

## **PARERE REDATTO DALLA COMMISSIONE PERMANENTE DI STUDIO ANM DIRITTO E PROCESSO PENALE**

Presidente Eugenio Albamonte, Coordinatori Tommasina Cotroneo e Enrico Infante

### **DDL S-2067**

Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena

### **MODIFICHE AL CODICE PENALE**

**Considerazioni della commissione di studio dell'ANM sugli artt.1-2 del DDL 2067-S e sui principali emendamenti.**

Il disegno di legge A.S. 2067, adottato dalla Commissione Giustizia del Senato il 4 maggio 2016, recante *“Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena”*, rappresenta, sotto il profilo del diritto penale sostanziale, uno dei più importanti interventi riformatori degli ultimi anni nel settore della giustizia penale.

Infatti, sul versante sostanziale, il Legislatore ha previsto:

- 1) l'introduzione di una nuova ipotesi di estinzione dei reati perseguibili a querela, soggetta a remissione, a seguito di condotte riparatorie;
- 2) l'inasprimento delle pene previste per taluni reati (tra gli altri, i delitti di scambio elettorale politico-mafioso, furto e rapina);
- 3) la modifica della disciplina della prescrizione;

- 4) il conferimento al Governo di deleghe per:
- a) la riforma del regime di procedibilità per taluni reati;
  - b) la revisione della disciplina delle misure di sicurezza, particolarmente in relazione ai presupposti di applicazione, al fine della rivisitazione del regime del cosiddetto «doppio binario»;
  - c) la revisione del rigido modello definitorio dell'infermità, mediante la previsione di clausole aperte, in grado di attribuire rilevanza, in conformità ai consolidati approdi scientifici, ai disturbi della personalità;
  - d) la previsione, nei casi di non imputabilità, di misure di cura o di controllo, determinate nel massimo e da applicare tenendo conto della necessità della cura;
  - e) la previsione, in caso di capacità ridotta, di un trattamento sanzionatorio finalizzato al superamento delle condizioni che hanno ridotto la capacità dell'agente, anche mediante il ricorso a trattamenti terapeutici o riabilitativi e l'accesso a misure alternative, fatte salve le esigenze di prevenzione a tutela della collettività.

Pertanto, nella sua parte sostanzialistica, il disegno di legge A.S. 2067 appare ispirato, da un lato, a scopi di politica criminale diretti a produrre risultati deflativi dell'intero sistema penale, dall'altro, ad aggiornare la disciplina di taluni settori, come quello delle misure di sicurezza, al fine di "allinearli" finalmente ai principi costituzionali.

Nel primo di questi due filoni (ossia quello relativo agli strumenti di alleggerimento del sistema penale) si inserisce l'art. 1 del DDL A.S. 2067, rubricato "Condotte riparatorie", il quale prevede l'introduzione, nel Capo I ("Della estinzione del reato") del Titolo VI del Codice penale, dell'**art. 162-ter c.p.** la cui rubrica è "*Estinzione del reato per condotte riparatorie*".

Si tratta, come è chiaro, di una **nuova causa di estinzione del reato** che presenta la caratteristica (differenziale rispetto alle altre cause estintive dell'illecito penale) di trovare applicazione esclusivamente con riferimento ai **reati procedibili a querela soggetta a remissione**. Già sotto questo primo profilo è possibile formulare una prima riserva, in quanto l'esclusione, dal novero dei reati estinguibili mediante riparazione integrale del danno, non solo di tutti i reati perseguibili d'ufficio, ma anche di quelli procedibili a querela irretrattabile, genera qualche perplessità.

Questa scelta, infatti, se in linea puramente teorica appare in un certo senso “scontata” - avendo ritenuto il Legislatore che tale nuova causa di estinzione del reato non potesse che riguardare esclusivamente fattispecie di reato che realizzano soltanto un'offesa a interessi individuali, nella disponibilità del titolare del bene giuridico leso - su un piano pratico finisce, però, col limitare fortemente l'ambito di applicabilità del nuovo art. 162-ter c.p., lasciando parzialmente incompiute le ragioni stesse che hanno sorretto la scelta riformatrice, orientata, come si legge nella Relazione tecnica al testo originario (il D.D.L. 2798 presentato il 23 dicembre 2014 alla Camera dei Deputati) a “*deflazionare il numero di procedimenti penali*”.

A ben considerare, tale obiettivo si sarebbe potuto realizzare in modo più ampio anche soltanto mantenendo l'originaria previsione contenuta nel D.D.L. 2798, che al comma 2 dell'art. 1 (poi soppresso) disponeva che la stessa causa di estinzione si estendesse anche ad alcuni specifici reati che, pur procedibili d'ufficio, si caratterizzano parimenti per essere lesivi di interessi spiccatamente individuali, come alcune tra le più ricorrenti ipotesi di *furto aggravato* di cui all'art. 625 c.p. (come quelle commesse usando violenza sulle cose o valendosi di qualsiasi mezzo fraudolento) e i reati (certamente di minore “impatto”) di “*introduzione o abbandono di animali nel fondo altrui e pascolo abusivo*” ex art. 636 c.p. In realtà, le reali potenzialità deflative dell'art. 1 del DDL A.S. 2067 emergono con maggiore evidenza solo se tale disposizione viene letta in combinato disposto con l'art. 7 del DDL A.S. 2067.

Prima di procedere all'analisi combinata delle due norme, si impone una considerazione di ordine generale circa i reati perseguibili d'ufficio, rispetto ai quali va rilevato, in linea tendenziale, che il relativo catalogo necessita di essere snellito, anche a prescindere dalla opportunità di applicare ad alcuni di essi questa nuova causa di estinzione del reato, in quanto non poche sono le occasioni in cui l'operatore pratico del diritto (sia esso inquirente o giudicante) si trova costretto ad attivare, ovvero a far proseguire, il funzionamento della “macchina della giustizia” anche quando l'interesse privato è venuto meno e l'interesse pubblico diventa altro. Non sono, infatti, rari i casi in cui, in procedimenti relativi a reati procedibili d'ufficio, la riparazione integrale del danno (sotto forma di restituzioni e/o di risarcimento) è sufficiente soltanto a evitare l'ingresso nel processo o a far uscire dal processo la persona offesa, la quale, ottenuta la ristorazione richiesta, non ha più interesse alla ulteriore punizione del reo. Interesse che, a volte,

venuta meno la parte civile, la parte pubblica fa fatica a continuare ad intravedere. Per fronteggiare e risolvere situazioni come queste, in cui anche l'interesse pubblico potrebbe essere quello di chiudere anticipatamente e definitivamente la partita, al legislatore si profilavano due possibili alternative: a) prevedere l'applicabilità dell'istituto dell'estinzione del reato per condotte riparatorie a tutti i reati per i quali fosse possibile prevedere condotte riparatorie, a prescindere dal regime di procedibilità; ovvero, b) trasformare il regime di procedibilità (da quella d'ufficio a quella a querela di parte) per tutti quei reati nei quali l'interesse privato alla riparazione dell'offesa ha un peso preponderante rispetto all'interesse pubblico alla punizione del reo. Ed è questa seconda la via che il Parlamento ha scelto di intraprendere, peraltro, seguendo due strade diverse: solo per i reati di "violenza privata" e di "minaccia", con una innovazione destinata all'immediata operatività, si è proceduto ad una parziale trasformazione della procedibilità d'ufficio in procedibilità a querela della persona offesa, per cui il reato di cui all'art. 610 c.p., nell'ipotesi base del primo comma, diviene sostanzialmente procedibile a querela, mentre il reato di cui all'art. 612 c.p. diventa procedibile a querela anche se la minaccia è grave, purché non sia fatta in uno dei modi indicati nell'art. 339 c.p., il fatto non sia commesso a danno di minore o di persona in stato di infermità o deficienza psichica, e non ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale. Infine, per "i reati contro la persona e contro il patrimonio che arrechino offese di modesta entità all'interesse protetto, salvo che la persona offesa sia incapace per età o per infermità" ha delegato il Governo ad adottare, nel termine di un anno dalla data di entrata in vigore della legge, decreti legislativi per la modifica della disciplina del regime di procedibilità, prescrivendo, nel caso di specie, la procedibilità a querela, in luogo di quella d'ufficio attualmente prevista (si veda l'art. 7, co. 1, lett. a), del DDL A.S. 2067). Si tratta di una delega ampia ma non particolarmente dettagliata, i cui esiti non sono, pertanto, allo stato compiutamente prevedibili.

Sarebbe stato più auspicabile, pertanto, prevedere sin da subito e con una modifica destinata all'immediata operatività (come si è fatto con la minaccia e la violenza privata), la trasformazione della procedibilità d'ufficio in procedibilità a querela della persona offesa (con conseguente applicabilità a tutti questi reati della causa di estinzione per condotte riparatorie) di tutti quei reati che si caratterizzano per essere lesivi di interessi individuali, come, appunto, le più frequenti e meno socialmente allarmanti ipotesi di furto aggravato.

Se, pertanto, l'esclusione dall'ambito di operatività della causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di tutti i reati procedibili d'ufficio (sebbene temperata da quanto statuito con l'art. 7, co. 1 lett. a) e co. 4 lett. a) e b), del DDL A.S. 2067), suscita le suddette perplessità, *a fortiori* non condivisibile è la scelta di escludere *tout court* dall'ambito di applicabilità della nuova causa di estinzione i reati procedibili a querela non soggetta a remissione, nell'ambito dei quali, invece, sarebbe auspicabile operare una selezione, in quanto, ad esempio, rispetto alle ipotesi di "violenza sessuale" di minore gravità di cui al comma 3 dell'art. 609 bis c.p. (si pensi al classico "palpeggiamento") il risarcimento del danno che interviene prima del giudizio rende, in molti casi, il processo penale un "inutile orpello", soprattutto in tutti quei casi (che sono la stragrande maggioranza) in cui la pubblica accusa si fonda unicamente sulla testimonianza della persona offesa, il cui "stimolo" a collaborare per la puntuale ricostruzione della fatto storico viene comprensibilmente inciso dal risarcimento già conseguito.

Inoltre, per quanto riguarda l'ambito di operatività dell'art. 162 *ter* c.p., il fatto che sia riferibile ai soli delitti punibili a querela depotenzia la novità, in quanto al medesimo risultato si giunge in caso di remissione della querela, che ordinariamente segue proprio al risarcimento del danno in favore della persona offesa. Il nuovo art. 162 *ter* c.p. se non corretto nella direzione testé indicata potrebbe rischiare di rimanere una "lancia spuntata", limitandosi a diventare lo strumento con il quale il giudice può superare l'eventuale persistenza della volontà punitiva del querelante, pur in presenza di condotte idonee a reintegrare l'offesa.

La norma prevede, inoltre, che **l'estinzione del reato segue all'integrale riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento del danno e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato.** Sotto questo profilo l'unica "correzione di rotta" auspicabile potrebbe essere quella di prendere in considerazione le sole conseguenze "eliminabili" da parte del contravventore, analogamente a quanto prevede il comma 3 dell'art. 162 *bis* c.p. A questo obiettivo mira il condivisibile **emendamento n. 1.15** con il quale si propone di inserire l'inciso "*ove possibile*" con riferimento all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato.

La dichiarazione di estinzione del reato consegue quasi automaticamente all'accertamento da parte del giudice dell'avvenuta riparazione del danno cagionato dal reato: la previsione

che debbano essere *“sentite le parti e la persona offesa”*, non sembrare tale, infatti, da attribuire al giudice un margine di discrezionalità nel disporre l'effetto estintivo, dovendo egli solo accertare l'esistenza degli elementi costitutivi della *“fattispecie riparatoria”*.

**Le condotte riparatorie vanno tenute *“entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado”***, termine superato il quale si vanificherebbe comunque, almeno in parte, l'obiettivo deflativo perseguito dal Legislatore.

Tuttavia, **qualora l'imputato dimostri di *“non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, egli può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento; in tal caso il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo e fissa la successiva udienza alla scadenza del termine stabilito, imponendo specifiche prescrizioni. Durante la sospensione del processo, il corso della prescrizione resta sospeso”***.

La previsione di un *“margine di flessibilità”* che tiene conto di effettive cause ostative all'adempimento dell'obbligazione risarcitoria è condivisibile tanto quanto la previsione di una scansione temporale certa e di non eccessiva durata per consentire un adempimento tardivo ed eventualmente anche in forma rateale. Così come altrettanto condivisibile è la previsione secondo la quale il giudice, nel caso in cui accoglie la richiesta di concedere un termine per adempiere, deve imporre specifiche prescrizioni e, soprattutto, ordinare la sospensione del processo, a cui si accompagna, indissolubilmente, la sospensione del corso della prescrizione, onde evitare che l'imputato attivi tale meccanismo al solo scopo di lucrare sei mesi sul termine di maturazione della prescrizione del reato. Non del tutto apprezzabile è, tuttavia, la formulazione del testo del secondo comma dell'art. 162 ter c.p., in quanto, a fronte del complesso delle condotte riparatorie indicate nel primo comma dello stesso articolo (*“quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato”*), nel secondo comma si fa riferimento unicamente alla concessione di un termine *“per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento”*. *Quid juris* delle restituzioni e dell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato laddove le stesse siano possibili, ma l'imputato non ha

potuto provvedervi, per fatto a lui non imputabile, entro il termine della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado? A questo proposito è preferibile, pertanto, la diversa formulazione della prima parte del secondo comma dell'art. 162 ter c.p. proposta con l'**emendamento 1.19** che recita: «Al comma 1, «Art. 162-ter», al secondo comma, sostituire le parole da: «Quando dimostra di non aver potuto adempiere», fino a: «di quanto dovuto a titolo di risarcimento», con le seguenti: «Qualora dimostri di non avere potuto procedere agli adempimenti di cui al comma precedente, per fatto a lui non addebitabile, l'imputato può chiedere al giudice di provvedervi in un tempo non superiore a un anno, anche tramite pagamento rateale». Auspicabile appare, inoltre, l'approvazione dell'**emendamento 1.28** con cui si propone di prevedere un termine non superiore a 90 giorni dalla scadenza del termine eventualmente concesso dal giudice, entro il quale deve celebrarsi l'udienza nel corso della quale dovrà valutarsi l'esito delle condotte riparatorie e dichiarare l'estinzione del reato, e ciò per evitare un'eccessiva dilatazione dei tempi di durata del processo.

È inoltre previsto che **il risarcimento può essere sostituito dall'offerta reale, ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo.**

Sotto questo profilo emerge con assoluta chiarezza la peculiarità di questa nuova causa di estinzione del reato, che, come detto, è quella di rappresentare lo strumento con il quale il giudice, in presenza di condotte idonee a reintegrare l'offesa, anche se solo proposte dall'imputato (purché, appunto, nei termini dettati dagli artt. 1208 e ss. c.c.) e non accettate dalla persona offesa, può superare l'eventuale persistenza della volontà punitiva del querelante.

È previsto, infine, che **l'estinzione del reato è dichiarata all'esito delle condotte riparatorie e non fa venire meno la confisca di quei beni e di quelle cose in relazione ai quali la stessa è prevista come obbligatoria ai sensi dell'art. 240 comma 2 c.p.** Sotto quest'ultimo profilo, può osservarsi, tuttavia, che oggi esistono molte ipotesi di confisca obbligatoria aventi ad oggetto cose diverse da quelle di cui al secondo comma dell'art. 240 c.p., ci si potrebbe chiedere, pertanto, se la *ratio* della sua necessaria applicazione risieda nella natura delle cose elencate in quel comma oppure nella natura obbligatoria della confisca ivi prevista. Se fosse vera la seconda opzione, meglio sarebbe stato, allora, fare

espressamente riferimento ai casi di confisca obbligatoria in quanto tale, piuttosto che rinviare alla disposizione di cui all'art. 240, secondo comma, c.p.

Così delineata la nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie, il Legislatore, all'art. 2 del D.D.L. A.S. 2067, rubricato "Disposizioni transitorie", si è premurato di dettare la disciplina relativa a termini e condizioni di applicabilità di questo nuovo istituto ai processi in corso, prevedendo che **le disposizioni dell'articolo 162 ter del codice penale si applicheranno anche ai processi in corso alla data della sua entrata in vigore.** In tali casi **il giudice dichiarerà l'estinzione del reato anche quando le condotte riparatorie saranno state compiute oltre il termine della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado.** L'imputato, nella prima udienza, fatta eccezione di quella del giudizio di legittimità, successiva alla data di entrata in vigore del nuovo art. 162 ter c.p., potrà chiedere la fissazione di un termine, non superiore a sessanta giorni, per provvedere alle restituzioni, al pagamento di quanto dovuto a titolo di risarcimento e all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato. **Il giudice, in tali ipotesi, ordinerà la sospensione del processo e fisserà la successiva udienza alla scadenza del termine stabilito. Durante la sospensione del processo, il corso della prescrizione resterà ovviamente sospeso.** In altri termini, per quel che attiene ai procedimenti in corso, se ne prevede l'immediata applicazione, dovendo il giudice soltanto accertare se siano state già compiute le condotte riparatorie, quale che sia il momento in cui esse siano state realizzate. E però, solo per i giudizi di merito in corso alla data di entrata in vigore della legge si prevede che l'imputato possa chiedere la sospensione del processo in modo da disporre del tempo necessario a provvedere agli adempimenti riparatori; non altrettanto è previsto se il processo si trovi già in grado di legittimità, non avendo la Corte di cassazione poteri e cognizioni di merito per valutare l'adeguatezza delle condotte riparatorie.

In relazione a questo articolo del D.D.L. si suggerisce, *de jure condendo*, come per l'articolo 1, l'inserimento dell'inciso "*ove possibile*" con riferimento all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato (come proposto, peraltro, con l'**emendamento 2.11**) e l'aggiunta, in coda all'articolo, del periodo (previsto anche nell'ultima parte del secondo comma dell'art. 162 ter c.p.) "*Si applica l'art. 240, secondo comma, del codice penale*", come proposto con l'**emendamento 2.16**.

## Considerazioni della commissione di studio dell'ANM sugli artt. 3-6 del DDL e sui principali emendamenti.

Nell'ambito di un intervento ad ampio raggio, oltre alle modifiche al codice di rito e ad altri istituti del diritto penale sostanziale e del diritto penitenziario, si è ritenuto opportuno ritoccare verso l'alto anche la forbice sanzionatoria di tre reati contro il patrimonio e del delitto di scambio elettorale politico-mafioso.

L'individuazione delle fattispecie toccate dal progetto di riforma pare discendere più dall'attuale dibattito parlamentare-mediatico che da ponderate riflessioni di sistema: non sembra che le pene astrattamente irrogabili a questi reati fossero sino ad oggi tanto tenui da essere, di per se stesse, prive di effetto deterrente, né sono pienamente evidenti le ragioni di politica criminale che hanno indotto ad un irrigidimento repressivo per questi delitti piuttosto che per altri.

Il legislatore intende comunque operare soprattutto sui margini di discrezionalità concessi al giudicante nella dosimetria della pena: in primo luogo, lavorando pressoché esclusivamente sui minimi edittali e, in seconda battuta, estendendo al furto (anche in abitazione o con strappo) la sterilizzazione del giudizio di bilanciamento delle circostanze, come già previsto dall'art. 628 comma 4 c.p. Del pari, in termini che ricalcano la disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 625 c.p., in deroga alla previsione dell'art. 63 comma 2 c.p., si regola in maniera più stringente il concorso omogeneo di circostanze aggravanti, con una nuova forbice edittale.

Questi sono gli aumenti prospettati (non pochi emendamenti sono diretti a modificarli, soprattutto *in peius*), per quanto attiene alla sola reclusione:

	Attuale	S-2067
416-ter c.p.	Da 4 a 10 anni	Da 6 a 12 anni
624-625 comma 1 c.p.	Da 1 a 6 anni	Da 2 a 6 anni
624-bis commi 1-2 c.p.	Da 1 a 6 anni	Da 3 a 6 anni
624-bis comma 3 c.p.	Da 3 a 10 anni	Da 4 a 10 anni
628 commi 1-2 c.p.	Da 3 a 10 anni	Da 4 a 10 anni
628 comma 3 c.p.	Da 4 anni e sei mesi a 20 anni	Da 5 a 20 anni
628 comma 3-bis c.p.	//	Da 6 a 20 anni

Condivisibili gli auspicati aumenti della pena pecuniaria (triplicata nel minimo per il furto, da 309 a 927 euro, e poco meno che raddoppiata per la rapina, da 516 a 927 euro),

anche in considerazione degli interessi soprattutto patrimoniali colpiti dalle condotte in questione. La scarsa importanza data dal legislatore alla pena pecuniaria si intuisce anche dalla lieve modifica apportata in caso di rapina, con i minimi edittali equivalenti a quelli del furto. Non appaiono peraltro del tutto privi di utilità pratica quegli emendamenti diretti a riportare a “cifra tonda” questi importi.

Non a caso, quindi, si è già parlato di “sperequazione”, interna ed esterna alla riforma: a mero titolo di esempio, da un lato, la pena per il furto in abitazione finisce di fatto per appiattirsi su quella della rapina e, dall’altro, gravi delitti contro la persona o l’incolumità pubblica sono puniti quanto il furto in abitazione, o poco più.

Questo innalzamento dei limiti sanzionatori, diversamente da quello che è stato un effetto positivo di altre recenti modifiche (la legge 27 maggio 2015 n. 65 per l’associazione di tipo mafioso e i reati societari, i nuovi artt. 589-bis e 590-bis c.p. sull’omicidio stradale e sulle lesioni stradali), non ha alcun effetto sulla prescrizione, dal momento che per tutti i reati contro il patrimonio restano immutati i limiti massimi di pena. Al contrario, agire inasprendo i minimi edittali comporterà obiettivamente una riduzione dell’accesso alla sospensione condizionale della pena e alle misure alternative al carcere (a maggior ragione, se si paralizza gran parte dei poteri di bilanciamento delle circostanze ai sensi dell’art. 69 c.p.).

Quanto al divieto di giudizio di equivalenza o di prevalenza delle attenuanti (ad eccezione delle, non frequenti, ipotesi di cui agli artt. 98 e 625-bis c.p.) con le aggravanti speciali previste dall’art. 625 c.p., basti ricordare i plurimi e severi moniti della Corte costituzionale, nell’ambito delle declaratorie di illegittimità del divieto di prevalenza, sancito dalla legge Cirielli, in caso di recidiva reiterata (cfr. sentt. 251/2012 sull’allora attenuante di cui all’art. 73 comma 5 d.P.R. 309/1990; 105/2014 sulla ricettazione di particolare tenuità; 106/2014 sulla violenza sessuale di minore gravità), allorché la Consulta, premesso che le scelte in tema di commisurazione delle sanzioni penali appartengono alla sfera di discrezionalità riservata al legislatore, ha ritenuto possibile lo scrutinio di legittimità per quelle sperequazioni che trasmodino nell’irragionevolezza, in violazione del principio di uguaglianza.

L’operatore pratico, d’altronde, sa bene come dietro il severo *nomen iuris* possano talora, magari raramente, coesistere vicende storiche tutt’altro che allarmanti per la pubblica collettività. Si possono fare gli esempi del taccheggiatore che si impossessi di una bottiglia

di liquore in un supermercato e poi dia uno spintone alla guardia privata che lo ferma all'uscita o dell'ex convivente che sottragga di notte beni di modico valore dal giardino dell'abitazione della partner. Costoro, rischiano di non poter ottenere della sospensione condizionale della pena, se non ricorrendo a riti alternativi e previo riconoscimento delle circostanze attenuanti, non solo generiche.

È facile comunque prevedere un aumento della popolazione carceraria, in conseguenza dell'entrata in vigore del ddl, sol che si pensi al fatto che i soggetti reclusi per reati contro il patrimonio ammontano costantemente ad oltre la metà dei detenuti. Non a caso, dunque, sono numerosi gli emendamenti di segno contrario, che prevedono, puramente e semplicemente, la soppressione dell'articolato in questione dal disegno di legge.

Discorso in parte diverso occorre fare per il delitto di cui all'art. 416-ter c.p.: ciò che rende la norma non perfettamente adeguata ai suoi fini general-preventivi di contrasto alla contiguità politico-mafiosa non sembra tanto il *quantum* di detenzione astrattamente irrogabile, ma piuttosto la fumosità della fattispecie incriminatrice. La nuova fattispecie plurisoggettiva necessaria propria, che punisce sia il politico colluso sia il procacciatore di voti per conto del sodalizio (anche solo in caso di semplice promessa da parte dell'uno o dell'altro), ha in effetti stemperato non poche delle gravi lacune della disposizione originaria, che ne avevano di fatto impedito una qualche apprezzabile applicazione concreta. Essa d'altronde, richiedendo che esplicito oggetto dell'accordo sia il procacciamento di voti "con metodo mafioso", tratteggia una pattuizione non perfettamente sovrapponibile al consueto scambio di favori reciproci tra esponenti della criminalità organizzata e del mondo politico e, in ogni caso, impone sul punto una prova pressoché diabolica (la consapevolezza in capo al politico che i voti saranno procurati mediante la forza di intimidazione del clan e la conseguente condizione di assoggettamento e non, a mero titolo di esempio, in forza di altro tipo di suggestione o prospettazione di futuri vantaggi pratico-economici o comunque di ricadute favorevoli dell'assetto politico prossimo venturo). A tutt'oggi, la norma incriminatrice risulta dunque ancora in larga parte meramente simbolica, di modo che l'irrigidimento della previsione punitiva, che contraddice le scelte operate dal legislatore solo due anni prima, appare poco più che un mero "manifesto" di lotta alle mafie.

