad esse riconosciuto.

¹⁶ Corte di Giustizia, sentenza 8 settembre 2015, *Taricco e a.*, C-105/14, punto 13.

¹⁷ Osservazioni scritte della Commissione europea, cit., § 97.

¹⁸ Del resto, il Legislatore italiano ha – come noto – modificato medio tempore la disciplina della prescrizione, dapprima con il d.l. n. 138/2011, conv. mod. l. 148/2011 e, da ultimo, con la (contestatissima) "riforma Orlando" intervenuta con l. n. 103/2017.

Il rischio, in definitiva, è quello di incorrere in una torsione degli strumenti applicativi ed interpretativi del diritto dell'Unione, tale da alterare gli equilibri istituzionali europei e nazionali e comunque da pregiudicare i diritti fondamentali dei singoli individui.

Resta da auspicare che la Corte di Giustizia voglia davvero “dialogare” con la Corte costituzionale e che, magari facendo propria la linea interpretativa suggerita dalla Commissione, adotti una soluzione che ponga al “centro” dell'azione dell'Unione – come recita il Preambolo della Carta di Nizza – la “persona”, e non gli interessi di volta in volta perseguiti dall'Unione medesima in virtù del principio di attribuzione.

FEDERICO MAZZACUVA

Cass. pen. Sez. Un., n. 28953/2017 del 27.4.2017, dep. il 9.6.2017

Circostanze e prescrizione del reato

Ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere, le circostanze c.d. indipendenti che comportano un aumento di pena non superiore ad un terzo (nella specie quella di cui all'art. 609-ter, primo comma, cod. pen.) non rientrano nella categoria delle circostanze ad effetto speciale.

Dalle
corti

Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista

Gli effetti delle circostanze c.d. indipendenti sul tempo necessario a prescrivere

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contrasto. – 3. Il principio

1. Premessa.

La Terza Sezione della Corte Suprema di Cassazione, con l'ordinanza n. 6875 del 2017 ha rimesso alle Sezioni Unite il ricorso sul quale era chiamata a decidere, presentato del difensore dell'imputato, condannato per i reati di cui agli articoli 609 *bis* e 609-ter cod. pen. per aver costretto con violenza minori degli anni quattordici a subire atti sessuali.

In particolare, rilevato un contrasto giurisprudenziale e ritenendo che la sua soluzione fosse necessariamente propedeutica all'esame circa la sussistenza o meno dei vizi dedotti nell'atto di impugnazione, ha formulato il seguente quesito: *“se, ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere, le circostanze c.d. indipendenti debbano essere considerate circostanze ad effetto speciale, ai sensi dell'art. 63 comma 3 cod. pen., anche in caso di aumento non superiore ad un terzo”*.

La circostanza aggravante di cui all'art. 609-ter cod. pen. è indipendente poiché stabilisce autonomi limiti edittali, e determina un aumento di pena di un quinto rispetto alla pena prevista per il reato semplice.

Ci si potrebbe domandare se occorresse davvero formulare detto quesito e non fosse invece sufficiente attenersi alla precisa lettera dello stesso articolo 63 comma 3° cod. pen., che definisce circostanze ad effetto speciale *quelle che importano un aumento o una diminuzione della pena superiore ad un terzo*, unitamente a quanto disposto dall'art. 157 comma 2° cod. pen. sul tempo necessario a prescrivere.

Tuttavia, sulla base di un'ermeneutica ispirata ad un criterio sistematico, si è formato un orientamento giurisprudenziale contrario al maggioritario, che ha dato luogo al contrasto rilevato dalla Terza Sezione e risolto con la sentenza in commento.

2. Il contrasto.

Il nodo centrale e genesi del contrasto giunto dinanzi alle Sezioni Unite risiede nel metodo di classificazione delle circostanze.

La disciplina delle circostanze ha subito una rilevante modifica con la riforma dell'art. 63 comma 3° cod. pen., ad opera della legge n. 400 del 31 luglio 1984.

Prima dell'intervento riformatore detto articolo prevedeva la medesima disciplina del calcolo della pena ove sussistessero circostanze "per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa" (c.d. autonome) o circostanze che determinano la misura della pena "in modo indipendente" (c.d. indipendenti): in presenza di circostanze autonome o indipendenti, in concorso con altre circostanze, l'aumento o la diminuzione dovuto a queste ultime doveva essere calcolato sulla pena già determinata dalle prime.

Il terzo comma dell'art. 63 è stato modificato dall'art. 5 della legge n. 400 del 1984 ed ora stabilisce che il criterio di determinazione della pena sopra descritto si applichi alle circostanze per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria e alle circostanze ad effetto speciale.

È evidentemente scomparso ogni riferimento alle circostanze indipendenti: dove prima erano disciplinate le circostanze *autonome e indipendenti*, attualmente sono regolate le circostanze *autonome* e quelle *ad effetto speciale*.

La stessa norma fornisce una precisa definizione delle circostanze ad effetto speciale, chiarendo che sono tali quelle per cui la legge prevede un aumento o una diminuzione superiore ad un terzo.

In assenza di un richiamo esplicito alle circostanze indipendenti, la dottrina si è da subito espressa e divisa sul tema della regolamentazione del calcolo della pena per tale categoria di circostanze.

Una parte di interpreti¹ ha ritenuto, in ossequio al dato letterale, che la disciplina di cui all'art. 63 comma 3° si dovesse applicare alle circostanze indipendenti solo ove le stesse stabilissero una variazione di pena superiore ad un terzo, e che in caso diverso, sebbene con alcune criticità di equilibrio del sistema, le indipendenti si dovessero considerare circostanze ad effetto comune, con conseguente applicazione della disciplina di cui all'art. 63 comma 2°.

¹ PADOVANI, *Circostanze del reato*, in Dig.d.pen., Utet, 2002, vol. II; MANNA, *Corso di diritto penale, parte generale*, vol. II; CONCAS, *Il nuovo sistema delle circostanze*; FLORA, *Commento all'art. 5 l. n. 400/84*, in Leg. Pen., 1984.

Altra parte della dottrina² ha ritenuto che, nella logica di un sistema coordinato e razionale, si dovesse intendere la categoria delle circostanze indipendenti integralmente ed implicitamente ricondotta a quella delle circostanze ad efficacia speciale e tacitamente disciplinata dal 3° comma dell'art. 63, a prescindere dal *quantum* di variazione della pena.

Secondo tale orientamento non era ipotizzabile che il legislatore avesse inteso lasciare priva di una regolamentazione specifica l'intera categoria delle circostanze indipendenti, stravolgendo l'equilibrio precedente e conferendo loro natura di circostanze ad effetto comune laddove comportassero una variazione di pena inferiore ad un terzo.

La giurisprudenza prevalente ha seguito, per lo più, il primo orientamento (*ex multis*, Cass. Pen. n. 5081 del 21.9.1999, che si è pronunciata sul tema, con riferimento alle conseguenze sul criterio di determinazione della competenza; Cass. Pen. n. 28638 del 9.6.2009; Cass. Pen. n. 41487 del 25.9.2013), sostenendo che le circostanze indipendenti siano da ricondurre alla disciplina prevista per le circostanze ad effetto speciale solo qualora prevedano una variazione della pena superiore ad un terzo. Di conseguenza, ai sensi dell'art. 157 comma 2° cod. pen., se escluse da tale categoria, non sono rilevanti nella determinazione del tempo necessario a prescrivere.

In particolare, secondo la giurisprudenza prevalente, la circostanza aggravante di cui dall'art. 609-ter cod. pen., pur prevedendo una cornice edittale indipendente, ha effetto comune, poiché determina un aumento di pena di solo un quinto.

Il diverso orientamento (Cass. Pen. Sez. IV n. 15133 del 6.2.2003; Cass. Pen. n. 6302 del 19.1.2012) ha ritenuto di dover estendere la categoria delle circostanze ad effetto speciale oltre il confine tracciato dall'art. 63 comma 3° cod. pen., riconducendo ad essa anche l'intero complesso delle circostanze indipendenti, affinché la disciplina prevista per le prime fosse, in via analogica, applicabile alle seconde, ed il sistema delle circostanze fosse privo di lacune.

3. Il principio.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte ritengono di condividere l'indirizzo giurisprudenziale più *coerente e rigoroso*.

Dal disposto delle norme di cui agli artt. 63 e 157 cod. pen. può discendere un unico principio sulla questione sollevata: "*Ai fini della determinazione del*

² FIANDACA, MUSCO, *Diritto, parte generale*; DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 49 ss./1986.

tempo necessario a prescrivere, le circostanze c.d. indipendenti che comportano un aumento di pena non superiore ad un terzo (nella specie quella di cui all'art. 609-ter, primo comma, cod. pen.) non rientrano nella categoria delle circostanze ad effetto speciale.”

La Suprema Corte afferma proprio che *“l'esigenza di una ricostruzione sistematica del regime delle aggravanti ad effetto speciale non può portare l'interprete a forzare la chiara ed univoca lettera del dato normativo in una materia che è governata dal principio di legalità”*.

Evviva dunque la legalità e la legge alla quale il Giudice è vincolato.

COSTANZA FENYES

Cass. pen., Sez. I, 2 marzo 2017 (dep. 14 Marzo 2017), n. 12328 – Pres. Di Tomassi – rel. Aprile

circostanze aggravanti comuni – Violenza “assistita” – Violenza di genere

La Corte Suprema, con la sentenza che si commenta, delinea in senso estensivo l’ambito di applicazione della nuova aggravante “semicomune” di cui all’art. 61, comma 1, n. 11 quinquies c.p., introdotta dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119, nella parte in cui prevede un aumento di pena per aver commesso alcuni delitti “in presenza di un minore”. Infatti, secondo gli Ermellini, tale espressione non presuppone la commissione del fatto davanti agli occhi del minore – come invece lascerebbe intendere la lettera della disposizione – ma è sufficiente che questi ne abbia avuto percezione, purché di tale percezione l’autore del reato abbia consapevolezza o avrebbe dovuto averla usando l’ordinaria diligenza

Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista

Ubi lex voluit dixit, ubi noluit...iudex dixit: sull’interpretazione dell’art. 61, Comma 1, n. 11-Quinquies

SOMMARIO: 1. L’esplosione (mediatica) della violenza di genere e la relativa decretazione d’urgenza. – 2. L’aggravante di cui all’art. 61, comma 1, n. 11 *quinquies* c.p.: genesi e sguardo d’insieme. – 3. L’interpretazione datane dalla Suprema Corte. – 4. Molti entusiasmi e qualche personale perplessità.

1. L’esplosione (mediatica) della violenza di genere e la relativa decretazione d’urgenza.

Sull’onda emotiva suscitata da orribili fatti di cronaca nera, e in conseguenza di una sempre maggiore attenzione dedicata dai media agli episodi di violenza di genere, il Governo Letta emanò il D.L. 14 agosto 2013, n. 93 (fin da subito appellato con il nome di “legge contro il femminicidio”), il cui scopo era illustrato chiaramente nel preambolo, ove si afferma che “*il susseguirsi di eventi di gravissima efferatezza in danno di donne e il conseguente allarme sociale che ne è derivato rendono necessari interventi urgenti volti a inasprire, per finalità dissuasive, il trattamento punitivo degli autori di tali fatti [...]*”. Era dunque necessario, per un Governo ontologicamente debole, dare una risposta forte ad una piaga sociale che, per quanto sempre esistita e probabilmente neppure aggravatasi negli ultimi tempi, veniva ormai sempre più avvertita come odiosa e insopportabile da parte della totalità dell’opinione pubblica. Da qui il ricorso alla decretazione d’urgenza che, per sua natura, raramente si rivela una scelta felice quando si interviene in materia penale, producendo spesso un diritto ipertrofico e propagandistico, che prescinde dagli

effettivi dati criminologici.

A onor del vero, va ricordato anche che poche settimane prima, e precisamente il 19 giugno 2013, con il voto quasi unanime del Senato (dopo quello unanime della Camera avvenuto il 28 maggio), l'Italia aveva provveduto alla ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica – meglio nota come Convenzione di Istanbul – che, per quanto non ancora in vigore in quel momento, imponendo l'adozione di misure penali ed extra-penali efficaci e dissuasive rispetto alla violenza di genere, aveva certamente favorito la genesi della “legge sul femminicidio”¹.

Molte furono le novità introdotte con quel decreto, sul piano del diritto penale sostanziale, del diritto processuale penale e su quello extra-penale, e altrettante le problematiche sollevate da tali frettolose modifiche, non sempre coordinate tra loro, che in questa sede non possono che essere evocate, limitandoci a ripercorrere sommariamente i passaggi con cui ha preso corpo la disposizione che ha originato la sentenza in commento².

2. L'aggravante di cui all'art. 61, comma 1, n. 11-quinquies: genesi e sguardo d'insieme.

L'aggravante in questione non era affatto contemplata nel provvedimento originario. Infatti, il decreto legge aveva unicamente previsto di estendere l'aggravante speciale di cui all'art. 572, comma 2, c.p., che fino a quel momento stabiliva un aumento di pena per i maltrattamenti in famiglia consumati in danno di un minore di anni quattordici, anche alle ipotesi in cui il reato fosse stato realizzato “*in danno o in presenza di un minore degli anni diciotto*”; analoga aggravante veniva introdotta all'art. 628, comma 3, n. 3-*sexies*, c.p. in relazione al delitto di rapina³. Lo scopo era dunque quello di equiparare normativamente, sulla scia dei risultati già elaborati dalla giurisprudenza in tema di maltrattamenti, la violenza subita e quella “assistita”, ossia la violenza commessa a danno di terzi al quale il minore è costretto ad assistere e che può avere sullo stesso gravi ricadute a livello psicologico, emotivo, cognitivo e relazionale.

L'aver limitato l'operatività della circostanza ai soli due reati citati aveva però sollevato

¹ La Convenzione di Istanbul è entrata in vigore il 1 agosto 2014, al realizzarsi della condizione ivi contemplata, che prevedeva la ratifica di almeno 10 stati firmatari, di cui 8 membri del Consiglio d'Europa.

² A tal riguardo si rimanda a A. DIDI, *Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere*, in *Proc. pen. giust.*, II/2014, 91-111; E. LO MONTE, *Repetita (non) iuvant: una riflessione “a caldo” sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13, con. in l. n. 119/13, in tema di “femminicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 12 dicembre 2013; F. MACRÌ, *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, in *Dir. pen. e proc.*, 1/2014, 12-18; F. MENDITTO, *La legge 119/13 in materia di contrasto alla violenza di genere*, in *questionegiustizia.it*, 21 ottobre 2013; A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2015, 430-468; N. STOLFI, *Brevi note sulle nuove norme introdotte dalla L. 119/2013 in materia di violenza di genere*, in *Riv. Pen.*, 7-8/2014, 657-667.

³ L'aggravante di cui al comma 2 dell'art. 572 c.p. era stata introdotta dalla l. 1 ottobre 2012, n. 172, di ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, c.d. Convenzione di Lanzarote, ed era dunque in vigore soltanto da pochi mesi.

qualche riserva: pertanto il Parlamento, in sede di conversione del decreto legge, soppresse le due aggravanti speciali, ha introdotto al suo posto una nuova aggravante comune, da qualcuno definita anche “semi-comune”, in quanto applicabile soltanto ad alcune categorie di reati⁴. Dunque, con la l. 15 ottobre 2013, n. 119, è stato inserito nell’ambito dell’art. 61 c.p. il nuovo numero 11-*quinquies*, che prevede un aggravamento di pena per *“l’aver, nei delitti non colposi contro la vita e l’incolumità individuale, contro la libertà personale nonché nel delitto di cui all’articolo 572, commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza”*.

Tale circostanza è pertanto applicabile, oltre che al reato di maltrattamenti in famiglia (per espressa previsione), a tutti i delitti non colposi disciplinati dagli artt. 575-593 e 605-609-*duodecies* c.p., compresi dunque alcuni reati che non si caratterizzano affatto per una condotta violenta, come l’omissione di soccorso, in relazione ai quali mal si comprende la funzione che dovrebbe assolvere l’aggravante in questione, soprattutto per ciò che riguarda gli atti commessi alla presenza di un minore. Ne sono invece esclusi, nonostante le critiche, gli atti persecutori, ai quali resta applicabile unicamente l’aggravante speciale di cui al comma 3 dell’art. 612-*bis* c.p. che contempla, tra le altre ipotesi, un aumento di pena fino alla metà se il fatto è commesso a danno di un minore o di persona in stato di gravidanza – maggiore rispetto a quello previsto dall’art. 61, comma 1, n. 11-*quinquies* – ma che non dà rilievo alle condotte cui il minore è costretto ad assistere⁵.

3. L’interpretazione datane dalla Suprema Corte.

La pronuncia in commento rappresenta probabilmente il primo arresto giurisprudenziale in grado di incidere significativamente sulla portata dell’aggravante in questione. Per la verità, la Corte aveva già avuto modo di occuparsi della circostanza in esame, facendone discendere la legittimazione a costituirsi parte civile del minore che abbia solo assistito alla consumazione di uno dei reati contemplati dall’art. 61, comma 1, n. 11-*quinquies*, sul presupposto, niente affatto scontato, che, in virtù di tale disposizione, anch’egli assuma la qualifica di persona offesa dal reato⁶. Tuttavia, la sentenza in commento, delineando estensivamente la latitudine applicativa di tale aggravante e non soltanto facendone discendere delle conseguenze sul piano processuale, è destinata ad assumere ben altro rilievo.

La vicenda da cui la sentenza in esame origina era stata ricostruita pacificamente dai giudici

⁴ D. PERRONE, *Nuovi sviluppi nella lotta alla “violenza domestica”: ipotesi circostanziali e modulazione della pena*, in *Leg. pen.*, 1-2/2014, 52.

⁵ Tra i critici nei confronti di tale esclusione, si veda *Prima lettura del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93 (Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto alla violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province)*, Relazione a cura dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, a cura di L. PISTORELLI, in *Dir. pen. cont.*, 28 agosto 2013.

⁶ Cass., sez. III, 17 maggio 2016, n. 45403, K., in *Guida al diritto*, 5/2017, 102. Per un primo commento, si veda M. CURTINOVIS, *Violenza in famiglia: anche chi assiste è persona offesa dal reato e legittimata a costituirsi parte civile*, in *Dir. pen. cont.*, 7 dicembre 2016.

di merito: un uomo aveva colpito a morte la propria convivente con tre colpi di pistola sparati a distanza ravvicinata nella cucina della loro abitazione, mentre i figli minori si trovavano l'uno nel soggiorno attiguo, separato dalla cucina da una porta rimasta aperta, senza però aver avuto diretta visione dell'accaduto, e l'altro nel giardino pertinenziale all'abitazione.

Il giudice di primo grado, con decisione confermata dalla Corte d'appello, aveva condannato l'imputato per omicidio aggravato ex art. 61, comma 1, n. 11-*quinquies* ritenendo che, anche se i due minori non avevano assistito direttamente al fatto, ne avevano avuto comunque percezione: infatti, il minore che si trovava nel soggiorno aveva iniziato a piangere e urlare, riferendo anche ad una vicina accorsa in aiuto cosa fosse successo, mentre l'altro, uditi gli spari, era immediatamente rientrato in casa, tanto che il padre aveva cercato di chiudere la porta della cucina.