## **DELEGA AL GOVERNO PER LA RIFORMA DEL REGIME DI PROCEDIBILITÀ PER TALUNI REATI, PER IL RIORDINO DI ALCUNI SETTORI DEL CODICE PENALE E PER LA REVISIONE DELLA DISCIPLINA DEL CASELLARIO GIUDIZIALE**

### **Considerazioni della commissione di studio dell'ANM sull'art.7 lett.A del DDL e sui principali emendamenti.**

Il disegno di legge in discussione prevede all'art. 7 comma 1 lett. a) delega al Governo all'adozione di decreti legislativi per la modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati, specificati dalla successiva lettera a) in quelli contro la persona e contro il patrimonio che arrechino offese di modesta entità all'interesse protetto. A fronte di tale delega ampia, che lascia spazio alla discrezionalità del legislatore delegato nella scelta del relativo catalogo attraverso il semplice riferimento alle "offese di modeste entità" (si tratta questo di criterio di scelta, come è evidente, da effettuare già a monte da parte del medesimo legislatore delegato, senza alcuna possibilità di sub-delegare tale scelta agli operatori del diritto) sono stati previsti dei limiti.

È fatta infatti salva la procedibilità di ufficio, con limitazione dunque della discrezionalità del legislatore delegato, nell'ipotesi in cui la persona offesa sia incapace per età o per infermità. Si tratta, chiaramente, di una precisa scelta di deroga al regime generale previsto in tema di querela. Invero, i reati procedibili a querela restano tali (salve le ipotesi specificamente previste dalla legge - es. violenza sessuale) anche se la persona offesa è incapace per infermità o minore età. In questi casi la stessa può proposta o dagli stessi minori che hanno compiuto i quattordici anni ovvero, in via concorrente - come nel caso dei minori che hanno superato i 14 anni in concorso con i genitori - o sostitutiva da soggetti diversi legislativamente individuati ex artt. 120 e 121 c.p.

Tale scelta derogatoria, se si pone mente al parametro della "tenuità della offesa" ed al catalogo dei beni individuati (reati contro il patrimonio e contro la libertà individuale), appare poco coerente e forse di dubbia ragionevolezza.

Si dispone poi al comma 4 in via diretta la modifica della procedibilità per il reato di cui all'art. 610 c.p. (lett. a) rendendola a querela per l'ipotesi base di cui al comma 1, sempre che non si tratti la p.o. di minore o di persona in stato di infermità o deficienza psichica o,

ancora, nelle ipotesi in cui ricorra una circostanza ad effetto speciale. Allo stesso modo si ampliano le ipotesi di procedibilità a querela, riconducendole nell'ambito del primo comma (con conseguente competenza del Giudice di Pace) del reato di cui all'art. 612 c.p. (lett. b), anche ai casi di minaccia grave che non sia commessa in danno di minore o di persona in stato di infermità o deficienza psichica o se ricorrono circostanze aggravanti ad effetto speciale. Si tratta, come segnalato chiaramente nella Relazione illustrativa al disegno, di un ennesimo strumento volto alla deflazione del carico giudiziario.

Stante la natura anche sostanziale della querela (nel senso della natura mista cfr. Cass. pen., sez. III, 24-11-1970, in Cass. pen., 1972, 211) si porrà un problema di efficacia della nuova normativa in relazione a quei procedimenti rispetto ai quali si potrà porre un problema di successione di legge, con sopravvenienza di quella che può definirsi, a tutti gli effetti, una disciplina di favore. Nel caso di specie si ricadrà infatti in quel fenomeno successorio che si caratterizza per il mutamento del regime di procedibilità nel quale vi è ampio consenso a far operare il regime del favor rei previsto dai meccanismi di cui all'art. 2, c. 3, c.p.

Richiamandosi infatti un orientamento diffuso e condivisibile, va affermato che nel caso in cui divenga procedibile a querela un reato che anteriormente lo era d'ufficio, il reato per cui tale querela non sia stata in qualche modo proposta divenga non più punibile, *rectius* improcedibile.

Questo, naturalmente se non venga dettata una disciplina transitoria *ad hoc* che stabilisca la possibilità per la persona offesa per i reati che siano divenuti procedibili a querela solo dopo la commissione degli stessi, di presentare la querela entro il termine generale di 3 mesi a decorrere dal giorno in cui entrerà in vigore la legge, se la conoscenza della commissione del reato sia precedente. Si tratta questa di soluzione ragionevole adottata anche in altre ipotesi di ridefinizione della procedibilità di alcuni reati (es. nel caso di riforma dei reati societari) e che è stata suggerita in sede di emendamento 13.51 dagli onorevoli Albertini, Bianconi. Peraltro, al fine di meglio tutelare i diritti della p.o. si è anche previsto nei procedimenti pendenti una sorta di obbligo normativo in capo al pubblico ministero di informare la persona offesa dal reato della facoltà di esercitare il diritto di querela, facendo decorrere il termine dal giorno in cui la persona offesa è stata informata. Si tratta questa, tuttavia, di soluzione che oltre a creare notevoli problematiche di carattere burocratico in capo agli uffici del pubblico ministero, finendo di fatto per

vanificare quell'obiettivo di deflazione che si è inteso perseguire, non convince dal punto di vista teorico, ponendosi in aperto contrasto con l'obbligo dettato dagli articoli 2 Cost. e 5 c.p. incombente su tutti i cittadini di conoscere la legge penale (e, dunque, anche il regime di procedibilità previsto per i reati).

In ordine alla scelta dei reati, è la stessa relazione a chiarire che l'intervento deve riguardare solo i reati che offendono interessi esclusivamente individuali. Vengono al proposito definite le macro aree dei reati contro il patrimonio e contro la persona che arrechino offese di modesta entità. Dunque, si tratterà dei delitti (e delle contravvenzioni, stante l'uso del termine generico "reati") del codice penale e delle leggi speciali che non siano già ora procedibili a querela (si può pensare ad alcune ipotesi di lesioni aggravate che sono procedibili d'ufficio pur a fronte della modestia della malattia procurata). Andranno esclusi quei reati che pur se possano essere in concreto di modesta entità, per loro natura si caratterizzano per il fatto di rientrare nelle ipotesi eccettuate (es. artt. 643 e 581 c.p., che si fondano sulla situazione di debolezza della p.o.) e per il fatto di offendere interessi non strettamente individuali (es. art. 588 c.p.).

### **Considerazioni della commissione di studio dell'ANM sull'art.7 lett.B del DDL e sui principali emendamenti.**

*Il suddetto testo base dell'art. 7 lett. B ("revisione della disciplina delle misure di sicurezza, particolarmente in relazione ai presupposti di applicazione, al fine della rivisitazione del regime del cosiddetto «doppio binario», che prevede l'applicazione congiunta di pena e misure di sicurezza, nella prospettiva del minor sacrificio possibile della libertà personale, fatta salva la necessità in casi particolari della migliore tutela della collettività; revisione del rigido modello definitorio dell'infermità, mediante la previsione di clausole aperte, in grado di attribuire rilevanza, in conformità ai consolidati approdi scientifici, ai disturbi della personalità; previsione, nei casi di non imputabilità, di misure di cura o di controllo, determinate nel massimo e da applicare tenendo conto della necessità della cura; previsione, in caso di capacità ridotta, di un trattamento sanzionatorio finalizzato al superamento delle condizioni che hanno ridotto la capacità dell'agente, anche mediante il ricorso a trattamenti terapeutici o riabilitativi e l'accesso a misure alternative, fatte salve le esigenze di prevenzione a tutela della collettività") ha per oggetto istituti di portata generale quali la riserva di legge, la tassatività, l'imputabilità, la colpevolezza, la*

pericolosità sociale e il doppio binario pene-misure di sicurezza, che trovano fondamento in principi giuridici contenuti nel codice penale e nella Costituzione.

Tanto premesso, deve considerarsi quanto segue.

Con riferimento alla *“revisione della disciplina delle misure di sicurezza in relazione ai presupposti di applicazione, al fine della rivisitazione del regime del cosiddetto “doppio binario” che prevede l’applicazione congiunta di pene e misure di sicurezza, nella prospettiva del minor sacrificio possibile della libertà personale fatta salva la necessità in casi particolari della migliore tutela della collettività”*, pur considerata la genericità della formulazione di legge, va valutato favorevolmente il suddetto principio e criterio direttivo in quanto ciò consentirebbe di evitare (o limitare) gli effetti delle incongruenze del sistema del doppio binario relativamente ai soggetti imputabili o semi-imputabili purché venga mantenuta la nozione generale di pericolosità sociale e la commissione di un fatto reato o quasi reato come presupposti generici di applicazione delle misure di sicurezza, pericolosità accertata sulla base degli elementi di cui all’art. 133 c.p., considerandola qualità eventualità del soggetto che delinque.

Con riferimento alla *“previsione, nei casi di non imputabilità, di misure di cura o di controllo, determinate nel massimo e da applicare tenendo conto della necessità della cura”*, il suddetto criterio va valutato favorevolmente nella misura in cui le predette “misure di cura e di controllo” siano specificamente individuate nel rispetto dei principi costituzionali di riserva di legge e tassatività in quanto attuando tale principio si porta a compimento la riforma degli OPG prevista con la legge n. 81/2014 al fine di realizzare appieno la funzione special preventiva tipica delle misure di sicurezza garantendo quell’adeguamento delle misure di sicurezza ai singoli casi concreti mediante il ricorso a cure mediche specifiche finalizzate ad eliminare la causa clinica della pericolosità sociale da effettuare in strutture idonee ad effettuare le cure stesse.

Quanto poi alla determinazione nel massimo, non appare condivisibile la previsione di tale principio tenuto conto della necessaria verifica della persistenza (o meno) della pericolosità sociale, in mancanza della quale si potrebbero avere in libertà soggetti ancora non completamente riabilitati e quindi socialmente pericolosi e della minore invasività delle predette misure rispetto a quelle detentive (per le quali, invece, la legge n. 81/2014 ha previsto che le stesse non possano durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva

prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima, fatta eccezione per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo).

Quanto alla *“previsione, in caso di capacità ridotta, di un trattamento sanzionatorio finalizzato al superamento delle condizioni che hanno ridotto la capacità dell'agente, anche mediante il ricorso a trattamenti terapeutici o riabilitativi e l'accesso a misure alternative, fatte salve le esigenze di prevenzione a tutela della collettività”* il suddetto principio va considerato positivamente nell'ottica di una valutazione efficace ed unitaria della persona semi-imputabile e pericolosa rispetto alla quale va previsto il suddetto trattamento individualizzato da effettuare, però, in un unico contesto spazio temporale in modo da evitare le incongruenze derivanti dalla rigida applicazione del doppio binario consistenti nella sottoposizione prima a pena detentiva e poi a misura di sicurezza di un soggetto per il quale il carcere sarebbe inutile o dannoso o, piuttosto, nella sottoposizione prima a misura di sicurezza e, poi, a pena detentiva del medesimo soggetto che potrebbe vedere vanificati i risultati di recupero derivanti dall'applicazione della misura di sicurezza a causa della successiva esperienza carceraria.

Va valorizzata la funzione special preventiva della pena e la premialità effettiva derivante da concreti risultati raggiunti attraverso la realizzazione dell'obiettivo del progressivo reinserimento sociale consentendo il parziale o totale stato di libertà personale del condannato e l'eliminazione delle cause che hanno ridotto la capacità dell'agente e determinato anche la pericolosità sociale.

A fronte della genericità della formulazione della norma, tuttavia, il principio suddetto appare conforme ai principi costituzionali nella misura in cui non venga abolito del tutto il doppio binario mediante eliminazione delle misure di sicurezza ai soggetti pericolosi con capacità ridotta (in tal modo riservando un trattamento che risulti ingiustificatamente troppo differenziato rispetto agli imputabili e ai non imputabili pericolosi) ma, piuttosto, adattando il contenuto delle misure di sicurezza in una prospettiva di tutela della salute e risocializzazione mantenendo anche per i semi-imputabili un trattamento di cura e terapeutico da praticare nelle stesse strutture idonee a curare i non imputabili (e, pertanto, le misure di cura e controllo sopra descritte ovvero le rems a seconda della diversa sussistenza dei presupposti di legge accertati dal giudice previa verifica delle condizioni dell'imputato) unitamente all'applicazione di misure alternative alla detenzione che consentano di mantenere l'efficacia deterrente della pena detentiva mediante la previsione

di misure sospensive in prova con rinuncia parziale o totale alla punizione detentiva (a seconda dei limiti di pena prevista per il relativo reato) condizionata al buon esito di un periodo di prova vigilata e medicalmente assistita di durata parametrata a quella del trattamento terapeutico o riabilitativo con la previsione di un trattamento di durata maggiore o minore in base alle esigenze di cura.

In tal modo il monitoraggio del trattamento, effettuato da parte di soggetti specializzati, consentirebbe di valutare gli esiti positivi (o meno) dello stesso e la sottoposizione a pena detentiva esclusivamente nei casi in cui questa sia necessaria.

Quanto alla previsione della *“revisione del rigido modello definitorio dell’infermità, mediante la previsione di clausole aperte, in grado di attribuire rilevanza, in conformità ai consolidati approdi scientifici, ai disturbi della personalità”* la superiore modifica non va valutata favorevolmente in quanto la giurisprudenza di legittimità a partire dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 25.01.2005 n. 9163 ha già ricondotto nel concetto di infermità utilizzato dal legislatore negli artt. 88 e 89 c.p. anche i disturbi della personalità a condizione che il giudice ne accerti la gravità e l’intensità tali da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere o di volere e il nesso eziologico con la specifica azione criminosa e, quindi, anche allo stato attuale il mantenimento del concetto di infermità già utilizzato dal legislatore, così come interpretato nel diritto vivente, non impedisce di attribuire rilevanza ai disturbi della personalità nei limiti in cui l’attuale scienza psichiatrica li ritiene ricomprese nel predetto concetto.

### **Considerazioni della commissione di studio dell’ANM sull’art.8 del DDL e sui principali emendamenti.**

Il disegno di legge in discussione prevede all’art. 8 delega al Governo per l’emissione di un decreto legislativo per la revisione della disciplina del casellario giudiziale. Si tratta di una delega molto ampia che indica al Legislatore delegato l’obiettivo da perseguire nella semplificazione e riduzione degli adempimenti amministrativi, premettendo che nel fare ciò deve adeguarsi la stessa alle riforme intervenute in materia penale e processuale penale ed ai principi posti in materia di protezione dei dati personali sia a livello nazionale che comunitario.

Nella sostanza quelli fissati sembrerebbero, a ben vedere, stante la varietà degli obiettivi posti, tre criteri direttivi ben diversi fra loro: il primo di adeguamento della disciplina attuale alle modifiche intervenute alla materia penale e processuale penale; il secondo sempre di adeguamento, questa volta ai principi ed ai criteri contenuti nella normativa nazionale ed europea in materia di protezione dei dati personali; il terzo ed ultimo di semplificazione e riduzione degli adempimenti amministrativi.

Con riferimento all'oggetto dell'intervento si indica la "disciplina del casellario". Si tratta, evidentemente, di una indicazione generale ed onnicomprensiva fatta alla materia così come disciplinata dal T.U. in materia di casellario giudiziale (d.p.r. 313 del 2002) che dunque riguarderà, onde evitare situazioni di contraddittorietà e problematiche di sistema e di coordinamento che evidentemente il Legislatore non ha certamente inteso creare con il proprio obiettivo di adeguamento e semplificazione. In questo modo la delega va intesa (una dizione più chiara sul punto sarebbe comunque auspicabile) come revisione non solo del casellario giudiziale ma di tutta la materia fissata dall'art. 1 del decreto 313/2002 e cioè anche del casellario dei carichi pendenti, dell'anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dell'anagrafe dei carichi pendenti degli illeciti amministrativi dipendenti da reato.

Quello che subito appare lampante al lettore è l'ampia discrezionalità concessa, essendo i criteri direttivi fissati in modo generico ed astratto, senza null'altro specificare in ordine agli ambiti di intervento ed alle modalità delle stesse. In questo modo alto è il rischio di un eccesso di delega addebitabile al futuro Legislatore delegato.

A differenza di quanto detto, un ambito in cui è dato riconoscere un chiaro dettato normativo che lascia poco spazio alla discrezionalità del Legislatore delegato è la previsione dell'abrogazione del comma 1 dell'art. 5 del d.p.r. n. 313 del 2002. Si tratta l'art. 5, c. 1, della disposizione che prevede la regola per cui le iscrizioni nel casellario giudiziale sono eliminate *ope legis*, senza cioè che vi sia una istanza in tal senso e che alla stessa segua un provvedimento dell'A.G. che ha emesso il provvedimento iscritto, al compimento dell'ottantesimo anno di età o per morte della persona alla quale le notizie si riferiscono. A tale ultimo proposito va evidenziato come la disciplina attuale, nel regolare la eliminazione delle iscrizioni, distingue in particolare la c.d. eliminazione *ope legis* (quella, appunto che riguarda i casi di raggiungimento dell'ottantesimo anno di età o di morte e che più in generale consegue al verificarsi di eventi naturali legati all'età dell'interessato o

alla morte del medesimo) da quella in cui l'eliminazione segua all'impulso dell'interessato e presupponga un provvedimento che, appunto, la ordini. Nel primo caso la eliminazione consegue alla semplice conoscenza ufficiale dell'accertato decesso e del compimento dell'ottantesimo anno di età ed è automatica. Nell'altro caso l'eliminazione consegue al trascorrere di un tempo specificamente indicato dalla legge o al verificarsi degli altri presupposti fissati dal medesimo decreto (precisamente dall'art. 5 per il casellario giudiziale, dall'art. 8 per il casellario dei carichi pendenti, artt. 11 e 14 per le sanzioni amministrative).

In questo modo il legislatore ha inteso eliminare una sola delle ipotesi di eliminazione *ope legis*, vale a dire quella sola riguardante il casellario giudiziale in senso stretto e i casi di morte e di raggiungimento dell'ottantesimo anno di età. Si tratta evidentemente di una scelta mossa dall'obiettivo di adeguare la disciplina del casellario alle riforme intervenute in materia penale. Sembrerebbe in questo caso riferirsi a quanto ad esempio stabilito dal codice antimafia in ordine alla possibilità di procedere al sequestro ed alla confisca dei patrimoni pericolosi anche nel caso in cui il proposto sia soggetto deceduto. Infatti l'art. 18 del D.lgs. 159/2011 stabilisce che le misure di prevenzione patrimoniali possono essere chieste e disposte anche in caso di morte del soggetto proposto per la loro applicazione. In questo caso è chiaro che le notizie rinvenibili dal casellario giudiziale divengono un importante strumento di conoscenza per poter verificare se il proposto rientri, ex art. 16 del medesimo decreto, in una delle categorie di cui all'art. 4 del medesimo decreto.

Alla luce della premessa fatta in ordine all'oggetto dell'intervento, stupisce che analoga disposizione non sia stata prevista anche per l'art. 8, c. 1 lett. a) del d.p.r. 313/2002, restando validi anche in questo caso le medesime esigenze conoscitive e di conseguente adeguamento.

La ratio che ha indotto il Legislatore a porre la questione "casellario giudiziale" si fonda necessariamente sull'idea generale per cui si tratta di una banca dati organizzata a livello nazionale nella quale sono inserite notizie particolarmente sensibili relative ai precedenti ed ai pendenti giudiziari delle persone nate o residenti in un determinato Stato.

La normativa pone anche una fondamentale funzione certificativa dei dati contenuti nel casellario.

Si tratta infatti di un fondamentale strumento posto in funzione collaterale e sussidiaria alla funzione giudiziaria perché in esso sono inseriti dati rilevanti ai fini dell'applicazione

della legge penale (si pensi, una per tutte, alla disciplina della recidiva), della legge processuale penale (si pensi al tema della esecuzione delle pene, dell'applicazione della continuazione ecc.), in materia civile ed amministrativa.

La funzione certificativa ha tuttavia un ambito ben più ampio, strumentale sia alla funzione amministrativa in favore di organi della P.A. e di enti incaricati di pubblici servizi che all'interesse generale di conoscibilità diffusa e di trasparenza di tutte quelle informazioni che, attenendo all'esecuzione delle pene, avrebbero inevitabile riflesso sull'esercizio da parte dei cittadini di diritti costituzionalmente garantiti.

Si pensi, a tale ultimo proposito, che il decreto legislativo 4.3.2014 n. 39, nell'attuare la direttiva 2011/93/UE, ha previsto l'obbligo in capo al datore di lavoro che intende impiegare una persona per lo svolgimento di attività professionali e attività volontarie organizzate che comportino contatti con i minori, di richiedere il certificato del casellario giudiziale dal quale risulta l'assenza di condanne ai sensi degli artt. 600 *bis* ss. c.p. e l'assenza di misure interdittive che comportino il divieto di contatti diretti e regolari con minori. Si pensi ancora alla previsione (art. 37 d.p.r. 313/2002) che facilita le autorità degli Stati membri dell'UE di richiedere certificati direttamente presso gli Uffici locali che devono provvedere al rilascio.

Le considerazioni sopra svolte portano dunque alla questione non solo del diritto a conoscere le informazioni rinvenibili nel casellario giudiziale ma anche al diritto dell'interessato al corretto e riservato trattamento dei relativi dati che, giova ricordarlo, si riferiscono a notizie sensibili.

Dal primo punto di vista già la disciplina attuale prevede il diritto a conoscere le relative iscrizioni, oltre che in capo all'interessato (attraverso il rilascio del relativo certificato e senza che sussista una qualche ragione giustificativa, ma con esclusione di una serie di dati e notizie - es. condanne con benefici), all'autorità giudiziaria (senza limiti di conoscibilità e per ragioni di giustizia che, nell'accezione ampia del termine, non pone problematiche di sorta), ed alla P.A. (per l'esercizio delle proprie funzioni ed in relazione alla emanazione di un proprio atto, pur con i limiti conoscitivi previsti per l'interessato) che possono sia ottenere i relativi certificati che consultare direttamente le banche dati di riferimento. Si aggiungono a questi gli Enti incaricati di un pubblico servizio che, ai loro fini, possono ottenere il rilascio del relativo certificato e nei medesimi termini degli organi della P.A.

Il privato e l'ente interessato possono ottenere una c.d. "visura" idonea a fornire una conoscenza priva, tuttavia di efficacia certificativa (art. 33 del d.p.r. 313/2002).

Con riferimento al secondo punto di vista e ricollegandoci al tema dell'adeguamento della normativa di riferimento ai principi ed ai criteri rinvenibili in tema di tutela dei dati personali, non può che farsi il richiamo al Codice in materia di protezione dei dati personali di cui al decreto legislativo 30 giugno del 2003 n. 196. La menzione ai dati del casellario e dell'anagrafe quali dati "giudiziari" distinti da quelli "sensibili" compare nell'art. 4 comma 1 lett. e) del codice della privacy. A sua volta l'art. 21 del medesimo T.U. facilita il trattamento da parte dei soggetti pubblici solo se autorizzato da espressa disposizione di legge o provvedimento del Garante che specifichino le finalità di rilevante interesse pubblico del trattamento, i tipi di dati e le operazioni eseguibili. Dunque vi è un'estensione del relativo trattamento rispetto ai dati sensibili anche alle ipotesi individuate dalle autorizzazioni del Garante.

Ancora l'art. 22 del codice prevede che i soggetti pubblici conformano il trattamento dei dati personali giudiziari secondo modalità volte a prevenire violazioni dei diritti, delle libertà fondamentali e della dignità dell'interessato. Si prevede così che i dati giudiziari contenuti in banche dati tenuti con l'ausilio di strumenti elettronici (com'è appunto il caso del casellario e dell'anagrafe) siano trattati con tecniche di cifratura o mediante l'utilizzazione di codici identificativi o di altre soluzioni li rendono temporaneamente intellegibili anche a chi è autorizzato ad accedervi e permettono di identificare gli interessati solo in caso di necessità.

Infine, si dispone che la diffusione dei dati giudiziari è ammessa solo se prevista da espressa disposizione di legge.

In questo quadro si pone una necessità di corretto trattamento dei dati giudiziari in modo da impedire la conoscenza dei dati in modo abusivo e arbitrario. Si pone inoltre una necessità di limitazione dell'ambito di utilizzo delle relative informazioni al di fuori delle finalità giustificative la concessione della informazione.

In questa prospettiva, avendo ben conto il principio, stabilito dall'art. 22, c. 2 3 del codice, della indispensabilità del trattamento, il trattamento dei dati giudiziari potrebbe essere conciliato con le esigenze di tutela dell'interessato attraverso la previsione in ogni caso (variamente formulabile) di una richiesta motivata delle ragioni con cui fondare la

possibilità che determinati dati giudiziari possano essere ricondotti ad uno specifico soggetto e con specifica delimitazione dell'uso che di quei dati possa essere effettuato.

Tutto questo naturalmente non può non essere meglio delineato, stante la delicatezza della materia, in modo più specifico attraverso la previsione delle specifiche modalità con cui il legislatore delegato possa realizzare quel corretto bilanciamento fra tutela della privacy e corretto espletamento della funzione giudiziaria ed amministrativa.

Prima di analizzare gli altri profili che il disegno di legge pone, occorre dar conto della normativa di riferimento che attualmente disciplina il casellario giudiziale.

Mentre inizialmente la relativa disciplina era contenuta nel codice di procedura penale (artt. 685-690 c.p.p.) e relative norme di attuazione (artt. 194-197 e 237), il successivo d.p.r. 313 del 2002 nel coordinare in un unico testo unico la disciplina di riferimento ha al contempo abrogato gli articoli del codice di procedura penali dedicati (art. 52).

Il T.U. disciplina oggi l'archivio dei dati relativi ai provvedimenti giudiziari e amministrativi riferiti a soggetti determinati (casellario giudiziale), l'archivio relativo alle sanzioni amministrative dipendenti da reato applicate agli enti ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 (anagrafe delle sanzioni amministrative) e l'archivio dei dati relativi ai provvedimenti giudiziari riferiti a soggetti che hanno la qualità di imputato e agli enti nei confronti dei quali si proceda ai sensi del d.lgs. 231 del 2001 (carichi pendenti).

Una prima disciplina volta al perseguimento della semplificazione e dell'efficienza è stata attuata attraverso il d.m. 25.1.2007 con cui sono state definite regole tecniche per il funzionamento del sistema informativo automatizzato e a consentire la completa operatività dei sistemi di interconnessione tra le diverse articolazioni degli uffici giudiziari e le P.A., consentendo l'acquisizione diretta dei certificati.

A seguito del predetto decreto ministeriale (anche alla luce delle modifiche attuate dal d.m. 31.10.2012) è attualmente operativo proprio dal 2007 il nuovo sistema del casellario (NSC).

La normativa dedica ampio spazio al catalogo dei provvedimenti che vanno iscritti nel casellario:

in materia penale si indicano i provvedimenti giudiziari di condanna definitivi, compresi quelli stranieri oggetto di riconoscimento ex art. 730 ss c.p.p. -; i provvedimenti di proscioglimenti definitivi per difetto di imputabilità o hanno applicato una misura di sicurezza; i provvedimenti giudiziari concernenti le pene (anche se condizionalmente

sospesa e con non menzione), le misure di sicurezza, le pene accessorie, gli effetti penali della condanna e la dichiarazione di abitudine, professionalità o tendenza a delinquere; i provvedimenti giudiziari concernenti le misure alternative, la liberazione condizionale, la conversione delle pene pecuniarie e la riabilitazione; i provvedimenti emanati dal P.M. di sospensione dell'ordine di esecuzione, detrazione del perfosfato e il provvedimento di cumulo delle pene concorrenti. Nonostante il dibattito che ha caratterizzato la natura della sentenza di patteggiamento, anche le stesse vengono iscritte nel casellario.

Mentre inizialmente non si faceva riferimento a quei provvedimenti di proscioglimento diversi dall'assoluzione per mancanza di imputabilità, ciò è stato risolto in alcuni casi specifici con la medesima normativa di disciplina dell'istituto.

Va segnalato ad esempio che a seguito della riforma attuata in tema di proscioglimento per particolare tenuità del fatto il decreto n. 67 del 2015 ha previsto, all'art. 4 la modifica dell'art. 3 comma 1 lett., lett. f), del d.p.r. 313 del 2002 inserendosi i provvedimenti di proscioglimento che abbiano dichiarato la non punibilità ai sensi dell'art. 131 bis del c.p.

Si consideri ancora che la legge n. 67 del 2014 ha infatti integrato le previsioni dell'art. 3 comma 1 lett. i-bis) con l'inserimento dell'ordinanza che, ai sensi dell'art. 464 - quater del c.p.p., disponga la sospensione del procedimento con messaggio alla prova; a sua volta la lettera i-ter fa riferimento alla ordinanza di sospensione del procedimento per assenza dell'imputato ex art. 420-quater c.p.p.

Alla luce del quadro appena tracciato, diviene allora chiaro come una delega in bianco come quella tratteggiata nell'articolo in commento pone non pochi problemi se non vengono quanto meno individuati i settori di intervento.

Vanno in ultimo svolte alcune considerazioni in ordine al tema della semplificazione e all'opportunità di realizzarlo attraverso un decreto legislativo (che non si limiti a fissare dei principi che la medesima legge delega avrebbe dal canto suo già prevedere). Allo stato la disciplina si fonda oltre che sul T.U. n. 313/2002 su decreti dirigenziali (del Ministero della Giustizia, del Ministero dell'interno e del ministero dell'Economia e delle Finanze) previsti dall'art. 42 del medesimo d.p.r. che hanno la funzione di fissare le modalità tecnico-operative di funzionamento del sistema attraverso uno strumento agile facilmente modificabile e che ha una funzione di specificazione tecnica. Se l'esigenza di semplificazione è certamente un obiettivo primario, non si vede il perché del realizzare tale obiettivo con un decreto legislativo, strumento questo certamente meno duttile dei

regolamenti, che nella situazione attuale hanno invece la funzione di dettare norme procedurali ed organizzative.

In conclusione, sarebbe forse più opportuno che il disegno di legge, nel concepire la legge delega in materia di revisione del casellario, indichi in modo più preciso l'ambito di intervento del decreto delegato, dettando in modo più preciso e definito i criteri direttivi, definendo il tema di intervento, sia indicando quali sono i punti che necessitano di adeguamento alla normativa penale e processuale rispetto alla quale si pongono esigenze di adeguamento, sia specificando gli ambiti attraverso cui realizzare in giusto equilibrio fra la tutela dei diritti personali dell'interessato e gli altri interessi contrapposti che vengono in gioco in relazione al trattamento dei dati del casellario. Sarebbe inoltre opportuno che il decreto legislativo conservi in ogni caso fermo l'attuale sistema delle fonti nel senso di non perseguire esso stesso in modo definito l'obiettivo della semplificazione ma lasciando aperta la possibilità di intervento ai regolamenti e ai decreti dirigenziali, in modo da garantire la massima duttilità del sistema alle nuove e sempre mobili frontiere tecnologiche.

## **OSSERVAZIONI SULLE PROPOSTE DI MODIFICA ALLA DISCIPLINA IN MATERIA DI PRESCRIZIONE**

La prescrizione del reato è istituto noto a tutti gli ordinamenti giuridici, ma, nella sua declinazione italiana, costituisce un *unicum*.

Invero, il confronto con altri paesi europei - ai quali tanto spesso ci si richiama quando la volontà politica di intervento normativo in un determinato settore è forte - evidenzia come l'Italia sia l'unica nazione in cui il termine di prescrizione continua a correre anche in pendenza del processo, nonostante lo Stato, con l'esercizio dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero, abbia mostrato l'inequivoca volontà di perseguire penalmente l'autore di un reato. Un decorso che prosegue, peraltro, sino a quando non si giunga alla definizione del procedimento con sentenza irrevocabile.

Ma l'unicità del sistema italiano è data anche dal contesto di norme processuali e di scelte di politica giudiziaria in cui l'istituto della prescrizione va ad operare. Un sistema penale caratterizzato dall'elevatissimo numero di procedimenti, determinato sia dal ricorso alla sanzione penale ogni volta che il sistema non riesca ad approntare efficaci

forme (civilistiche o amministrative) di tutela dell'interesse leso o del soggetto danneggiato dalla condotta antiggiuridica, sia dalla diffusione di tipologie di reato e di forme di criminalità organizzata presenti nel nostro paese in misura enormemente superiore a quella di altre nazioni europee.

Un sistema, pertanto, ingolfato sia da migliaia di "processetti", sia da centinaia di processi estremamente complessi per numero di imputati e reati contestati. Un sistema dove il ricorso ai riti alternativi è drammaticamente inferiore alla percentuale che era stata pronosticata al momento dell'entrata in vigore dell'attuale codice di procedura.

Un panorama nel quale il reiterato ricorso alla legislazione "clemenziale" rappresenta per gli operatori del settore (ed anche per gli imputati) una delle poche certezze da riporre nel futuro.

Un processo penale caratterizzato, altresì, dal divieto di *reformatio in peius*, tale da rendere l'impugnazione di qualunque sentenza, anche la più incontestabile, un sostanziale dovere del difensore. Un ambito, quindi, nel quale la durata del processo, spesso, può giocare a favore dell'imputato colpevole, anche quando non si verifichi l'eventualità più auspicata (dopo l'assoluzione), ossia l'estinzione del reato per prescrizione.

Questo spiega, ad esempio, la scelta, a prima vista incomprensibile, del rito ordinario da parte di imputati detenuti, in processi dove, all'esito di una faticosa e lunga istruzione dibattimentale, viene integralmente confermata l'ipotesi accusatoria, sulla base di un patrimonio probatorio sostanzialmente identico a quello a disposizione delle parti all'udienza preliminare.

In questo articolato panorama si inserisce il "fenomeno" italiano della prescrizione dei reati: una vera e propria falciante non solo per le fattispecie contravvenzionali, ma persino per molti delitti, sia ad offensività, per così dire, "monosoggettiva" (si pensi a percosse, lesioni, minacce, piccole truffe contrattuali), sia incidenti su beni di più ampio interesse (quali i reati contro la P.A., le truffe ai danni dello Stato, le truffe cd. "collettive o seriali", i reati fiscali e tributari).

Paradossalmente, sia che la prescrizione colpisca reati inerenti vicende di grande clamore ed interesse collettivo, sia che incida su reati con una singola persona offesa e di nessuna rilevanza mediatica, l'effetto sulla percezione dell'efficacia del sistema giustizia da parte del cittadino è identico. Essa accresce la sfiducia nell'amministrazione della

giustizia ed aumenta il senso di cronica impunità intorno a determinate categorie di reati.

E ciò ancor di più quando la “morte per prescrizione” sopraggiunge dopo un lungo e laborioso iter processuale, sviluppatosi in più gradi di giudizio, eventualmente dopo annullamenti con rinvio successivi all’esperienza dei mezzi di impugnazione.

A volte è il clamore suscitato da una singola sentenza ad indurre la politica a parlare di urgenza di procedere alla riforma delle norme in tema di prescrizione. Spesso con la prospettiva di soluzioni, come l’aumento delle pene massime edittali, ed il conseguente innalzamento del termine di prescrizione, puramente emergenziali e prive di qualunque approccio sistematico. Proposte a cui, non di rado, fa da contraltare la voce di chi ammonisce che la riforma non può essere forzata dai guai prodotti da qualche “giudice lumaca”.

In più occasioni la ANM, anche in seno al gruppo di studio istituito dal Ministro della Giustizia Severino nel novembre 2012, ha ribadito l’assoluta necessità di collegare la riforma della prescrizione a modifiche “di sistema”, che realizzino le precondizioni necessarie a ridurre l’incidenza del fenomeno e, quindi, il forte carattere patologico assunto nella realtà giudiziaria italiana.

Occorrono, cioè, processi celebrati a breve distanza di tempo dal fatto e, soprattutto, processi più rapidi.

In particolare, si è sottolineata la necessità di un approccio che includa interventi sul regime di deducibilità delle nullità ed una pragmatica rilettura dei principi di oralità ed immediatezza alla luce di quanto si osserva nella quotidianità delle aule giudiziarie (si pensi all’estensione del campo d’azione dell’art. 190 bis c.p.p., in relazione alla vuota liturgia della rinnovazione degli atti in caso di mutamento del giudice). Come improcrastinabile è stata, peraltro, più volte paventata anche una revisione critica del sistema delle impugnazioni, troppo spesso asservite ad una finalità puramente dilatoria.

Con specifico riferimento alle norme sulla prescrizione, la ANM ha sempre indicato quale soluzione regina la cessazione del decorso del termine in coincidenza con l’esercizio dell’azione penale, passaggio processuale che evidenzia inequivocabilmente l’interesse dello Stato a perseguire un determinato reato.

Proposta che, però, per quanto più intrinsecamente coerente con il principio giuridico a base dell’istituto della prescrizione del reato, suscita forti opposizioni - invero comprensibili in assenza di una riforma strutturale - per il pericolo che il sistema si vada

a “tarare” nel senso di consumare quasi integralmente il termine di prescrizione sino alla data di esercizio dell’azione penale, facendo poi procedere lentamente il processo nella fase del giudizio, per il venire meno della forza propulsiva derivante dal pericolo di prescrizione.

In linea subordinata, la ANM ha espresso parere favorevole ad un sistema che preveda, perlomeno, dei periodi di “congelamento” del termine di prescrizione, sia durante il processo di appello che di cassazione.

Strumento che, per quanto “ibrido”, costituisce almeno una presa d’atto del drammatico congestionamento delle Corti di appello e della difficile situazione della Suprema Corte e che realizzerebbe, ove attuato, una funzione dissuasiva rispetto ad impugnazioni supportate esclusivamente dalla speranza di ottenere la prescrizione del reato.

In conclusione, una riforma della prescrizione che non sia affiancata da una sistematica revisione del “nuovo” processo penale – ormai venticinquenne – rischia di essere comunque fonte di ulteriori e imprevedibili scompensi.

Si tratta di una riforma che deve andare di pari passo con una ragionata depenalizzazione di numerosi illeciti, per i quali, tuttavia, debbono essere individuate sanzioni amministrative di reale applicabilità o efficaci meccanismi di tutela riparatoria della persona offesa.

Al tempo stesso, occorre un ragionamento sereno e approfondito sul modo in cui attribuire realmente al giudice il ruolo di giusto *dominus* dei tempi del procedimento e del processo, a fronte di una prassi in cui il Pubblico Ministero sembra governare unilateralmente i tempi delle indagini preliminari e la difesa i tempi del giudizio. Invero, in assenza di un potere di approfondito sindacato da parte del giudice circa la reale necessità di determinati mezzi di prova, specie testimoniale, ed in mancanza di una sanzione di decadenza dalla prova nel caso di citazione negligente dei testi o di materiale impossibilità di reperirli, la durata del dibattimento rischia di essere – come spesso è – governata dalla parte che ritenga di poter trarre maggiori benefici dal rendere più lontana possibile la definizione del giudizio. E, analoghe considerazioni, debbono farsi sulla mancanza di strumenti che consentano al giudice un efficace controllo sulla durata delle indagini preliminari e sulle eventuali inerzie del pubblico ministero.

Altamente critica, sempre in tale prospettiva, è poi tutta la materia delle impugnazioni, sempre più lontane, come dimostrano le statistiche sul numero delle sentenze di riforma, dall’essere strumento per introdurre una seria istanza di rivalutazione di fatto e/o di

diritto, e sempre più utilizzate per dilatare i tempi necessari a giungere ad una sentenza irrevocabile.

In assenza di un intervento di tal fatta, e che purtroppo non appare assolutamente vicino, l'istituto della prescrizione rischia di continuare ad essere ancora per molto tempo una "forma di smaltimento" non dichiarata del carico della giustizia penale e, al tempo stesso, il parafulmine sul quale si riversano tutte le negatività prodotte dal sistema processuale.

La *ratio* della prescrizione è da sempre, e ovunque, identificata nell'*oblio* che cade sul reato per cui si procede una volta decorso, dalla sua commissione, un determinato periodo di tempo.

Tale periodo viene in genere individuato in funzione della gravità del reato (più il reato è lieve e più rapidamente cade l'oblio, e viceversa: tanto che i reati più gravi, quelli puniti con l'ergastolo, sono imprescrittibili).

Tuttavia, la condizione essenziale perché sul fatto di reato cada l'oblio è che lo Stato non abbia nel frattempo mostrato interesse alla sua persecuzione, *rimanendo inattivo*.

In questa prospettiva, la disciplina della prescrizione non può non tener conto della volontà dello Stato di perseguire efficacemente un reato prevedendo:

- tempi di prescrizione congrui e parametrati alla gravità del reato;
- una pluralità di atti interruttivi della prescrizione;
- la nuova decorrenza del termine di prescrizione dopo ogni atto interruttivo;
- il congelamento dei termini prescrizionali durante la durata del processo e fino alla sentenza di condanna, ovvero la non operatività della prescrizione dopo la sentenza di primo grado.

E' quello che avviene negli altri ordinamenti di *civil law* d'Europa (quelli di *common law* non conoscono l'istituto della prescrizione come causa di estinzione del reato ma solo come causa di estinzione dell'azione penale) in cui i termini di prescrizione vengono sostanzialmente sospesi durante tutta la durata del processo. In particolare:

- In **Francia** qualsiasi atto di istruzione o di accusa interrompe la prescrizione e il reato si prescrive dopo che siano trascorsi 10 anni dal compimento dell'ultimo atto interruttivo;
- In **Spagna** la prescrizione si interrompe quando il procedimento penale è “diretto” nei confronti del colpevole e il termine di prescrizione viene congelato durante tutta la durata del processo e fino ad una sentenza di condanna;
- In **Germania**, esistono dodici atti tipici con funzione interruttiva della prescrizione, e questa, dopo ogni atto interruttivo, comincia decorrere *ex novo* con un termine massimo rappresentato dal doppio dei termini di prescrizione ordinari. Tuttavia se viene pronunciata una sentenza di primo grado prima della scadenza del termine di prescrizione ordinario o prorogato, il termine prescrizionale resta sospeso sino alla definizione del processo “con forza di giudicato”.

L'introduzione di un “modello europeo” di prescrizione, attuabile sia con la sospensione della prescrizione durante la celebrazione del processo, sia con la interruzione definitiva della prescrizione con la sentenza di primo grado, avrebbe almeno **quattro importanti effetti positivi**:

- 1) eviterebbe scelte processuali difensive - compresa la mancata opzione per i riti alternativi - meramente dilatorie, con conseguente snellimento dei tempi processuali del primo grado;
- 2) eviterebbe impugnazioni finalizzate ad ottenere la prescrizione del reato con conseguente diminuzione del carico dei procedimenti pendenti in appello ed in cassazione;
- 3) consentirebbe il recupero di risorse umane (magistrati) per una più rapida definizione dei procedimenti penali e per far fronte al crescente numero delle cause civili;
- 4) uniformerebbe il nostro ordinamento alle indicazioni della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e alle previsioni promananti da fonti sovranazionali di origine pattizia, recentemente recepite dallo Stato italiano.

Utile al riguardo il parere espresso dal CSM il 6.4.11 in merito al disegno di legge sul cd. “processo breve”, nel quale si facevano ampie e condivisibili considerazioni

in merito all'inadeguatezza della disciplina italiana sulla prescrizione all'indomani della c.d legge Cirielli:

*“Già in occasione della delibera del 23.2.2005, riguardante “Problematiche concernenti le proposte di modifica legislativa dell'istituto di prescrizione così come attualmente regolato nel codice penale” in relazione all'esame della l. n. 251/2005 (cd. Legge Cirielli), è stato effettuato un monitoraggio sullo stato dei processi pendenti e sulle possibili conseguenze dell'applicazione delle norme del disegno di legge.*

*Sebbene risalente, la delibera citata restituiva una situazione di possibili ricadute di sistema decisamente rilevanti, ancorché assai differenziate in ordine alla natura dei reati coinvolti.*

*<<Se si tiene conto della durata media di un processo di merito, precisava la delibera, si può ragionevolmente concludere che quasi tutti i processi per reati puniti con la pena della reclusione compresa nel massimo tra i cinque e i sei anni e la grande maggioranza di quelli per reati puniti con la pena della reclusione massima di otto anni sono destinati a sicura prescrizione...Non solo, ma una ricognizione effettuata recentemente dalla Corte di cassazione ha permesso di accertare che si situa attorno ai nove anni il tempo medio di durata dei processi per reati puniti con pena compresa fra cinque e otto anni che giungono al vaglio della stessa Corte: per la massima parte dei processi, dunque, il termine prescrizionale maturerebbe prima della sentenza definitiva, ma dopo la decisione di appello, e cioè in un contesto che comporta per il sistema giustizia il massimo spreco di energie. E' evidente, dunque, che l'applicazione del nuovo regime ai processi in corso comporterà la vanificazione di gran parte del lavoro svolto dall'intero sistema giudiziario nel corso di alcuni anni>>.*

*omissis*

*In proposito va segnalato che l'Italia è stata già raggiunta da una segnalazione negativa dell'Unione Europea proprio con riferimento alla durata eccessiva dei processi per corruzione con riferimento a termini troppo brevi di prescrizione che determinano frequentemente una ineluttabile estinzione di un così grave reato.*

***La giurisprudenza della Corte di Strasburgo (In termini, Corte EDU, sentenze nn. 36813/97, 64890/01, 64699/01, 65102/01. Si veda anche la sentenza della Corte***

**di Strasburgo in data 5 luglio 2007, Locatelli c. Italia) va in direzione opposta rispetto alla proposta riduzione dei termini di prescrizione del reato che si risolve in un meccanismo che ostacola l'accertamento sul merito della questione dedotta in giudizio.**

*Invero, il diritto consacrato dall'art. 6 della Convenzione, e prima di essa dagli articoli 24 e 111 della nostra Costituzione, è anzitutto che il processo ci sia e che sia un processo che si concluda con una decisione di merito. In secondo luogo che sia un processo di durata ragionevole ed improntato agli altri principi descritti dalla norma costituzionale. Ciò che si chiede all'ordinamento italiano è, cioè, di trovare gli strumenti per accelerare lo svolgimento dei processi facilitando l'accertamento giudiziario, non certo di favorire l'espunzione dei reati prima ancora che ci sia una decisione nel merito.*

**Le nuove norme proposte in tema di prescrizione appaiono configgenti con le previsioni promananti da fonti sovranazionali di origine pattizia, recentemente recepite dallo Stato italiano.** Ci si riferisce, in particolare, alla Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003. La predetta Convenzione è stata ratificata dall'Italia con Legge 3 agosto 2009, n. 116. L'art. 2 della citata Legge n. 116/2009 stabilisce invero espressamente che "Piena ed intera esecuzione è data alla Convenzione" ONU contro la corruzione.

*La Convenzione raccomanda il rafforzamento, da parte degli Stati firmatari, delle misure sostanziali e processuali volte a prevenire e combattere la corruzione in modo sempre più efficace.*

*Non vi è dubbio, pertanto, che rientrano nell'ambito della Convenzione anche le figure di reato individuate dagli Stati aderenti al fine di contrastare il fenomeno corruttivo. Con riguardo all'Italia, vengono pertanto in rilievo i delitti contro la pubblica amministrazione di cui al Libro Secondo, Titolo II, del codice penale, delitti per i quali la pena edittale è, in numerosi casi, inferiore a dieci anni di reclusione e che perciò astrattamente rientrano nella previsione di modifica dei termini di prescrizione.*

**Tanto premesso, si osserva che l'art. 29 della Convenzione ONU contro la corruzione, stabilisce che "..ciascuno Stato Parte fissa, nell'ambito del proprio diritto interno, un lungo termine di prescrizione entro il quale i procedimenti possono essere avviati per uno dei reati stabiliti conformemente alla presente Convenzione". La previsione risente ovviamente dell'ambiente di common law in**

***cui la Convenzione stessa è maturata ove l'esercizio dell'azione penale mediante l'instaurazione del giudizio preclude l'ulteriore corso della prescrizione del reato.***

*Tanto chiarito è evidente che la ratio della disposizione sia quella di garantire l'effettiva celebrazione dei processi in materia di corruzione e non di favorirne l'estinzione per prescrizione. Rafforza il convincimento rilevare che l'art. 30 della Convenzione in esame raccomanda agli Stati di adottare le misure necessarie al fine di "ricercare, perseguire e giudicare effettivamente" i responsabili di fatti corruttivi (art. 30, comma II). L'articolo in commento invita poi gli Stati ad adoperarsi affinché i relativi procedimenti giudiziari si svolgano in modo tale da "ottimizzare l'efficacia di misure di individuazione e di repressione di tale reati" (art. 30, comma 3).*

### **omissis**

*Occorre poi soffermarsi su ulteriori elementi di natura sovranazionale che provengono da organismi operanti nell'ambito del Consiglio d'Europa, sia pure a livello non giurisdizionale. Ci si riferisce al rapporto redatto dal Gruppo di Stati contro la corruzione che agisce nell'ambito del Consiglio d'Europa (GRECO), che ha recentemente valutato le politiche anticorruzione poste in essere dall'Italia.*

***Il rapporto adottato il 2 luglio 2009 si sofferma sul dato relativo alla eccessiva durata dei processi, sottolineando il fatto che in Italia i processi per corruzione sovente non arrivano ad una decisione di merito, in considerazione del maturare del termine di prescrizione del reato, prima di una pronuncia definitiva. Nel Rapporto (PAR 54) si osserva che detta evenienza scardina l'efficienza e la credibilità del diritto penale, poiché in tali casi, pur in presenza di un forte quadro probatorio, il giudice deve pronunciare il non luogo a procedere per estinzione del reato. Ed il predetto rapporto si conclude con una raccomandazione all'Italia, ove si auspica l'individuazione di soluzioni che consentano di addivenire ad una pronuncia di merito, in un tempo ragionevole.***

***Un raffronto con i sistemi in vigore negli altri paesi relativamente alla prescrizione, dimostra come la nostra disciplina sia unica in Europa e sia destinata a determinare inevitabilmente un gran numero di estinzione dei reati per prescrizione.***

*I sistemi penali dell'area Common law non conoscono un istituto paragonabile alla prescrizione del reato, mentre la Francia prevede un sistema di prescrizione assai lungo dopo qualsiasi atto interruttivo. Così anche, il sistema penale spagnolo e quello tedesco nel*

quale è previsto che il reato si prescrive con il decorso di un periodo di tempo pari al doppio del termine prescrizione ordinario dopo l'avvio del processo.

**Come è evidente, in tutti gli ordinamenti menzionati l'istituto della prescrizione ha come ragione d'essere il venir meno dell'interesse dello Stato a perseguire il reato per il decorso del tempo.**

**Invece, nel sistema italiano, ancor più dopo la modifica normativa che si prospetta, la prescrizione sembra porsi quale regolatore della perseguibilità di alcune categorie di reati anche in relazione ai procedimenti pendenti.**

omissis”.

Così come appare pertinente il richiamo ad un recentissimo articolo di Antonio Balsamo, pubblicato su La Magistratura il 31.1.17:

**“Vi è, poi, un ulteriore “lato oscuro” del sistema italiano di prescrizione, che è stato posto in luce da alcune recenti pronunce della Corte di Strasburgo: precisamente, la sua incompatibilità con gli obblighi scaturenti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo in tema di tutela di determinati diritti fondamentali di particolare rilevanza.**

La prima pronuncia ad affrontare la questione è stata la **sentenza emessa il 29 marzo 2011 dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Alikaj contro Italia**, che ha ravvisato una violazione dell'aspetto procedurale del diritto alla vita, sancito dall'art. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quando la condanna di un agente dello Stato per un omicidio illegale (anche se commesso per colpa, e non con dolo) sia impedita dalla prescrizione, per effetto della durata del processo penale.