Contro tale decisione aveva proposto ricorso in cassazione l'imputato, senza contestare la propria responsabilità per l'omicidio della convivente, ma lamentando invece l'erronea applicazione dell'aggravante, in quanto i figli non avevano avuto visione diretta del fatto.

La questione, pertanto, verte sul significato da darsi alla locuzione "*in presenza [...] di un minore di anni diciotto*" allo scopo di chiarire se essa presupponga la commissione del fatto "*davanti agli occhi del minore*", come ritenuto dal ricorrente, o se invece sia sufficiente che questi ne abbia avuto "*percezione e consapevolezza*".

Per risolvere la questione – a dire il vero piuttosto sbrigativamente – la I Sezione prende in considerazione le altre fattispecie di parte speciale contenenti la medesima espressione. Assume così rilievo, in primo luogo, la corruzione di minorenni, di cui all'art. 609-*quinquies* c.p., che punisce chiunque compie atti sessuali "*in presenza*" di un infraquattordicenne e allo scopo di farlo assistere. In relazione a tale fattispecie, secondo gli Ermellini, la giurisprudenza di legittimità è orientata a ritenere che la presenza del minore costituisca un "*elemento di fatto attinente la percepibilità dell'atto, non soltanto con il senso della vista*"⁷. In secondo luogo, viene in rilievo l'ormai abrogato delitto di ingiuria (art. 594 c.p.), che richiedeva la commissione del fatto in presenza dell'offeso: anche per la configurabilità di tale reato, la giurisprudenza di legittimità riteneva "*sufficiente che la persona offesa, anche se non sia vista dal soggetto agente, abbia la possibilità di percepire ed effettivamente percepisca le espressioni ingiuriose*"⁸.

Pertanto, la Corte Suprema conclude che ai fini della sussistenza dell'aggravante in esame è sufficiente che il minore abbia avuto percezione del reato, non essendo invece necessario che quest'ultimo sia commesso al suo cospetto.

Infine, un'ultima considerazione è dedicata al regime di imputazione: al pari di ogni altra aggravante di natura oggettiva, a norma dell'art. 59, comma 2, c.p., essa deve essere valutata a carico dell'agente se conosciuta ovvero ignorata per colpa o ritenuta inesistente per errore determinato da colpa; pertanto, la stessa dovrà essere imputata all'autore del

⁷ Cfr. Cass., sez. III, 29 gennaio 2015, n. 12537, R., in *CED Cassazione Penale*, 2015, e Cass., sez. III, 12 marzo 2008, n. 15633, M., in *CED Cassazione Penale*, 2008.

⁸ Cfr. Cass., sez. V, 4 luglio 1975, n. 11909, Alfano, in *CED Cassazione Penale*, 1975.

fatto ogni volta che questi abbia avuto consapevolezza della presenza del minore o avrebbe dovuto averla usando l'ordinaria diligenza.

4. Molti entusiasmi e qualche personale perplessità.

Al momento in cui vengono scritte queste poche righe, si segnalano unicamente commenti entusiastici alla sentenza in esame. È stato infatti sostenuto che *“la ratio dell’inasprimento della pena [...] è costituita dal maggior **disvalore insito in quelle condotte che vengono poste in essere alla portata conoscitiva dei minori**, con tutte le ricadute di tipo psicologico, sociale e cognitivo che esse possono produrre sulla fragile costituzione di un soggetto che non abbia ancora raggiunto la piena maturazione psico-fisica”,* ricadute che sarebbero connesse *“non già alla mera ed inerte presenza del minore all’accadimento delittuoso, ma alla consapevole ‘presa d’atto’ della condotta criminosa in corso di realizzazione”*⁹. O, ancora, si è affermato che *“ritenere che per la configurabilità della circostanza aggravante sia necessario che il fatto si svolga al cospetto del minore [...] significa svuotare la reale portata della disposizione”*¹⁰.

Tale entusiasmo è chiaramente figlio dei tempi che viviamo e non può destare troppo stupore. È figlio, più precisamente, di un protagonismo sempre maggiore che negli ultimi anni le vittime di certe categorie di reati percepiti come maggiormente odiosi – quelli concernenti la sfera sessuale, la violenza di genere e la violenza contro i minori – hanno guadagnato nel panorama legislativo e nella cultura giuridica.

Sia però consentito, a conclusione di questa breve nota, di esprimere qualche perplessità sull'interpretazione adottata dalla Corte Suprema e, più in generale, sui rischi connessi ad un'eccessiva attenzione alle vittime di certi reati. Se già, infatti, appare discutibile la scelta legislativa di aver equiparato le condotte commesse “in danno” e quelle commesse “in presenza” di un minore, come se il disvalore fosse identico, è evidente che, affinché tale equiparazione resti iscritta nei canoni della ragionevolezza, la locuzione *“in presenza [...] di un minore di anni diciotto”* dovrà essere interpretata in senso letterale e restrittivo.

Il concetto di “percezione”, da cui si fa dipendere l'applicazione dell'aggravante in questione, si caratterizza invece per la sua vaghezza, prestandosi ad essere interpretato nei più svariati modi e attribuendo così al giudice di merito un'ingiustificata discrezionalità, con il rischio di decisioni irragionevoli.

Si pensi ad esempio al delitto di maltrattamenti, per sua natura reato abituale che si perfeziona con la realizzazione di condotte ripetute nel tempo: si potrebbe allora sostenere che sia sufficiente la mera presenza di un minore in famiglia affinché l'aggravante risulti

⁹ A. CHIBELLI, *La Cassazione e la latitudine applicativa dell'aggravante di aver commesso il fatto “in presenza di minori”*, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2017.

¹⁰ M. TELESCA, *Una nota sull'aggravante della cd. violenza assistita: è sufficiente che il minore percepisca il fatto di reato*, in *giurisprudenzapenale.com*, 12 aprile 2017.

configurata, poiché questi non potrebbe non avere percezione del reato anche senza mai assistere ad un solo episodio di violenza; e tale situazione sarebbe normativamente equiparata non soltanto a quella in cui i singoli e ripetuti atti di violenza avvengano al suo cospetto, ma anche a quella in cui ne sia lui stesso la vittima.

O ancora, prendendo invece ad esempio un qualsiasi reato a condotta istantanea, sarebbe assai difficile tracciare un confine temporale tra la percezione immediata di un fatto, che renderebbe applicabile l'aggravante, e quella solo di poco successiva, che invece non dovrebbe rilevare; ed è evidente che tale confine non potrebbe essere definito in astratto, dovendo piuttosto essere delineato caso per caso; il che equivarrebbe, nuovamente, a spalancare la porta alla discrezionalità dei giudici di merito.

Appare assai più logico, invece, oltre che più aderente alla lettera della disposizione, attribuire alla locuzione "in presenza" il significato di "al cospetto", "davanti agli occhi", e garantirne così un'interpretazione uniforme. D'altronde, in tal modo, si coglierebbe al meglio anche la *ratio* della norma, che, presumibilmente, non dovrebbe essere quella di punire in modo più grave colui che, facendo percepire al minore le sue condotte, provochi allo stesso una serie di conseguenze sul piano psicologico, sociale e cognitivo – anche perché tali conseguenze dipendono da molte variabili non controllabili, non ultima la personalità del minore e il tipo di assistenza ricevuta dopo il fatto – bensì quella di sanzionare maggiormente colui il cui proposito criminoso sia talmente forte da non arrestarsi neppure davanti alla circostanza di essere visto da un minore.

D'altronde, diversamente da quanto farebbe immaginare la mera lettura della sentenza in commento, neppure il criterio ermeneutico sistematico, che la Corte Suprema impiega per risolvere il caso di specie, suggerisce la soluzione estensiva adottata. Difatti, se andiamo a rileggere le sentenze citate con riferimento alla corruzione di minorenni, possiamo agevolmente renderci conto che esse non defiscono affatto il concetto di "presenza", in quanto Cass., sez. III, 29 gennaio 2015, n. 12537, R., non vi fa proprio riferimento, occupandosi piuttosto del dolo specifico del reato, mentre Cass., sez. III, 12 marzo 2008, n. 15633, M., incidentalmente lascia intendere un significato addirittura opposto a quello che oggi si vorrebbe attribuire: la Corte, infatti, si chiedeva se "*ai fini dell'individuazione della condotta tipica e quindi della sussistenza del reato sia necessaria la mera presenza fisica del minore o se essa debba anche essere una presenza consapevole*", sottintendendo quindi che la condotta doveva comunque avvenire al cospetto del minore. Non si comprende, allora, come da queste due sentenze possa ricavarsi oggi che la presenza del minore debba essere intesa quale "*elemento di fatto attinente la percepibilità dell'atto, non soltanto con il senso della vista*".

Analoghe considerazioni possono effettuarsi anche per l'altro reato che la Corte Suprema utilizza come termine di paragone: anche prescindendo dal fatto che si tratta di un delitto ormai abrogato e che l'unico precedente citato nella sentenza in esame risale al 1975, è proprio la tipologia della fattispecie dell'art. 594 a non apparire idonea ad essere posta in correlazione con l'art. 61, comma 1, n. 11-*quinquies*, poiché essa puniva non soltanto le offese arrecate ad una "*persona presente*" ma anche quelle commesse "*mediante comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa*".

Pertanto, per sua stessa natura e formulazione, l'abrogato delitto era strutturato sul discrimine dato dalla circostanza che il destinatario dell'offesa ne avesse avuto o meno percezione, fosse essa visiva, uditiva o conseguenza delle comunicazioni indicate al comma 2.

Dunque, né il criterio ermeneutico sistematico, né tantomeno quello letterale, imponevano la soluzione adottata dalla Corte Suprema, che deve quindi ritenersi frutto di una precisa presa di posizione. Una presa di posizione che, al pari di numerose scelte di politica criminale effettuate dal Legislatore negli ultimi anni, si iscrive in un paradigma oramai dominante, che vede le vittime dei reati quali nuovi protagonisti del diritto penale e processuale. D'altronde, un'opinione pubblica quotidianamente *bombardata* da notizie che – spesso facendo uso di equazioni improprie, come quella tra imputato (o addirittura indagato) e colpevole – lasciano intendere che il nostro sistema punitivo si caratterizzi per un eccessivo lassismo, chiede sempre con maggior insistenza interventi volti ad inasprire le pene, a tutelare la vittime e a ridurre le garanzie per gli imputati, come se quest'ultime non riguardassero la totalità dei cittadini; e sempre di più il Legislatore si lascia condizionare da tale pressione, adottando leggi di tipo propagandistico e demagogico. Nulla di strano, quindi, se questo clima, talora, coinvolge anche alcuni giudici.

GHERARDO PECCHIONI

Sez. II, ud. 8 maggio 2017 (dep. 17 maggio 2017), n. 1320

Procedura penale – Impugnazioni

Sussiste l'obbligo di rinnovare l'istruttoria dibattimentale anche nei casi in cui non si abbia una riforma "radicale" della sentenza di primo grado. Dunque nei casi in cui il tribunale ha qualificato in modo diverso e meno grave il fatto e per questo ha dichiarato l'estinzione dei reati per prescrizione e, poi, la corte di appello, in riforma della sentenza di primo grado, ha qualificato il fatto in maniera più grave con conseguente venir meno della prescrizione. (massima non ufficiale)

Dalle
corti

Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.

Obbligo di rinnovare l'istruttoria dibattimentale anche nel caso di reformatio in peius "non integrale"

Preliminare a tutto il resto è una breve ricostruzione della vicenda sottesa alla decisione in commento.

Specificatamente: nel caso che ci occupa s'era verificato che l'imputato, accusato di tentata estorsione aggravata anche dal metodo mafioso, aveva ottenuto -nel primo grado di giudizio-sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione stante la riqualificazione operata dal primo giudice degli originari addebiti nelle meno gravi ipotesi di violenza privata ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni.

In buona sostanza il Tribunale – ritenuta la versione fornita dall'imputato, per un verso, credibile, per altro verso, avvalorata da ulteriori dichiarazioni testimoniali e produzioni documentali – aveva ricondotto la fattispecie concreta nello schema di delitto *ex art. 393 c.p.* evidenziando come la linea di demarcazione tra *il delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alla persona* e *quello di estorsione* fosse da ravvisare non già nella materialità del fatto, che può essere identica, ma per l'elemento intenzionale che, qualunque sia stata l'intensità e la gravità della violenza o della minaccia, integra la fattispecie estorsiva soltanto quando abbia di mira l'attuazione di una pretesa non tutelabile davanti all'autorità giudiziaria.

A seguito dell'appello avanzato dal P.g., la Corte del merito aveva – invece – concluso per la fondatezza dell'originaria ipotesi accusatoria, ovverosia: tentata estorsione aggravata anche dal metodo mafioso, con "tanti saluti" alla prescrizione e conseguente irrogazione di pena detentiva.

Mette conto anzitutto rilevare che, nel modificare, diciamo così, la base normativa di riferimento, il secondo giudice aveva sostanzialmente proceduto ad una differente lettura del materiale dichiarativo, valutando diversamente l'attendibilità dei dichiaranti rispetto

a quanto supposto dal suo predecessore affidandosi, questa volta e principalmente, alle dichiarazioni accusatorie rese dalla p.o.

In buona sostanza, nel ribaltare il giudizio “liberatorio” della sentenza emessa nel primo grado di giudizio, la Corte territoriale si era limitata a dissentire dalle conclusioni raggiunte dal Tribunale circa l’inattendibilità della propalante p.o. (escussa solo nel primo grado di giudizio), escludendo al contempo ogni necessità di provvedere a rinnovazione dibattimentale.

Unica certezza era, difatti, la fissità del compendio probatorio che, nelle diverse fasi di merito, non aveva subito alcuna integrazione; se di “cambiamento”, invero, era a parlarsi, questo aveva riguardato -semplicemente- il differente convincimento dei giudicanti chiamati a pronunciarsi sull’affidabilità del narrato d’accusa.

Avverso la sentenza della Corte di Appello aveva proposto ricorso per cassazione l’imputato, per mezzo del suo difensore, lamentando, tra l’altro, la nullità della sentenza per mancata rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale volta a riascoltare anche la p.o. la cui attendibilità, come detto, era stata valutata difformemente al primo grado di giudizio ed aveva comportato una riforma in *peius* della prima decisione.

La Seconda Sezione della S.C., con la decisione in commento, ha riconosciuto la violazione dei principi indicati dalla Corte europea in tema di *reformatio in peius*, non solo, nei casi di riforma “radicale” della sentenza di primo grado (ad es. assoluzione in primo grado e condanna in secondo grado), ma anche, in quelli in cui vi sia stata una riqualificazione giuridica più grave del fatto con relativa riforma in senso peggiorativo della prima decisione.

Nel pervenire a siffatte conclusioni, la S.C. di cassazione non ha mancato di richiamare il rigore metodologico che ormai deve pretendersi alla luce della sentenza della Corte E.D.U. “*Dan c. Moldavia*”: a condizione di legittimità della *reformatio in peius* fondata sul diverso apprezzamento della prova orale, si pone (ed *impon*e) il riesame diretto della prova stessa attraverso la rinnovazione dell’istruzione dibattimentale.

Nell’articolazione del ragionamento giudiziale, inoltre, ulteriori riferimenti sono alla successiva sentenza della Corte E.D.U. 5 marzo 2013, *Manolachi c. Romania*¹, e alla doppia statuizione (9 aprile 2013, *Flueras c. Romania*, e 4 giugno 2013, *Hanu c. Romania*) dei giudici sovranazionali che hanno ribadito come la violazione delle regole del giusto processo si verifichi anche se la nuova audizione non sia stata richiesta dall’imputato, dovendo in questo caso il giudice procedere d’ufficio alla citazione del testimone d’accusa.

¹ Secondo cui, e come noto, ogniqualvolta la Corte di appello non disponga di alcun dato nuovo, soltanto «*la possibilità per l'imputato di confrontarsi con un testimone in presenza del giudice chiamato a decidere in ultima istanza sull'accusa è una garanzia di un processo equo*»; per tale motivo, «*il giudice del ricorso [sarebbe] tenuto ad adottare d'ufficio misure positive a tale scopo, anche se ciò non era stato espressamente richiesto dal ricorrente*»; le carenze evidenziate hanno condotto la Corte E.D.U. -nel caso di specie- a concludere che «*la condanna pronunciata nei confronti del ricorrente senza che egli sia stato sentito personalmente dai giudici di appello e di ricorso e in assenza di audizione di testimoni, quando il ricorrente era stato assolto in primo grado, non soddisfa le esigenze del processo equo*».

Principi, del resto, consacrati nelle Sez. Un. n. 27620 del 28 aprile 2016 sicché, si legge sempre nella sentenza in commento, risulta ormai consolidato l'indirizzo in tal senso secondo cui in caso di riforma "in peius", da parte del giudice d'appello, della sentenza di assoluzione in primo grado, laddove l'affermazione di penale responsabilità scaturisca da un diverso apprezzamento dell'attendibilità di prove orali considerate decisive, sussiste l'obbligo, in forza dell'art. 6 par. 1 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU, di procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale sentendo nuovamente, nel contraddittorio delle parti, i suddetti testimoni².

Insegnamenti che, prosegue il giudice di legittimità, non possono non applicarsi anche nel caso in cui «*la diversa valutazione delle prove dichiarative porti ad una reformatio in peius non integrale. Invero, la ratio dell'art. 6 CEDU è, chiaramente, quella di garantire l'imputato da qualsiasi effetto a lui pregiudizievole che possa discendere da una diversa valutazione di una prova dichiarativa senza una nuova assunzione diretta dei testimoni nel giudizio di impugnazione. E sarebbe del tutto illogico e discriminatorio escludere il riconoscimento di tale diritto all'imputato che subirà una riforma in peius senza aver potuto fare esaminare i testi le cui dichiarazioni siano state valutate in modo diverso dal giudice della riforma*» (così, nel corpus motivazionale della decisione in commento).

In conclusione: stando a tale recente insegnamento, nei casi di *reformatio in peius* "non integrale" – ma parimenti pregiudizievole per l'imputato – si applicano le lezioni impartite dalla Corte EDU, con l'ovvia conseguenza che se la riforma si fonda su una diversa interpretazione delle prove dichiarative è necessario procedere a rinnovazione della istruttoria dibattimentale, non potendosi definire il giudizio sulla base del materiale probatorio già raccolto, occorrendo invece assumere direttamente la dichiarazione innanzi al giudice che intende riformare la decisione e ciò al fine di salvaguardare tutti i principi fondamentali del processo accusatorio.

ANGELA COMPAGNONE

² v. Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, in *questa Rivista*, 2016, 1, p. 91 ss., con nota di Monaco, *Appello della sentenza di assoluzione e divieto di reformatio in peius. In attesa dell'entrata in vigore del nuovo comma 4-bis dell'art. 603 c.p.p. le Sezioni Unite delimitano i principi di riferimento*; in *www.archiviopenale.it*, 20 dicembre 2016, con nota di Aprati, *L'effettività della tutela dei diritti dell'uomo: le Sezioni unite aggiungono un tassello*; in *Proc. pen. giust.*, 2016, 53 ss. con nota di Capone, *Prova in appello: un difficile bilanciamento*; in *Cass. pen.*, 2016, 3214, con nota di Aiuti, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*; in *questa Rivista*, 3 maggio 2017, con nota di Aiuti, *La Rinnovazione del dibattimento nell'appello abbreviato*.

La Riforma Orlando

A CURA DI FABRIZIO GALLUZZO

(AVVOCATO DEL FORO DI ROMA - DOTTORE DI RICERCA IN PROCEDURA PENALE, SAPIENZA UNIVERSITÀ DI ROMA)

In questo numero di Parola alla Difesa il Focus è incentrato sulla c.d. Riforma Orlando, il tanto agognato provvedimento legislativo sopravvissuto, come noto, a svariate vicissitudini e che, da ultimo, ha visto la luce proprio quando si temeva che l'approvazione stesse definitivamente per naufragare.

Ci siamo ormai abituati a definire riforma pressoché ogni intervento del Legislatore, non solo nel campo di nostra competenza ma anche in altre branche del diritto.

In effetti, il prodotto finale che il Legislatore ci ha abituato ad "immettere sul mercato" sempre più raramente può qualificarsi con il termine riforma, se è vero che l'espressione dovrebbe individuare un provvedimento organico che vada ad incidere sistematicamente su un settore giuridico, anziché rappresentare un *patchwork* nel quale si mettono le toppe a disfunzioni emerse nel tempo, si recepiscono istanze sollevate da una delle componenti del sistema giustizia, si mette a tacere l'emergenza sociale del momento.

Gli operatori del diritto sono assuefatti anche a tale *modus operandi*: il testo normativo, peraltro, dopo un *iter* parlamentare pressoché infinito, è giunto al traguardo profondamente modificato rispetto all'impostazione originaria, in un sistematico compromesso tra i *desiderata* delle forze politiche, della magistratura, della c.d. società civile, dell'Unione Europea (il famoso "ce lo chiede l'Europa", sbandierato, a proprio uso e consumo, dai nostri rappresentanti, che tuttavia collezionano più che altro pesanti sanzioni per l'Italia), e forse anche dell'avvocatura (diamoci una speranza...).

A parere di chi scrive, purtroppo, la nostra riforma della Giustizia rappresenta ancora una volta un complesso disorganico di norme che introduce qualche novità interessante ma non rivoluzionaria; che certifica qualche approdo giurisprudenziale ormai consolidato; che reintroduce istituti del passato, poi espunti dall'ordinamento ed, infine, riproposti; che probabilmente finisce per ridurre alcune garanzie difensive, laddove, ufficialmente il proposito sarebbe stato quello di ampliarle; che, alla fine dei conti, non risolve in maniera brillante alcuno dei reali ed enormi problemi della giustizia.

Trattandosi di norme appena entrate in vigore, peraltro a cavallo dell'estate, effettive applicazioni devono ancora trovare attuazione, così che le prime prospettazioni difensive e le conseguenti pronunce delle Corti contribuiranno a comprendere la portata e l'effettiva incidenza sul sistema.

La Prima Presidenza della Corte di cassazione si è portata avanti con il lavoro diramando delle Linee Guida per adottare soluzioni applicative tendenzialmente uniformi, rispetto alle quali è tuttavia "*fatta salva l'autonomia interpretativa e decisoria dei singoli Collegi*"; di alcune di queste linee guida, dedicate per lo più a questioni di diritto intertemporale, si dà conto negli interventi che seguono.

Il Focus del presente numero, infatti, è costituito da contributi di avvocati impegnati sul campo che si soffermano, ad una prima lettura del testo di legge, su criticità, possibili disfunzioni, interpretazioni a rischio e, perché no, aspetti positivi della "Orlando".

Gli interventi dei Collegi toccano, "a *spot*", come è inevitabile che sia, per ragioni di spazio e per "giovinezza" della riforma, alcuni dei punti toccati dal Legislatore, cercando, tuttavia, di coprire la maggior parte delle novità introdotte.

Seguendo la struttura del provvedimento in esame, il primo contributo, della Collega Ottavia Murro, è dedicato al nuovo istituto delle condotte riparatorie, causa di estinzione del reato disciplinata dal nuovo articolo 162-ter c.p., prevista per i soli casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, laddove l'imputato,

entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, ripari interamente il danno cagionato ed elimini le conseguenze dannose o pericolose del reato.

Segue un'analisi della disciplina della prescrizione, a firma dell'Avv. Ervin Rupnik che, nell'esaminare le conseguenze pratiche della nuova impostazione, scorge il pericolo di una deriva verso processi sempre più "kafkiani", con l'allungamento *ad libitum* degli stessi.

L'Avv. Irma Conti, poi, si sofferma sulle rilevanti modifiche introdotte nell'ambito delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, distinguendo tra novità utili, utopie del Legislatore e complicazioni della procedura vigente che già emergono dal nuovo assetto.

Nell'ambito dei riti speciali, il contributo di chi scrive affronta la problematica, di notevole rilievo pratico, dei tempi per il deposito delle investigazioni difensive rispetto alla richiesta di giudizio abbreviato, affinché le stesse non siano considerate "a sorpresa"; mentre l'Avv. Guido Colaiacovo, dopo aver tratteggiato la controverta storia dell'istituto, si sofferma a esaminare le implicazioni, di carattere teorico e pratico, che scaturiscono dalla reintroduzione del concordato sui motivi di appello. Chiudono la rassegna gli interventi dei Colleghi Daniele Livreri e Luigi Ludovici, dedicati al giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione: il primo, nell'esaminare le modifiche apportate all'art. 610 c.p.p., pone il quesito se il giudizio sull'ammissibilità dei ricorsi, anziché essere stato ampliato, in seguito alla novella non comporti, invece, una riduzione dei margini del contraddittorio; il secondo, si sofferma sull'obiettivo perseguito dal Legislatore di deflazionare i giudizi *de legitimitate*, nonché di valorizzare la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione.

Nuova prescrizione: processi sempre più kafkiani

DI ERVIN RUPNIK

(AVVOCATO DEL FORO DI ROMA)

Narra Cicerone che alla Corte di Dionigi di Siracusa visse un certo Damocle, il quale un giorno fu messo al suo posto dal tiranno e colmato di tutti gli onori e privilegi. Onori e privilegi che si dissolsero all'istante allorché Damocle si avvide di una spada fatta appendere da Dionigi sopra il suo capo e retta da un sottile crine di cavallo, a ricordargli la condizione di pericolo permanente in cui versa chi è al potere. L'effetto di tale visione fu che il povero Damocle perse ogni interesse in tutto ciò che di positivo la nuova posizione gli assicurava, al punto che supplicò Dionigi di lasciarlo tornare alla umile condizione di suddito.

L'aneddoto è divenuto celebre per la sua efficacia nel descrivere l'angoscia di chi è sottoposto a una minaccia che lo sovrasta senza essere in grado di controllarla. Strano che di esso non si sia ricordato nessuno degli autori della recentissima riforma dell'istituto della prescrizione, e ancora più strano che sia sfuggito agli innumerevoli commentatori della stessa durante il lungo *iter* che ha portato alla sua approvazione.

Già, perché il processo penale è un affare molto serio, trattandosi di un rito che porta all'accertamento della sussistenza o meno di responsabilità assai gravi e, in caso positivo, all'applicazione di sanzioni altrettanto afflittive. E come tale provoca angoscia, come ben descritto (ci sia consentita un'ulteriore citazione) dal noto scrittore Franz Kafka.

Ma veniamo senza ulteriori indugi all'esame dell'intervento appena effettuato in materia dal Governo e dal Parlamento con gli articoli 10 e 11 della legge n. 103 del 23/06/2017 entrata in vigore lo scorso 3 agosto.

L'intervento legislativo, al di là della modifica circa la decorrenza del termine di prescrizione per quanto riguarda alcuni reati commessi nei confronti dei minori (art.10 legge 103/2017 che ha modificato l'art. 158 c.p.) e dell'allungamento per alcune fattispecie di reato (quelle di cui agli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis e 640-bis), è andato essenzialmente a incidere sulla disciplina della sospensione del corso della prescrizione, introducendo tre commi all'articolo 159 c.p. che produrranno effetti notevolissimi sulla quotidianità dell'amministrazione della giustizia penale.

Per comprendere appieno la portata di questo intervento è bene tuttavia ripercorrere brevemente i cardini essenziali dell'istituto così come configurato nell'originaria formulazione del Codice del 1930 e nella radicale riforma operata nel 2005.

A differenza di quanto preveduto nel codice Zanardelli, nel codice vigente la prescrizione non si limita ad estinguere l'azione penale (rivestendo così un'efficacia meramente processuale) ma opera come causa estintiva del reato, assumendo in tal modo una portata sostanziale.

Quanto alle ragioni che giustificano l'esistenza di tale istituto, esse vanno essenzialmente rinvenute nella presa d'atto degli effetti prodotti dal decorso del tempo, tra i quali non può non esservi l'affievolimento – se non la scomparsa – dell'interesse dello Stato ad attuare la funzione repressiva: venuto meno il ricordo del fatto-reato, risulterebbe inutile se non addirittura dannoso riesumarlo e far luogo ad una punizione che non interessa più ad alcuno.

Ciò premesso, va ricordato che la struttura originaria della disciplina della prescrizione divideva essenzialmente i reati per fasce a seconda della pena, la quale era tuttavia determinata tenendo conto dell'applicazione o meno delle circostanze attenuanti e/o aggravanti.

Ciò produceva uno stato d'incertezza in merito alla prognosi sull'effettivo tempo in cui si sarebbe prescritto un reato, tempo che si poteva conoscere solo all'esito del processo sulla base della qualificazione giuridica in concreto data dal giudice precedente.

Questa caratteristica – criticabilissima agli occhi di chi scrive – è stata sostanzialmente eliminata con la riforma della prescrizione entrata in vigore a seguito dell'approvazione della legge n 251 del 2005, che ha preso a riferimento la pena massima edittale al fine di determinare ai sensi dell'art. 157 c.p. il tempo necessario a prescrivere il reato.

Da notare che, non si sa quanto casualmente, con questo intervento il legislatore non ha modificato il tempo minimo della cosiddetta “prescrizione lunga” (quella che tiene conto anche delle vicende interruttrive e sospensive) per i delitti meno gravi, che è rimasta invariata nel noto termine di 7 anni e 6 mesi.

Comunque sia, il diritto ne ha certamente guadagnato in termini di certezza, anche se non si può tacere il fatto che la suddetta riforma ha introdotto una disciplina assai discutibile per i cosiddetti recidivi, che si è inteso sanzionare anche sotto il profilo dell'allungamento dei termini prescrizionali oltre ogni ragionevolezza. Il che è privo di fondamento sotto tutti i profili, dato che la prescrizione si fonda “*sull'azione corroditrice del tempo*” che fa venire meno “*la memoria del fatto criminoso e scomparire l'allarme sociale*”¹, ed è quindi un istituto strettamente legato al fatto-reato e non alla personalità del reo o alla sua pericolosità sociale.

A fronte di questa situazione, in cui come visto il termine prescrizionale minimo per i delitti anche meno gravi (sette anni e mezzo) era comunque più che sufficiente allo svolgimento di approfondite indagini e di scrupolosi processi anche nei casi più complessi, si è iniziata ad invocare da più parti l'esigenza di ulteriormente riformare l'istituto della prescrizione nel senso di allungarne i termini di maturazione.

¹ Così recitano le motivazioni contenute nei lavori preparatori del codice Rocco.

Da notare tuttavia che questa esigenza non è mai stata manifestata su basi logico-giuridiche, ma unicamente sulla constatazione che, nonostante questi termini lunghissimi, una percentuale assai considerevole dei processi si conclude appunto con una pronuncia di avvenuta prescrizione.

Batti e ribatti, la prescrizione si è così trasformata, nell'immaginario collettivo, in una sorta di salvagente cui i delinquenti si aggrappano quando la scure della Giustizia sta finalmente per abbattersi su di loro.

In sostanza, per nascondere le gravissime manchevolezze di un sistema giudiziario completamente allo sfascio, i responsabili di questo stesso sistema hanno individuato la causa di tutti i mali nella prescrizione, vale a dire l'unico strumento che nei fatti assicura, o comunque dovrebbe assicurare, lo svolgimento di un processo in tempi ragionevoli.

Insomma, siamo così malridotti da non riuscire a celebrare un processo per un delitto non grave in meno di sette anni e mezzo? E allora celebriamolo in dieci e mezzo...

Sì, perché il cuore della riforma della prescrizione contenuta nel pacchetto giustizia del Ministro Orlando è la pura e semplice dilatazione dei termini prescrizionali attuata mediante la previsione di una nuova causa di sospensione, vale a dire la presentazione di un'impugnazione da parte dell'imputato in caso di condanna: *"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."* Così recita il nuovo secondo comma dell'art. 159 del codice penale introdotto dall'art. 1, comma 11, lettera b), della legge n. 103/2017.

Certo, il comma successivo si affretta a precisare che questa sospensione non opera qualora la sentenza del grado successivo abbia *"prosciolto l'imputato"* ovvero abbia *"annullato la sentenza di condanna nella parte relativa all'accertamento della responsabilità"* o ne abbia *"dichiarato la nullità ai sensi dell'articolo 604, commi 1, 4 e 5-bis, del codice di procedura penale"*, ma la sostanza non cambia: nella visione del legislatore la prescrizione rimane un salvacondotto per delinquenti scaltri che hanno i soldi per pagare avvocati altrettanto abili nello sfruttare i cavilli procedurali, osando perfino presentare appelli e ricorsi contro decisioni giudiziarie non favorevoli.

Con il che ci si è dimenticati *tout court* del fatto che:

- è la Costituzione stessa (art. 111) a garantire il diritto di ricorrere in Cassazione per violazione di legge *"contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali"*, per cui proprio non si vede come possa conciliarsi una sanzione (la sospensione e il conseguente allungamento della prescrizione) al mero esercizio di un diritto costituzionalmente garantito;

- lo stesso articolo 111 della Carta Costituzionale prescrive che le legge debba assicurare la *"ragionevole durata"* del processo, disposizione peraltro ribadita dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (*"Ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata... in un tempo ragionevole"*).

Per non parlare di altre dimenticanze, quale ad esempio quella relativa all'articolo 27 della Costituzione, dove si prevede la presunzione di non colpevolezza sino alla condanna definitiva, il che proprio non si concilia con un allungamento dei termini prescrizionali nei confronti di chi ha subito una condanna non definitiva.

Si è poi omesso di considerare la funzione rieducativa della pena, stabilita sempre dalla disposizione costituzionale da ultima citata, funzione che con ogni evidenza si affievolisce sino a svanire del tutto tanto più si dilata il tempo intercorrente tra il fatto reato e l'applicazione della pena.

Insomma, i profili di incostituzionalità appaiono numerosi e seri, e non si può non auspicare un intervento della Corte che censuri la normativa di cui sopra nel più breve tempo possibile.

Altra osservazione di natura critica sull'allungamento dei termini di prescrizione consiste infine nell'elementare considerazione che la celebrazione in tempi rapidi del processo, cui tende per sua natura l'istituto in questione, giova *in primis* alla vittima del reato, la quale ha il sacrosanto diritto di assistere in tempi quanto meno ragionevoli all'individuazione e alla punizione di chi si è reso colpevole di un reato ai suoi danni.

Ma soprattutto, ricollegandosi con l'aneddoto di Damocle che ha aperto questo articolo, ci si chiede: è conciliabile con i principi di uno Stato di diritto – o anche solo di uno Stato “civile” – un sistema giudiziario in cui i processi penali riguardanti delitti possano durare come minimo dieci anni e mezzo? In cui i cittadini possano essere accusati di fatti gravi, che come tali comportano conseguenze gravi quali la perdita della libertà personale, e lasciati così per così lungo lasso di tempo? Non diviene questa stessa prassi una sanzione, anche e soprattutto a carico di chi poi, assolto, responsabile delle accuse non lo era?

E tutto questo, lo si ribadisce, unicamente per venire incontro all'esigenza di tappare i buchi a un sistema giudiziario che fa acqua da tutte le parti, non certo per colpa dei cittadini che lo finanziano.

Un po' come quelle amministrazioni comunali che, non essendo in grado di mantenere le strade, cercano di deresponsabilizzarsi mettendo il limite di 10 chilometri all'ora.

Condotte riparatorie: una nuova causa di estinzione del reato con notevoli insidie applicative

DI OTTAVIA MURRO

(AVVOCATO DEL FORO DI POTENZA - DOTTORE DI RICERCA IN PROCEDURA PENALE, SAPIENZA UNIVERSITÀ DI ROMA)

L'art. 162-ter c.p., nell'introdurre la causa di estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie, riprende parzialmente l'art. 35 del d.lgs. 274/2000² che, come noto, disciplina un istituto analogo per tutti i reati di competenza del giudice di pace.

Le caratteristiche generali della “nuova” causa di estinzione appaiono pertanto simili a quelle delineate dall'art. 35 suddetto, infatti si prevede l'adempimento di una riparazione *post factum*; l'applicabilità ad un numero indeterminato di reati (nel caso di specie tutti quelli soggetti a querela remissibile); l'operatività del beneficio per il solo imputato che adempie alla condotta riparatoria, con conseguente inapplicabilità della causa di estinzione al correo inadempiente. Inoltre si segnala il carattere deflattivo dell'istituto, essendo previsto quale termine perentorio la dichiarazione di apertura del dibattimento; nonché l'assenza di un potere di veto in capo alla vittima.

Preliminarmente va rilevato che l'istituto in esame, circoscritto ai soli reati soggetti a querela remissibile, è limitato alle sole ipotesi in cui la vittima, adeguatamente risarcita dei danni subiti, desista dal rimettere la

² Per un approfondimento sulla causa di estinzione per riparazione, S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in A. SCALFATI, *Il giudice di pace, un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, 504. R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, in *questa Rivista*, 2001, 188; N. GALATINI, *La disciplina processuale delle definizioni alternative del procedimento innanzi al giudice di pace*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale conciliativa*, cit., 266.; volendo, O. MURRO, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, Padova, 2016.

querela e persista nella sua volontà punitiva. A ben vedere sarebbe stato opportuno ampliare l'ambito di applicazione, in quanto la previsione attuale rende l'istituto scarsamente usufruibile sul piano pratico.

Tuttavia, nel tralasciare un'analisi dogmatica della norma, appare doveroso segnalare le criticità pratiche che sul piano applicativo desteranno non poche problematiche. Infatti, la novella introduce una norma sostanziale (l'art. 162-ter), rubricata tra le cause di estinzione del reato, ma non prevede alcuna disciplina procedurale, pertanto numerose appaiono le questioni aperte.