Tale sentenza ha fornito una precisa indicazione sull'incoerenza del modello italiano di prescrizione con gli standard internazionali di protezione dei diritti umani; essa ha individuato la vera anomalia del sistema penale italiano non tanto nella lunghezza dei tempi del processo, quanto nell'effetto estintivo che ne consegue in relazione a un comportamento lesivo del diritto alla vita, posto in essere da un “agente dello Stato”.

*In quest'ottica, la sentenza Alikaj è giunta a includere la prescrizione nella categoria delle "misure" inammissibili in quanto produttive dell'effetto di impedire una condanna nonostante l'accertamento della responsabilità penale dell'accusato.*

*La portata sistemica e innovativa della sentenza Alikaj è stata ben colta dal Primo Presidente della Corte di Cassazione, Ernesto Lupo, che nella relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2012 ha sottolineato come da essa possa trarsi il principio di diritto dell'incompatibilità con gli artt. 2 e 3 della Convenzione di un meccanismo di prescrizione che, per effetto della durata del processo, impedisca ogni reazione sanzionatoria con funzione dissuasiva rispetto ai comportamenti posti in essere da soggetti investiti di autorità pubblica, in violazione del diritto alla vita e del divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti.*

*Il problema è stato ulteriormente focalizzato dalla **sentenza emessa il 1° luglio 2014 dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Saba c. Italia**, proprio in relazione al divieto che discende dall'art. 3 della Convenzione.*

*La sentenza in questione, accogliendo il ricorso presentato da Valentino Saba, il quale aveva sporto una denuncia nei confronti di alcuni agenti penitenziari per atti di violenza avvenuti il 3 aprile 2000 all'interno del carcere di Sassari, dove egli era detenuto, ha dichiarato la sussistenza di una violazione dell'aspetto procedurale dell'art. 3 della CEDU, rilevando, in primo luogo, che l'eccessiva lunghezza del procedimento penale ha portato a una decisione di non doversi procedere per prescrizione nei confronti di sette imputati, il che non si concilia con l'obbligo delle autorità di condurre l'inchiesta con celerità.*

*Con le suddette pronunce, la Corte di Strasburgo ha fatto applicazione del principio, già affermato con riguardo a varie ipotesi di comportamenti contrari all'art. 2 o all'art. 3 della CEDU denunciati con ricorsi riguardanti altri Stati, secondo cui i relativi procedimenti penali devono necessariamente concludersi con una sentenza che accerti, nel merito, le eventuali responsabilità dei funzionari pubblici coinvolti, e non con una sentenza dichiarativa della prescrizione.*

*Si è in presenza di un vero e proprio deficit strutturale del sistema italiano, che condiziona pesantemente l'efficacia della repressione penale dei comportamenti contrari agli artt. 2 e 3 della CEDU, laddove non si traducano in delitti di gravità assai elevata: nel caso Alikaj l'effetto estintivo si era prodotto per un reato di omicidio colposo, mentre nel caso Saba le condotte degli imputati erano state ricondotte alla fattispecie di cui all'art. 608 c.p. (abuso*

*di autorità contro arrestati o detenuti), per la quale è comminata la pena della reclusione non superiore a trenta mesi. In simili ipotesi, appare particolarmente frequente il rischio di prescrizione, per il vistoso divario tra la complessità degli accertamenti processuali occorrenti e la sostanziale mitezza del trattamento sanzionatorio previsto.*

***Gli aspetti critici del modello italiano di prescrizione sono stati evidenziati anche dal Comitato contro la Tortura (Committee Against Torture) dell'ONU, che già nelle conclusioni e raccomandazioni formulate all'esito della 38<sup>a</sup> sessione di lavori, svoltasi nel 2007, ha espresso l'opinione che la repressione penale degli atti di tortura, assicurata mediante le figure delittuose previste dal codice penale italiano, non dovrebbe essere soggetta alla disciplina della prescrizione: si è raccomandata quindi una riforma di tale disciplina per garantirne la piena coerenza con le obbligazioni derivanti dalla Convenzione dell'ONU contro la tortura, in modo da rendere possibili le indagini, i processi e la punizione di simili atti senza limiti di tempo.***

*Apparendo estremamente problematica la strada del ricorso alla Corte costituzionale, che non potrebbe emettere una pronuncia additiva capace di incidere in peius sulla risposta punitiva, la soluzione di questo problema strutturale è rimessa esclusivamente al legislatore. Si tratta di una lacuna di regolamentazione che andrebbe colmata inserendo nell'ultimo comma dell'art. 157 c.p., che sancisce l'imprescrittibilità dei reati per i quali è comminata la pena dell'ergastolo, l'ulteriore riferimento ai fatti delittuosi commessi mediante condotte qualificabili come atti di tortura ovvero trattamenti inumani o degradanti.*

*Tale integrazione del dettato normativo sarebbe sicuramente coerente con la sua ratio, giacché in entrambe le ipotesi la sottrazione alla prescrizione sarebbe ricollegabile alla gravità del reato, desumibile nel primo caso dal massimo trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore nazionale, e nel secondo caso dalla violazione di valori cui l'ordinamento internazionale garantisce una tutela assoluta e inderogabile”.*

La disciplina della prescrizione è fondamentalmente dettata dagli artt. 157 ss. c.p. (altre disposizioni in tema di prescrizione sono contenute nella legislazione speciale:

cfr., ad es., in materia tributaria, artt. 17 D. Lgs. n. 74 del 2000, e 16 l. n. 4 del 1929), che sono stati notevolmente modificati dalla legge n. 251 del 2005 (c.d. legge ex-Cirielli).

Si tratta del primo caso in cui il parlamentare proponente ha disconosciuto la legge proposta, come modificata in Parlamento e conclusivamente promulgata, e probabilmente di una delle poche leggi alle quali (a prescindere da qualche spunto apprezzabile) è riuscita l'ardua impresa di mettere d'accordo tutti (o quasi) i commentatori in un giudizio di fondo sostanzialmente negativo.

La prescrizione del reato (come quella della pena) trova la sua *ratio* nel venir meno dell'interesse dello Stato alla punizione del reo dopo un determinato lasso di tempo, commisurato alla gravità del reato, e mira, al tempo stesso, ad assicurare la «durata ragionevole» del processo penale (artt. 6 Convenzione EDU e 111, comma 2, della Costituzione).

Alla disciplina della prescrizione del reato viene pressoché unanimemente riconosciuta nell'ordinamento interno **natura sostanziale (Corte cost., n. 393/06 e n. 324/08)**, con conseguente applicazione alle modifiche normative che la riguardano della disciplina dettata dall'art. 2, comma 4, c.p..

Molto diversa, in argomento, appare la **prospettiva europea**.

L'art. 7 della Convenzione EDU, che afferma il principio di irretroattività delle norme penali sfavorevoli con riguardo alle sole norme che prevedano nuove incriminazioni o pene superiori per fatti già incriminati, vieta di punire (o punire più severamente) un soggetto sulla base di una norma entrata in vigore dopo che fu posta in essere la condotta (**Corte EDU**, sez. II, 12 maggio 2012, Sud Fondi s.r.l. ed altri c. Italia, § 110). La disposizione non impedisce, tuttavia, l'applicazione a fatti anteriormente commessi, e non ancora prescritti, di una normativa sopravvenuta che preveda termini di prescrizione superiori: si ritiene, infatti, che il prolungamento del termine di prescrizione, pur ampliando il periodo entro il quale un reato può essere utilmente perseguito, e potendo quindi porsi in contrasto con gli interessi dell'imputato, non violi l'art. 7 della Convenzione, che non trova applicazione in

relazione a disposizioni di **carattere processuale** come, secondo la **giurisprudenza europea**, quelle in tema di prescrizione, sempre che questa, al momento dell'entrata in vigore della disposizione sopravvenuta sfavorevole, non sia già maturata (**Corte EDU**, sez. II, 22 giugno 2000, Coëme ed altri c. Belgio, § 149: la decisione riguardava un caso nel quale la giurisprudenza interna aveva ritenuto la retroattività di una disposizione sopravvenuta che – diversamente da quanto talora accaduto in Italia in anni recenti - aveva aumentato i termini di prescrizione, per scongiurare la prescrizione di plurimi reati contro la P.A. ascritti ad un influente uomo di Governo; la Corte EDU, in applicazione del principio, ha ravvisato violazione dell'art. 7 della Convenzione solo con riguardo ai reati che, alla data di entrata in vigore dei superiori termini di prescrizione, erano già prescritti, non anche con riguardo a quelli che alla medesima data ancora non lo erano, per i quali ha ritenuto legittimo il sopravvenuto aumento dei predetti termini).

L'esigenza di riformare *funditus* la disciplina della prescrizione è da più parti (e con intenti non sempre del medesimo segno) avvertita.

A prescindere dalle prese di posizione individuali o associative, meritano di essere ricordate le disincantate considerazioni sull'istituto e le intelligenti proposte *de iure condendo* operate da una acuta, pur se isolata, **giurisprudenza**, che osservava quanto segue:

*<<non v'è dubbio che la disciplina della prescrizione costituisca, nel nostro ordinamento, la prima causa della dilatazione dei tempi del processo>>*; pur riconoscendo la necessità della previsione di un termine di prescrizione, per non sottoporre la persona che ha commesso un reato all'eventualità dell'instaurazione del processo senza alcun limite temporale, all'infinito, la S.C. ha ricordato che l'esistenza dell'istituto è collegata al disinteresse dello Stato e dei consociati per la persecuzione del fatto-reato commesso: *<ma se questo disinteresse non esiste perché l'azione penale è stata tempestivamente - e comunque prima che il termine di prescrizione decorresse - esercitata non si vede perché l'imputato debba essere premiato per l'abilità sua e del difensore di dilatare i tempi del processo o anche soltanto per la complessità dell'accertamento che la natura del processo richiede>>*. Si è, inoltre, evidenziato che *<<la disciplina della prescrizione costituisce una delle cause (forse la più rilevante) di un ricorso limitato ai riti alternativi. Se non vi fosse la speranza di lucrare la prescrizione*

*certamente un numero assai maggiore di processi sarebbero definiti con i riti alternativi (si pensi a tutti i casi di responsabilità palese o addirittura di confessione dell'imputato) e si eviterebbe così, o si ridurrebbe sensibilmente, l'intasamento della sede dibattimentale che costituisce la causa principale della durata eccessiva del processo>>: non a caso, nei sistemi anglosassoni (nei quali l'esercizio dell'azione penale non è obbligatorio), solo una percentuale inferiore al 10% dei processi perviene alla fase dibattimentale. Sarebbe, pertanto, ragionevole <<sterilizzare i tempi del processo dopo l'esercizio dell'azione penale prevedendo la sospensione del decorso della prescrizione durante la durata del processo (non diversamente da quanto avviene nel processo civile)>>; per tutelare l'interesse dell'imputato alla definizione rapida del processo, <<potrebbero prevedersi comunque termini massimi (eventualmente nei soli casi in cui la durata del processo dipenda da inefficienze del sistema e non dalla complessità degli accertamenti) oltre i quali la sospensione non opera più sia all'interno di ciascun grado di giudizio sia nel passaggio da un grado all'altro del giudizio>>.*

**L'esercizio dell'azione penale da parte del P.M.** (atto che inequivocabilmente documenta l'attualità dell'interesse statale all'esercizio della pretesa punitiva) costituisce, allo stato, mero atto interruttivo della prescrizione (art. 160 c.p.p.).

Ciò premesso, non si può non condividere quanto affermato in argomento anche da una **dottrina** particolarmente autorevole:

*<<sia chiaro: la disciplina della nostra prescrizione è assurda. Basata sulla perdita di significato comunitario della persecuzione giudiziario per effetto del decorso del tempo, essa si attiva poi proprio quando la persecuzione giudiziaria si sta svolgendo e, magari, sta per giungere all'epilogo. Il trionfo dell'oblio viene sancito mentre si celebra il rito della memoria>> (T. PADOVANI, Promemoria sulla questione giustizia, in Cass. pen. 2007, 4026).*

Eppure, qualche sforzo di razionalizzare la disciplina è già stato compiuto.

In tema di responsabilità da reato degli enti, la disciplina della prescrizione è dettata dall'art. 22 d. lgs. n. 231 del 2001, a norma del quale:

- le sanzioni amministrative si prescrivono nel termine di cinque anni dalla data di consumazione del reato;

- interrompono la prescrizione la richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive e la contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'art. 59 stesso d. lgs.;

- per effetto della interruzione, inizia un nuovo periodo di prescrizione.

**Il comma 4 della disposizione, stabilisce, infine, che, nel caso in cui l'interruzione è avvenuta mediante la contestazione dell'illecito dipendente da reato, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio:** trattasi di previsione peculiare del sistema della responsabilità da reato degli enti immateriali.

Dovrebbe, pertanto, risultare agevole muoversi sulla falsariga di tale acuta innovazione.

Le proposte di modifica in corso di discussione appaiono coerenti con alcune delle esigenze e delle indicazioni sopra richiamate, ma non sembrano risolvere in radice il problema di scelte difensive, dalla scelta del rito alla proposizione delle impugnazioni, esclusivamente finalizzate a “lucrare” la prescrizione.

Vediamole nel dettaglio:

- **(art. 7 – modifica all'art. 157 c.p.):** nel sesto comma, che indica una serie di reati i cui termini di prescrizione sono raddoppiati rispetto a quelli ordinari, si prevede l'inserimento della previsione dell'aumento del termine di prescrizione, questa volta in misura pari alla metà di quelli ordinari, per i reati di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318), corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319) e corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter).

La modifica sembra recepire le indicazioni della Giurisprudenza di Strasburgo e dei rapporti GRECO e dare attuazione alla Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003 e ratificata dall'Italia con Legge 3 agosto 2009, n. 116 (l'art. 2 della citata Legge n. 116/2009 stabilisce invero espressamente che “Piena ed intera esecuzione è data alla Convenzione” ONU contro la corruzione).

Si tratta, tuttavia, della classica norma-manifesto che non incide sulle inefficienze strutturali che stanno negativamente condizionando la lotta alla corruzione ed è, quindi, improduttiva di utili effetti (se i processi per corruzione non si riescono a fare, è inutile aumentare i termini di prescrizione).

L'allungamento dei termini di prescrizione risulta difatti poco utile se non accompagnata da interventi volti a facilitare l'attività di indagine e l'emersione del patto corruttivo adottando ad esempio una norma che preveda benefici significativi per il primo che rompa l'accordo illecito.

Restano, peraltro, incomprensibilmente fuori dal raddoppio dei termini di prescrizione i reati di cui agli artt. 314, 317, 319 quater c.p., 320 c.p., 321, 322, 322 bis che presentano un'evidente omogeneità, in termini di soggetto attivo, struttura del reato e bene giuridico protetto, con quelli indicati nella novella.

- **(art. 8 – modifica all'art. 158 c.p.)**: si prevede l'inserimento di un ultimo comma a norma del quale, per i reati indicati nell'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. commessi in danno di soggetti minorenni, il termine di prescrizione decorre:

- se l'azione penale non è stata esercitata prima del compimento della maggiore età da parte della p.o., dal compimento del 18° anno di essa;
- se l'azione penale è stata esercitata prima del compimento della maggiore età da parte della p.o., dall'acquisizione della notizia di reato.

In entrambi i casi, si prescinde, quindi, dalla data del commesso reato; trattasi di norma i cui effetti saranno certamente non negativi e che – essendo rivolta a predisporre una tutela rafforzata dell'integrità fisica dei minorenni, bene-interesse di indubbio rilievo costituzionale, – potrebbe evitare censure di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost..

Tuttavia, non ci si può esimere dalle seguenti osservazioni critiche.

Francamente ardua si palesa l'applicazione della norma nei casi di pornografia minorile, detenzione di materiale pornografico, pornografia virtuale, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile; casi tutti nei quali l'applicazione della norma

crea più problemi di quanti ne voglia risolvere, non potendosi evidentemente accertare il raggiungimento della maggiore età nei casi di minori solo rappresentati e mai identificati. Allo stesso modo, fissare il termine di decorrenza della prescrizione al momento della acquisizione della notizia di reato è troppo generico e porterebbe a discussioni processuali infinite.

Più semplice e legato a dati meno opinabili prevedere per tutti i reati suddetti: **<<Per i reati previsti dall'articolo 392, comma 1-bis, del codice di procedura penale, il termine di prescrizione decorre dal momento in cui il pubblico ministero acquisisce la notizia di reato>>.**

Il valore rafforzativo della capacità di risposta giurisdizionale derivante dalla modifica, è positivamente rilevabile invece ove si proceda per i reati previsti dagli articoli 572, e 609 bis, quater quinquies ed octies. Pur tuttavia, tale effetto è massimo per i casi di procedibilità d'ufficio, mentre si riduce notevolmente nei casi di procedibilità a querela mancando il coordinamento con la disciplina che regola i termini di esercizio del potere di proporre querela da parte del minore. Come è noto non tutti i delitti in materia sessuale che coinvolgono i minori sono procedibili d'ufficio, si pensi ai casi dell'articolo 609 quater ove manchi relazione di garanzia abusante -abusato: in tali casi la consunzione del termine per la proposizione della querela, pur maggiormente ampio ex art. 609 septies, vanifica il rilievo applicativo della norma in esame, anche perché la disposizione novellata prevede che la decorrenza del termine prescrizionale al compimento del 18° anno valga solo nei casi in cui l'azione penale non sia stata precedentemente esercitata, ponendo altrimenti l'avvio della prescrizione all'acquisizione della notizia di reato. Poiché nei casi di procedibilità a querela l'esercizio dell'azione penale è ad essa subordinata, agli effetti pratici la innovazione è modesta poiché ove la querela sia proposta e l'azione penale avviata, consente lo slittamento del termine al massimo nella misura di sei mesi; l'ipotesi di avvio al momento del compimento del 18° anno è invece residuale perché riguarda solo casi marginali in cui il fatto sia risalente a non più di sei mesi dal compimento del diciottesimo anno e l'azione penale non sia stata esercitata, con effetto pratico di poco diverso dal caso precedente.

- (**art. 9 - modifica all'art. 159 c.p.**) vengono diversamente disciplinate alcune cause di sospensione della prescrizione.

Si prevede, in particolare, che:

- in caso di autorizzazione a procedere, la sospensione (attualmente non determinata) operi <<dalla data del provvedimento con cui il pubblico ministero presenta la richiesta al giorno in cui l'autorità competente la accoglie>>. La disposizione anticipa in altra sede quanto già previsto dall'art. 159, comma 2 (del quale si prevede, infatti, l'abrogazione), ed è quindi priva di portata innovativa;

- in caso di deferimento della questione ad altro giudizio, la sospensione (attualmente non determinata) operi <<sino al giorno in cui viene definito il giudizio cui è stata deferita la questione>>.

Vengono inserite tre nuove ipotesi di sospensione, in caso di:

- comma 1, n. 3-*ter*: rogatorie all'estero, dal provvedimento che dispone una rogatoria sino al giorno in cui l'autorità richiedente riceve la documentazione richiesta, o comunque decorsi sei mesi dal provvedimento che dispone la rogatoria;

- comma 1, n. 3-*quater*: perizie che comportino accertamenti di particolare complessità disposte nell'udienza preliminare o nel dibattimento su richiesta dell'imputato, dalla data del provvedimento di affidamento dell'incarico sino al giorno del deposito della perizia, comunque per un tempo non superiore a tre mesi;

- comma 1, n. 3-*quinqies*: presentazione di dichiarazione di ricsuzione ai sensi dell'art. 38 c.p.p., dalla data di presentazione della stessa sino a quella della comunicazione al giudice procedente del provvedimento che dichiara l'inammissibilità della medesima.

La prima trova la sua *ratio* nell'esigenza di non computare nel corso della prescrizione i tempi necessari alla acquisizione di una prova all'estero che non dipendono dal nostro ordinamento e dalle autorità del nostro Paese. La seconda e la terza hanno il comune denominatore di essere legate ad iniziative o richieste dell'imputato e dei suoi difensori che non si vuole siano meramente strumentali a "lucrare" la prescrizione, in linea con quanto già previsto dall'art. 159 comma 1 n. 3.

A tanto si affiancano ulteriori osservazioni:

- il comma 1, n. 2), indica il termine finale della sospensione ma *sarebbe opportuno specificare che la definizione del diverso giudizio deve avvenire con sentenza irrevocabile;*
- il comma 1, 3-quinquies, non prevede cosa accade in caso di accoglimento della istanza di ricusazione, *se ne deve trarre la conclusione che in caso di ricusazione fondata il termine di prescrizione non è sospeso.*

Altre due ipotesi di sospensione vengono previste dal nuovo comma 2, a norma del quale il corso della prescrizione rimane altresì sospeso:

- 1) dal deposito della sentenza di condanna di primo grado sino al deposito della sentenza che definisce il grado successivo di giudizio, per un tempo comunque non superiore a due anni, oltre i termini previsti dall'art. 544, commi 2 e 3, c.p.p.;

- 2) dal deposito della sentenza di secondo grado, anche se pronunciata in sede di rinvio, sino alla pronuncia della sentenza definitiva, per un tempo comunque non superiore ad un anno, oltre i termini previsti dall'art. 544, commi 2 e 3, c.p.p.

In relazione a queste ultime ipotesi, i nuovi commi 3 e 4 rispettivamente stabiliscono che:

- (nuovo comma 3) i periodi di sospensione di cui al secondo comma sono computati ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere dopo che la sentenza del grado successivo ha assolto l'imputato ovvero ha annullato la sentenza di condanna nella parte relativa all'accertamento della responsabilità;

- (nuovo comma 4) se durante i termini di sospensione di cui al secondo comma si verifica un'ulteriore causa di sospensione di cui al primo comma, i termini sono prolungati per il periodo corrispondente.

La novella, dopo aver razionalizzato la disciplina riguardante i casi di sospensione della prescrizione in caso di deferimento della questione ad altro giudizio, muove dall'apprezzabile intento di "sterilizzare", per quanto possibile, i tempi di trattazione del procedimento (ipotesi *sub 3-ter* e *3-quinquies*) e del processo (le altre), attraverso la previsione di nuove ipotesi di sospensione della prescrizione miranti a disincentivare l'imputato dal coltivare – a mero scopo dilatorio – talune facoltà processuali (è, in particolare il caso della ricusazione) o comunque a recuperare, almeno in parte, i tempi, talora particolarmente dispendiosi, necessari per il compimento di talune attività (rogatorie, perizie). La previsione di cui al n. *3-quater* potrà indurre gli imputati a non sollecitare la nomina del perito, se non strettamente necessaria in relazione alla propria strategia difensiva, e potrà in tal modo sortire effetti acceleratori anche quanto alle impugnazioni (non proponibili per dolersi della mancata nomina del perito, da chi quella nomina non aveva sollecitato).

A tal ultimo riguardo potrebbe essere opportuno eliminare il riferimento alla richiesta da parte dell'imputato al fine di rendere operativa la norma anche laddove la richiesta di perizia sia avanzata dal pm e/o dalla parte civile o la richiesta dell'imputato sia fatta propria dal PM e/o dalla parte civile.

Particolarmente innovative sono le previsioni di cui al nuovo comma 2, che introducono la sospensione della prescrizione (sia pure non *in toto*, ma pur sempre per un ampio periodo di tempo predeterminato, cui si aggiunge il termine per il deposito dei motivi *ex art. 544*, commi 2 e 3, c.p.p.), in caso di impugnazione contro una sentenza di condanna, che viene *ex post* meno in caso di esito favorevole all'imputato dell'impugnazione.

Sembrerebbe di comprendere, stante il periodare non scandito da alcuna punteggiatura, che il rilievo dei periodi di sospensione non è immediato, ma vada riconosciuto solo dopo che la sentenza del grado successivo abbia assolto l'imputato, o annullato la sentenza di condanna in punto di responsabilità.

Visto il riferimento generalizzato al comma secondo, senza distinzione tra i diversi numeri di cui ai punti 1 e 2, la disposizione sembra doversi applicare ad entrambe le ipotesi.

L'innovazione, tuttavia, ove letta in relazione alle norme che regolano i meccanismi di impugnazione, assume portata ridotta.

Quanto al punto numero 1) il requisito per riconoscere questa prima fascia di sospensione è legato alla condizione che sia stata emessa condanna in primo grado e quindi, stante la formulazione del terzo comma, che questa sia riformata in appello e cioè sia intervenuta pronuncia assolutoria di secondo grado. Poiché la assoluzione di merito come ovvio prevale sulla prescrizione, la norma è inutile, ergo si potrebbe ipotizzare che l'applicazione sia postergata al caso in cui il processo prosegua, evidentemente su iniziativa dell'organo dell'accusa, fino al terzo grado di legittimità. Ma anche in questo caso non si potrebbe procedere al recupero perché il meccanismo delineato nel comma 3) prevede che ciò possa avvenire solo (oltre al caso di assoluzione nel grado successivo) in caso di "annullamento della sentenza di condanna nella parte relativa all'accertamento di responsabilità". Quindi nell'ipotesi di condanna in primo grado, con riforma assolutoria in appello, e impugnazione dell'assoluzione del P.G. non sembra che vi sarebbero mai i requisiti per procedere al recupero dei periodi di sospensione della prima fascia. Appare difficile pure ipotizzare il recupero nell'ambito del giudizio di rinvio, poiché il computo dei termini è legato al fatto che la sentenza di condanna sia annullata nella parte relativa all'accertamento della responsabilità. Quindi in nessuno di questi casi si potrebbe procedere al recupero del periodo di sospensione della prescrizione della fase di cui al punto 1.

Seconda ipotesi :sentenza assolutoria di primo grado. Il recupero del termine prescrizionale di cui al punto numero 1) è precluso, per definizione,dalla circostanza che non si tratta di sentenza di condanna.

Nell'ipotesi in cui dopo sentenza assolutoria di primo grado si dovesse giungere alla condanna in appello a seguito di impugnazione del pubblico ministero, la fruizione del periodo di sospensione non riguarderebbe comunque più la fase n. 1 ma quella di cui al punto 2 e solo nel caso in cui la Corte di Cassazione abbia annullato la sentenza d'appello di condanna dell'imputato nella parte relativa all'accertamento della responsabilità, si potrebbe procedere al recupero nel giudizio di rinvio; trattasi all'evidenza di ipotesi del tutto residuale, limitata, stante il divieto di *reformatio in peius* in appello, all'iniziativa di impugnazione del P.M. e comunque ridotta al solo recupero del periodo di sospensione di cui alla fase n. 2 e mai di quella del n. 1 visto che in primo grado non vi era stata condanna.

Attraverso la normazione in esame si introduce, peraltro, una sorta di presunzione di persistenza dell'interesse alla pretesa punitiva statutale *secundum eventum*, di certo

a-sistematica (oltre che irragionevole: si prevede, infatti, la sospensione della prescrizione per i dibattimenti di appello più semplici, perché conseguenti a condanne in primo grado, che dovrebbero di massima non comportare necessità istruttorie, non anche per quelli conseguenti a sentenze di assoluzione in primo grado, nei quali - secondo le attuali tendenze giurisprudenziali - sarà generalmente necessario riassumere le prove dichiarative, con inevitabile allungamento dei tempi di trattazione), che, nelle intenzioni dei proponenti, dovrebbe scongiurare la proposizione di impugnazioni con mere finalità dilatorie (una volta allontanata considerevolmente la prospettiva di impossessarsi del “beneficio” della prescrizione). Non si considera, peraltro, che per l'imputato colpevole, soprattutto se di reati per i quali sia previsto un termine di prescrizione breve, l'unica possibile speranza di salvezza è spesso costituita da un annullamento per ragioni processuali (che, a fini della novella, è pur sempre un annullamento), per inseguire il quale sarà ancora necessario coltivare ogni possibile mezzo di impugnazione. E resta sempre tutto da verificare l'interesse del ceto forense alla implicita prospettiva di rinuncia alla presentazione di impugnazioni che, anche quando meramente dilatorie, costituiscono pur sempre occasione di lavoro retribuito, sovente anche a spese dello Stato.

Peraltro, i termini previsti non decorrono dalla presentazione dell'impugnazione o dalla fissazione dell'udienza, ma dal deposito della sentenza di condanna da parte del giudice di primo grado e di appello, di talché continueranno a valere, ai fini della prescrizione, i termini di cui agli artt. 585, 601, 610 c.p.p.

Appare dunque chiaro che il termine di sospensione della prescrizione coprirà solo una minima parte del periodo di tempo compreso tra il deposito della motivazione della sentenza di primo e secondo grado e la conclusione del grado successivo.

E questo nonostante sia stata fatta la scelta di aggiungere alla sospensione di due anni nella fase del giudizio di appello e di un anno nella fase del giudizio di legittimità anche il termine per il deposito della motivazione previsto dall'art. 544 commi 2 e 3 c.p.p.

Uno dei punti nodali della riforma avrebbe dovuto riguardare la sospensione del corso della prescrizione con l'esercizio dell'azione penale, vale a dire una volta che lo Stato ha manifestato il proprio interesse a perseguire quel reato.

Dopo una lunga diatriba, si sarebbe dovuti pervenire a un traguardo minimo, comunque accettabile, della sospensione del corso della prescrizione con la pronuncia della sentenza di primo grado.

Le modifiche non sono però in tal senso, perché con il sopra denunciato sistema delle deroghe e delle eccezioni disegnano un quadro che desta sconcerto soprattutto

immaginandone le implicazioni pratiche per i giudici della cassazione impegnati in complessi calcoli matematici.

Nell'ambito di una proposta di riforma organica della materia, la Commissione ministeriale per la riforma del codice penale, presieduta da Giuliano Pisapia (cosiddetta «Commissione Pisapia»), nel corso della XV legislatura, aveva valutato diversi possibili assetti della disciplina in materia di prescrizione e di essi si era diffusamente parlato all'interno della relazione al disegno di legge atto Senato n. 1043, della XVI legislatura; «Delega al Governo per la riforma della parte generale del codice penale» (primo firmatario Casson), già depositato in Senato il 24 settembre 2008 e il cui esame in commissione Giustizia è iniziato nella seduta dell'11 marzo 2009.

L'approfondimento svolto dalla Commissione Pisapia aveva evidenziato che una razionale riforma dell'istituto della prescrizione deve tener conto dei fattori di ineffettività dell'ordinamento penale e che la scelta tra diverse opzioni non deve essere guidata da una cornice puramente valoriale: la difesa sociale *versus* la garanzia del reo. In realtà, sia la garanzia dei diritti di imputati e rei, sia l'effettiva difesa della società dall'illegalità puntano al medesimo risultato: l'applicazione della pena in tempi ragionevoli, comunque quanto più ravvicinati nel tempo alla commissione del reato. Non si può infatti ritenere efficace un sistema che infligga la pena a grande distanza di tempo dai fatti, tanto da non essere più ricordati dalla collettività: una prescrizione «dilatata» non è strumentale ad un diritto penale effettivo, ma rappresenta la ratifica di un diritto penale inefficace ed incerto.

La prescrizione, poi, non può essere delineata a prescindere dal processo penale.

Pertanto, seppur a maggioranza, la Commissione Pisapia aveva ritenuto che l'intervento di riforma dovesse orientarsi nel seguente modo:

1) distinta regolamentazione di due regimi prescrizionali: uno precedente all'azione penale; l'altro che interviene quando l'interesse pubblico alla punizione si sia manifestato tramite l'esercizio dell'azione penale;

2) i termini del primo tipo di meccanismo prescrizionale devono essere parametrati in funzione della gravità del reato, valutato sulla base della pena edittale, tenendo conto delle eterogenee comminatorie edittali presenti nel nostro ordinamento. Anche in questo caso a maggioranza la Commissione aveva ritenuto di definire tali termini per classi (numericamente ridotte) di fattispecie, come previsto dal codice penale prima dell'attuale normativa, e non sulla base della pena edittale massima prevista per il singolo reato;

3) una volta esercitata l'azione penale, la prescrizione deve essere delineata sulla base dei tempi di accertamento richiesti dalla tipologia del processo (individuati tramite limiti temporali ben definiti);

4) previsione di cause di sospensione della prescrizione cosiddetta processuale, tra cui lo svolgimento di perizie di particolare complessità, rogatorie internazionali, impedimento dell'imputato o del difensore, dichiarazione di ricusazione, eccetera. Ne consegue che la prescrizione non rientrerebbe più tra le cause di estinzione del reato, ma tra le cause di procedibilità (ovvero, come pare orientata la commissione per la riforma del codice di procedura penale, come «causa di decadenza»).

In linea con le condivisibili conclusioni della Commissione Pisapia, una strada percorribile opportuna sarebbe stata quella di modificare gli attuali articoli 157 e 159 del codice penale, aggiungendo la definitiva inoperatività della prescrizione dopo la pronuncia della sentenza di primo grado.

Un'ipotesi di modifica efficace, coerente e convincente potrebbe essere quella di cui al DDL 708 Senato che si riporta di seguito:

*L'articolo 157 del codice penale è sostituito dal seguente:*

*«Art. 157. - (Prescrizione del reato. Tempo necessario a prescrivere). -- La prescrizione estingue il reato se l'azione penale non viene esercitata:*

*1) entro quindici anni dalla consumazione del reato per i reati puniti con pena detentiva non inferiore a dieci anni;*

*2) entro dieci anni dalla consumazione del reato per i reati puniti con pena detentiva non inferiore a cinque anni;*

*3) entro sette anni dalla consumazione del reato per i reati puniti con pena detentiva inferiore a cinque anni;*

*4) entro cinque anni dalla consumazione del reato per i reati puniti con pena pecuniaria.*

*Se l'azione penale è stata esercitata nei termini indicati nel codice di procedura penale e comunque entro i termini indicati nel primo comma, ai fini della prescrizione decorre il termine ulteriore di cinque anni per la pronuncia del dispositivo che conclude il primo grado di giudizio. Dopo la sentenza di primo grado la prescrizione cessa di operare.*

*I termini di cui al primo comma sono aumentati della metà quando si procede in ordine a taluno dei reati di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale e ai delitti di cui agli articoli 449, 589, secondo e terzo comma, nonché per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater del codice di procedura penale.*

*Quando per il reato siano previste, alternativamente ovvero cumulativamente, pene di specie diversa, per determinare il termine di prescrizione si fa riferimento alla pena più grave.*

*La prescrizione non estingue i reati per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti.*

*Per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per il reato consumato o tentato, senza tener conto della diminuzione per le circostanze attenuanti e dell'aumento per le circostanze aggravanti, salvo che per le aggravanti, per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale, nel qual caso si tiene conto dell'aumento massimo di pena previsto per l'aggravante.*

*Non si applicano le disposizioni dell'articolo 69 e il tempo necessario a prescrivere è determinato a norma del sesto comma».*

Alla base del ragionamento del legislatore italiano che ha ora previsto dei momenti di sospensione del termine di prescrizione- collegati unicamente all'emissione di una sentenza di condanna e non a qualsivoglia statuizione giurisdizionale - vi è l'idea che la potestà punitiva dello Stato debba arrestarsi di fronte al tempo del processo, più questo si prolunga meno lo Stato ha diritto di punire.

In questo senso la prescrizione assume le vesti di una sanzione diretta a stigmatizzare l'irragionevole durata del processo.

Si tratta di una impostazione evidentemente fallace: la prescrizione non è legata alla durata del procedimento, ma al fatto che il tempo trascorso prima che lo Stato abbia manifestato la sua volontà di perseguire l'autore del reato, ha determinato l'oblio dell'illecito nella coscienza sociale.

Viceversa una volta iniziato il procedimento penale lo Stato dimostra di avere intenzione di perseguire l'autore del reato, sicché quest'ultimo non matura alcun diritto di rimanere indenne dalla sanzione ma piuttosto ad essere processato entro un lasso di tempo ragionevole.

Già anteriormente alla sentenza Taricco, autorevole dottrina, richiamandosi al modello tedesco che blocca definitivamente la prescrizione al momento dell'emissione della sentenza di condanna, aveva sottolineato la necessità di distinguere tra un termine di prescrizione sostanziale (anteriore al processo) e un termine del procedimento (che si istaura una volta che il procedimento abbia inizio facendolo coincidere con l'assunzione

da parte dell'autore della qualifica di imputato). Solo per la prescrizione sostanziale avrebbe senso prevedere un termine massimo di estinzione del reato per quello processuale invece occorrerebbe agire sulla pena.

Alla luce di quanto osservato si potrebbero formulare le ulteriori seguenti proposte

### **Proposta A**

Distinguere la prescrizione sostanziale da quella processuale e prevedere termini di decorrenza solo per la prima ipotesi e correlate cause di interruzione. La prescrizione sostanziale decorrerà dal momento di commissione del fatto fino al momento dell'esercizio dell'azione penale, momento in cui lo Stato manifesta la volontà di punire l'autore del reato.

Nel caso di prolungamento del procedimento tale da determinare una violazione del termine di ragionevole durata del processo, il giudice determinerà seguendo i criteri di cui all'art. 133 c.p. la pena da detrarre.

### **Variante della proposta A**

Il legislatore si incaricherà di prevedere termini di durata delle varie fasi del processo e nell'ipotesi di un loro superamento indicherà l'entità di pena da decurtare in caso di sentenza di condanna (ciò al fine di evitare che spetti al giudicante volta per volta sia accertare quando si sia violata la durata ragionevole del processo sia l'entità della pena da detrarre, trattasi di opzione che tuttavia sconta il grave inconveniente di prevedere termini di fase rigidamente considerare la diversa complessità del procedimento)

Il legislatore potrebbe infine prevedere una nuova causa di proscioglimento per irragionevole durata del procedimento a fronte di procedimenti la cui durata sia macroscopicamente prolungata ovvero nel caso in cui il PM eserciti l'azione penale in limine alla prescrizione del reato.

### **Proposta B**

Sospendere la prescrizione del reato al momento dell'emissione della statuizione giurisdizionale, indipendentemente se trattasi di sentenza di condanna o di proscioglimento, considerato che in entrambi i casi lo Stato manifesta in modo chiaro la volontà di interessarsi all'autore del reato e tenuto conto che l'ulteriore ratio riconosciuta alla prescrizione è quella legata all'accrescersi delle difficoltà di prova a seguito del decorso del tempo di commissione del reato; situazione che cesserebbe di esistere una

volta che il compendio probatorio è cristallizzato in una sentenza, indipendentemente dal suo contenuto.

Del resto appare del tutto incongrua la novella disposizione secondo cui la sospensione del termine di prescrizione si verifica solo in caso di sentenza di condanna, tenuto conto che così si prevedono due termini diversi per l'estinzione del medesimo fatto tipico.

**(art. 10 – modifica all'art. 160 c.p.)** viene inserito tra gli atti interruttivi della prescrizione anche l'interrogatorio reso davanti alla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero, in precedenza esulante dall'elencazione tassativa della disposizione: la lacuna non era colmabile, per il divieto di analogia *in malam partem* (**Cass. SU**, n. 33543/01); diversamente, la giurisprudenza già riconosce valenza interruttiva della prescrizione del reato all'invito a presentarsi rivolto dal P.M. all'indagato per rendere l'interrogatorio, anche se a questo abbia poi proceduto un ufficiale di Polizia giudiziaria all'uopo delegato dal Pubblico Ministero (**Cass. III**, n. 18919/14).

La modifica viene incontro ad una esigenza palesata soprattutto dai PPMM, e va accolta favorevolmente, perché colma una lacuna effettivamente priva di razionale giustificazione.

Trattasi di una novità del tutto ragionevole, oltre che opportuna, atteso che la Suprema Corte si era più volte espressa nel senso di non ritenere suscettibile di interpretazione estensiva l'attuale previsione normativa che individua, quale causa di interruzione, il solo interrogatorio da parte del PM.

- **(art. 11 – modifica all'art. 161 c.p.)** si conferma che l'interruzione della prescrizione ha effetto per tutti coloro che hanno commesso il reato, come attualmente stabilito; la novella riguarda i soli casi di sospensione, che si prevede abbia effetto non più per tutti coloro che hanno commesso il reato, come attualmente stabilito, ma <<limitatamente agli imputati nei cui confronti si stia procedendo>>.

La giurisprudenza ritiene attualmente che, ai sensi dell'art. 161 c.p., la sospensione e l'interruzione della prescrizione hanno effetto, a prescindere dalla contestuale valutazione procedimentale delle relative posizioni, per tutti coloro che hanno commesso il reato e dunque anche per coloro che vengano imputati del reato in un momento successivo (**Cass. VI**, n. 3977/10); la disposizione viene interpretata nel senso che la regola si applica anche agli imputati dello stesso reato nei cui confronti l'azione penale sia esercitata in un momento successivo, anche dopo il proscioglimento della persona inizialmente imputata (**Cass. V**, n. 31695/01: in applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto che non fosse maturato il termine di prescrizione in un caso nel quale l'imputazione era stata elevata nei confronti dell'imputato dopo l'archiviazione del procedimento inizialmente avviato nei confronti di altra persona, la quale era stata tempestivamente sottoposta ad interrogatorio, considerato atto interruttivo efficace anche nei confronti del coimputato all'epoca estraneo al procedimento).

Ciò premesso, deve rilevarsi che la novella sovverte un quadro ormai consolidato e va vista con sfavore, comportando effetti indiscutibilmente *favorables*, dei quali non si comprende la possibile giustificazione, ostacolando la punizione dei colpevoli di reati che richiedano in fase genetica indagini complesse per identificare i possibili autori, in relazione ai quali l'estensione anche a quanti all'epoca fossero estranei al procedimento degli eventi sospensivi maturati nei confronti di quanti, al contrario, già ne costituissero parte, può rivelarsi essenziale.

La **giurisprudenza** ritiene, inoltre, che l'estensione dell'effetto sospensivo od interruttivo al reato connesso si produce a condizione che la causa della interruzione o sospensione del termine si sia verificata dopo la riunione dei procedimenti (**Cass. V**, n. 38078/05); inoltre, la sospensione del corso della prescrizione si estende a tutti i coimputati del medesimo processo allorché costoro, anche ove non abbiano dato causa essi stessi al differimento, non si siano opposti al rinvio del dibattimento ovvero non abbiano sollecitato (se praticabile) l'eventuale separazione degli atti a ciascuno di essi riferibili (**Cass. fer.**, n. 34896/07 e n. 49132/13).

In riferimento a tali ultime evenienze, nelle quali non è argomentabile l'estraneità al procedimento dei soggetti cui l'evento sospensivo non si riferisca, la novella è improduttiva di effetti.

La novella appare poco comprensibile e mal scritta: poco comprensibile perché non sembra esservi alcun motivo per distinguere sul piano soggettivo i destinatari della interruzione e della sospensione (si consideri che anche la L. 251/05 non aveva modificato il primo comma dell'art. 161 c.p.); mal scritta perché la limitazione della sospensione ai soli "imputati nei cui confronti si sta procedendo" non può valere per l'ipotesi di cui all'art. 159 comma 1 n. 1 c.p., in cui l'autorizzazione precede l'esercizio dell'azione penale e non si ha ancora un imputato nei cui confronti si sta procedendo.

Le ragioni (non molto chiare) di questa limitazione delle cause di sospensione tradiscono una certa proiezione processuale di un istituto che è e resta di natura penale sostanziale. Sarebbe opportuno lasciare la norma così com'è e, semmai, intervenire sul secondo comma dell'art. 161 aumentando il tempo necessario a prescrivere alla metà (nei casi di incensurati), a 2/3 (nel caso dei recidivi), al doppio nei casi di cui agli artt. 102, 103 e 105 c.p.

- (**art. 12 – disposizione transitoria**) si prevede che le predette disposizioni si applichino soltanto ai fatti commessi dopo la data dell'entrata in vigore della novella.

Il legislatore esprime la volontà di considerare, in linea con la consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale, la prescrizione istituto di diritto sostanziale con l'effetto di precludere l'applicazione delle nuove disposizioni ai processi in corso ed in generale a tutti i fatti di reato commessi anteriormente all'entrata in vigore delle nuove disposizioni.

Una tale norma transitoria limita significativamente gli effetti positivi della novella, i quali potranno essere percepiti solo in tempi medio-lunghi.

Sarebbe stato più opportuno prevedere che le nuove disposizioni non si applicassero ai soli procedimenti per i quali era stata già pronunciata sentenza di primo grado alla data di entrata in vigore della legge medesima.

Una tale norma transitoria sarebbe conforme a quanto sancito dalla Consulta con le sentenze n. 393 del 23 novembre 2006 e n. 72 del 28 marzo 2008, con particolare riferimento alle condizioni di legittimità delle deroghe al principio di retroattività della *lex mitior*.

Deve, peraltro, rilevarsi che la previsione dell'irretroattività anche delle disposizioni indubbiamente *favorables* di cui all'art. 11, priva di adeguata giustificazione normativa, potrebbe dar luogo a problemi di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 3 Cost.

Il dibattito sulle proposte di riforma della disciplina della prescrizione deve, infine, necessariamente tenere conto anche del possibile impatto di una **attesa decisione della Corte di Giustizia UE**.

La **Corte di Giustizia UE - Grande Sezione (8 settembre 2015, causa C-105/14, Taricco)**, nell'ambito di un procedimento penale a carico di soggetti imputati, in Italia, di costituzione ed organizzazione di un'associazione per delinquere - art. 416 c.p. - finalizzata alla commissione di una serie di frodi fiscali *ex art. 2 D. Lgs. n. 74 del 2000*, oltre che dei relativi reati-fine (gli imputati erano accusati, in particolare, di aver rilasciato, tramite l'impiego di fatture per operazioni inesistenti nel settore del commercio di *champagne*, dichiarazioni IVA fraudolente, lucrando vari milioni di euro), ha esaminato la compatibilità della normativa italiana in tema di prescrizione con una serie di disposizioni sovranazionali, ritenendo conclusivamente che:

- <<*una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dal combinato disposto dell'art. 160, ultimo comma, c.p., come modificato dalla legge n. 251 del 2005, e dell'art. 161 di tale codice – normativa che prevedeva, all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, che l'atto interruttivo verificatosi nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di imposta sul valore aggiunto comportasse il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale – è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare. Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE disapplicando,*

*all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE>>.*

Secondo la Corte di Giustizia, dunque, il giudice italiano dovrebbe disapplicare la normativa interna in tema di prescrizione nel caso in cui essa, stabilendo un termine di prescrizione complessivo troppo breve, impedisca che i reati di frode grave in materia IVA siano sanzionati in modo effettivo e dissuasivo.

Gli effetti di questa decisione sono stati deflagranti, avendo prodotto un acceso **contrasto di giurisprudenza**.

Un orientamento (decidendo pochi giorni dopo la decisione della Corte di Giustizia) ha ritenuto, nell'ambito di un procedimento penale riguardante il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti al fine di evadere "in misura grave" l'IVA, che il combinato disposto degli artt. 160, comma 3, ultima parte, e 161, comma 2, c.p. (a norma dei quali il verificarsi di un atto interruttivo del corso della prescrizione comporta il prolungamento del termine-base nella misura massima di un quarto), come affermato dalla citata sentenza della Corte di Giustizia UE, è idoneo a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE (prevedendo termini assoluti di prescrizione che possono determinare l'impunità del reato, con conseguente potenziale lesione degli interessi finanziari dell'Unione Europea); ne consegue l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare le predette norme di diritto interno, in quanto possono pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dal diritto dell'Unione Europea, trovando in loro vece applicazione, in tali casi, la più rigorosa disciplina già prevista nell'ordinamento per i soli delitti di cui all'art. 51, comma 3-bis e 3-quater, c.p.p., secondo cui il termine ordinario di prescrizione ricomincia a decorrere dopo ogni atto interruttivo (**Cass. III**, n. 2210/16).

La stessa Sezione, dopo approfondita riflessione, ha condivisibilmente ritenuto di devolvere la questione alla Corte costituzionale: è stata, infatti, sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 legge n. 130 del 2008, che ordina l'esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (TFUE), nella parte in cui impone di applicare l'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, dalla quale - nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, 08/09/2015, causa C-105/14, Taricco - discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160, comma 3, e 161, comma 2, c.p., in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, allorché ne derivi la sistematica

impunità delle gravi frodi in materia di IVA, anche se dalla disapplicazione, e dal conseguente prolungamento del termine di prescrizione, discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per contrasto di tale norma con gli artt. 3, 11, 25, comma 2, 27, comma 3, 101, comma 2, della Costituzione (**Cass. III**, n. 28346/16).

La questione è tuttora pendente: la Corte costituzionale (ord. n. 24/17) ha, infatti, disposto il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, ritenendo necessario sottoporre le delicate questioni interpretative da risolvere al vaglio della Corte di Giustizia UE.

L'attesa decisione dovrà di necessità riesaminare *funditus* il tema dei rapporti tra le norme interne e quelle comunitarie alla luce del principio di legalità/riserva di legge e fare, possibilmente, chiarezza.

Nello stesso senso la nuova normativa non appare tenere in debita considerazione il panorama sovranazionale che pone sempre più al centro del processo penale la vittima, sul punto è sufficiente richiamare la direttiva 2012/29/UE a tutela delle vittime del reato, e ancor di più la costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo secondo cui in nessun caso lo Stato può permettere che procedimenti penali istaurati per fatti lesivi degli artt.2 e 3 CEDU possano interrompersi per l'effetto di cause estintive delle punibilità, come ad esempio la prescrizione.

Non può non esimersi da una serrata critica proprio la struttura e concezione del nuovo testo nel suo complesso:

- 1) Si tratta di interventi minimi, molto specifici.
- 2) Si complica una disciplina che è già molto complessa: fissata la regola si introducono variazioni *in peius* per alcune fattispecie, però con successive eccezioni *in melius* o deroghe applicative. Così creando un coacervo labirintico di norme, difficile da ricondurre a sistema razionale.

---

## MODIFICHE AL CODICE DI PROCEDURA PENALE

### **Premessa**

In tema di processo penale si attendeva, ormai da tempo, un intervento riformatore di ampio respiro ma il ddl di riforma del codice penale e di procedura penale approvato alla Camera, pur presentando alcune utili ma settoriali e limitate innovazioni, ha eluso i nodi fondamentali del processo penale, introducendo invece norme che da un lato mettono a rischio l'efficacia delle indagini, dall'altro ridimensionano i poteri e dunque il ruolo del giudice e della giurisdizione, sacrificati in nome dell'obiettivo di una maggiore rapidità dei procedimenti che, certamente, non sarà raggiunto seguendo questo percorso.

Criticabili, ad esempio, come di seguito si dirà, sono gli effetti per l'efficacia delle indagini e dei processi che potrebbero derivare dall'approvazione di alcune norme contenute nel ddl in questione, che non avrebbero alcun effetto positivo sulla durata dei procedimenti, laddove determinerebbero gravi disfunzioni per la gestione delle indagini, rendendo di fatto impossibile alle Procure portare avanti proprio le indagini più complesse, generalmente relative a fatti di criminalità organizzata o a fenomeni di corruzione nella Pubblica Amministrazione.