Nell'analizzare succintamente le distinte criticità, si segnala che relativamente al termine perentorio previsto per adempiere la condotta riparatoria (prima della *dichiarazione di apertura del dibattimento* di primo grado) non viene disciplinata l'ipotesi in cui sia stato emesso un decreto penale di condanna; si apre, quindi, la questione circa la possibilità di ricorrere all'istituto in esame con l'atto di opposizione, con conseguente necessità di integrare anche la disciplina degli avvisi ex art. 460 lett. e) c.p.p. Evidenti appaiono i profili di incostituzionalità determinati da tale *vulnus* normativo, infatti sussiste un'oggettiva differenza di disciplina tra l'istituto in esame e l'oblazione, la quale, come noto, può essere richiesta in sede di opposizione a decreto penale di condanna.

Altra criticità attiene all'assenza di un esplicito richiamo all'art. 129 c.p.p. Ci si chiede, quindi, se sia necessaria (e doverosa) una valutazione dei presupposti per l'applicazione del proscioglimento con le formule di cui all'art. 129 c.p.p.

La norma prevede inoltre che venga sentita la persona offesa, la quale ha "il diritto" di interloquire ma non "il dovere", sembrerebbe infatti che la vittima se vuole essere sentita ha l'onere di comparire. Tuttavia, non si disciplina l'ipotesi in cui l'offeso, presente in udienza, non venga sentito e ci si chiede se tale mancata audizione possa costituire motivo di impugnazione, alla stregua di quanto è espressamente previsto nella disciplina della messa alla prova per adulti (art. 464 *quater* comma 7 c.p.p.). Inoltre, qualora l'esito della condotta riparatoria sia negativo, sorge il problema dell'utilizzabilità (*rectius* inutilizzabilità) delle dichiarazioni rese dalle parti e dell'offeso.

La difesa, tuttavia, dovrà affrontare altre insidie determinate dalla lacunosità del dettato normativo.

In primis appare generica ed incompleta la disciplina inerente ai criteri valutativi del giudice. La proposta normativa, infatti, collega la dichiarazione di estinzione ad una sommaria valutazione positiva delle condotte riparatorie, diversamente da quanto previsto dall'art. 35 d.lgs. 274/2000 ove si prevedono dei parametri più specifici e si collega l'effetto estintivo all'adempimento di una condotta riparatoria *idonea a soddisfare le esigenze di prevenzione e riprovazione nel reato*. La generale previsione indicata nella proposta in esame (*il giudice dichiara l'estinzione del reato all'esito positivo delle condotte riparatorie*) lascia aperte diverse questioni, poiché non è dato comprendere se il giudice sia chiamato valutare la riparazione in base al grado di colpa, al fatto di reato, alle esigenze preventive e rieducative, ovvero se l'assenza di criteri tassativamente indicati renderà del tutto arbitraria e discrezionale l'applicazione del beneficio. Inoltre, il giudice, stando all'attuale disciplina, non può prendere visione degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, pertanto, la valutazione sulla positività della condotta e, soprattutto, sull'integralità del risarcimento si basa sui pochissimi atti presenti nel fascicolo del dibattimento, con evidenti criticità in ordine alla proporzionalità della riparazione rispetto al fatto, al grado di colpa e alle esigenze rieducative.

In caso di esito *negativo* della condotta riparatoria si apre uno scenario colmo di criticità.

Preliminarmente si segnala l'assenza di una previsione di incompatibilità del giudice, infatti, l'adempimento di una condotta riparatoria, l'audizione delle parti e della persona offesa, la valutazione della condotta e dell'integralità del risarcimento, potrebbero aver minato l'imparzialità del giudice.

Inoltre, la norma nulla dispone in ordine alla forma del provvedimento (ordinanza ovvero decreto), nè si specifica se questo debba avere dei requisiti motivazionali.

Ma a sembrare più problematica è l'assenza di una previsione in ordine alla scelta dei riti premiali; ci si chiede infatti se "fallita" la condotta riparatoria, l'imputato possa optare per gli altri riti premiali. Nello spe-

cifico, la problematica attiene alla coincidenza tra il termine finale per adempiere alla riparazione e quelli entro i quali possono essere richiesti gli altri riti premiali. Infatti, non è dato comprendere se l'intento del legislatore sia quello di prevedere alternative, ovvero incompatibilità, tra riti strettamente connessi a scelte dell'imputato.

Gli aspetti procedurali che sollevano criticità e dubbi attengono anche all'assenza di una disciplina in tema di acquisizione di prove durante il periodo di sospensione; infatti, nel caso in cui il processo venga sospeso per consentire la riparazione (sospensione che può durare fino sei mesi), non si disciplina alcuna ipotesi di acquisizione delle prove non rinviabili. Medesima lacuna era stata riscontrata nei lavori preparatori dell'istituto della messa alla prova per adulti, lacuna che, con la l. n. 67/2014, veniva colmata dall'introduzione dell'art. 464 *sexies* c.p.p. (acquisizione di prove durante la sospensione del procedimento con messa alla prova).

Tali vuoti di tutela lasciano intravedere numerose criticità applicative, invero, doverosa appariva la necessità di disciplinare l'istituto anche nel codice di rito, al fine di delineare i tratti operativi del nuovo meccanismo estintivo.

La norma espressamente prevede che l'imputato ripari *interamente* il danno e tale previsione apre la questione circa l'effettivo oggetto della condotta riparatoria: integrale rispetto al danno criminale o al danno civile?

L'ipotesi di una riparazione proporzionata rispetto al danno civile (talaltro non dimostrato) comporta una serie di criticità sia perché sorgerebbe in capo al giudice penale l'onere di quantificare interamente il danno civile in assenza di specifica attività istruttoria in tal senso; sia per l'assenza di una previsione preclusiva per la vittima, integralmente risarcita, ad agire nell'eventuale giudizio civile.

Nel propendere per un'interpretazione in linea con le finalità dell'istituto (deflazione e rieducazione), sembrerebbe più conforme al dettato normativo la previsione di una riparazione integrale rispetto al danno criminale e, in ultima analisi, alle esigenze di prevenzione e riprovazione nel reato. Infatti nulla osta alla persona offesa, risarcita del danno criminale, di agire nel giudizio civile, al fine di valutare l'esistenza e l'entità dell'ulteriore danno³.

La norma disciplina una causa di estinzione del reato operabile prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, ma non legittima una richiesta di archiviazione nell'ipotesi di riparazione, stante l'assenza di una espressa deroga al principio di cui all'art. 112 Cost.

Invero, la riforma ben poteva disciplinare anche tale ipotesi, integrando l'art. 411 c.p.p., ed introducendo l'obbligo di informativa (già introdotto per l'istituto della messa alla prova, *ex art. 141-bis* c.p.p.). La possibilità di ricorrere a tale istituto già in fase di indagine sarebbe stata, infatti, in linea con l'esigenza di deflazionare, introducendo altresì per l'indagato un'appetibile occasione di rapida fuoriuscita dal circuito penale.

Ulteriore lacuna che si riscontra è data dall'assenza di coordinamento *in primis* tra la proposta normativa e le cause di estinzione per riparazione preesistenti (*ex plurimis* l'art. 35 d.lgs. n. 274/2000). Relativamente alla giurisdizione di pace ci si chiede se si potrà applicare l'art. 162-*ter* c.p., ovvero se la nuova norma, ai sensi dell'art. 2 d.lgs. 274/2000, sarà preclusa. Inoltre, coesisteranno nel codice penale, per i reati precedibili a querela, sia la causa di estinzione per riparazione generale (l'art. 162-*ter*) che la causa di estinzione per riparazione speciale (si pensi ad esempio all'art. 641 c.p.), con il reale problema dell'applicabilità della norma generale su quella speciale, senza tralasciare la problematica della diversità strutturale del meccanismo estintivo disciplinato dalla norma generale rispetto a quella speciale.

L'istituto in esame, nato con l'evidente e dichiarato scopo di deflazione, non sembra che potrà godere di ampia applicazione, a causa dell'ambito di applicazione estremamente mesto. Tuttavia, la disciplina estre-

³ Sul punto e relativamente all'art. 35 d.lgs. 274/2000, Sez. Un. del 23 aprile 2015, n. 33864, in C.e.d. Cass. n. 264238.

mamente lacunosa comporterà – sul piano pratico – plurime difficoltà applicative che la difesa si troverà ad affrontare, nonché, come abbiamo visto, alcuni profili di incostituzionalità.

Le modifiche apportate in materia di indagini preliminari ed udienza preliminare

DI IRMA CONTI

(AVVOCATO DEL FORO DI ROMA)

1. Introduzione. Con la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale n. 154 del 4 luglio 2017 della Legge 23 giugno 2017, n. 107 con la quale, come è noto, sono state introdotte rilevanti modifiche al codice penale, a quello di rito e all'ordinamento penitenziario, si è provveduto, altresì, a modificare la disciplina delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare.

Per quanto attiene alle indagini, le principali novità riguardano soprattutto la scansione dei tempi delle stesse e la fase relativa alla richiesta di archiviazione; con riferimento, invece, all'udienza preliminare, la riforma ha interessato principalmente i mezzi di impugnazione della sentenza di non luogo a procedere.

Da una prima lettura delle norme che riguardano tali, fondamentali, fasi del procedimento e, in particolare, per quanto attiene alle novità riguardanti la fase delle indagini preliminari, non può che sollevarsi qualche legittimo dubbio in ordine alla reale incidenza delle modifiche approvate dalla riforma.

2. Le indagini preliminari.

2.1. Le modifiche apportate all'art. 407 c.p.p. La *ratio* sottesa alle modifiche apportate alla disciplina delle indagini preliminari è, almeno in via di principio, quella di ottenere un maggiore contingentamento dei tempi relativi alla fase successiva alla conclusione delle medesime.

Come è noto, infatti, una delle fasi del procedimento caratterizzata da maggiore "stasi" è, senza alcun dubbio, quella intercorrente tra la scadenza del termine delle indagini preliminari e le fasi successive per la definizione dei procedimenti.

Al fine di ridurre il più possibile tale periodo di tempo, il comma 30 lett. a) dell'art 1 della riforma Orlando ha previsto l'introduzione del comma *3bis* dell'art. 407 c.p.p., che impone un vero e proprio obbligo per il Pubblico Ministero di "esercitare l'azione penale o 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'articolo 415-bis".

Da una mera lettura del summenzionato articolo emerge, in modo inequivocabile, la natura "ambivalente" della suddetta norma.

E ciò in quanto:

- da un lato è di tutta evidenza la *ratio* sottesa all'introduzione del sopraccitato comma *3bis*, ovvero porre un margine ben preciso al P.M. di determinarsi, una volta concluse le indagini preliminari, senza alcun limite di tempo;
- dall'altro, con l'introduzione di un vero e proprio termine codificato, il legislatore ha concesso un ulteriore termine al P.M. di ben tre mesi per decidere se chiedere il rinvio a giudizio oppure l'archiviazione.

Il summenzionato termine di tre mesi, inoltre, potrà essere ulteriormente prorogato in due casi.

In primis, qualora ricorrano i presupposti previsti dal comma 2 lettera b) del suddetto articolo, il P.M. potrà presentare una richiesta al Procuratore Generale presso la Corte di Appello; ciò nel caso in cui le indagini attengano a “*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*”.

In queste ipotesi, qualora il Procuratore Generale accolga la richiesta motivata presentata dal P.M., il termine imposto dal comma 3bis potrà essere prorogato di ulteriori tre mesi.

Un secondo tipo di deroga al termine introdotto dal citato comma 3bis riguarda, invece, il caso in cui le indagini siano relative alle gravi e complesse ipotesi di reato previste dai nn. 1, 2, 3 e 4 della lett. a) del secondo comma dell’art. 407 c.p.p.

Per tali reati, infatti, il termine è quello di quindici mesi che, in assenza di norme di segno opposto, potrebbe essere ulteriormente prorogato con una richiesta motivata al Procuratore Generale.

In estrema sintesi, una norma introdotta con chiare finalità di contingentamento dei tempi, potrebbe finire per creare una dilatazione dei tempi delle indagini che, per alcuni reati, potrebbero persino superare i quindici mesi.

L’aspetto che, però, solleva maggiori dubbi è quello relativo al rimedio proposto in caso di inerzia della Procura.

E ciò in quanto la novella legislativa prevede che, in caso di mancato rispetto dei termini introdotti nell’art. 407 c.p.p., il Procuratore Generale possa esercitare il potere di avocazione previsto dall’art. 412 c.p.p. (che è stato modificato per tener conto dell’ulteriore termine introdotto proprio dal comma 3bis dell’art. 407 c.p.p.).

Tale scelta lascia molto perplessi sotto un duplice profilo:

- da un lato, ci sarebbe un ovvio aumento del carico di lavoro della Procura Generale che, nel breve termine di trenta giorni, dovrebbe svolgere “*le ulteriori indagini ritenute indispensabili*” e assumere la decisione che non è stata presa nei termini dal P.M.;

- dall’altro, alla luce della *litera legis* dell’ultimo periodo del summenzionato comma 3bis, tale potere sarebbe “condizionato” dalla comunicazione (non prevista a pena di nullità) che lo stesso Pubblico Ministero, che non ha assunto alcuna determinazione in ordine all’esercizio dell’azione penale, dovrebbe trasmettere alla Procura Generale al fine di evidenziare la propria “*omessa determinazione*”!

L’art. 407 comma 3bis c.p.p. prevede, infatti, che “*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*”.

Sarebbe quindi il P.M. precedente che dovrebbe, in estrema sintesi, segnalare la mancata determinazione al Procuratore Generale presso la Corte di Appello, e trasmettere allo stesso il fascicolo.

Tale “condizionamento” dell’esercizio del potere di avocazione, inoltre, è reso ancora più censurabile dal fatto che, allo stato, il mancato invio da parte del P.M. “*dell’immediata comunicazione al Procuratore Generale*” non è in alcun modo sanzionato.

Pertanto, all’omessa comunicazione non segue alcuna conseguenza processuale.

2.2. Le modifiche apportate alla disciplina dell’incidente probatorio in caso di accertamenti tecnici non ripetibili. Sempre nell’ottica di ridurre i tempi relativi alle indagini preliminari, ma sotto il diverso profilo inerente al potere investigativo della Procura ed al potere di incidere della difesa, con la L. 23/2017 è stato altresì introdotto, all’art. 360 c.p.p., il comma 4-bis e modificato il comma 5 del suddetto articolo.

Tale disciplina mira a rendere molto più concreta la riserva di incidente probatorio già prevista dal comma 4 del summenzionato art. 360 c.p.p. che, come è noto, prevede che nel contesto degli accertamenti tecnici non ripetibili, “*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*”.

Con la riforma Orlando, si prevede che tale “riserva” di formulare l’incidente probatorio debba essere seguita, in tempi estremamente rapidi, da un’effettiva richiesta a pena di inefficacia della riserva stessa e conseguente utilizzabilità degli esiti degli accertamenti tecnici non ripetibili.

Il comma *4bis* prevede, infatti, che “*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*”.

Conseguenza diretta di tale previsione è l’introduzione di una modifica all’inutilizzabilità degli esiti degli accertamenti tecnici non ripetibili disposti dal Pubblico Ministero in quanto il comma quinto, modificato dalla L. 23/2017, prevede che l’inutilizzabilità sancita dalla medesima norma non si applichi in caso “*di inefficacia della riserva di incidente probatorio previsto dal comma 4-bis*”.

Pertanto, se alla riserva di legge non segue da parte della difesa una efficace formalizzazione dell’incidente probatorio entro il termine perentorio di 10 giorni, gli esiti degli accertamenti irripetibili effettuati dal Pubblico Ministero sono utilizzabili.

Tale modifica, estremamente semplice, introduce un termine breve e perentorio per la difesa il cui mancato rispetto comporta la utilizzabilità degli esiti degli accertamenti tecnici non ripetibili svolti dal PM.

Ciò rappresenta un efficace contingentamento dei termini delle indagini che incombe sulla difesa e non era in alcun modo prevista nella formulazione della precedente riserva di incidente probatorio.

2.3. Le modifiche apportate al procedimento di archiviazione. Tra le novità più incisive introdotte dalla riforma Orlando si segnalano, senza dubbio, quelle relative al procedimento di archiviazione e alle modalità di impugnazione del provvedimento di archiviazione.

In primis, si evidenzia una modifica ambivalente dei commi 3 e *3-bis* dell’art. 408 c.p.p. poiché se, da un lato le modifiche approvate dovrebbero comportare una maggiore speditezza dell’intero procedimento di archiviazione – dall’altro è stata contestualmente introdotta una significativa estensione dei termini per la proposizione dell’opposizione alla richiesta di archiviazione, previsto dall’art. 408 comma 3 c.p.p., portato da dieci a venti giorni.

Contestualmente è stato esteso da venti a trenta giorni il medesimo termine previsto dall’art. 408 comma *3bis* c.p.p. in caso di delitti “commessi con violenza sulla persona” e di “furto in abitazione e con strappo”.

Come evidenziato pocanzi, a tale estensione dei termini concessi alla persona offesa per presentare l’atto di opposizione, corrisponde, invece, l’introduzione di un termine concesso al Giudice per le Indagini Preliminari per decidere sulla richiesta di archiviazione del P.M.

Infatti, a seguito delle modifiche apportate all’art. 409 c.p.p., qualora il GIP non accolga la richiesta del P.M., deve fissare l’udienza camerale entro tre mesi.

Inoltre, nel caso in cui il GIP non ritenga necessario l’espletamento di ulteriori indagini, lo stesso ha un ulteriore termine di tre mesi per decidere se disporre l’archiviazione del procedimento oppure chiedere al Pubblico Ministero di formulare l’imputazione.

L’introduzione di tali termini – che comportano, sulla carta, un contingentamento dei tempi della fase di archiviazione – solleva, comunque, alcuni dubbi circa la reale portata innovativa di tali modifiche.

In particolare, si evidenzia che, sia dall’analisi della norma in parola, che da quella delle norme ad essa correlate, si desume che i termini in oggetto avrebbero natura ordinatoria e che, dunque, al mancato rispetto degli stessi non conseguirebbe alcuna nullità o inutilizzabilità.

Pertanto, alla luce di tali modifiche, si avrà un contingentamento dei tempi solo potenziale (si evidenzia, inoltre, che la novella legislativa non ha dettato alcun termine relativo alla fase intercorrente tra la formulazione della richiesta di archiviazione e la trasmissione al GIP), ma vi sarà una dilatazione dei tempi stessi assolutamente reale come conseguenza dell’estensione del termine previsto per presentare l’atto di opposizione.

Ulteriori e rilevanti novità introdotte dalla riforma Orlando attengono alle nullità del decreto e dell'ordinanza di archiviazione ed alle modalità di impugnazione di detti provvedimenti.

Tale disciplina, contenuta nell'art. 410-*bis* c.p.p. (con conseguente abrogazione del comma 6 dell'art. 409 c.p.p.) prevede, infatti, dei nuovi casi di nullità del decreto di archiviazione e delle modalità di impugnazione completamente diverse rispetto alla normativa previgente.