Appare poi del tutto distonico con l'impianto del codice di procedura penale, che attribuisce al Giudice per le Indagini Preliminari il controllo giurisdizionale sulle indagini e sull'esercizio dell'azione penale, prevedere il potere di proroga del nuovo termine di tre mesi in capo al Procuratore Generale.

Preoccupa altresì l'introduzione di un nuovo illecito disciplinare costituito dalla violazione da parte del Pubblico Ministero delle norme sulle iscrizioni nel registro degli indagati: anche questa novità da un lato non tiene conto della realtà giudiziaria e dall'altro è espressione di un pensiero politico che tende a scaricare sul magistrato le inefficienze del sistema.

Lo stesso disegno di legge all'esame del Senato prevede forti limitazioni ai poteri del giudice dell'udienza preliminare, al quale sarà preclusa la possibilità di disporre integrazioni probatorie ed al quale sarà imposto di adottare provvedimento di archiviazione in caso di seconda richiesta di archiviazione del Pubblico Ministero ed in assenza di opposizione della persona offesa. Anche in tal caso l'obiettivo della maggiore

celerità dei processi viene perseguito a discapito dell'efficacia dell'azione giudiziaria, ridimensionando il ruolo della giurisdizione e con lesione del principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale.

D'altro canto la riforma non affronta i nodi più problematici del processo penale, quali ad esempio le difficoltà dell'istruttoria dibattimentale, il sistema delle notifiche, il principio dell'immutabilità del giudice, la disciplina delle nullità e della competenza territoriale, il cui regime consente di travolgere, anche all'esito, un intero processo durato anni, facendo sì che esso ricominci dall'inizio per questioni, a volte meramente formali, che tuttavia vengono decise dalla Corte di Cassazione dopo che si sono svolti due gradi di giudizio.

Il progetto riformatore all'esame del Senato appare dunque inadeguato a fronteggiare il problema della durata del processo penale, ma soprattutto rischia di mutare radicalmente le attività delle Procure della Repubblica, creando ulteriori ostacoli allo svolgimento delle indagini di maggiore complessità, con serie ricadute, tra l'altro, sul fronte del contrasto al crimine organizzato e al fenomeno della corruzione.

Per coltivare concretamente il valore della durata ragionevole del processo, probabilmente sono necessari interventi di dettaglio su istituti specifici fonte di criticità procedurali che contribuiscono alla complessiva scarsa razionalità e funzionalità del sistema.

Così, sarebbe opportuno rivedere la disciplina delle notifiche penali, valorizzando gli strumenti informatici e semplificando gli oneri di comunicazione talvolta caratterizzati da un approccio di formalistica sovrabbondanza, rafforzando l'affermazione degli oneri di correttezza e di partecipazione leale dei privati.

Anche il processo a carico di imputati irreperibili, recentemente riformato, appare ancora caratterizzato da un eccesso di rigidità formale che rischia di frustrarne l'effetto deflattivo. Bisognerebbe riconsiderare la regola che impone la rinnovazione delle prove già assunte in caso di mutamento della persona fisica del giudice che appare scarsamente coerente con un processo solo parzialmente orientato al rito accusatorio, è incompatibile con l'enorme numero di processi pendenti ed è fonte di gravi criticità in sedi giudiziarie caratterizzate da scoperture ed elevato ricambio di magistrati. A tal fine potrebbe generalizzarsi l'applicabilità della disciplina stabilita dall'art. 190 bis c.p.p. per i soli reati di più grave allarme sociale.

## Introduzione

Il Titolo II del disegno di legge n. 2798, dedicato a “*Modifiche al codice di procedura penale*”, occupa gli art. da 9 a 21 ed è suddiviso in tre capi, afferenti, rispettivamente, a “*Modifiche in materia di incapacità dell’imputato di partecipare al processo, di indagini preliminari e di archiviazione*”, “*Modifiche in materia di riti speciali, udienza preliminare, istruzione dibattimentale e struttura della sentenza di merito*” e “*Semplificazione delle impugnazioni*”.

Le relative previsioni traggono spunto, almeno in parte, dalle proposte formulate dalle Commissioni ministeriali di studio istituite, nel 2006 e, poi, nel 2013, in vista della riforma del codice di procedura penale e presiedute, rispettivamente, dal dott. Giovanni Canzio e dal prof. Giuseppe Riccio.

Per quanto la tecnica prescelta privilegi gli interventi settoriali e mirati che, lasciando immutate le coordinate di sistema, incidano su specifiche criticità del processo penale, una lettura d’insieme dell’articolato consente di delinearne la filosofia di fondo, mirante ad accrescere il tasso di fluidità ed efficienza del procedimento senza intaccare i meccanismi di garanzia che, anzi, vengono in qualche caso rafforzati.

Si denota, sotto questo aspetto, l’intento di discernere tra le garanzie effettive ed irrinunciabili e quelle solo apparenti che, piuttosto che soddisfare apprezzabili esigenze difensive, finiscono, nella prassi, per non realizzare altro scopo che quello di rallentare senza plausibile giustificazione l’*iter* dell’accertamento giurisdizionale<sup>1</sup>.

Un’altra linea di azione muove dal rilievo, divenuto ormai patrimonio comune agli operatori del diritto, che individua nell’attuale disciplina delle impugnazioni uno dei principali fattori di congestione del processo penale: alla previsione, agli artt. 24 e 25 del disegno di legge n. 2798, di apposita delega al Governo si aggiungono, al Capo III del Titolo II, non marginali innovazioni, la più parte delle quali sono finalizzate alla ridefinizione di compiti e modalità di intervento delle Corti di Appello e della Corte di

---

<sup>1</sup> Il riferimento attiene, tra l’altro, alla riserva di incidente probatorio, formalizzata dall’indagato a fronte della manifestata intenzione, da parte del pubblico ministero, di procedere ad accertamento tecnico preventivo, non seguita dalla materiale proposizione della richiesta di incidente probatorio.

Cassazione.

Nella consapevolezza che, al cospetto di un processo tendenzialmente accusatorio, quale quello risultante dal codice del 1988 e dalle successive manipolazioni al testo originario, la necessità di assicurare livelli minimi di efficienza richiede che il più complesso ed articolato rito ordinario sia riservato ad una quota minoritaria di procedimenti, il disegno di legge n. 2798 si propone, ancora, di ridare slancio ai riti alternativi attraverso alcune modifiche di dettaglio e, soprattutto, la reintroduzione del c.d. "patteggiamento in appello".

Nell' intento di trarre frutto da importanti approdi della giurisprudenza interna o sovranazionale, il disegno di legge in commento cura di trasporli in altrettante norme di diritto positivo ovvero, comunque, mostra di volerne tener conto - sterilizzandone, se del caso, la portata - nell'ottica del più spedito ed efficiente andamento del processo.

## **MODIFICHE IN MATERIA DI INCAPACITÀ DELL'IMPUTATO DI PARTECIPARE AL PROCESSO, DI INDAGINI PRELIMINARI E DI ARCHIVIAZIONE**

**Considerazioni della commissione di studio dell'ANM sull'art.10 del DDL e sui principali emendamenti.**

### **Analisi dell'articolo**

Si modifica l'articolo 71 cpp precisando che la disciplina contenuta in tale norma e in quella che segue è relativa ai casi di impedimento alla cosciente partecipazione al procedimento dovuto a stato mentale reversibile e si introduce l'art. 72 bis cpp per disciplinare le diverse ipotesi di impossibilità a partecipare coscientemente al procedimento per stato mentale irreversibile.

In tali ultime ipotesi, e sempre che non ricorrano i presupposti per applicare una misura di sicurezza diversa dalla confisca, si prevede la possibilità che il giudice pronunci una sentenza di non doversi procedere, che - in virtù del richiamo dell'art. 345 c.p.p. - non impedisce il

successivo esercizio dell'azione penale, se lo stato di incapacità viene meno o se era stato erroneamente dichiarato.

## **Valutazioni critiche**

L'incapacità processuale irreversibile diventa condizione di improcedibilità dell'azione penale con pronuncia immediata della sentenza di non doversi procedere. L'efficienza ne riceverebbe la massima tutela poiché, indipendentemente dalla prescrittibilità o meno del reato, una volta prosciolto per improcedibilità, l'incapace non dovrebbe più essere sottoposto a successive rivalutazioni delle sue condizioni mentali, fermo il richiamo all'art. 345 che consentirebbe l'esercizio dell'azione penale qualora la capacità processuale sopravvenisse (salva comunque la scadenza dei termini di prescrizione), **ma in tali casi la possibilità sarebbe ostacolata dalla mancanza di controlli psichiatrici obbligatori**. Il maggior punto di criticità è rappresentato dalla possibilità dell'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca, ma tale disposizione non impedirebbe il proscioglimento per improcedibilità nella misura in cui l'imputato fosse giudicato irreversibilmente incapace, ma non anche socialmente pericoloso. E a questo punto il prosciolto non verrebbe più sottoposto a controlli obbligatori con la conseguenza che una eventuale sua pericolosità sociale sopravvenuta rischierebbe di passare inosservata. In questo caso maggiori chances di tutela della sicurezza pubblica potrebbero derivare dall'allungamento dei termini di prescrizione. Il mancato completamento da parte del legislatore del nuovo regime del trattamento processuale degli incapaci irreversibili che la Corte Costituzionale ha iniziato a costruire lascia ai giudici il difficile compito di eliminare le crepe e le fessure aperte dalla sentenza 45/2015 della Corte Costituzionale.

## **Considerazioni della commissione di studio dell'ANM sull'art.11 del DDL e sui principali emendamenti.**

### **Analisi del comma 1 dell'articolo**

Si limita ai soli reati di competenza della DDA, con esclusione dei casi di cui all'art. 3 quinquies, la possibilità per il giudice, su richiesta del PM, di differire non oltre 5 giorni i colloqui dell'arrestato/fermato col suo difensore.

Evidente la finalità della novella, ispirata alla logica del c.d. “doppio binario” e finalizzata a ridurre all’area dei delitti più gravi una significativa compressione del diritto di difesa.

### **Valutazioni critiche**

Incomprensibili le ragioni che hanno indotto il Legislatore a: 1) limitare il differimento dei colloqui ad alcuni soltanto (quelli di cui all’art. 51 commi 3 bis e 3 quater cpp) dei reati di competenza della DDA; 2) escludere tale differimento con riguardo a reati di pari o maggiore gravità di quelli contemplati (si pensi all’omicidio, all’estorsione aggravata, alla rapina aggravata, ai casi di associazione a delinquere finalizzata alla commissione di reati più gravi di quelli di cui agli artt. 473 e 474 c.p.).

L’irragionevole disparità di trattamento conseguente a tali scelte sembra aprire ampi spazi a questioni di legittimità costituzionale, eventualmente sollevabili dai GIP cui si dovesse rivolgere il PM al fine di ottenere l’auspicato differimento anche in relazione ad altri reati.

Atteso che la ratio del differimento dei colloqui era quella di salvaguardare eccezionali ragioni di cautela (*il presupposto in base al quale era ed è tuttora ammessa la deroga*) insite, sostanzialmente, nel pericolo che l’indagato potesse rendere contributi dichiarativi artefatti o, comunque, fuorvianti sfruttando elementi circostanziali appresi dall’esterno (*Sez. 6, Sentenza n. 2941 del 21/10/2009*), appare discutibile la scelta di campo di restringere la deroga normativa solamente ai reati di criminalità organizzata ed a quelli in materia di terrorismo (*ambito maggioritario della competenza distrettuale*).

Un più ragionevole bilanciamento tra diritto di difesa ed esigenze di salvaguardia investigativa avrebbe probabilmente dovuto indurre ad includere nel novello comma 3 dell’art. 104 quantomeno i principali reati in materia di pubblica amministrazione di cui al capo I del titolo II del libro II codice di rito (artt. 314-323) considerando, da un lato, l’apparente sensibilizzazione mostrata dal legislatore con le ultime modifiche normative intervenute in materia (*attesa la preoccupante ascesa del fenomeno corruttivo nei tessuti dell’amministrazione*) e, dall’altro, la particolare complessità degli accertamenti che indagini di questa natura postulano.

## **Art. 11, comma 5 e comma 11**

### **Analisi e valutazioni critiche**

Ancora in un'ottica acceleratoria, la disposizione in commento propone significative novità.

Innanzitutto, viene espressamente assegnato un termine al pubblico ministero per assumere le proprie determinazioni in merito all'esercizio dell'azione penale una volta scaduto quello per il compimento delle indagini preliminari ovvero quelli collegati al perfezionamento dell'avviso 415 bis c.p.p. (decorsi, sostanzialmente, i 20 gg. concessi all'indagato per esercitare le prerogative di cui al comma 3 della norma).

Tale termine è di tre mesi salvo si proceda per reati di cui al comma 2 lettera a) nn. 1), 3) e 4) dell'art. 407, nel qual caso è elevato a dodici.

Colpisce, da subito, l'esclusione dal regime derogatorio dei reati, altrettanto gravi, di cui al n. 2) (es. omicidio, sequestro di persona) e n. 6) (es. associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti).

Non è dato agevolmente comprendere se il criterio adottato sia quello di garantire maggiore sollecitudine nelle materie escluse o, viceversa, mantenere elasticità operativa in quelle ricomprese.

La norma prevede, altresì, la possibilità di una proroga. In particolare, anteriormente alla scadenza del termine di cui alla parte prima del nuovo comma 3 bis, è previsto che il pubblico ministero, in presenza dei presupposti di cui alla lettera b) del comma 2 e cioè di indagini particolarmente elaborate in ragione della pluralità di fatti collegati ovvero di indagati o persone offese, possa avanzare richiesta in tal senso al Procuratore Generale il quale può accoglierla per un periodo non superiore a 3 mesi con decreto motivato da comunicarsi al Procuratore della Repubblica.

Il nuovo 3 bis si conclude prevedendo che, in caso di mancato rispetto dei termini previsti per le determinazioni di competenza, il pubblico ministero debba informarne il Procuratore Generale onde consentirgli l'esercizio del potere (anche se in questo caso

sembrerebbe trattarsi di un obbligo) di avocazione delle indagini, così come previsto dalla modifica apportata all'art. 412 dalla lettera b) dell'art. 5 in disamina.

Massima preoccupazione deriva da questa disposizione normativa che vorrebbe introdurre nuovi stringenti termini per l'archiviazione o per l'esercizio dell'azione penale, la violazione dei quali comporterebbe un obbligo di comunicazione alla Procura Generale e la conseguente avocazione del procedimento. Si tratta di una norma permeata dal medesimo approccio culturale che, non troppi anni fa, diede vita alla proposta di riforma c.d. del processo breve, quest'ultima fortunatamente abbandonata anche a seguito delle forti critiche degli osservatori esterni e dell'opinione pubblica. La norma prevede che nel termine di 3 mesi dalla scadenza delle indagini preliminari, prorogabile una sola volta per le indagini particolarmente complesse (termine aumentato ad 1 anno solo per alcuni reati di maggiore gravità e non per tutti quelli il cui accertamento è di maggiore complessità), il Pubblico Ministero sia tenuto a richiedere l'archiviazione del procedimento o ad esercitare l'azione penale, a pena di avocazione del procedimento da parte della Procura Generale. Chiunque frequenti le aule di giustizia è consapevole che tali termini non si confrontano con la realtà degli uffici giudiziari, con i carichi di lavoro delle Procure, ma anche con la complessità di alcune indagini per le quali l'esercizio dell'azione penale richiede necessariamente un tempo maggiore. Così, ad esempio, appare impossibile rispettare tali termini allorquando, terminata la fase investigativa, il Pubblico Ministero deve attendere il deposito dell'informativa da parte della polizia giudiziaria (la cui stesura può essere anche molto laboriosa, allorquando ad esempio si tratta di riportare esiti di attività di intercettazione protrattesi per mesi). Ci si chiede poi come il Pubblico Ministero possa rispettare tali termini allorquando, terminata la fase investigativa, formuli al GIP richiesta di misura cautelare, alla cui eventuale emissione, che già di per sé può impegnare anche un tempo considerevole nei casi di maggiore complessità, seguono le fasi degli interrogatori degli indagati e dell'impugnazione al Tribunale del Riesame, da cui può certamente derivare la necessità di procedere ad ulteriori accertamenti, anche nell'interesse degli indagati; è evidente come in pendenza di richiesta cautelare il Pubblico Ministero non

possa esercitare l'azione penale e come la conseguente avocazione del procedimento da parte del Procuratore Generale avrebbe l'unico effetto di sottrarre l'indagine al PM titolare della stessa. Ed ancora non é dato comprendere come le Procure Generali, i cui organici restano invariati, potrebbero far fronte alla gestione di un numero elevatissimo di procedimenti. L'analisi dei dati statistici relativi ai procedimenti pendenti presso le Procure ordinarie consente di comprendere come, nella vigenza di una tal norma, un numero impressionante di essi sarebbe destinato all'avocazione, con evidente perdita di efficienza del sistema complessivo, derivante anche dai tempi ulteriori che ovviamente necessiterebbero al soggetto avocante per lo studio e la definizione di un procedimento trattato da altri. E dunque l'introduzione di una tale norma non avrebbe alcun effetto positivo sulla durata dei procedimenti, laddove determinerebbe gravi disfunzioni per la gestione delle indagini, rendendo di fatto impossibile alle Procure portare avanti proprio le indagini più complesse, generalmente relative a fatti di criminalità organizzata o a fenomeni di corruzione nella Pubblica Amministrazione.

Lo stesso disegno di legge all'esame del Senato prevede forti limitazioni ai poteri del giudice dell'udienza preliminare, al quale sarà preclusa la possibilità di disporre integrazioni probatorie ed al quale sarà imposto di adottare provvedimento di archiviazione in caso di seconda richiesta di archiviazione del Pubblico Ministero ed in assenza di opposizione della persona offesa. Anche in tal caso l'obiettivo della maggiore celerità dei processi viene perseguito a discapito dell'efficacia dell'azione giudiziaria, ridimensionando il ruolo della giurisdizione e con lesione del principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale.

#### **Art. 11, comma 6**

Si amplia il termine per la proposizione dell'atto di opposizione alla richiesta di archiviazione da parte della persona offesa che ha chiesto di essere informata della richiesta medesima e si estende alle vittime del furto in abitazione l'obbligo di avviso della richiesta di archiviazione recentemente introdotto al comma 3 bis dell'articolo 408 c.p.p.

#### **Valutazioni critiche**

Il raddoppio del termine di cui all'art. 408 comma 3 c.p.p. non presenta particolari profili di criticità, mentre appare incomprensibile l'estensione del dettato di cui all'art. 408 comma 3 bis al furto in abitazione. Non vi è, invero, alcuna relazione diretta tra i delitti commessi con violenza alla persona ed il furto in abitazione, non è dato comprendere perché altri gravi delitti non commessi con violenza alla persona (si pensi agli altri furti aggravati) vengano esclusi da tale estensione. Peraltro la modifica si colloca al di fuori dalla *ratio* ispiratrice del comma 3 bis dell'articolo 408 c.p.p. che, come noto, fu introdotto dalla cd. **legge sul 'femminicidio'** (l. 15 ottobre 2013, n. 119, che ha convertito il d.l. 14 agosto 2013, n. 93, recante "disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere") per ampliare la tutela delle vittime dei reati violenti.

A ciò si aggiunga che la maggior parte dei furti in abitazione sono commessi da ignoti e che la notifica dell'avviso appare inutile, essendo evidente che la persona offesa avrà già fornito in sede di denuncia tutti i possibili *imput* all'identificazione del colpevole e non avrà alcun motivo di opporsi alla richiesta di archiviazione basata sulla mancata identificazione degli autori del furto stesso.

### **Ricadute pratiche**

L'effetto pratico della norma in esame sarà quello di ampliare i casi di obbligatoria notifica dell'avviso di richiesta di archiviazione, con conseguenti maggiori adempimenti per le segreterie dei PM e senza prevedibili risvolti pratici positivi.

### **Art. 11, comma 7**

#### **Analisi del comma dell'articolo**

Il nuovo 409 comma 4 bis c.p.p. prevede, nel caso di nuova richiesta di archiviazione conseguente alle nuove indagini disposte dal GIP e di mancata opposizione alla stessa da parte della persona offesa, l'obbligo per il GIP di disporre l'archiviazione con apposito decreto.

La norma in esame, quindi, limita il potere di controllo del GIP sulle valutazioni fatte dal PM, all'esito delle nuove indagini, circa la mancanza delle condizioni per un positivo esercizio dell'azione penale e gli vieta di emettere ordinanza di imputazione coatta.

Il comma 5 viene integrato estendendo la clausola di salvaguardia ivi contemplata anche alla previsione del comma 4 bis, mentre, alla luce del nuovo articolo 410 bis c.p.p. di cui dopo si dirà, viene abrogato il comma 6 dell'articolo 409 in esame.

### **Valutazioni critiche**

Particolarmente significative sono le proposte di modifica dell'art. 409.

All'esito dell'ordinanza di integrazione investigativa di cui al comma 4 dell'art. 409, qualora il p.m. (o il PG in caso di decretata avocazione) ritenga di insistere nella richiesta di archiviazione e non vi sia ulteriore opposizione da parte della persona offesa, il gip è vincolato all'emissione del decreto di archiviazione. Coerentemente con tale inedita impostazione, al comma 5 dell'articolo in esame viene espressamente previsto che l'ordinanza di imputazione coatta sia emettibile solo in mancanza dei presupposti ostativi testé indicati.

Dubbi di costituzionalità potrebbero sorgere con riferimento al principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112, atteso che viene sottratta alla sfera giurisdizionale la prerogativa di sindacato sulle determinazioni del pubblico ministero a seconda solo dell'atteggiamento processuale tenuto dalla persona offesa.

Ancora una volta il disegno di legge prevede forti limitazioni ai poteri del giudice dell'udienza preliminare, al quale sarà imposto di adottare provvedimento di archiviazione in caso di seconda richiesta di archiviazione del Pubblico Ministero ed in assenza di opposizione della persona offesa. Anche in tal caso l'obiettivo della maggiore celerità dei processi viene perseguito a discapito dell'efficacia dell'azione giudiziaria, ridimensionando il ruolo della giurisdizione e con lesione del principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Non sfugge, tuttavia, come la giurisprudenza di legittimità riconosca da tempo privo di conseguenze processuali e, sostanzialmente, non emendabile l'operato del pubblico ministero che ricusi di esercitare l'azione penale benché destinatario di un ordine in tal senso ex art. 409 comma 5 comma c.p.p. Eventualità che, in assenza di diversa determinazione da parte del Procuratore Generale all'uopo sollecitato, impone al gip l'adozione del decreto di archiviazione (*cfr. Cass. 8984/2007*).

In ultimo, la novella abroga la ricorribilità per Cassazione dell'ordinanza di archiviazione emessa in violazione del contraddittorio (*nullità ex art. 127 comma 5*) coerentemente con la previsione di cui al successivo art. 8, che introduce il reclamo al tribunale monocratico come mezzo d'impugnazione specifico dei provvedimenti di archiviazione affetti da nullità.

Quest'ultima previsione appare positiva perché, da un lato, accelera il ripristino della fisiologia processuale senza passare per il tramite del giudizio di Cassazione e, dall'altro, perché sottrae contenzioso all'insostenibile carico di lavoro ormai gravante sul giudice di legittimità.

## **Art. 11, comma 8**

### **Analisi della norma**

Il comma in esame regola le nullità del decreto e dell'ordinanza di archiviazione, prima ravvisabili nei soli casi di cui all'art. 127 comma 5 c.p.p. (v. abrogato articolo 410 comma 6 c.p.p.), individuandole:

- **per il decreto di archiviazione**, nella omissione dell'avviso di cui ai commi 2 e 3-*bis* dell'articolo 408 e al comma 1-*bis* dell'articolo 411, nell'adozione del decreto 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, e, ancora, quando, essendo stata presentata opposizione, il giudice omette di pronunciarsi sulla sua ammissibilità o dichiara l'opposizione inammissibile, salvo i casi di inosservanza dell'articolo 410, comma 1;
- **per l'ordinanza di archiviazione** nei soli casi previsti dall'articolo 127, comma 5, cpp.

Il nuovo art. 410 *bis* c.p.p. introduce, inoltre, uno specifico strumento di impugnazione, definito reclamo (una vera novità nel novero delle impugnazioni penalistiche), da proporre al Tribunale in composizione monocratica (ovviamente si tratta dello stesso ufficio giudiziario cui appartiene il GIP che ha emesso il decreto o l'ordinanza nulla) entro 15 giorni dalla conoscenza del provvedimento.

Tale reclamo è deciso con ordinanza non impugnabile, senza intervento delle parti interessate, ma previo avviso alle stesse (che possono presentare memorie non oltre il quinto giorno precedente l'udienza); avviso da notificare almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata per la decisione.

Se il reclamo è fondato il Tribunale annulla il provvedimento oggetto di reclamo e ordina la restituzione degli atti al giudice che ha emesso il provvedimento; altrimenti conferma il provvedimento o dichiara inammissibile il reclamo, condannando la parte privata che lo ha proposto al pagamento delle spese del procedimento e, nel caso di inammissibilità, anche a quello di una somma in favore della cassa delle ammende nei limiti di quanto previsto dall'articolo 616, comma 1».

### **Valutazioni critiche**

Come già detto la norma introduce una nuova forma di impugnazione non regolamentata dal libro IX del codice di rito.

Di essa non si disciplina in alcun modo il contenuto, né si individuano le condizioni di ammissibilità.

Tale "dimenticanza" è tanto più significativa se solo si considera che il legislatore ha distinto tra declaratoria di inammissibilità e rigetto (ricollegando, peraltro, conseguenze diverse all'una ed all'altra) e non è dato quindi sapere quando il Tribunale adotterà la prima decisione e quando la seconda.

Probabilmente, ma si tratta soltanto di una ipotesi ermeneutica, l'unico caso di inammissibilità è quello della presentazione del reclamo oltre i 15 giorni dalla conoscenza del provvedimento.

### **Ricadute pratiche**

L'aspetto positivo della norma è duplice: 1) si deflaziona il contenzioso della Cassazione non essendo più previsto, quale strumento di tutela avverso il provvedimento di archiviazione nullo, il ricorso alla Suprema Corte; 2) si riducono significativamente i tempi di trattazione e definizione dei procedimenti in cui si è verificata una nullità del decreto o dell'ordinanza di archiviazione, non essendo più necessario attendere i tempi di fissazione e decisione del ricorso in cassazione e la successiva restituzione degli atti al PM.

Di contro potrebbe assistersi ad un uso strumentale del reclamo, presentato al solo scopo di ritardare la chiusura del procedimento, ed è improbabile che le conseguenze pecuniarie previste in caso di rigetto/inammissibilità (pagamento delle spese del procedimento in caso di rigetto, pagamento di una somma in favore della cassa per le ammende in caso di inammissibilità) possano costituire un efficace deterrente a tale stortura.

L'articolo 8, con l'introdurre il nuovo art. 410 bis, tipizza i casi di nullità del decreto di archiviazione e dell'ordinanza di archiviazione emessi dal gip.

Quanto al primo, la nullità discende dall'omissione dell'avviso alla persona offesa (*se vi è stata richiesta ex art. 408 cpv. o, relativamente ai reati con violenza alla persona e di cui all'artt. 624 bis, indipendentemente dall'iniziativa privata*) o alle parti (*in caso di richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto ex art. 411 comma 1 bis*) oppure se il decreto viene emesso prima dello spirare dei termini dilatori previsti nell'interesse della persona offesa ad azionare l'opposizione e senza che tale prerogativa sia stata esercitata.

Il comma 1 del nuovo art. 410 bis prosegue sancendo che, in caso di opposizione, il decreto di archiviazione è ugualmente nullo se il gip omette di pronunciarsi (*evidentemente in senso negativo*) sull'ammissibilità della stessa oppure la dichiara inammissibile pur essendo conforme alla prescrizione descritta dal comma 1 dell'art. 410 il quale vincola l'opponente a corredare l'atto di opposizione di nuovi temi di indagine e relativi elementi di prova.

A differenza del decreto, l'ordinanza di archiviazione, la quale postula che la parte abbia comunque avuto notizia dell'intendimento abdicativo adottato dal pubblico ministero, è nulla solamente se emessa in violazione del contraddittorio e, quindi, sostanzialmente, in caso di mancato avviso dell'udienza camerale o di nullità dello stesso agli interessati.

Il comma 3 introduce lo strumento del reclamo al tribunale monocratico quale mezzo d'impugnazione espressamente previsto per censurare la nullità dei provvedimenti in materia di archiviazione.

In caso di accoglimento, il gravame ha effetto esclusivamente rescindente atteso che il

tribunale annulla l'atto con rinvio al giudice per le indagini preliminari il quale, naturalmente, col solo vincolo di procedere previa regolare instaurazione del contraddittorio, resta libero di assumere ulteriore determinazione di segno contrario alle aspettative della persona offesa. Trattandosi di provvedimento cassato per questioni di natura prettamente processuale, non sembrerebbero esserci ostacoli a che gli atti vengano ritrasmessi allo stesso giudice persona fisica.

In caso contrario, il tribunale rigetta il reclamo, confermando il provvedimento gravato, oppure dichiara l'impugnazione inammissibile, condannando, in quest'ultimo caso, la parte privata anche al pagamento di una somma in favore della cassa delle ammende oltre alle spese di lite, sulla falsariga di quanto avviene nel giudizio di cassazione ai sensi dell'art. 616.

L'ordinanza decisoria non è impugnabile. Tuttavia, non sembra potersi escludere la ricorribilità per cassazione qualora adottata anch'essa, a sua volta, in violazione del contraddittorio camerale ai sensi dell'art. 127 comma 5 c.p.p.

#### **Art. 11, comma 9**

##### **Analisi della norma**

Si interviene sull'articolo 411 cpp richiamando, esplicitamente e coerentemente, il nuovo art. 410 bis c.p.p.

#### **Art. 11, comma 10**

##### **Analisi della norma**

La norma in esame ancora alla data del provvedimento del giudice che ordina che il nominativo dell'indagato sia iscritto nel registro delle notizie di reato (art. 4015 comma 2 cpp) il termine entro il quale il PM, ex art. 405 comma 2 cpp, deve chiedere l'archiviazione o esercitare l'azione penale.

Tale termine, cioè, non decorre dalla effettiva iscrizione operata dal PM, ma dalla data del provvedimento con cui il GIP impone l'iscrizione.

Si tratta di norma diretta a neutralizzare gli effetti (ovvero la non decorrenza del *dies a quo* del termine per la conclusione delle indagini preliminari) del ritardo con cui il PM dovesse dare esecuzione all'ordine del GIP di provvedere alla iscrizione nel registro degli indagati del nominativo del responsabile del reato per cui si procede.

### **Valutazioni critiche**

La norma di nuova introduzione, che sottende un evidente pregiudizio in ordine alle ragioni del ritardo nell'iscrizione nel registro ex art. 335 cpp del nominativo indicato dal GIP, non tiene conto dei tempi necessari per la trasmissione del fascicolo dall'Ufficio GIP alla Procura, dei tempi di effettiva consegna del fascicolo al PM, dei tempi occorrenti alla formale iscrizione, attribuendo un importante effetto procedurale (la decorrenza del termine di indagini) ad un provvedimento che il PM ignora o non necessariamente conosce.

Preoccupa altresì l'introduzione di un nuovo illecito disciplinare costituito dalla violazione da parte del Pubblico Ministero delle norme sulle iscrizioni nel registro degli indagati: anche questa novità da un lato non tiene conto della realtà giudiziaria e dall'altro è espressione di un pensiero politico che tende a scaricare sul magistrato le inefficienze del sistema.

### **Ricadute pratiche**

Le ricadute pratiche sono evidenti: si riduce, anche in modo significativo, il termine ordinario di svolgimento delle indagini preliminari senza tenere conto delle ragioni, il più delle volte non imputabili al PM, del ritardo nella iscrizione nel registro ex art. 335 cpp del nominativo indicato dal GIP.

## **Considerazioni della commissione di studio dell'ANM sull'art.12 del DDL e sui principali emendamenti.**

### **Analisi della norma**

La novella inserisce nell'ambito di un mero controllo statistico previsto nella prima parte dell'art. 15 sull'applicazione delle misure cautelari, tipologia ed esito del procedimento, che sembrerebbe avere lo scopo di verificare

l'adeguatezza della misura applicata con riferimento anche all'esito del procedimento, anche una finalità di controllo sull'operato del giudice, sull'eventuale coinvolgimento dello stesso in procedimenti disciplinari all'esito della valutazione di un'ingiusta detenzione, a fini che appaiono chiaramente destinati a controllare e influenzare l'operato della magistratura e a tipizzare una forma di responsabilità civile del magistrato.

La norma introdotta a differenza del primo comma parla solo di dati relativi a sentenze di riconoscimento del diritto alla riparazione per ingiusta detenzione, numero di procedimenti disciplinari iniziati nei riguardi dei magistrati per le accertate ingiuste detenzioni, con indicazione dell'esito, ove conclusi, laddove il primo comma si riferiva a rilevazioni e statistiche sull'applicazione delle misure cautelari personali in relazione all'esito dei procedimenti.

L'interesse non è più, quindi, quello di una rilevazione statistica, ma di controllo sull'operato del magistrato nell'applicazione delle misure cautelari apprendendo non solo il dato numerico (ovvero il numero delle sentenze che riconoscono un'ingiusta detenzione) ma anche le motivazioni delle sentenze che riconoscono l'ingiusta detenzione...e l'entità dell'indennità riconosciuta. La conoscenza e rilevazione infatti delle motivazioni di tali sentenze, unita al dato inerente all'an ed all'esito del procedimento disciplinare, introduce uno strumento di controllo da parte del governo e delle Camere sull'operato del CSM rispetto all'esperimento nei confronti di quel magistrato di un procedimento disciplinare e sulla decisione di applicare o meno una sanzione. A ciò si aggiunge anche l'ulteriore conseguenza di improntare una sorta di atto di accusa nei confronti di quel magistrato "tipizzando" un'ipotesi di responsabilità civile e così conferendoun potente strumento di controllo al governo anche sull'attività dei magistrati. Attraverso una relazione di questa fatta il Governo potrà sulla base di meri dati numerici piuttosto significativi fare pressione sul CSM provocando i procedimenti disciplinari (laddove il dato numerico degli stessi non corrisponda a quello delle sentenze dichiarative dell'ingiusta detenzione), fare pressione perché sia applicata una sanzione disciplinare in relazione all'accertamento dell'ingiusta detenzione riferibile

all'attività del magistrato, nonché sull'utenza al fine di provocare un'azione di responsabilità civile nei confronti del magistrato.

Si assiste così ad un evidente attacco all'autonomia ed alla indipendenza della magistratura ed alla realizzazione di una sorta di processo pubblico, a prescindere da quelle che sono le reali responsabilità dei magistrati. Non può non rilevarsi, peraltro, a tal riguardo che molti casi di ingiusta detenzione non solo non sono imputabili al magistrato, ma derivano dalla corretta applicazione del nostro sistema processuale fondato sul principio della formazione della prova nel dibattimento, che fisiologicamente può avere esiti diversi da quelli delle indagini. E addirittura talvolta la riparazione per ingiusta detenzione deriva dalla dichiarazione di incostituzionalità di norme che, nella loro vigenza, hanno imposto al magistrato di disporre il carcere.

## **RITI SPECIALI, UDIENZA PRELIMINARE, ISTRUZIONE DIBATTIMENTALE E STRUTTURA DELLA SENTENZA DI MERITO**

### **Considerazioni della commissione di studio dell'ANM sull'art.13 e 14 del DDL e sui principali emendamenti.**

In materia di udienza preliminare la modifica originariamente proposta dal disegno di legge AS N. 2067 prevedeva all'art. 13 la modifica dell'udienza preliminare nel senso di abrogare l'art. 421 bis c.p.ed il conseguente richiamo della medesima disposizione nell'art. 422 c.p. ( la disposizione citata così recitava "L'articolo 421-bis del codice di procedura penale è abrogato All'articolo 422, comma 1, del codice di procedura penale, le parole: "ovvero a norma dell'articolo 421-bis,» sono soppresse" ). La finalità, nemmeno troppo sottesa era quella di limitare il potere del GIP precludendo a quest'ultimo di indicare al PM nuove o un maggiore approfondimento delle indagini. La ratio della disposizione si rinveniva, nella relazione di accompagnamento al disegno di legge che ha dato impulso alla riforma, nella considerazione della udienza preliminare come fase del processo deputata al controllo della fondatezza della accusa in prospettiva di una prognosi circa l'utilità del dibattimento. Il fondamento della limitazione dei poteri del GUP si

rinviene, dunque, nella necessità di evitare che il giudice effettui un vero e proprio giudizio sulla vicenda processuale. Invero, proprio per detta ragione il disegno di legge originario era ulteriormente limitativo dei poteri del GUP perché veniva eliminato anche il potere officioso di assunzione di nuove prove decisive ai fini della sentenza di non luogo a procedere e veniva lasciata alle parti la facoltà di richiedere nuove prove. Ancorchè poi modificato in Commissione gli effetti non appaiono mutare sul piano pratico perché tutte le volte che le indagini siano incomplete, e quindi si tratti di approfondire uno specifico tema di indagine già emergente dagli atti l'effetto sarà la censura dell'operato del PM e la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere.

Il nuovo testo appare solo formalmente richiamare le pronunce della Corte Costituzionale degli anni 90 ( C. Cost., 8 febbraio 1991; C. Cost., ord. 26 marzo 1997 n. 97 ) che avevano innescato un acceso confronto con le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Sez. un., 25 ottobre 1995) poiché, a prescindere dal fatto che il Giudice delle Leggi ritenesse l'udienza preliminare solo un momento valutativo dell'ipotesi accusatoria, mentre per le Sezioni Unite il giudizio a cui era tenuto il GUP per emettere sentenza di non luogo a procedere era parametrato alla regola di giudizio espresso dall'art. 125 disp. di att., la risultante, di fronte ad un compendio probatorio carente o insufficiente, ulteriormente sviluppabile in dibattimento, non era quella di emettere sentenza di proscioglimento, ma piuttosto di dare impulso all'istruttoria dibattimentale (la nuova modifica pare invece andare in senso diametralmente opposto perché se le indagini sono incomplete l'unica strada percorribile è la pronuncia della sentenza di proscioglimento cfr. *Relazione sullo schema di disegno di legge recante modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena*).

In definitiva, la norma rischia di trasformare l'udienza preliminare in una sorta di udienza filtro in cui mutano del tutto le regole del giudizio perché, tradendo la sua formale intenzione, ossia quella di rendere l'udienza preliminare il momento per la valutazione della utilità del dibattimento, perviene poi ad un esito diametralmente opposto: anche se al GUP fosse precluso sollecitare ulteriori indagini al PM rimarrebbe fermo in tal caso l'utilità del dibattimento, perché tali aspetti potrebbero comunque emergere nel corso dell'istruttoria dibattimentale, con conseguente emissione del decreto

che dispone il giudizio; l'intento ispiratore della nuova formulazione è invece quello opposto, ossia di onerare il GIP dell'adozione di un provvedimento di tipo "sanzionatorio": l'emissione della sentenza di non luogo a procedere in caso di censura dell'attività investigativa del PM.

E' prevedibile che l'applicazione della norma nella realtà processuale, ancorché si tratti di norma di rara adozione, seguirà la prospettazione opposta a quella delineata dal Legislatore: nei casi dubbi il GUP emetterà il decreto che dispone il giudizio, lasciando poi alla fase dibattimentale ogni relativo approfondimento. Paradossalmente dall'abrogazione dell'art. 421 bis c.p.p., unitamente all'adesione all'impostazione secondo cui l'udienza preliminare ha unicamente la funzione di verifica dell'utilità del dibattimento, discenderà che meno intensa e piena sarà stata l'attività di indagine, più sarà la probabilità che il GUP disponga il rinvio a giudizio.

Ciò in quanto detta norma va immediatamente correlata all'art. 425 co.3 c.p.p. poiché la valutazione critica di sufficienza, non contraddittorietà e comunque di idoneità degli elementi probatori, secondo il dato letterale del terzo comma dell'art.425 c.p.p. è sempre diretta a determinare, all'esito di una delibazione di tipo prognostico, divenuta più stabile per la tendenziale completezza delle indagini, la sostenibilità dell'accusa in giudizio e con essa l'effettiva, potenziale utilità del dibattimento in ordine alla regiudicanda ( Cass. sez. II, 7 luglio 2016, 28237).

In definitiva la nuova disposizione, nella prospettiva, adottata dal legislatore, appare comportare un ritorno al passato oltre alla legge 479/99 e finanche alla modifica operata dalla L. 105/93 all'art. 425 c.p.p. perché se in passato la sentenza di non luogo a procedere avrebbe potuto essere adottata solo nel caso in cui fosse risultata evidente l'innocenza dell'imputato, la regola, allo stato dell'arte, appare essere quella per cui detta pronuncia sarà adottata anche quando il materiale probatorio (pur serio e pur ulteriormente sviluppabile con l'ordinanza di integrazione ed in mancanza nel dibattimento) sarà incompleto.

La nuova disposizione non figura più nel testo unificato predisposto dalla Commissione Giustizia, come comunicato alla Presidenza il 3 agosto 2016.

### *Impugnazione della sentenza di non luogo a procedere.*

L'art. 20 (si fa riferimento al testo unificato predisposto dalla Commissione Giustizia) incardina la disciplina dell'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere su un doppio binario, prevedendo che la sentenza emessa in sede di udienza preliminare sia impugnabile in appello e successivamente in Cassazione esclusivamente per vizi attinenti a violazione di legge. La modifica, sopprimendo la preclusione inserita dall'art. 4 legge 20.02.2006 che come è noto aveva eliminato la possibilità di appellare detta statuizione, introducendo come unico mezzo di impugnazione il ricorso in Cassazione, merita di essere condivisa.

L'abolizione dell'appello della sentenza di non luogo a procedere appariva invero come conseguenza quasi obbligata della scelta del legislatore del 2006, poi disattesa dalla Corte Costituzionale, di rendere tendenzialmente inappellabili le sentenze di proscioglimento.

Invero la modifica riflette le perplessità mostrate da autorevoli studiosi sulla scelta del ricorso per cassazione quale mezzo di controllo della sentenza di non luogo a procedere, sotto il profilo della ragionevole durata del processo, alla luce dell'impossibilità della Corte di Cassazione di pronunciarsi sull'opportunità del rinvio a giudizio, in quanto tipica valutazione di merito, con conseguente annullamento con rinvio per una nuova valutazione di merito.

La modifica apportata dal legislatore trova la sua ratio, come si desume dall'esegesi dei lavori preparatori, nella necessità di sottrarre al sindacato della Corte di Cassazione un giudizio che attiene al merito della vicenda processuale. E' ben vero che la Corte di Cassazione ha sempre puntualmente precisato che il controllo del giudice di legittimità sulla motivazione della sentenza di non luogo a procedere ha unicamente ad oggetto il giudizio prognostico svolto dal GUP, alla stregua della sommaria valutazione delle fonti di prove offerte del pm, per escludere che l'accusa sia sostenibile in giudizio, con l'effetto che il controllo del Giudice di legittimità è limitato al piano della meritevolezza dell'accusa a essere vagliata nel contraddittorio dibattimentale, ma si tratta di accertamento che nella realtà processuale si è più delle volte risolto in un approfondimento del materiale probatorio introdotto dal PM con innegabili estensioni ai profili fattuali.

E' inoltre soppressa la previsione che consente alla persona offesa costituita parte civile nel processo penale di proporre ricorso per Cassazione (rimane ferma invece la possibilità per la persona offesa di ricorrere in Cassazione per le nullità previste dall'articolo 419 comma 7)

Anche sotto tale profilo la scelta del legislatore merita condivisione ponendosi in linea con l'orientamento della Corte di Cassazione per cui l'impugnazione della persona offesa costituita parte civile è destinata alla tutela esclusiva degli interessi penalistici della persona offesa, potendo quest'ultima per gli aspetti civili trasportare in sede civile l'azione per il risarcimento del danno (Cfr. *Cass. sez. III 07 novembre 2013 n.48475*). Nel corso dei lavori preparatori è stata avanzata l'ipotesi che la modifica anzidetta potesse porsi in contrasto con l'art. 11 della direttiva 2012/29/UE che stabilisce il diritto della vittima del reato di chiedere il riesame della decisione di non esercitare l'azione penale. Non appaiono tuttavia sussistere ragioni per ritenere fondato l'asserito contrasto considerato che con la richiesta di rinvio a giudizio l'azione penale è già stata esercitata. Il comma III dell'art. 428 c.p.p. nella proposta di modifica indica sostanzialmente i possibili esiti del giudizio di appello a secondo che ad impugnare sia (solo) il PM ovvero l'imputato.

Avverso la sentenza di appello è poi ammesso il ricorso in cassazione solo per violazione di legge.

### **Considerazioni della commissione di studio dell'ANM sull'art.15 del DDL e sui principali emendamenti.**

La disposizione di cui all'art. 438 co. 1 c.p.p. merita un vaglio critico piuttosto approfondito, atteso che con essa si codifica e si tenta di disciplinare il diritto potestativo dell'imputato di essere giudicato con giudizio abbreviato "secco" sulla base di prove-prodotte, peraltro, "a sorpresa" -formate unilateralmente dal suo difensore in sede di investigazioni difensive.

Va premesso che l'utilizzabilità delle investigazioni difensive nel giudizio abbreviato *ordinario*, pur riconosciuta dal "diritto vivente", non ha un solido fondamento normativo e, soprattutto, presenta seri problemi di opportunità politico-criminale, di compatibilità sistemica e costituzionale (problemi che non sono stati risolti in modo persuasivo dalla

sentenza della Corte Costituzionale, 26/06/2009, n. 184, red. Frigo, che, con motivazione non molto perspicua e oggetto di acute critiche in dottrina. Cfr, G. LOZZI, *Il contraddittorio in senso oggettivo e il giudizio abbreviato*, Giur. Cost. 2009, 03, 2055B; G. UBERTIS, *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato*, Riv.it. dir.proc.pen, 2009, 04, 2072; V. GREVI, *Basta il solo 'consenso dell'imputato' per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, Cass. pen. 2009, 10, 3671B; ID., *Ancora su contraddittorio e investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*, ha ritenuto infondate le eccezioni di incostituzionalità).

Il vizio di fondo della riforma in itinere in parte qua sta proprio nel ricordato presupposto: la possibilità per l'imputato di essere giudicato con rito abbreviato sulla base (anche) degli atti di investigazione difensiva (unilateralmente formati, selezionati ed introdotti in giudizio).

E' noto che a seguito della riforma costituzionale sul "giusto processo" il processo penale deve essere regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova, fatte salve specifiche eccezioni.

La Carta Costituzionale non fornisce una definizione di "contraddittorio": spetta pertanto all'interprete il compito di determinarne il significato e le connotazioni. Se, da un lato, devono evitarsi speculazioni del tutto disancorate dal testo normativo di riferimento e dal quadro costituzionale esistente, dall'altro è innegabile che un margine di opinabilità è pur sempre rinvenibile in qualunque "definizione" che si voglia dare al principio in questione.

In tale ottica, può essere utile l'analisi di chi ha evidenziato come il principio del *contraddittorio*, "costituzionalizzato" nell'art. 111, presenta almeno due profili, che talora sembrano sovrapporsi e confondersi tra loro. Di tale principio -si sostiene- il nuovo testo della Carta fondamentale accoglie a volte l'aspetto *oggettivo*, che consiste nel "metodo di accertamento" dei fatti, altre volte l'aspetto *soggettivo*, che si configura come una garanzia individuale. La singolarità del nuovo art. 111 sta nel fatto che i due distinti concetti si trovano richiamati alternativamente in un ordine che non pare essere quello logico.

Per comprendere, dunque, la giusta portata del principio contenuto nella disposizione in esame è necessario verificare in che modo l'art. 111 Cost. recepisca il principio del contraddittorio. Il primo enunciato che si impone all'attenzione dell'interprete è contenuto nella prima parte del medesimo comma 4: "Il processo penale è regolato dal principio del

*contraddittorio nella formulazione della prova*". Tuttavia, non è questa l'unica disposizione che riconosce il principio del contraddittorio. Infatti, poche righe più sopra, al comma 3, vi è un enunciato così formulato: "la legge assicura che la persona accusata di un reato (...) abbia facoltà davanti al giudice di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico". Anche questa norma costituisce un espresso riconoscimento del principio del contraddittorio. Occorre allora prendere atto della **autonoma consistenza** dei due enunciati. Quello contenuto nel comma 4 primo periodo da una prescrizione di natura oggettiva: è una norma preposta alla tutela del processo penale ed appare funzionale ad assicurare il contraddittorio inteso come metodo di conoscenza. Viceversa, la regola posta al comma 3 dell'art. 111 da una prescrizione di tipo *soggettivo*, funzionale alla tutela dell'imputato. La norma intende assicurare il contraddittorio come *garanzia individuale*.

Preso atto che il principio del contraddittorio assume anche una valenza *soggettiva*, sarebbe errore grave interpretare tale principio esclusivamente come diritto soggettivo: un diritto soggettivo al contraddittorio, che l'art. 111 avrebbe attribuito essenzialmente all'imputato e non anche alle altre parti, pubbliche o private.

In ogni caso, nell'ottica che qui interessa (che è quella dei parametri costituzionali di cui ai ricordati commi 2° e 4° dell'art. 111), la storia politico-legislativa della riforma dell'art. 111 Cost. e la collocazione sistematica del principio di elaborazione dialettica della prova non sembrano lasciare dubbi in ordine al fatto che il legislatore costituzionale abbia inteso fare del contraddittorio lo statuto epistemologico della giurisdizione (art. 111 comma 2 Cost.) e, del contraddittorio nella elaborazione della prova, la specificità della giurisdizione penale (art. 111 comma 4 Cost.). Soltanto nel processo penale, cioè, il contraddittorio deve necessariamente calarsi dentro il **momento genetico della prova**, farsene 'lievito'. Disconoscerlo, significa smarrire le ragioni di una disciplina costituzionale autonoma della giurisdizione penale.

In termini essenziali, il detto principio indica al legislatore il *canone "minimo" di ammissibilità e legittimità delle prove penali*: è vietato permettere che i materiali conoscitivi non formati in contraddittorio trovino ingresso nel giudizio **per fini decisori**. Per tutti gli altri scopi (cioè diversi da quelli decisori sul merito dell'accusa) non si rinvengono particolari limitazioni.

L'ultima affermazione va rimarcata: la "prova" a cui fa riferimento il comma 4 dell'art. 111 Cost. è "la prova che consente di pronunciarsi sul merito della *"res iudicanda"*, "la prova per condannare o per assolvere" e non "qualunque esperimento gnoseologico".