Su tali aspetti, si evidenzia che:

- il primo comma dell'art. 410-*bis* c.p.p., che disciplina i casi di nullità del decreto di archiviazione, prevede che *“Il decreto di archiviazione sia 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 (quindi in caso di omesso avviso della richiesta di archiviazione e di richiesta di applicazione delle normativa in tema di particolare tenuità del fatto) 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”*;

- il contenuto del secondo comma dell'art. 410-*bis* c.p.p., riguardante i casi di nullità dell'ordinanza di archiviazione, è quasi completamente fondato sull'abrogato comma 6 dell'art. 409 c.p.p.

Il nuovo comma 2 dell'art. 410-*bis*, infatti, prevede che gli unici casi di nullità dell'ordinanza siano quelli previsti dall'art. 127 comma 5 c.p.p. e quindi il mancato avviso dell'udienza camerale, la mancata indicazione dei destinatari dell'avviso (qualora gli stessi siano comparsi) ed il mancato rinvio dell'udienza in caso di legittimo impedimento dell'imputato che abbia chiesto di essere sentito nel corso dell'udienza.

Come evidenziato in precedenza, deve ritenersi assolutamente innovativo il mezzo di impugnazione esperibile avverso i suddetti provvedimenti di archiviazione, introdotto dal comma 3 dell'art. 410-*bis* c.p.p.

Attraverso l'abrogazione dell'art. 409 comma 6 c.p.p., infatti, è stato introdotto il mezzo del reclamo al tribunale in composizione monocratica ed eliminato quello del ricorso per Cassazione.

I commi 3 e 4 dell'art. 410-*bis* c.p.p. prevedono infatti che:

- entro 15 giorni dalla conoscenza del provvedimento di archiviazione l'interessato possa proporre il summenzionato reclamo indirizzato al Tribunale in composizione monocratica al fine di evidenziare l'esistenza dei casi di nullità indicati nei primi due commi del suddetto articolo;

- il Tribunale decida con ordinanza non impugnabile, in camera di consiglio, senza la possibilità di partecipazione delle parti interessate;

- il Tribunale debba dare avviso alle parti della fissazione dell'udienza almeno dieci giorni prima, anche al fine di consentire alle parti di presentare memorie fino a cinque giorni prima dell'udienza;

- in caso di accoglimento del reclamo, il Giudice *“annuli il provvedimento oggetto di reclamo e ordini la restituzione degli atti al giudice che ha emesso il provvedimento”*;

- in caso contrario, il Tribunale si limiti a confermare il provvedimento, o a dichiarare inammissibile il reclamo, condannando il proponente reclamo al pagamento delle spese del procedimento e, in 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.

Tale innovazione se, da un lato, consentirà forse di snellire le modalità di impugnazione, solleva comunque alcune perplessità.

Tali modifiche comportano un'ingiustificata restrizione dei diritti della difesa in quanto il contraddittorio sarà solo cartolare e non vi sarà la possibilità di esporre anche oralmente gli argomenti che militano a sostegno dell'annullamento o della conferma del provvedimento di archiviazione.

Allo stesso modo, la scelta di rimettere al Tribunale Monocratico la decisione in ordine al reclamo avverso il provvedimento di archiviazione, appare dettata unicamente dalla volontà di diminuire il carico di lavoro della Corte di Cassazione. E ciò in quanto, pur essendo il Tribunale Monocratico a decidere sul reclamo

(che, soprattutto per quanto attiene all'ordinanza di archiviazione, è esperibile per gli stessi identici motivi per i quali era previsto il ricorso per Cassazione), l'ordinanza emessa dallo stesso non potrà essere oggetto di impugnazione.

Inoltre, dalla mera *litera legis* dell'art. 410 *bis* c.p.p., si desume una sorta di volontà di scoraggiare la proposizione del reclamo, prevedendo non solo, in caso di rigetto, la condanna delle spese processuali, ma addirittura, in caso di inammissibilità, un'ulteriore condanna al pagamento di una somma in favore della cassa delle ammende.

2.4. Le modifiche apportate all'udienza preliminare. Come evidenziato nelle premesse, le principali modifiche apportate dalla riforma Orlando alla disciplina dell'udienza preliminare, riguardano i mezzi di impugnazione della sentenza di non luogo a procedere.

Sul punto, si evidenzia che la riforma ha significativamente modificato l'art. 428 c.p.p. prevedendo che:

- la sentenza di non luogo a procedere emessa al termine dell'udienza preliminare possa essere impugnata dinanzi la Corte di Appello e non più direttamente in Cassazione;
- la Corte di Appello decida in camera di consiglio nelle forme dell'art. 127 c.p.p.;
- qualora l'appello sia proposto dal P.M., la Corte di Appello, in caso di accoglimento, emetta decreto che dispone il giudizio, formando il fascicolo per il dibattimento secondo le disposizioni degli articoli 429 e 431, oppure pronunci sentenza di non luogo a procedere con formula meno favorevole all'imputato;
- in caso di appello proposto dall'imputato, vigendo il divieto di *reformtio in peius*, la Corte, qualora non confermi la sentenza emessa dal GUP, potrà soltanto emettere sentenza di non luogo a procedere con formula più favorevole per l'imputato;
- avverso i provvedimenti emessi dalla Corte di Appello, il P.G. e l'imputato possano proporre ricorso per Cassazione per i soli motivi di cui alle lettere a), b) e c) dell'art. 606 c.p.p. Su tale ricorso la Corte di Cassazione deciderà in camera di consiglio.

Le novità introdotte, quindi, sono l'eliminazione della possibilità di proporre appello per la persona offesa costituita parte civile avverso la sentenza di non luogo a procedere e la finalità di decongestionare la Corte di Cassazione demandando alla Corte di Appello l'impugnazione sulla sentenza di non luogo a procedere emessa dal GUP.

In ogni caso, come esplicitamente previsto dalla norma in parola, la sentenza della Corte di Appello potrà comunque essere successivamente sottoposta al vaglio della Corte di Cassazione, solo per violazione di legge.

Giudizio abbreviato: investigazioni (non più) a sorpresa e richieste subordinate

DI FABRIZIO GALLUZZO

(AVVOCATO DEL FORO DI ROMA - DOTTORE DI RICERCA IN PROCEDURA PENALE, SAPIENZA UNIVERSITÀ DI ROMA)

Nell'ambito del giudizio abbreviato, il Legislatore ha apportato alcune modifiche (che in questa sede analizzeremo sinteticamente), tralasciandone altre, significative, che erano state proposte dalle Commissioni di studio nominate *ad hoc* (si pensi, in particolare, alla proposta della Commissione Canzio di scaglionamenti di riduzioni di pena, proporzionati al tipo di reato commesso).

Oltre a codificare alcuni principi oramai già affermati nella giurisprudenza (decucibilità di nullità ed inutilizzabilità) o che incidono limitatamente sui tempi processuali (competenza territoriale) o che appaiono abbastanza insignificanti quanto alle percentuali concrete di applicazione (riduzione della metà della pena per le contravvenzioni), la riforma si occupa anche di due aspetti che qui di seguito saranno maggiormente approfonditi, inerenti la regolamentazione delle c.d. investigazioni difensive “a sorpresa” e la innovativa possibilità di presentare domande subordinate di rito alternativo.

Tra le modifiche più rilevanti dal punto di vista difensivo, in quanto incide fortemente sulla strategia processuale da adottare, va in primo luogo esaminata quella tesa a disciplinare le c.d. investigazioni difensive “a sorpresa”, locuzione da tempo affermata nella prassi, con la quale, in un’accezione evidentemente critica nei confronti della difesa, ci si riferisce alle indagini difensive depositate – nell’ottica di chi non vede di buon occhio tale attività – appena prima della formulazione della richiesta di accesso al rito abbreviato, al fine di far confluire *in extremis* nel fascicolo del giudizio gli elementi raccolti in favore dell’imputato, così impedendo al pubblico ministero di contrastare le nuove risultanze con altra attività di indagine.

Obiettivo dichiarato del Legislatore: circoscrivere temporalmente tale deposito; attribuire nuovi spazi di indagine al pubblico ministero; riequilibrare quel “gioco delle parti” secondo qualcuno alterato dalla legittimazione della prassi delle investigazioni “a sorpresa” a suo tempo sancito dalla Corte costituzionale [Cfr. Corte cost., 22 giugno 2009, n. 184, in *Giur. cost.*, 3/2009, 2039, con nota di G. SPANGHER, *Indagini difensive e giudizio abbreviato*, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 442, comma 1-*bis* c.p.p., richiamato dall’art. 556, comma 1, c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 3 e 111, secondo e quarto comma, Cost.; Corte Cost., 4 aprile 2011, n. 117, in *Cass. pen.*, 2012, 1680, con nota di G. TODARO, *Investigazioni difensive e giudizio abbreviato: principio del contraddittorio e pluralità di leges probatoriae nel sistema processuale penale*, che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento all’art. 111 Cost., degli artt. 391-*octies* e 442, comma 1-*bis* c.p.p. nella parte in cui non prevedono, nell’ipotesi di deposito del fascicolo delle investigazioni difensive e richiesta di giudizio abbreviato, un termine processuale per il deposito del predetto fascicolo con la facoltà del pubblico ministero di esercitare il predetto diritto alla controprova, con asserita violazione del contraddittorio nella formazione della prova e della “parità delle armi” da assicurare per esso].

Anche la “Commissione Riccio”, peraltro, si era soffermata sulla ritenuta necessità di introdurre un termine più specifico entro il quale la difesa avrebbe l’onere di depositare le risultanze delle investigazioni.

Il filo logico della Consulta, eppure, che prendeva le mosse dalla costruzione del processo penale su una fisiologica disparità di armi derivante dalle finalità ordinamentali sottese alla celebrazione dello stesso che, necessariamente, portano ad una differenziazione dei poteri, e che celebrava, anzi, l’esistenza di facoltà difensive che consentano di riequilibrare la posizione dell’imputato rispetto a quella del pubblico ministero, anche mediante il deposito del materiale raccolto appena prima della richiesta di giudizio abbreviato, appariva senz’altro condivisibile.

La riforma Orlando, sul punto, rappresenta un evidente e discutibile *revirement* rispetto a tale impostazione: ed infatti l’art. 438, comma quarto, c.p.p., che precedentemente recitava “sulla richiesta [di accesso al giudizio abbreviato] il giudice provvede con ordinanza con la quale dispone il giudizio abbreviato”, è stato integrato con la seguente aggiunta: “Quando l’imputato chiede il giudizio abbreviato immediatamente dopo 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. In tal caso l’imputato ha facoltà di revocare la richiesta”.

Si conferisce al pubblico ministero, quindi, a sua richiesta, un ulteriore spazio di indagine nel caso in cui la difesa richieda il giudizio abbreviato “immediatamente dopo il deposito dei risultati delle indagini difensive”, un’ulteriore *chance* investigativa al pubblico ministero, di cui non si avvertiva proprio il bisogno, se solo si considera che, ai fini della decisione all’esito di giudizio abbreviato, ai sensi dell’art. 442, comma 1-*bis* c.p.p., sono già utilizzati gli atti trasmessi dal p.m. ex art. 416, comma 2 c.p.p., quelli inerenti le indagini

eventualmente espletate dopo la richiesta di rinvio a giudizio (art. 419, comma 3 c.p.p.), oltre alle prove in ipotesi formatesi in giudizio anche con la partecipazione della pubblica accusa (prove acquisite nell'abbreviato condizionato e prove assunte nel corso dell'udienza preliminare *ex artt. 421-bis e 422 c-p-p*).

Di tutta evidenza, poi, che si condiziona l'attività difensiva con un termine veramente indeterminato, quell'"immediatamente dopo il deposito dei risultati delle indagini difensive", che attribuisce al giudice margini di discrezionalità troppo ampi nella valutazione della tempestività del deposito, valutazione ardua da contrastare con l'eventuale impugnazione del provvedimento che abbia giudicato anche su tale punto.

L'indeterminatezza del termine non consentirebbe all'imputato di valutare, tra l'altro, con ragionevole probabilità, il risultato processuale conseguibile con il deposito delle investigazioni difensive.

Esempi possono essere rappresentati dalle sommarie informazioni *ex art. 391-bis c.p.p.* che sia stato possibile assumere, per cause indipendenti dalla difesa, soltanto in prossimità dell'udienza; o di prova sopravvenuta in termini ristretti.

Nè è invocabile il parallelo con la disciplina del giudizio abbreviato condizionato, nella quale, a differenza dell'ipotesi in esame, è comprensibile che l'alterazione del quadro probatorio iniziale, costituito dal solo materiale di indagine, mediante l'integrazione richiesta dalla difesa, sia compensata conferendo al pubblico ministero il diritto alla prova contraria.

Altra novità (proposta dalla Commissione Canzio) che incide profondamente sulla strategia difensiva è rappresentata dalla possibilità di presentare domande di ammissione al rito abbreviato subordinate, tanto tra rito abbreviato condizionato o "secco", tanto tra uno dei due modelli di rito abbreviato e il patteggiamento.

Nel corpo dell'art. 438 c.p.p., è stato aggiunto il seguente comma *5-bis*: "Con la richiesta presentata ai sensi del comma 5 può essere proposta in via subordinata, per il caso del suo mancato accoglimento, anche la richiesta di cui al comma 1 ovvero quella di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444".

La collocazione del nuovo comma è significativa, essendo inserito tra il comma 5 che regola l'ipotesi della richiesta di giudizio abbreviato condizionato ed il comma 6 che prevede che "in caso di rigetto ai sensi del comma 5, la richiesta può essere riproposta fino al termine previsto dal comma 2".

Giurisprudenza e dottrina avevano nel tempo interpretato il richiamato comma 6, secondo l'impostazione maggioritaria, nel senso che soltanto il rito abbreviato condizionato potesse essere riproposto, nei termini consueti, dopo un primo rigetto.

La richiesta di cui al nuovo comma *5-bis* rappresenterebbe, quindi, una domanda con la quale si subordina la richiesta di giudizio abbreviato "secco" o la richiesta di applicazione della pena *ex art. 444 c.p.p.* alla mancata concessione del rito abbreviato condizionato, richiesto in prima istanza.

La residua previsione di cui al comma 6 continuerebbe a rappresentare un'ipotesi di richiesta di giudizio abbreviato successiva ad un primo rigetto che, a prescindere dalle precedenti interpretazioni, non potrebbe che intendersi sia nel senso di rinnovazione della richiesta del giudizio abbreviato condizionato già rigettata, sia nel senso di richiesta di abbreviato "secco" che segua quella di abbreviato condizionato rigettata.

Non sarebbe, infatti, logico consentire di fare una domanda gradata con un'unica richiesta e vietare di richiedere in momenti successivi, magari dettati da un cambio di strategia difensiva, i due modelli di rito.

Nell'ambito della richiesta subordinata proposta appare di non poco rilievo, in particolare, la possibilità di richiedere il patteggiamento in subordine alla concessione del giudizio abbreviato condizionato.

La novella garantisce sicuramente la speditezza processuale e si sposa con l'esigenza di garantire all'imputato un ampio ventaglio di strumenti difensivi.

Di fronte al rigetto dell'integrazione probatoria e, quindi, in mancanza dell'acquisizione al processo di prove ritenute utili ai fini di un'assoluzione, l'imputato potrebbe ben decidere di rifugiarsi nel patteggiamento, con il quale potrebbe pervenire alla stessa pena che avrebbe potuto definire il giudizio abbreviato o, addirittura, ad una inferiore, per effetto dell'accordo col pubblico ministero sul quale non può influire l'esito della fase precedente.

Dal punto di vista strategico, piuttosto, il dubbio risiede nella convenienza per il difensore di sottoporre al giudice una domanda subordinata di patteggiamento, così da renderlo edotto dell'opzione alternativa, cui l'imputato avrebbe già aderito, di richiedere l'applicazione della pena su richiesta delle parti nel caso di diniego di accesso al rito abbreviato.

Domanda subordinata che, a voler essere maliziosi, potrebbe indurre il giudice ad evitare la celebrazione del procedimento, verificata la scarsa convinzione dell'imputato nella richiesta di integrazione probatoria da lui avanzata.

La reintroduzione del concordato sui motivi in appello

DI GUIDO COLAIACOVO

(AVVOCATO DEL FORO DI SULMONA - DOTTORE DI RICERCA IN PROCEDURA PENALE, SAPIENZA UNIVERSITÀ DI ROMA)

1. La storia di un istituto "incompreso". Le tensioni che animano l'esistenza di un istituto traspaiono spesso dalle tracce lasciate sul dato codicistico dagli interventi che lo hanno interessato nel tempo. In altre parole, a volte, la quantità di note in calce a una disposizione normativa testimonia le discussioni che essa ha suscitato. Il sospetto ricavabile da questa prima analisi può essere confermato, poi, da una panoramica sulle questioni e le dispute che lo hanno riguardato. Qui, giurisprudenza e dottrina divengono un affidabile riscontro per misurare le tensioni che scaturiscono dalle contrapposte visioni. Queste considerazioni valgono, in maniera quasi paradigmatica, per il concordato sui motivi in appello, istituto al quale il gergo giudiziario ha assegnato il nome equivoco e fuorviante di "patteggiamento in appello"⁴, così segnandone il destino: la sua storia dimostra, infatti, che esso, nella *ratio* e nelle finalità, è stato davvero un "incompreso"⁵.

Una prima disciplina era contemplata dalla formulazione originaria del codice del 1988: i commi 4 e 5 dell'art. 599 c.p.p., in estrema sintesi, prevedevano lo svolgimento del giudizio d'appello nelle forme camerali qualora le parti, nelle forme previste dall'art. 589 c.p.p., ne avessero fatto richiesta, dichiarando di concordare sull'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi d'appello, con rinuncia agli altri eventuali motivi; l'art. 602, comma 2, c.p.p., invece, declinava la versione dibattimentale⁶.

⁴ In questo senso, SPANGHER, *Storia di un istituto negletto: le alterne sorti del "patteggiamento in appello"*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2009, 163, il quale nota come sulle sorti dell'istituto abbia non poco nuociuto l'etichetta di "patteggiamento".

⁵ Così, LATTANZI, *Il patteggiamento in appello: un incompreso*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4494, e SPANGHER, *Storia di un istituto negletto*, cit., 163 e ss.

⁶ Sul punto, per gli opportuni riferimenti, CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, 1123; DI LUCIANO, *L'appello penale*, Torino, 2009, 234 ss.; MACCHIA, GAETA, *L'appello*, in SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Torino, 2009, 588; SPANGHER, *La pratica del processo penale*, vol. I, Padova, 2012, 207; TRANCHINA, DI CHIARA, voce *Appello (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, III, Milano, 1999, 212.

Tale costruzione fu quasi immediatamente demolita dalla Corte costituzionale che la ritenne incompatibile con il tenore della direttiva n. 93, contenuta nell'art. 2 l. 16 febbraio 1987, n. 81, che disciplinava l'ambito del procedimento in camera di consiglio⁷.

Quella pronuncia, tuttavia, non segnò la fine dell'istituto: reintrodotta, sostanzialmente con i medesimi connotati, in via transitoria dall'art. 225 d. lgs. 19 febbraio 1998, n. 51 e poi definitivamente dall'art. 14 l. 19 gennaio 1999, n. 14, fu nuovamente abrogata dall'art. 2, comma 1, lett i) d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. con modif. nella l. 24 luglio 2008, n. 125⁸.

Ciononostante, le enormi potenzialità di questo congegno processuale – che garantiva una notevole deflazione del carico di lavoro del giudice d'appello e del giudice di legittimità e un corrispondente vantaggio per l'imputato rinunciante nel determinare le sorti della sua impugnazione – gli hanno consentito di sopravvivere, anche soltanto nella prassi forense, attraverso meccanismi “liberi” di negoziazione sui motivi di impugnazione⁹. Del resto, una persistente e sotterranea operatività *extra ordinem* si scorge in numerose sentenze di legittimità: chiamata a pronunciarsi sugli effetti che una parziale rinuncia ai motivi in grado di appello produceva sulla ammissibilità del ricorso per cassazione la Suprema Corte, infatti, continuava ad applicare massime consolidate prima della abrogazione dell'istituto¹⁰. Dal canto suo, anche la dottrina sembrava favorevole a una sua esplicita reintroduzione nel tessuto codicistico¹¹.

2. La disciplina del concordato in appello. Il legislatore – nell'ottica di un più ampio intervento teso a recuperare il processo penale a una durata ragionevole e realizzato anche attraverso la rimodulazione di istituti volti ad esaltare e potenziare i profili di negoziazione giudiziaria – ha nuovamente introdotto il concordato tra le disposizioni sul giudizio di appello¹².

L'interprete, dunque, si trova dinanzi a un istituto che non costituisce una novità e in relazione al quale già possiede un cospicuo patrimonio di massime e opinioni. Tale patrimonio, tuttavia, deve essere prudentemente esaminato, poichè rispetto alle precedenti versioni è mutato il contesto nel quale si colloca l'istituto.

Una sommaria ricognizione indurrebbe ad affermare che la nuova disciplina replica quella espulsa dall'ordinamento processuale con il “pacchetto sicurezza” del 2008.

L'art. 599-*bis* c.p.p. prevede, infatti, che la Corte d'appello provvede in camera di consiglio quando le parti ne fanno richiesta e concordano sull'accoglimento di taluni motivi di appello, con contestuale rinuncia agli altri, ai sensi dell'art. 589 c.p.p. Qualora i motivi dei quali si chieda l'accoglimento comportino una nuova determinazione della pena le parti devono indicare al giudice anche la pena sulla quale sono d'accordo. A questo punto, il giudice, se ritiene di poter accogliere la richiesta, decide in conformità, altrimenti ordina la

⁷ C. cost., 10 ottobre 1990, in *Giur. cost.*, 1990, 2593.

⁸ Sul punto, PIATTOLI, *Abrogato l'accordo sui motivi d'appello e sulla pena: intenti legislativi e riflessi di sistema*, in AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino, 2008, 337 ss.; in tema, anche MACCHIA, GAETA, *L'appello*, cit., 589 ss.

⁹ MACCHIA, GAETA, *L'appello*, cit., 595.

¹⁰ *Ex plurimis*, Cass., sez. IV, 12 maggio 2015, n. 9857, in *Cass. pen.*, 2015, 2800 (sugli effetti che la rinuncia parziale ai motivi di appello produce, sul conseguente passaggio in giudicato dei punti ad essi relativi e sull'inammissibilità del ricorso per cassazione), e Cass., sez. III, 15 giugno 2016, n. 50750, *ivi*, 2017, 2016 (ancora sulla latitudine della rinuncia ai motivi di impugnazione).

¹¹ SPANGHER, *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Torino, 2015, 82, il quale osserva anche come spesso sia gli argomenti addotti dai sostenitori che quelli addotti dai detrattori dell'istituto apparissero sconcertanti.

¹² Per un commento alla versione originaria dell'articolato, poi modificata nel corso dei complessi lavori parlamentari, POLLERA, *L'appello*, in AA.VV., *Verso un processo penale accelerato*, Napoli, 2015, 184 ss.; per un commento alla versione definitiva, SURACI, *Il concordato sui motivi di appello*, in AA.VV., *La Riforma Orlando*, Ospedaletto (Pisa), 2017, 241. A tali contributi si rinvia anche per ulteriori citazioni di dottrina e giurisprudenza sul tema.

citazione per il giudizio d'appello. Tale ultima statuizione dissolve il patto, che, tuttavia, può essere riproposto nella fase dibattimentale.

Infatti, l'art. 602, comma 1-*bis*, disciplina proprio la declinazione dibattimentale dell'istituto e prevede che anche in questa sede le parti possano richiedere – anche reiterando o modificando la richiesta respinta *in limine* – l'accoglimento concordato di taluni motivi di appello, con contestuale rinuncia agli altri¹³. Anche in questo caso, il giudice può decidere in conformità o disporre la prosecuzione del giudizio. In quest'ultima ipotesi, l'effetto risolutivo dell'accordo si verificherà soltanto qualora al termine del giudizio non sarà recepita la richiesta delle parti.

Il legislatore, tuttavia, ha introdotto altre disposizioni affatto inedite.

Una, contenuta nel terzo comma dell'art. 599-*bis* c.p.p., esclude dal concordato i procedimenti per i reati indicati dall'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, quelli per taluni reati di prostituzione e pornografia minorile, nonché per i reati sessuali, e, infine, i procedimenti a carico di coloro che siano stati dichiarati delinquente abituali, professionali o per tendenza. L'altra, contenuta nel quarto comma, prevede che, nel rispetto dell'autonomia operativa di ciascun magistrato in udienza, il procuratore generale presso la Corte d'appello, sentiti i magistrati del suo ufficio e i procuratori della Repubblica del distretto, indica i criteri idonei a orientare la valutazione dei magistrati del pubblico ministero nell'udienza, tenendo conto della tipologia dei reati e della complessità dei procedimenti.

3. Rilievi critici. Questa, in estrema sintesi, la conformazione dell'istituto, che, pur profilandosi alquanto chiara nelle sue linee fondamentali, presenta, ad un esame più approfondito, alcune criticità.

Conviene sgomberare immediatamente il campo di indagine dall'equivoco terminologico che tanto e negativamente ha influito sulla vita dell'istituto. Si deve chiarire, dunque, che il concordato in appello non ha nulla a che vedere con l'applicazione della pena su richiesta delle parti¹⁴.

Il primo, infatti, non presenta alcun profilo di premialità, né per quanto concerne la pena da irrogare, né per quanto concerne gli altri aspetti della sentenza (pene accessorie, spese, effetti estintivi). Peraltro, pur essendo basato su un accordo raggiunto dalle parti, può essere recepito soltanto laddove il giudice ritenga fondati i motivi dei quali si chiede l'accoglimento. Il giudizio, poi, si conclude con una sentenza di condanna a tutti gli effetti e non con una sentenza ad essa equiparata, come avviene per il patteggiamento *ex art.* 445, comma 1-*bis*, c.p.p.

Questa precisazione costituisce la chiave di lettura di altre previsioni disseminate nell'articolo appena introdotto.

In prima battuta, l'attenzione si rivolge alle esclusioni dall'accesso al rito determinate dal tipo di reato o dai connotati dell'imputato contro il quale si procede. Tale previsione, ad eccezione del riferimento ai recidivi, replica pedissequamente quella contenuta nell'art. 444, comma 1-*bis*, c.p.p.¹⁵.

Sul punto, per dimostrare che la finalità della norma non è solo priva di qualsiasi utilità, ma può rivelarsi anche dannosa, è sufficiente sottolineare una incongruenza: si è detto, infatti, che, indipendentemente dalle

¹³ È opportuno chiarire che la richiesta in sede dibattimentale non presuppone che la parte si sia già attivata in precedenza per una definizione concordata, come prescritto, invece, dall'art. 448 c.p.p.

¹⁴ Ed infatti nonostante la rubrica dell'art. 444 c.p.p. suoni "applicazione della pena su richiesta delle parti", e la rubrica dell'art. 599-*bis* c.p.p. reciti "concordato anche con rinuncia ai motivi di appello" si è soliti riferire a entrambi gli istituti la parola "patteggiamento". Ma chiamare due cose che hanno rubriche diverse nello stesso modo significa creare di per sé confusione nelle persone sprovviste (COSÌ, SPANGHER, MARANDOLA, *Concordato in appello: basta equivoci*, in *Il penalista*, 21 agosto 2017).

¹⁵ È utile ricordare che l'introduzione di tale esclusione è stata molto discussa anche nell'*iter* di approvazione della riforma, nel corso del quale è stata anche espunta e reintrodotta (sul punto, POLLERA, *L'appello*, cit., 190).

pattuizioni, il giudice rimane libero di valutare la fondatezza del motivo di appello, per accoglierlo o rigettarlo. Ora, se in tema di patteggiamento la disposizione *de qua* preclude sempre e comunque l'accesso al rito, una regola analoga dettata per il concordato in appello determina soltanto una situazione nella quale l'imputato processato per i reati ostativi non potrebbe chiedere una definizione anticipata, ma potrebbe vedersi riconosciuto, al termine del giudizio d'appello, l'accoglimento del motivo perché il giudice, indipendentemente dalle iniziative delle parti, lo ha ritenuto fondato. Un simile assetto, quindi, mentre non rappresenta affatto un presidio per l'effettività della pena o le altre istanze di carattere securitario che dovrebbe tutelare, rischia di frapporre soltanto un ostacolo alle finalità di deflazione perseguite dal legislatore¹⁶.

In questa ottica, allora, un argine alle derive che nelle prassi accennate avevano posto in cattiva luce l'istituto potrebbe essere rappresentato non tanto dalla limitazione dell'accesso al rito, che si rivela un rimedio fallace, ma dalla previsione del comma 4, dell'art. 599-*bis*, c.p.p.

In seconda battuta, non appare condivisibile neppure la scelta di avviare il concordato in appello e il patteggiamento sul medesimo percorso impugnatorio semplificato, descritto dall'ultima parte dell'art. 610, comma 5-*bis*, c.p.p. e finalizzato alla declaratoria di inammissibilità. Qui, si è osservato che se una simile soluzione potrebbe essere coerente con il ridimensionamento delle censure esperibili, ai sensi dell'art. 442, comma 2-*bis*, c.p.p. avverso la sentenza di patteggiamento¹⁷, a una conclusione identica non può giungersi per la sentenza di appello resa all'esito di un concordato, per la quale, non essendo previste limitazioni, trova applicazione nella sua interezza l'art. 606 c.p.p.¹⁸.

Il timore, su questo delicato versante, è che la giurisprudenza, confortata anche dalle previsioni in materia di patteggiamento, tornerà di fatto ad attestarsi sulle rigorose massime del passato, che riducevano i margini di manovra a disposizione di colui che impugnava la sentenza emessa all'esito del concordato sui motivi, indirizzando l'impugnazione verso una rapida declaratoria di inammissibilità¹⁹.

In conclusione, altre due notazioni, questa volta di carattere eminentemente pratico.

La prima concerne la legittimazione a concordare con il procuratore generale la definizione del giudizio. Anche escludendo ragionamenti basati sulle previsioni in materia di patteggiamento, si dovrebbe ritenere necessaria la partecipazione personale dell'appellante ovvero il conferimento di una procura speciale al difensore. Si tratta pur sempre di una rinuncia all'impugnazione e, pertanto, deve seguirsi la regola enunciata recentemente dalle Sezioni unite²⁰, che, peraltro, è coerente con orientamenti che si erano consolidati nei periodi di vigenza dell'istituto²¹.

La seconda concerne, invece, la collocazione dell'istituto nel più ampio contesto dell'ordinamento processuale. La Riforma Orlando, così come tutte le più recenti modifiche apportate al sistema penale, infatti, impongono all'avvocato di adeguare l'approccio al processo considerando, da un lato, le cospicue limitazioni introdotte a fini anti-abusivi, e dall'altro lato, gli spazi che, invece, si vanno delineando su altri fronti.

Non si tratta, dunque, di una questione prettamente teorica poichè l'eventuale concordato sui motivi di appello si radica, in maniera più o meno profonda, nell'*incipit* del processo.

¹⁶ Peraltro, laddove tale norma avrebbe il solo effetto di ritardare la definizione del procedimento potrebbe scorgersi una irragionevole disparità di trattamento tra l'imputato che può accedere immediatamente al rito e l'imputato che, invece, è costretto ad attendere.

¹⁷ Sul punto, volendo, COLAIACOVO, *L'impugnazione della sentenza di patteggiamento*, in AA.VV., *La Riforma Orlando*, cit., 200.

¹⁸ In questo senso, SPANGHER, MARANDOLA, *Concordato in appello*, cit.

¹⁹ Per una panoramica sugli arresti giurisprudenziali in materia di motivazione della sentenza, sull'applicabilità dell'art. 129 e sul ricorso per cassazione, LORENZETTO, sub c. 56, GIARDA, SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, V ed., vol. III, Milano, 2017, 3511.

²⁰ Cass., sez. un., 24 novembre 2015, n. 12603, in *Arch. n. proc. pen.*, 2015, 347.

²¹ *Ex plurimis*, Cass., sez. VI, 16 giugno 2003, n. 29731, in *Cass. pen.*, 2004, 2070.

Le suggestioni più interessanti scaturiscono, probabilmente, dal rapporto con i procedimenti speciali di tipo premiale.

In questa ottica, la possibilità di raggiungere in sede di impugnazione un accordo su determinati profili della regiudicanda potrebbe determinare un minore ricorso al patteggiamento in favore di una definizione con le forme ordinarie o del giudizio abbreviato²². Infatti, la saldatura del concordato con questi due moduli, diversamente dalla definizione *ex art. 444 c.p.p.*, garantirebbe sia più ampi spazi di manovra in ottica difensiva nel primo grado, sia la possibilità di recuperare eventuali spazi di contrattazione nel secondo grado. In questa ottica, tuttavia, devono tenersi bene a mente anche le sensibili restrizioni che derivano, in termini di articolazione dei motivi di impugnazione, dagli effetti sananti collegati all'accesso al giudizio abbreviato, *ex art. 438, comma 6-bis, c.p.p.*²³.

Per altro verso, non può farsi a meno di considerare la circostanza che il maggior tasso di specificità dei motivi di impugnazione ora richiesto per effetto delle modifiche apportate dalla riforma all'art. 581 c.p.p., impone uno sforzo maggiore nella redazione – in termini di qualità e non di quantità – delle censure, anche al fine di una maggiore “forza contrattuale” nella definizione del concordato e del suo accoglimento²⁴.

Per una cassazione meno oberata ma più coerente e (si spera) più attenta ai diritti delle persone

DI LUIGI LUDOVICI

(PROFESSORE ASSOCIATO DI PROCEDURA PENALE, UNIVERSITÀ TELEMATICA MARCONI)

Pensata per una rivisitazione trasversale della giustizia penale, la riforma Orlando non poteva non contemplare anche una parte dedicata al giudizio in cassazione. Era, infatti, da tempo palese come i giudici di legittimità, travolti ogni anno da una mole impressionante di ricorsi - molti dei quali privi dei requisiti minimi necessari per instaurare un valido rapporto di impugnazione – si trovassero costretti a fornire un servizio troppo spesso scadente, incapace di dare risposta alla domanda di giustizia dei cittadini e foriero di profonde discriminazioni.

Mosso dall'intento di riportare la Corte di Cassazione all'altezza del suo ruolo di vertice della giurisdizione, il legislatore ha dunque deciso finalmente di mettere mano a questo annoso problema²⁵ e, nel farlo, si è affidato ad un pacchetto piuttosto compatto di norme strutturato su due principali direttrici: da un lato,

²² La minor appetibilità del patteggiamento determinata dalla possibilità di recuperare in appello la possibilità di definizioni concordate era uno degli argomenti che sostenevano la tesi contraria alla introduzione dell'istituto (POLLERA, *L'appello*, cit., 189).

²³ Su tale previsione, ALESCI, *La nuova fisionomia del giudizio abbreviato tra normativizzazione del dato giurisprudenziale e lacune interpretative*, in AA.VV., *La Riforma Orlando*, cit., 189 ss., e GALLUZZO, *Il giudizio abbreviato*, in AA.VV., *Verso un processo penale accelerato*, cit., 99.

²⁴ Queste considerazioni di carattere pratico e un esplicito riferimento alla “forza contrattuale” delle parti sono il risultato di una meditazione basata sul dato normativo e di carattere squisitamente tecnico e non significano affatto che chi scrive è in sintonia con le tendenze ad esasperare la possibilità di definizione dei procedimenti tramite accordi tra le parti o altre forme di negoziato.

²⁵ In argomento v. M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, 100.

ridimensionare il carico di lavoro della Cassazione grazie all'azione combinata di strumenti deflattivi e semplificatori; dall'altro, introdurre meccanismi volti a valorizzare e rafforzare la funzione nomofilattica della corte.

Con un primo gruppo di modifiche, la novella interviene spogliando la Cassazione di determinate competenze funzionali. Questa strada è stata intrapresa in tema di: i) archiviazione, ove le decisioni prese in violazione del contraddittorio devono oggi essere impugnate con un inedito reclamo su cui competente a decidere è il Tribunale in composizione monocratica; ii) sentenza di non luogo a procedere, ove le modifiche consistono nella reintroduzione della possibilità di proporre appello e nella ricorribilità – per sole violazioni di legge – della successiva decisione²⁶; iii) rescissione del giudicato, oggi disciplinata dall'art. 629-*bis* c.p.p., da proporsi non più alla Corte di Cassazione ma alla Corte di Appello, avverso la cui decisione è oggi ammesso ricorso per cassazione. Oltre che per ragioni deflative, le modifiche in discorso appaiono, a ben guardare, meritevoli di positivo apprezzamento anche perché scongiurano il rischio – intrinseco, nella precedente disciplina del procedimento di rescissione del giudicato – di discutibili ibridazioni del sindacato di legittimità con valutazioni tipicamente di merito²⁷. Allo stesso tempo, però, non può sottacersi come, proprio in ottica deflattiva, l'effettiva portata della novella appaia in parte ridimensionata dall'attribuzione, in capo alla Cassazione, del ruolo di controllo sulle decisioni emesse dalla Corte di Appello in virtù delle sue nuove competenze funzionali²⁸.

La riduzione del carico di legittimità passa poi attraverso la caduta della legittimazione personale dell'imputato a proporre ricorso per cassazione²⁹.

Tecnicamente, tale risultato si è ottenuto espungendo dal corpo dell'art. 613 comma 1 c.p.p. l'*incipit* della norma – «Salvo che la parte non vi provveda personalmente» – che, prima della novella, aveva proprio la funzione di introdurre una deroga alla regola ivi prevista secondo la quale il ricorso ed ogni atto difensivo successivo devono essere sottoscritti, a pena di inammissibilità, da difensori iscritti nell'albo speciale della Corte di cassazione.

La modifica, non solo si candida per produrre significativi benefici in punto di riduzione del carico di lavoro³⁰, ma mette definitivamente la parola fine a quella discutibile prassi in base alla quale, dietro ad atti apparentemente predisposti dall'imputato, si celava, in realtà, la mano di difensori non cassazionisti.

²⁶ Unica ipotesi di ricorribilità diretta della sentenza di non luogo a procedere che la novella ha lasciato sopravvivere è quella prevista dall'art. 428 comma 2 c.p.p. primo periodo – non toccato dalla riforma – secondo cui la persona offesa non costituita parte civile può proporre ricorso nei soli casi di nullità previsti dall'art. 419 comma 1 e 7 c.p.p.

²⁷ Sul punto, v. M. BARGIS, *La rescissione del giudicato ex art. 625-ter c.p.p.: un istituto da rimeditare*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2015, 163. Più in generale con riferimento all'istituto in esame, v. C. CARVELLI, *Rescissione del giudicato e reformatio in peius*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1043 ss.

²⁸ Il rilievo non si riferisce naturalmente alle modifiche in tema di archiviazione ove la decisione resa dal Tribunale in sede di reclamo è inoppugnabile.

²⁹ A ben guardare si tratta di un intervento da tempo auspicato. Indicazioni in tal senso erano presenti non solo nel documento diffuso da una corrente interna all'Associazione tra gli Studiosi del Processo penale denominato "Carta di Napoli" (integralmente trasfusa in appendice al volume *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Milano, 2014, 289 ss.), ma anche, nella bozza di delega per la riforma del c.p.p. predisposta dalla Commissione ministeriale di studio Riccio, istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 26 luglio 2006, e presieduta dal Prof. Giuseppe Riccio, nelle proposte di riforma realizzate dalla Commissione ministeriale di studio sulle possibili riforme del codice di procedura penale, istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 10 giugno 2013 e presieduta dal dott. Giovanni Canzio, nonché nella proposta di legge, n. 373, Ferrante e altri, presentata alla Camera dei deputati il 20 marzo 2013 contenente «*Modifiche al codice di procedura penale in materia di ricorso per cassazione, al fine di assicurare la ragionevole durata dei giudizi penali*», nonché, nella *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2014*, Roma, 23 gennaio 2015, 24.

³⁰ Statistiche alla mano, i ricorsi sottoscritti personalmente dall'imputato rappresentano oltre il 20% della mole complessiva e vengono giudicati, per lo più, inammissibili o infondati.

Allo stesso tempo occorre però sottolineare che la compatibilità costituzionale della novella passa necessariamente attraverso un significativo potenziamento della difesa d'ufficio, posto che, coniugando la nuova disciplina della legittimazione ad impugnare con il vecchio meccanismo di nomina dei difensori d'ufficio, molteplici sono i profili di criticità che, specie in materia *de libertate*, sembrano venire a profilarsi.

Ulteriore strumento su cui il legislatore ha inteso fare leva per fluidificare il giudizio di cassazione è l'implementazione dei casi in cui i vizi deducibili sono esclusivamente quelli previsti dall'art. 606 comma 1 lett. *a, b e c* c.p.p.

Oltre che in tema di ricorso avverso la sentenza di non luogo a procedere resa (*rectius*, confermata) in appello, la novella agisce in tal senso nei casi di sentenze emesse dal Tribunale in composizione monocratica in funzione di giudice d'appello delle sentenze del giudice di pace e – per effetto dell'art. 608 comma 1-*bis* c.p.p. – nei casi di ricorso del pubblico ministero avverso una sentenza d'appello «di conferma di quella di proscioglimento».

Partecipano, infine, della medesima *ratio*, anche le modifiche apportate in tema di ricorribilità per cassazione della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti.

Quanto alle prime due modifiche, non vi è dubbio che queste inoculino nel sistema alcune asimmetrie di fondo la cui ragionevolezza, però, non sembra al contempo poter essere messa in discussione: come infatti il ridotto spettro del controllo in cassazione per le sole decisioni rese in appello nei procedimenti di competenza del giudice di pace appare giustificato dal fatto che, ivi, non è in gioco la libertà personale dell'imputato, allo stesso tempo, la possibilità per il pubblico ministero di ricorrere avverso la sentenza d'appello che conferma un precedente proscioglimento nei soli casi di violazioni di legge sembra spiegarsi con il legame ontologico tra le decisioni *de quibus* e la presunzione di non colpevolezza *ex art. 27* Cost.

Proprio con riferimento a questa seconda modifica, occorre però al contempo rilevare come residuino delle incertezze interpretative legate alla scelta di declinare il concetto di “conformità” rispetto ad una tipologia di sentenza all'interno della quale trovano, però, collocazione un ampio ventaglio di sottocategorie decisorie.

Quanto invece alle modifiche che attingono la ricorribilità della sentenza di patteggiamento³¹, l'art. 448 comma 2-*bis* c.p.p. introdotto dalla legge *de qua* recita che il pubblico ministero e l'imputato possono proporre ricorso per cassazione solo per: motivi attinenti l'espressione della volontà dell'imputato; difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza; erronea qualificazione giuridica del fatto; illegalità della pena o della misura di sicurezza.

Si tratta di una riorganizzazione della materia che, pur muovendosi nel solco tracciato dalla giurisprudenza di legittimità³², se ne distacca, però, in termini di maggiore restrittività non avendo il legislatore contemplato alcuna possibilità di sollecitare un controllo circa la mancata declaratoria di una causa di non punibilità *ex art. 129* c.p.p.: soluzione questa che, a ben guardare, lascia perplessi nella misura in cui non si comprende perché il sistema debba prima imporre al giudice investito di una richiesta *ex art. 444* c.p.p. di verificare la possibilità di un proscioglimento ma poi non consente che, in cassazione, vengano censurati gli esiti di tale accertamento³³.

³¹ In argomento, v. G. COLAIACOVO, *L'impugnazione della sentenza di patteggiamento*, in AA.VV., *La Riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di G. SPANGHER, Pisa, 2017, 197 ss.

³² Sul punto, anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, v. COLAIACOVO, *op. ult. cit.*

³³ In tal senso, v. Cass., sez. un., 19 gennaio 2000, p.m. in proc. Neri, in *Cass. pen.*, 2000, 2199. Per una disamina ad ampio spettro delle problematiche che scaturiscono dal nuovo regime di impugnazione della sentenza patteggiata v. A. SANNA, *L'eclissi della legalità nel rito negoziale: limiti al ricorso per cassazione nel disegno di riforma all'esame del Parlamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 925; G. COLAIACOVO, *L'impugnazione della sentenza*, cit., 203-205.

Proseguendo nell'analisi, non vi è dubbio che contribuiscano ad un incremento del lavoro dei giudici di legittimità anche giudizi meramente rescindenti. Ne è consapevole il legislatore che è dunque intervenuto anche su questo terreno accrescendo le fattispecie suscettibili di condurre ad un annullamento senza rinvio. Tale risultato è in particolare ottenuto attraverso una totale riscrittura dell'art. 620 lett. 1 c.p.p. che peraltro contribuisce anche a rimuovere alcune incertezze interpretative causate dalla precedente formulazione della norma.

Quanto all'ipotesi di annullamento senza rinvio nei casi in cui la Corte ritiene di poter direttamente intervenire sul trattamento sanzionatorio, il nuovo testo ne precisa l'ambito applicativo specificando che la rideterminazione deve avvenire «sulla base delle statuizioni del giudice di merito».

Le ulteriori modifiche riguardano, da un lato, l'innesto di una nuova ipotesi di annullamento senza rinvio, qualora la Corte ritenga di poter decidere «non essendo necessari ulteriori accertamenti di merito»; dall'altro, lo spostamento in chiusura della norma di quella che nella versione precedente rappresentava l'ipotesi d'esordio ovvero «in ogni altro caso in cui la corte ritiene superfluo il rinvio».

I principali meriti della novella vanno senza dubbio individuati nella riorganizzazione interna della norma che, finalmente, rende palese come l'annullamento senza rinvio per superfluità del giudizio rescissorio abbia una propria autonomia operativa rispetto ai casi in cui la Corte ridetermina la pena o ritiene di poter adottare i provvedimenti necessari per una totale definizione della *res iudicanda*³⁴.

Quanto invece al vero profilo innovativo della novella, non può sottacersi come questa, per quanto dotata di indubbi effetti deflattivi, non contenga parametri sufficientemente chiari per valutare la natura fattuale o meno dell'accertamento necessario per la decisione, con il rischio dunque di aprire la strada ad una pericolosa bulimia decisoria da parte della Corte di Cassazione.

Il composito mosaico di interventi cui il legislatore ha affidato il compito di risollevare le sorti della Cassazione si conclude infine con gli interventi realizzati sul terreno dell'apparato sanzionatorio associato alle declaratorie di inammissibilità dei ricorsi nonché delle istanze di rimessione *ex art. 45 c.p.p.*

In particolare, la novella interpola l'art. 616 comma 1, secondo periodo, c.p.p. introducendo la possibilità che la pena pecuniaria stabilita dalla Corte possa essere «aumentata fino al triplo, tenuto conto della causa di inammissibilità del ricorso». Contestualmente, il legislatore conia l'art. 616 comma 1-*bis* c.p.p. secondo cui «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, verificatesi nel biennio precedente».

Tra i diversi profili del giudizio di legittimità interessati dalla novella figura, come detto, anche il tema della nomofilachia. Dei due interventi operati in materia, il primo è costituito dall'inserimento all'interno dell'art. 618 del comma 1-*bis* a mente del quale «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».

Relativamente alla modifica in esame, la prima notazione è che il legislatore, nel chiaro intento di valoriz-

³⁴ Nella precedente formulazione l'equivoco si giocava sul fatto che la norma esordiva con l'ipotesi di annullamento per superfluità del rinvio per poi menzionare le altre due fattispecie introducendole con la congiunzione «ovvero»; intendendo questa nel suo principale significato di «ossia», ciò portava a ritenere che la superfluità del rinvio riguardava esclusivamente i casi in cui la corte riteneva di poter rideterminare la pena o di adottare i provvedimenti necessari. In tal senso, v. GIALUZ, *Art. 620 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA, G. SPANGHER, 4^a ed., Milano, 2010, 7500.

zare la funzione nomofilattica della Cassazione, ha ritenuto di importare anche nel settore penale un istituto che, già da più di un decennio, caratterizza l'attività della Corte di cassazione civile: all'art. 618 comma 1-*bis* c.p.p. che sancisce la regola per cui solo le Sezioni Unite hanno il potere di smentire se stesse, corrisponde, infatti, in ambito civilistico, l'art. 374 c.p.c.

Quella che la novella oggi ci consegna, è dunque una versione fortemente rivisitata dell'art. 618 c.p.p., ove le due forme di rimessione – quella facoltativa e quella obbligatoria – coesistono, ponendosi a ben guardare, in un rapporto di genere a specie: laddove, infatti, la *questio iuris* esaminata sia attualmente oggetto di un contrasto giurisprudenziale o rischi di alimentarlo, la sezione è ancora oggi libera di decidere se pronunciarsi direttamente sul ricorso, quale che sia la soluzione che intenda adottare, ovvero di sollecitare, in proposito, l'intervento delle Sezioni Unite; diversamente da quanto accadeva in passato, sfuggono, però, a questa regola i ricorsi che coinvolgano questioni giuridiche già risolte dalle Sezioni Unite: in questi casi, infatti, il potere decisorio della singola sezione subisce un sensibile ridimensionamento, nella misura in cui ad essa è consentito di pronunciarsi sul ricorso soltanto laddove intenda farlo in ossequio al precedente delle Sezioni Unite; in caso contrario, alla sezione non rimarrà altro che farsi da parte, lasciando al *plenum* il compito di decidere se il proprio precedente arretrati necessiti di un aggiornamento o se invece meriti di essere nuovamente confermato.

Il secondo intervento che interessa la funzione nomofilattica della Cassazione consiste nell'inserimento, sempre nel corpo dell'art. 618, del comma 1-*ter* secondo cui «Il principio di diritto può essere enunciato dalle sezioni unite, anche d'ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta».

Ancora una volta, il legislatore ha inteso seguire percorsi già battuti in ambito civilistico: in questo caso, il modello di riferimento è la figura del c.d. principio di diritto nell'interesse della legge nella specifica ipotesi disciplinata dall'art. 363 comma 3 c.p.c., anch'esso – al pari dell'art. 374 comma 3 c.p.c. – introdotto dal d.lgs. n. 40/2006. A differenza, però, di quanto accaduto in tema di rimessione obbligatoria del ricorso alle Sezioni Unite, la trasposizione in ambito penale dell'archetipo civilistico è avvenuta non senza significative diversificazioni di disciplina.

A parte il fatto che la facoltà per la Corte di affermare, anche in via officiosa, il principio di diritto presuppone il carattere sopravvenuto della causa di inammissibilità che inficia l'atto, quando invece, l'art. 363 comma 3 c.p.p., anche sotto questo profilo, non fa distinzioni tra ammissibilità originaria e inammissibilità sopravvenuta. Il dato di maggior rilievo è che, però, mentre l'art. 363 comma 3 c.p.c., nel conferire il potere *de quo*, si riferisce genericamente alla «corte», senza quindi distinzioni tra sezioni semplici e Sezioni Unite, l'art. 618 comma 1-*ter* c.p.p. fa espressamente riferimento al Supremo Consesso.

Circoscrivendo, dunque, l'indagine alle ricadute che l'introduzione del congegno *de quo* riverbera sull'attività delle Sezioni Unite, non vi è dubbio che, sotto questo profilo, sia stato compiuto un importante passo in avanti nell'ottica di rafforzare – almeno su un piano teorico – il diritto delle persone all'uniforme interpretazione della legge.

Nel sistema previgente la materia era regolata dall'art. 173 comma 3 disp. att. c.p.p., secondo cui «quando il ricorso è stato rimesso alle sezioni unite, la sentenza enuncia sempre il principio di diritto sul quale si basa la decisione».

Tale disposizione, non vincolando – a differenza di quanto ivi previsto al comma 2, nei confronti delle Sezioni semplici – l'enunciazione del principio di diritto ai soli casi di annullamento con rinvio, metteva senza dubbio in evidenza il ruolo fondamentale assunto dalle Sezioni Unite nell'attuazione della funzione nomofilattica.

Allo stesso tempo, però, essa dava vita ad un meccanismo che, ancorando l'enunciazione del principio di diritto quantomeno all'esistenza di una decisione sul merito delle doglianze articolate nel ricorso, finiva per rendere recessiva l'esigenza nomofilattica in presenza di ricorsi inammissibili; così, costringendo di fatto

il sistema a rinunciare ad una preziosa occasione per porre fine ad una situazione (attuale o potenziale) di incertezza interpretativa.

Valutata in questa prospettiva, la novella sembra dunque da salutare con favore se non altro perché, scardinando – sia pure in parte – il rigore dell’assetto previgente, ha riconosciuto alle Sezioni unite il potere/dovere di affermare il principio di diritto anche nei casi di inammissibilità sopravvenuta del ricorso, e, conseguentemente, ha rafforzato gli anticorpi del sistema rispetto al pernicioso proliferare di interpretazioni eterogenee della legge.

Inammissibilità in Cassazione: pochi margini di contraddittorio?

DI DANIELE LIVRERI

(AVVOCATO DEL FORO DI PALERMO)

La novella (art. 1, commi 61 e 62) ha riformato anche gli atti preliminari al giudizio di legittimità, modificando il comma primo dell’art. 610 c.p.p., cui è stato anche aggiunto il comma cinque *bis*.

Per ciò che concerne il *restyling* del primo comma, il testo previgente disponeva che l’avviso di fissazione di udienza innanzi alla sezione stralcio dovesse indicare la “*causa di inammissibilità rilevata*”, lì dove adesso il medesimo avviso deve enunciare “*la causa di inammissibilità rilevata con riferimento al contenuto dei motivi di ricorso*”.

È evidente che il fine perseguito dal Legislatore è quello di consentire al ricorrente di avversare *causa cognita* le ritenute ragioni di inammissibilità del ricorso.

Infatti, vigente la pregressa disciplina, nella prassi l’indicazione della “*causa di inammissibilità*” si risolveva nell’impiego di formule assolutamente prive di efficacia euristica (come ad esempio “*motivi non consentiti dalla legge*”), che non permettevano in alcun modo al ricorrente di contrastare validamente l’esito negativo del vaglio preliminare di ammissibilità. Di talché la facoltà per il ricorrente di presentare memorie in realtà si risolveva nella rivendicazione “al buio” della ammissibilità del ricorso. In tal senso si dissente da chi ha, pur autorevolmente, sostenuto che l’infrequente deposito di memorie a sostegno dell’ammissibilità del ricorso assegnato alla settima sezione confermerebbe la strumentalità dell’impugnazione (Relazione all’Assemblea generale della Corte di cassazione del 25 giugno 2015).

Non sfugga peraltro che l’esigenza di garantire un’ampia interlocuzione difensiva pare vieppiù necessaria in tema di manifesta infondatezza del ricorso, tenuto conto dell’incertezza giurisprudenziale in tale materia. Si rammenti ad esempio che in un caso la Sezione stralcio è giunta a ritenere inammissibile un ricorso che deduceva una questione non soltanto anteriormente rimessa alle Sezioni Unite, ma addirittura già risolta favorevolmente dalle medesime (di questo e di altri casi analoghi si dà conto in *Allegrìa di naufragi: dove va la Corte di cassazione* di G. Romeo, in *D.P.C.*, 4/2015).

Tuttavia il reale rafforzamento della partecipazione difensiva dipenderà in gran parte dall’approccio giurisprudenziale alla novella.

Infatti ove, nonostante la riforma, dovesse permanere la cornice interpretativa fin qui offerta dalla Suprema Corte in tema di avviso *ex art.* 610 I co., non si profilerebbe all’orizzonte alcuna ulteriore *chance* difensiva.

Al riguardo si rammenti che per i Giudici di legittimità, l'enunciazione delle ragioni di inammissibilità non è volta ad assicurare alcun diritto di intervento dell'imputato, di talché la sua omissione è priva di sanzione (Cass. Pen., sez. I, ud. 08/10/2008- dep.17/10/2008, n. 39140; Cass. Pen., sez. VI, 9 gennaio 2003, n. 25679, rv. 225862; Cass. Pen., sez. VII, ud. 17/05/2016- dep.08/07/2016, n. 28517). Del pari si rileva che la sezione stralcio può dichiarare il ricorso inammissibile anche per ragioni diverse da quelle esposte nell'avviso (Cassazione penale, sez. VII, 17/05/2016,cit.), così frustrando ogni pregresso contraddittorio.

Con riferimento al diritto intertemporale, l'Ufficio del ruolo e del massimario ha ritenuto che la nuova disciplina si applichi «*per gli avvisi da emettere successivamente all' entrata in vigore (della legge), mentre gli avvisi formati prima di tale entrata in vigore, pur se riferiti ad una udienza da celebrare dopo detto momento, dovrebbero continuare ad essere disciplinati secondo la previsione previgente*» (“Considerazioni sulle ricadute nel giudizio di Cassazione della Legge 23.06.2017 n. 103 - Questioni di diritto intertemporale”). Si tratta di una soluzione che, seppur consente di non dover ripetere gli avvisi per udienze già caldate e di differire le medesime, rischia di creare evidenti sperequazioni financo tra ricorsi depositati nel medesimo giorno, ma “spogliati” l'uno prima della entrata in vigore della legge e l'altro dopo.

Al tendenziale rafforzamento delle garanzie partecipative del ricorrente nelle ipotesi tradizionali di stralcio, sembra far da contrappeso la inedita procedura per la declaratoria di inammissibilità prevista dal comma V *bis*, di nuovo conio, dell'art.610 c.p.p.

La nuova disposizione prevede che la Corte dichiari, senza formalità di procedura, la inammissibilità del ricorso nei seguenti casi:

- per difetto di legittimazione (*ex art. 591, comma 1, lett. a*);
- per violazione delle norme in tema di tassatività dei provvedimenti impugnabili (*ex art. 591, comma 1, lett. b*);
- per inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 582 in tema di presentazione dell'impugnazione (*ex art. 591, comma 1, lett. c*);
- per inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 583 in tema di spedizione dell'atto d'impugnazione (*ex art. 591, comma 1, lett. c*);
- per inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 585 in tema di termini dell'impugnazione (*ex art. 591, comma 1, lett. c*);
- per inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 586 in tema di impugnazione di ordinanze emesse nel dibattimento (*ex art. 591, comma 1, lett. c*);
- per rinuncia all'impugnazione (*ex art. 591, comma 1, lett. d*).

Inoltre, il secondo alinea del comma V *bis* prevede che la medesima procedura semplificata si adotti per dichiarare l'inammissibilità del ricorso contro la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti e avverso la sentenza di “concordato” *ex art. 599-bis c.p.p.* È evidente che tale previsione si applichi a situazioni ulteriori rispetto a quelle già sussumibili nel primo gruppo di ipotesi.

Tuttavia, in considerazione del disposto dell'art. 448 comma II-*bis*, anch'esso di nuova introduzione, è lecito interrogarsi se la procedura senza formalità riguardi soltanto le ipotesi di gravame avverso una sentenza di patteggiamento al di fuori dei casi consentiti *ex art. 448* oppure ogni ricorso inammissibile contro una sentenza di patteggiamento, a prescindere dalla sua astratta proponibilità.

L'ampia formulazione della norma e la circostanza che essa riguardi anche le ipotesi di concordato in appello, per le quali non sono previsti limiti di ricorribilità, fa ritenere più esatta la prima tesi. E ciò sebbene, non si ravvisi fino in fondo perché la manifesta infondatezza rilevata *prima facie* in tema di patteggiamento dovrebbe essere risolta diversamente dalla manifesta infondatezza del gravame in altra materia.

Con riguardo al concreto atteggiarsi della nuova procedura, deve ritenersi che la declaratoria di inammissibilità *de qua* sarà adottata in forma collegiale.

Al riguardo sembra univocamente deporre la locuzione “la Corte dichiara”. Sul tema si noti che nonostante taluno avesse ritenuto coerente al sistema che anche la declaratoria di inammissibilità prevista dal nuovo comma *V-bis* venisse adottata dalla sezione stralcio (*La Cassazione dopo la Riforma Orlando* di Sergio Beltrani in *Il Penalista*), le Linee guida diramate dal Primo presidente della Suprema Corte hanno stabilito che il provvedimento *de quo* sia reso da appositi collegi delle sezioni ordinarie.

Inoltre, per quanto sia stato autorevolmente sostenuto che locuzione “senza formalità di procedura” si risolva nella celebrazione di un’udienza «*senza avvisi e senza facoltà di partecipazione*», ma pur sempre con facoltà di presentare memorie, giusta la previsione generale di cui all’art. 121 c.p.p. (*La Cassazione dopo la Riforma Orlando* di Sergio Beltrani in *Il Penalista*), pare effettivamente più conforme all’*intentio legis* l’esegesi secondo cui nel nuovo rito camerale «*l’esigenza di garantire la preventiva instaurazione del contraddittorio, anche solo cartolare, è stata in definitiva considerata una superfetazione*» (*Riforma Orlando: tutte le novità* a cura di C. Parodi). Del resto, a volere diversamente opinare, l’unico risparmio di risorse giudiziarie – cui sembra mirare la riforma – rispetto alle udienze camerali che già si svolgono innanzi alla richiamata sezione stralcio, consisterebbe nell’omessa notifica del relativo avviso.

Infine a mente della novella, avverso il provvedimento (così testualmente si esprime il Legislatore), adottato in esito alla nuova procedura, è ammesso ricorso straordinario *ex art. 625-bis* c.p.p., per errore materiale o di fatto.

Per ciò che concerne le questioni di diritto intertemporale le già citate Linee Guida ritengono che la nuova procedura possa applicarsi anche ai ricorsi già pendenti, purché non sia stato anteriormente emesso l’avviso di fissazione dell’udienza. Valgano al riguardo le considerazioni già svolte per la novella del primo comma dell’art. 610 c.p.p.

Il processo accusatorio è morto? Parrebbe di sì stando al titolo di una raccolta di scritti a cura dell'UCPI, del 2016, che reca il titolo: "Studi in memoria del processo accusatorio". Le cause di questa "scomparsa" prematura sono analizzate dai più vari punti di vista, partendo dalle prassi distorte del c.d. doppio binario processuale, passando per le violazioni del diritto di difesa nel dibattimento, per concludere su un tema di attualità come il sistema Trojan horse. Tutte queste, però, non sembrerebbero malattie mortali, pur nella loro gravità. Il processo del 1988 è in realtà, nato morto, nel senso che aveva in sé i germi della sua dissoluzione. Il modello di processo penale che avevano in mente i costituenti era sicuramente l'inquisitorio del 1930, tant'è che si limitarono a innestare su quel processo alcune garanzie per l'imputato. Senza sforzo la Corte Costituzionale ha decretato, a suo tempo, la fine del processo accusatorio, ancora in giovane età, ricorrendo al principio della conservazione degli atti, e quindi della utilizzabilità delle prove, raccolte dal P.M., in dibattimento e al fine del decidere. Si dovette cambiare la Costituzione per salvare il cuore dell'accusatorio, e cioè la separazione delle fasi processuali. Ma ciò non poteva bastare. Bisognava ripensare il modello costituzionale del processo penale con tutte le "stigmati" dell'accusatorio. Ho cercato di individuare i "pilastri" dell'accusatorio, quei "pilastri" che disegnerebbero in Costituzione un modello coerente e razionale di un nuovo rito penale.

I nove pilastri di una riforma costituzionale per l'attuazione dei principi del giusto processo

La Costituzione ha due anime:

1) L'anima inquisitoria del codice del 1930, in cui la Costituzione ha poi inserito alcune garanzie per l'imputato. La prova è che il codice del 1930 ha retto all'impatto con il nuovo ordinamento politico - costituzionale sino al 1988.

2) Il modello accusatorio, con la riforma dell'art. 111 (L. n. 2/1999), che prevede la parità delle parti, il giudice terzo e imparziale, il contraddittorio nella formazione della prova, l'interrogatorio diretto del teste d'accusa, la ragionevole durata del processo.

È necessario fare una scelta definitiva nel senso di un modello coerente di processo penale: e questo non può che essere il modello accusatorio, sia perché risponde ai principi di uno Stato democratico-liberale, sia perché in tal senso ormai si è espresso il Parlamento Repubblicano e la Corte Costituzionale.

Questi, a mio avviso, sono i pilastri di un sistema accusatorio che, peraltro, si ispira ai principi della Convenzione Europea e al Patto internazionale dei diritti umani.

Separazione delle carriere – Concorsi separati per Giudici e Pubblici Ministeri. Consiglio Superiore della Magistratura giudicante. Consiglio Superiore della Magistratura requirente.

Non può aversi parità delle parti, né un giudice terzo, senza una effettiva separazione delle carriere dei Giudici e dei Pubblici Ministeri.

Ciò impone concorsi separati, due Consigli superiori e un distinto organo disciplinare, con cui si vuole evitare che coloro che decidono su promozioni, assegnazioni e incarichi decidano anche in materia di sanzioni disciplinari. La *Corte di giustizia disciplinare* dovrebbe essere composta da dodici membri, per la metà giudici e per l'altra metà membri scelti dal Parlamento in seduta comune.

Si potrebbe prevedere - proprio per la parità delle parti - che avvocati e professori possano accedere soltanto alla funzione di pubblico ministero escludendosi la nomina a giudici oggi prevista.

Si dovrebbero inserire in Costituzione, perciò, le seguenti disposizioni (oltre a quelle relative alla composizione dei due consigli superiori):

“Le nomine dei magistrati giudicanti e requirenti hanno luogo per separati concorsi”.

“La Corte di giustizia disciplinare è composta da dodici membri scelti per la metà, e in pari numero, tra i presidenti e i procuratori generali di corte d'appello, con le modalità stabilite dalla legge, e, per l'altra metà, dal Parlamento in seduta comune tra i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo quindici anni di esercizio. La Corte elegge il presidente tra i presidenti di corte d'appello. Spettano alla Corte i provvedimenti disciplinari nei confronti dei giudici e dei pubblici ministeri ordinari”.

Onere della prova a carico del Pubblico Ministero.

Dovrebbe modificarsi l'art. 27 Cost. che oggi ha una formulazione che sembra riferirsi al trattamento della persona dell'indagato e non all'onere della prova.

Nel processo accusatorio vige la regola secondo cui se l'accusa non dimostra la colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio, l'imputato deve andare assolto con la formula: “innocente”. Anche in questo caso dovrà intervenire il legislatore ordinario, ma il principio deve essere di rango costituzionale.

La formula *“L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”* dovrebbe essere sostituita, perciò, con la seguente: *“L'imputato è presunto innocente sinché il pubblico ministero ne dimostri la colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio”.*

L'azione penale è obbligatoria nei limiti previsti dalla legge ordinaria.

Molto controversa è la questione della obbligatorietà dell'azione penale: vi è chi la ritiene una garanzia di parità di trattamento, e chi osserva che in realtà, dietro ad un obbligo formale, vi è un sostanziale potere discrezionale del Pubblico ministero.

La obbligatorietà dell'azione penale, in effetti, è del tutto apparente, dato che il Pubblico ministero decide, a sua discrezione, quali processi debbano essere istruiti per primi, quali per ultimi, e quali debbano essere lasciati alla prescrizione.

Del resto, in un processo di parti anche l'accusa deve avere la facoltà di scegliere determinate strategie, anche in relazione a fenomeni di allarme sociale.

Probabilmente la soluzione più lineare sarebbe quella di lasciare al Pubblico ministero piena discrezionalità: ciò consentirebbe di impostare diversamente sia la responsabilità dei procuratori per l'esercizio della loro funzione, sia altri istituti come il patteggiamento, l'archiviazione, ecc. Sennonché, vi sono situazioni, specifiche nel nostro Paese, in relazione alle quali sembra opportuno che non sia lasciata al Pubblico ministero la facoltà di esercitare l'azione penale: ci si riferisce, in particolare, alle zone in cui sono presenti le organizzazioni mafiose in ordine alle quali il Pubblico ministero non deve essere esposto ad eventuali ritorsioni per le iniziative da lui intraprese. Meglio, perciò, lasciare alla legge ordinaria stabilire quali siano i limiti della obbligatorietà, ad esempio per consentire un patteggiamento all'americana. La legge potrebbe anche stabilire dei criteri di priorità.

Tuttavia, ciò, e la separazione delle carriere, pongono un problema di responsabilità “politica” per la gestione dell'accusa. È necessario introdurre delle forme di controllo “democratico”. Può allora ricondursi l'ufficio del Pubblico ministero a unità eliminando l'inutile distinzione tra Procura generale e Procura della

Repubblica e prevedere che il Procuratore capo sia eletto in sede di distretto di Corte d'Appello, naturalmente tra i magistrati in carica, e secondo i requisiti richiesti per legge.

Il nuovo articolo 112 potrebbe essere così formulato:

“La pubblica accusa è rappresentata dal Pubblico ministero che è eletto in ogni distretto tra i magistrati che abbiano i requisiti richiesti dalla legge.

Il Pubblico ministero esercita l'azione penale nei casi e secondo le forme previste dalla legge.”

Esclusione della facoltà del giudice di raccogliere le prove sia a carico che a discarico.

Com'è noto due articoli del codice del 1988 hanno snaturato, in gran parte, il modello accusatorio del nostro processo.

Il primo è l'art. 506 c.p.p. che autorizza il Presidente a rivolgere domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici, agli imputati in procedimenti connessi, e alle parti private. È esperienza comune che esame e controesame perdono ogni efficacia con l'intervento del giudice, e che il vero esame diventa il suo.

L'altro è l'art. 507 c.p.p. che consente al giudice di acquisire nuovi mezzi di prova. La vera istruttoria dibattimentale inizia, e si conclude, con le prove che il giudice ritiene rilevanti al fine di decidere, e che sceglie in base alle sue convinzioni.

Così il processo di parti diventa tendenzialmente il processo del Tribunale: e cioè il tipico processo inquisitorio.

Nell'art. 111 Cost. si dovrebbe aggiungere un ulteriore comma: *“Le prove sono allegare dalle parti.”*

Oralità e pubblicità del processo.

Molti sono i casi in cui il processo penale si svolge in Camera di Consiglio, e altrettanto numerose le ipotesi in cui si ha un contraddittorio scritto. Ciò è incompatibile con il giusto processo, tant'è che la Corte Europea è intervenuta più volte perché gli Stati diano attuazione all'art. 6 della Convenzione secondo cui ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata *pubblicamente*. La pubblicità comporta necessariamente la *oralità*.

Si dovrebbe aggiungere un ulteriore comma nell'art. 111 Cost., del seguente tenore: *“Ogni persona accusata di un reato ha diritto a un giudizio pubblico, salvo ragioni di moralità, ordine pubblico o sicurezza nazionale”*.

Giuria Popolare.

L'attuale art. 102 Cost. non prevede in modo esplicito la giuria secondo il modello anglosassone. Si limita alla ipotesi di “partecipazione” del popolo alla amministrazione della giustizia.

Il nuovo art. 102 dovrebbe prevedere, viceversa: *“La legge regola i casi e le forme della diretta amministrazione della giustizia da parte del popolo”*. La differenza rispetto alla attuale formulazione della norma, se sul piano letterale è modesta, è, viceversa, assai rilevante sotto il profilo della previsione, in Costituzione, della *giuria popolare*. Infatti, ora è scritto che “la legge regoli i casi e le forme della *partecipazione* diretta del popolo all'amministrazione della giustizia”: con il concetto di “partecipazione” si è voluto intendere, probabilmente, che al popolo spetta soltanto il ruolo di “ausiliario” nell'amministrazione della giustizia. L'espressione, ora usata, “diretta amministrazione della giustizia da parte del popolo”, sta a significare che al popolo spetta la funzione di giudicare anche in forme del tutto autonome rispetto alla presenza di magistrati togati.

La giuria, del resto, è la sola strada attraverso la quale, si realizza una vera parità tra accusa e difesa.

Il contraddittorio in materia di libertà personale.

Il contraddittorio è l'in sé del processo accusatorio: ciascuna decisione deve essere preceduta dalla conoscenza, da parte del giudice, delle ragioni di entrambe le parti.

È noto che, in Italia, la carcerazione preventiva rappresenta la regola, anziché l'eccezione: non solo, spesso avviene che l'intera pena è scontata, preventivamente, in custodia cautelare. Tant'è che Giuliano Vassalli ebbe a dire che il giorno della condanna, non di rado, coincide con il giorno della scarcerazione, perché la pena è stata preventivamente espiata. Ciò rende necessario che l'applicazione della misura cautelare personale sia preceduta dal contraddittorio. È una elementare applicazione dell'*habeas corpus*.

Oggi una persona è privata della libertà personale senza aver avuto la possibilità di difendersi. L'esperienza insegna che a poco serve il Tribunale del riesame. È necessario introdurre il principio secondo cui la custodia cautelare è applicata solo dopo il contraddittorio sulle prove. Le modalità dell'istituto saranno delineate da una legge ordinaria: ma è bene che il principio sia stabilito in Costituzione. Lo schema francese, ad esempio, prevede una misura provvisoria, se vi è pericolo di fuga, o di reiterazione del reato, la discovery, e poi il contraddittorio davanti al giudice. Solo a quest'ultimo spetta la decisione sulla libertà personale.

Si potrebbe aggiungere all'articolo 13 Cost., questo comma: "*La custodia cautelare non può essere disposta se non dopo che gli indizi o le prove sono state valutate da un giudice nel contraddittorio delle parti*".

La ragionevole durata del processo.

L'articolo 111, allorché fu riformato, introdusse il principio della ragionevole durata del processo, che è la base stessa della formazione della prova in contraddittorio. Tuttavia l'espressione "la legge ne assicura la ragionevole durata", è stata autorevolmente interpretata in *sfavor rei*, nel senso che le garanzie individuali potrebbero subire delle limitazioni, e persino essere soppresse, pur di garantire una ragionevole durata del procedimento. Certo non era questa l'intenzione del legislatore del 1999, ma fatto sta che una parte dei giuristi si è orientata in questo senso.

Si potrebbe utilizzare la formula dell'articolo 6 della Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo: la ragionevole durata come diritto dell'imputato non significa, ovviamente, che non vi sia un interesse pubblico a che la sentenza arrivi in tempi brevi. Esclude, tuttavia, ogni forma sommaria di giudizio, o di compressione del diritto di difesa per una più rapida conclusione del giudizio.

Il secondo comma dell'art. 111 dovrebbe essere così riformulato: "*Ciascuna persona ha diritto che la sua causa sia esaminata, discussa e decisa in un tempo ragionevole*".

La costituzionalizzazione dell'appello. Diritto a un secondo giudizio di merito in caso di condanna.

Il diritto a un secondo giudizio *di merito* in caso di condanna è previsto dall'art. 14 co. 5 Patto internazionale sui diritti umani del 1976.

Con l'abrogazione della legge sulla inappellabilità delle sentenze di assoluzione tale diritto non è rispettato. Infatti, ove vi sia stata una assoluzione di primo grado, ed una condanna in appello, l'imputato non ha alcun rimedio per quel che concerne il *merito* dell'accusa.

Il principio, perciò, andrebbe posto in Costituzione per far sì che il legislatore preveda un rimedio alla

situazione anomala, determinata dalla sentenza n. 26/2007 della Corte Costituzionale, di chi sia stato assolto in primo grado, condannato in appello, e non abbia a disposizione alcun rimedio, che non sia di mera legittimità.

Una disposizione costituzionale, che faccia proprio l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti umani, è ora ancor più necessaria visto che si sta delineando un orientamento, a livello governativo, per escludere l'appello dell'imputato in caso di condanna.

Perciò, nell'art. 111, si potrebbe inserire il comma seguente: *“Ogni persona condannata per un reato ha diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza sia riesaminato nel merito da un giudice di secondo grado”*.