Restano fuori dall'ambito della previsione costituzionale le norme che prevedono decisioni incidentali (sulla misura cautelare, sull'intercettazione telefonica, sull'incidente probatorio, sulla ricusazione o sulla rimessione, sulla proroga delle indagini, ecc.) o processuali (archiviazione, sentenza di non luogo a procedere, sentenza di incompetenza) che, allo stato della normativa ordinaria, si possono fondare su "esperimenti gnoseologici" non elaborati in contraddittorio.

La ricordata portata precettiva dell'art. 111 co. 4 Cost. rappresenta, pertanto, anche il limite di tale inutilizzabilità.

Alla luce di quanto sopra, infatti, sono ipotizzabili usi costituzionalmente compatibili degli atti di investigazione difensiva, anche nel giudizio abbreviato. Ad esempio, il difensore potrà certamente utilizzare gli atti contenuti nel proprio fascicolo per sollecitare l'esercizio dei poteri istruttori del giudice ai sensi dell'art. 441 co. 5 c.p.p..

Tornando al senso e alla portata del principio del contraddittorio, va detto che il termine "contraddittorio" evoca una sfida, una contrapposizione o, meglio, l'esistenza di soggetti portatori di interessi (potenzialmente) contrapposti.

Ne consegue che se le prove vanno formate secondo il principio in questione, l'attività processuale inerente non può essere attribuita ad uno solo degli "antagonisti" né, ed a maggior ragione, al giudice, che deve rimanere per definizione terzo ed imparziale rispetto alla materia del contendere (art. 111 co. 2 Cost.). Pertanto la formazione della prova deve essere affidata **congiuntamente** solo a coloro che, nel processo penale, hanno e possono avere un interesse connesso al merito: le parti.

Se così è, allora, non vi sarà alcun rispetto del contraddittorio, se la prova non è riconducibile ad una attività processuale e congiunta delle parti. In termini più espresi, **gli elementi probatori formati unilateralmente non sono e, dunque, non possono mai essere considerati come prove assunte in contraddittorio.**

Conseguentemente devono ritenersi incostituzionali tutte quelle disposizioni che surrettiziamente consentano l'utilizzabilità ai fini del giudizio degli atti dichiarativi raccolti unilateralmente.

In sintesi, potrà ritenersi conforme al principio del contraddittorio, quella disciplina nella quale:

- le parti avranno il diritto di formare la prova attraverso una loro partecipazione congiunta nella fase istruttoria;
- si escluderà la possibilità di introdurre nel processo e di utilizzare (anche a mezzo di meccanismi surrettizi), per fondare la decisione sul merito, il materiale probatorio unilateralmente raccolto dalle parti o comunque non assunto in contraddittorio.

Sul punto sembra chiaro il principio affermato, in motivazione, dalla Corte Costituzionale nella sentenza 14-26 febbraio 2002 n. 32 (pronunzia riguardante il divieto di testimonianza indiretta di p.g.):

“(…) è profondamente mutato (…), il quadro di riferimento costituzionale, ora integrato dalla previsione, contenuta nella prima parte del quarto comma dell'art. 111 Cost., del principio del contraddittorio nella formazione della prova. Da questo principio, con il quale il legislatore ha dato formale riconoscimento al **contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio**, deriva quale corollario il divieto di attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi **(ed evidentemente anche dal difensore)**”

**IRRILEVANZA -NELLA SPECIE- DEL CONSENSO DELL'IMPUTATO QUALE DEROGA AL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO**

Se così è, una eventuale utilizzabilità delle prove non assunte dialetticamente, in quanto unilateralmente raccolte in sede di investigazioni difensive, potrebbe essere sostenuta solo se riconducibile alle deroghe a tale principio introdotte dal 5° comma dell'art. 111 Cost.

Il catalogo degli enunciati dell'art. 111 Cost. non si ferma, infatti, alla proclamazione del contraddittorio. Il comma 5 stabilisce che la prova è utilizzabile anche se si è formata fuori

del contraddittorio “per consenso dell’imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita”.

Ci si chiede, allora: quale fondamento costituzionale può avere l’elevazione al rango di prova del materiale probatorio raccolto dalla difesa, in assenza di contraddittorio?

Tralasciando i casi limite di accertata impossibilità di natura oggettiva e di provata condotta illecita – che trovano spazio nelle previsioni di cui all’art. 391-decies co. 1 e 2 c.p.p. - che non rilevano, per le ragioni già esposte, in questa sede, va esaminata l’ipotesi di deroga fondata sul consenso dell’imputato.

La deroga al contraddittorio fondata sul **consenso dell’imputato** ha due differenti ambiti applicativi.

In primo luogo, essa si riferisce ai riti deflattivi del dibattimento (*in primis*: il giudizio abbreviato, in cui l’imputato acconsente, essenzialmente, ad essere giudicato sulla base delle risultanze delle indagini svolte dal P.M.).

Il secondo spazio operativo della clausola del consenso concerne le possibili ripercussioni nell’ambito del giudizio ordinario (si pensi all’acquisizione degli atti su accordo delle parti ex artt. 493 co. 3, 555 co. 4, 431 co. 2 c.p.p. o ai “mini-patti” acquisitivi dibattimentali).

La formulazione generica dell’ipotesi *derogatoria* in questione, per un verso, potrebbe indurre a ritenere che in Costituzione non si dia alcuna rilevanza al consenso delle parti *diverse* dall’imputato; per altro verso, potrebbe ingenerare l’erronea convinzione che il *mero consenso* dell’imputato permetta di derogare al principio del contraddittorio nella formazione della prova. In altre parole, essa sembrerebbe legittimare una norma processuale che, anche nell’ambito del rito ordinario, permettesse l’utilizzazione di prove, formate fuori del contraddittorio, sul **solo** presupposto del consenso dell’imputato.

L’affermazione, tuttavia, può essere ridimensionata e correttamente intesa sol che si precisi il significato della parola “consenso”.

Tale sostantivo, in linguaggio giuridico, indica una manifestazione di volontà con la quale un soggetto rimuove un limite all’agire altrui nella propria sfera soggettiva. Il consenso sortisce il suo effetto naturale soltanto nei casi in cui l’ordinamento riconosce ad un soggetto la *disponibilità* esclusiva di un assetto di interessi. Pertanto, per sua costruzione

logica, il consenso dell'imputato può valere esclusivamente con riferimento ad elementi **potenzialmente *contra se* in quanto raccolti da altre parti, titolari di un interesse che potrebbe entrare in conflitto con quello dell'imputato in parola.**

Al riguardo è stato fondatamente sostenuto che il consenso dell'imputato costituisce una rinuncia al contraddittorio in senso *soggettivo* ed alla tutela rappresentata dalla inutilizzabilità delle dichiarazioni rese da chi ha eluso il confronto con la difesa.

Viceversa, **il contraddittorio in senso *oggettivo* -o contraddittorio *tout court*- resta indisponibile unilateralmente.**

**La rinuncia consensuale** alla formazione in contraddittorio della prova ne può essere valido succedaneo, se proviene **dagli stessi soggetti che sarebbero stati protagonisti del contraddittorio.**

Soltanto con l'accordo di tutte le parti il contraddittorio nella formazione della prova può essere oggetto di disposizione, sia pure entro limiti ben precisi (v. ad esempio l'istituto dell'acquisizione concordata degli atti -ex artt. 431 co. 2, 493 co. 3, 555 co. 4 c.p.p.- a cui fa peraltro da contraltare il potere del giudice di disporre d'ufficio l'assunzione dei mezzi di prova relativi agli atti acquisiti, al fine di evitare la legittimazione di una "verità convenzionale").

Tornando al tema del *consenso*, così come disciplinato dall'art. 111 co. 5 cost., occorre ribadire un punto fondamentale.

Sarebbe una contraddizione in termini sostenere che il consenso dell'imputato possa legittimare l'acquisizione di elementi a sé favorevoli formati unilateralmente dalla difesa.

Sul punto appare pienamente condivisibile la tesi di chi sostiene che non si può ritenere, rimanendo filologicamente abbarbicati al testo del comma 5 dell'art. 111 Cost., che questo autorizzi un sistema in cui sia sufficiente il consenso dell'imputato ad operare *la trasmutazione genetica di un suo atto di indagine in prova*: appare evidente come tale **autopromozione probatoria** della investigazione di parte sarebbe priva di qualsiasi significato epistemologico.

Del resto, la necessità di ristabilire il sinallagma delle posizioni, nonostante il tenore letterale della norma disinvolatamente sbilanciato, si ricava dallo stesso **art. 111 Cost., che al comma 2°** - con riferimento alla giurisdizione in genere - precisa che ogni processo deve svolgersi **“nel contraddittorio delle parti in condizioni di parità”**.

In realtà, con riferimento all' utilizzazione delle indagini difensive nel giudizio abbreviato non è neanche configurabile un consenso dell'imputato. Ciò in quanto -come si è detto- legittimate a consentire sono soltanto quelle parti che hanno un interesse contrario alla acquisizione di atti raccolti unilateralmente dalla difesa. Esse in tal modo rinunciano al loro diritto alla formazione della prova in contraddittorio.

Del resto, se si ritenesse che il solo consenso dell'imputato permetta di eludere il contraddittorio, perverremmo ad una concezione massimalista del diritto di difesa, che **renderebbe l'accusato arbitro della prova.**

Con il che si finirebbe con il ridurre il principio del contraddittorio nel solo alveo del diritto di difesa.

Non solo, una tale interpretazione dovrebbe indurre a ritenere incostituzionali le norme che, dettate per il dibattimento, subordinano l'acquisizione ai fini della prova di atti formati unilateralmente **non al mero “consenso” dell'imputato, ma all'accordo tra tutte le parti** (cfr. artt. 431 co. 2; 493 co. 3; 555 co. 4 c.p.p.). Esse violerebbero il principio costituzionale (sì male interpretato) prevedendo un **aggravio** della posizione dell'imputato, con riferimento ai suoi poteri probatori, non consentendogli di acquisire, sulla base del proprio mero consenso, contenuti dichiarativi dallo stesso unilateralmente raccolti.

Conclusivamente, va ribadito che il consenso presuppone l'esistenza di una pluralità di parti e può essere inteso come approvazione, accettazione di qualcosa proveniente dall'altra parte: nel nostro caso l'atto a contenuto probatorio di formazione unilaterale.

Se così è, appare totalmente **privo di senso giuridico** individuare una valida deroga al principio del contraddittorio nel **consenso dell'imputato alla iniziativa investigativa posta in essere da sé medesimo.**

La conclusione, costituzionalmente obbligata, è chiara: l'imputato può rinunciare a contraddire, scegliendo il rito abbreviato, ma non può rinunciare ad una facoltà che non rientra nella sua disponibilità; e cioè il contraddittorio delle altre parti.

Le considerazioni sin qui espresse appaiono sufficienti per sostenere che la censurata disciplina, consentendo l'utilizzo ai fini probatori, nel giudizio abbreviato -in assenza di valide deroghe al principio del contraddittorio- di elementi raccolti unilateralmente in sede di investigazioni difensive, non può sottrarsi a palesi censure di incostituzionalità rispetto ai ricordati parametri di cui all'art. 111 Cost. Né valida deroga -lo si ribadisce- può essere rappresentata dal consenso dell'imputato alla iniziativa posta in essere da sé medesimo.

SI PRENDE ATTO CHE LA RICORDATA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, 26/06/2009, N. 184, RED. FRIGO HA RITENUTO CHE NEL CASO IN QUESTIONE LA DEROGA AL PRINCIPIO DI CONTRADDITTORIO NELLA FORMAZIONE DELLA PROVA SIA GIUSTIFICATA DAL CONSENSO DELL'IMPUTATO. SI TRATTA, PERÒ, DI UNA SENTENZA DI RIGETTO, COME TALE NON VINCOLANTE E CHE, PER LE RAGIONI SUDETTE -CONDIVISE DALLA RICORDATA DOTTRINA- NON APPARE ASSOLUTAMENTE PERSUASIVA.

La disciplina che consente l'utilizzazione delle indagini difensive nel giudizio abbreviato si espone, inoltre, a gravi censure di irrazionalità, incompatibilità e incoerenza sistemica. Tanto per iniziare, appare stridente il contrasto tra tale utilizzabilità in sede di giudizio abbreviato e la disciplina dettata con riferimento allo scenario dibattimentale.

Così, l'art. 391-*decies* co. 1 c.p.p. prevede che gli atti di investigazione difensiva possono essere utilizzati, salvi i casi di irripetibilità e di provata condotta illecita, solo per le contestazioni dibattimentali (come emerge dal richiamo operato agli artt. 500, 512, 513 c.p.p.).

Ma vi è di più: una lettura sistematica delle disposizioni che disciplinano l'acquisizione in dibattimento di atti unilateralmente formati rende evidente che il consenso dell'imputato ivi contemplato è solo quello che si manifesta nella forma dell' accordo con le altre parti processuali.

Invero il legislatore, quando ha previsto la possibilità di attribuire agli atti di investigazione difensiva valore di prova, l'ha subordinata all'accordo con il pubblico

ministero –e con le altre parti eventuali- (v. artt. 431 co. 2, 493 co. 3, 555 co. 4 c.p.p.): in tali casi il consenso assume, per l'appunto le forme dell' accordo (c.d. acquisitivo).

**Per cui, paradossalmente**, in base alla disciplina qui censurata, **la posizione dell'imputato nell'ottica dell'acquisizione probatoria è assai più favorevole nel giudizio abbreviato** (stante l'utilizzabilità in questa sede degli atti a sfondo probatorio dallo stesso unilateralmente raccolti e selezionati) **che nel dibattimento**. Il che, tra l'altro, mal si concilia con il trattamento premiale connesso alla scelta di detto rito alternativo.

Ma gli atti di investigazione difensiva appaiono un "corpo estraneo" alla disciplina dello stesso giudizio abbreviato, come ridisegnato dalla legge n. 479/1999.

Basti evidenziare che l'ordinamento prevede, in via di eccezione rispetto al modello del giudizio abbreviato "ordinario", la possibilità per l'imputato di subordinare la richiesta del rito alternativo ad una "integrazione probatoria" necessaria ai fini della decisione (il c.d. giudizio abbreviato condizionato, ex art. 438 co. 5 c.p.p.). In tale ipotesi la richiesta dovrà essere valutata dal giudice che potrà non ammetterla –escludendo così il rito alternativo- valutati i parametri della necessità e della compatibilità con le finalità di economia processuale proprie del procedimento. Non solo: in caso di ammissione al rito condizionato, al p.m. è attribuita la facoltà di chiedere l'assunzione di prova contraria.

Ebbene, l' utilizzabilità ai fini della prova degli atti di investigazione difensiva appare in insanabile contrasto con l'esistenza stessa del giudizio abbreviato "condizionato".

Che senso ha –in termini generali- la richiesta di giudizio abbreviato condizionata all'assunzione di una fonte di prova dichiarativa?

L'imputato può introdurre quelle acquisizioni unilaterali in uno con la richiesta di giudizio abbreviato "ordinario" eliminando, da un lato, il rischio di non ammissione da parte del giudice ed escludendo, dall'altro, la prova contraria del P.M..

Del resto, è singolare che il legislatore, dopo aver relegato il ruolo del pubblico ministero nel rito abbreviato su crinali piuttosto sbiaditi, legittimi la difesa dapprima ad acquisire unilateralmente il materiale probatorio, selezionando solo quello utile a fini difensivi e mantenendo al di fuori del cono di utilizzabilità ogni risultanza di segno opposto o anche solo incerto; poi, sulla scorta di tale piattaforma cognitiva sapientemente ritagliata, a

formulare l'opzione di giudizio abbreviato. Con l'invidiabile risultato di ottenere, da un lato, il trattamento premiale connesso alla scelta del rito e di ridurre, dall'altro, l'alea di una sfavorevole evoluzione del patrimonio cognitivo ai ristretti ambiti dell'integrazione probatoria ex artt. 441 co. 5 c.p.p.. Ciò in quanto il pubblico ministero –si ribadisce- è stato privato anche della facoltà di chiedere l'ammissione di prova contraria, riconosciutagli, invece, nel giudizio abbreviato condizionato, dove –per converso- la prova è assunta dal giudice, con modalità che garantiscono la partecipazione dello stesso pubblico ministero.

La disciplina qui censurata induce a ritenere illogica la previsione di un istituto quale quello di cui al ricordato art. 438 co. 5 c.p.p.: il potere conferito alla difesa non solo di preconstituire unilateralmente il dato utilizzabile ai fini decisori, ma anche di controllarne il canale d'ingresso, rende del tutto improbabile il ricorso alla ben più rischiosa richiesta di giudizio abbreviato condizionato, aleatoria nei risultati e foriera di conseguenze non propizie sul piano del ripristino del diritto alla prova in capo al pubblico ministero e della modificabilità in peius dell'imputazione originaria.

Ben più proficuo è dapprima completare l'orizzonte del materiale utilizzabile, depositando, nell'ultimo momento processualmente utile, gli esiti favorevoli delle investigazioni difensive espletate, e solo di seguito –a fronte di uno "stato degli atti" già opportunamente orientato –effettuare la più solida opzione per il giudizio abbreviato "semplice".

A ciò va aggiunto che la ratio che ispira la disciplina del giudizio abbreviato è quella di riconoscere un congruo sconto di pena in cambio dell'accettazione di un processo "a prova contratta", della rinuncia ad esercitare il diritto al contraddittorio nella escussione dei testi già assunti dal pubblico ministero. Se si attribuisce all'imputato il potere di introdurre atti di investigazione difensiva, opportunamente selezionati, da valere come prova ai fini della decisione, senza alcun contraddittorio con la pubblica accusa e senza diritto a controprova, **lo stesso fondamento del trattamento premiale viene meno.**

Più specificamente, risulta una **evidentissima ed ingiustificata disparità di trattamento**, rispetto ai poteri probatori dell'imputato in tema di atti di investigazione difensiva a contenuto dichiarativo, tra **giudizio ordinario**, ove per introdurre contenuti probatori unilateralmente formati occorre il consenso delle altre parti e **giudizio abbreviato**, ove tale

introduzione è espressione di un diritto potestativo dello stesso imputato. **Con l'aggravante che nel secondo caso l'imputato gode anche di un rilevante sconto di pena.**

Così come appare assolutamente irrazionale la compresenza nello stesso sistema processuale, da un lato, di un istituto (quello del giudizio abbreviato *condizionato*), in cui l'imputato che voglia ottenere l'assunzione di un mezzo di prova (oggetto della *condizione*), in udienza, dal giudice terzo, con metodo *dialogico*, offrendo al P.M. la possibilità di far valere il diritto alla prova, può vedersi rigettata la richiesta e non essere ammesso al rito speciale (perdendo anche lo sconto di pena); dall'altro, del diritto potestativo dell'imputato di raccogliere unilateralmente, selezionare (scegliendo, ovviamente, solo quelli favorevoli) e produrre atti a contenuto probatorio, di identica natura, per vederli utilizzati, *incondizionatamente*, nel giudizio abbreviato *ordinario*.

Critico, pertanto, si ritiene debba essere l'approccio con riguardo alla disposizione in esame, anzitutto, perché ha espressamente codificato l'istituto (*rectius*: il *modus operandi*) della produzione "a sorpresa" e, soprattutto, della utilizzabilità ai fini della prova degli atti di investigazioni difensive in sede di giudizio abbreviato.

Il Legislatore, quando ha voluto attribuire agli atti di investigazione difensiva, formati al di fuori del contraddittorio, valore di prova ai fini della decisione lo ha stabilito in modo inequivocabile. Si pensi alla formulazione degli articoli 431,493 e 555 c.p.p. relativamente all'acquisizione di atti su accordo delle parti. In tali disposizioni non si parla di acquisizione concordata di "atti contenuti nel fascicolo di cui all'art. 416" o -a seconda della fase in cui interviene l'accordo- "di cui all'art. 433 c.p.p.", magari con l'implicito presupposto che in detti fascicoli si trovino anche gli atti relativi alle indagini difensive, ma si prevede, testualmente, l'acquisizione "di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva".

Con il che confortando, altresì, l'assunto che tali atti di investigazione siano, in ogni caso, qualcosa di *diverso* e *distinto* dagli atti *contenuti nel fascicolo del dibattimento*.

Si richiama, ancora, la inequivocabile formulazione dell'art. 391-*decies* co. 1 c.p.p., che disciplinando in modo specifico l'utilizzazione della documentazione delle investigazioni

difensive in sede dibattimentale, prevede che delle dichiarazioni inserite nel fascicolo del difensore le parti possano servirsi a norma degli artt. 500, 512 e 513, ovvero per le contestazioni e la lettura in sede dibattimentale. Si pensi, infine, alla disciplina di cui all'art. 391-*octies* c.p.p., con riferimento all'utilizzo di detti atti in sede di indagini preliminari e di udienza preliminare.

In tale ottica, non può non balzare all'attenzione la circostanza che la disposizione del predetto comma 1-*bis* dell'art. 442 nell'indicare gli atti utilizzabili come prova ai fini della decisione in sede di giudizio abbreviato, *non fa menzione alcuna* della documentazione presentata dalla difesa ai sensi dell'art. 391-*octies*, facente parte del fascicolo del difensore costituito a norma dello stesso articolo.

Se ne devono trarre le logiche conseguenze: in sede di giudizio abbreviato gli atti delle *investigazioni difensive* sono *inutilizzabili* ai fini della decisione finale.

La ricordata portata precettiva dell'art. 111 co. 4 Cost. rappresenta, per altro verso, anche il limite negativo di tale inutilizzabilità.

Così, è indiscutibile che tali atti troveranno pieno ingresso all'udienza preliminare. L'art. 421 c.p.p. in tema di atti posti a fondamento delle conclusioni delle parti all'esito dell'udienza preliminare, richiama espressamente tali atti e documenti (a cui, invece, non fa richiamo l'art. 442 co. 1 *bis* c.p.p.): il che conforta la tesi che –anche secondo il codice di rito– tali indagini sono utilizzabili quando non si tratta di pronunciarsi sul merito della *res iudicanda*, di assolvere o condannare.

Non solo: sono ipotizzabili usi costituzionalmente compatibili degli atti di investigazione difensiva, anche *nel* giudizio abbreviato. Ad esempio, il difensore potrà certamente utilizzare gli atti contenuti nel proprio fascicolo per sollecitare l'esercizio dei poteri istruttori del giudice ai sensi dell'art. 441 co. 5 c.p.p..

Merita apprezzamento, non tanto nell'ottica dei suddetti principi fondamentali, quanto in quella della "riduzione del danno", l'emendamento 21.2, Stefani, Centinaio, che prevede l'esclusione della previsione della disposizione in esame per i processi per reati particolarmente gravi

## L'EQUIVOCO DEL TERMINE CHE IL P.M. PUÒ CHIEDERE PER "LO SVOLGIMENTO DI INDAGINI SUPPLETIVE" E LA CONNESSA FACOLTÀ DELL'IMPUTATO DI REVOCARE LA RICHIESTA DI GIUDIZIO ABBREVIATO

Con la disposizione in commento il Legislatore se da un lato riconosce l'anzidetta facoltà difensiva (configurata come diritto potestativo), dall'altro sembra tentare di "riequilibrare" il potere delle parti introducendo la previsione secondo cui "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".

La previsione si espone a numerose obiezioni.

Anzitutto la previsione di un termine ristretto che -tenuto conto delle condizioni in cui si trovano ad operare le Procure ed i tempi che occorrono per svolgere alcuni tipi di indagine- appare praticamente inutile. Si potrebbe comunque sostituire la espressione "non superiore a sessanta giorni" con: "congruo".

Più problematica è l'interpretazione dell'espressione: "indagini suppletive".

Teoricamente il P.M. sarebbe autorizzato a svolgere ulteriori indagini, a prescindere dal contenuto delle investigazioni difensive.

Una interpretazione logica e *razionale secondo lo scopo* induce a limitare tali indagini suppletive collocandole nell'alveo di quelle indagini rese necessarie dagli atti di investigazione difensiva. Una sorta di prova contraria intesa in senso ampio (comprensivo non solo della prova contraria speculare, ma anche della prova indiretta antagonista).

Tale soluzione sembra rispondere alle indicazioni di un'altra pronunzia della Corte costituzionale in materia di giudizio abbreviato ed investigazioni difensive.

Si tratta in realtà di una ordinanza di manifesta inammissibilità, ma, nella sostanza, un una pronunzia "soprassessoria" (Corte Cost. ord. 24/6/2005 n. 245)

La Consulta, in particolare, ha ritenuto semplicemente che prima di sollevare questione di legittimità costituzionale il rimettente avrebbe dovuto "esplorare la concreta praticabilità delle soluzioni offerte dall'ordinamento al fine di porre rimedio alla denunciata anomala sperequazione tra accusa e difesa".

In particolare: la possibilità offerta dall'ordinamento di assicurare comunque al p.m. il diritto alla controprova sulle prove addotte 'a sorpresa' dalla controparte, in modo da "contemperare l'esigenza di celerità con la garanzia dell'effettività del contraddittorio", anche attraverso differimenti delle udienze congrui rispetto "alle singole, concrete fattispecie"; e, inoltre, la valorizzazione del potere di integrazione probatoria ex art. 441 co. 5 c.p.p., "configurato quale strumento di tutela dei valori costituzionali che devono presiedere l'esercizio della funzione giurisdizionale, sicchè proprio a tale potere il giudice dovrebbe fare ricorso per assicurare il rispetto di quei valori".

In questa direzione sembra essersi orientata la disposizione in commento.

Ma tale opzione non risolve le problematiche legate al principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Dovrebbe essere infatti del tutto evidente che il riconoscimento del diritto alla controprova non può valere a superare ogni questione relativa alla violazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova.

L'equivoco si insinua nella confusione concettuale tra contraddittorio nella formazione della prova - il contraddittorio che deve necessariamente calarsi dentro il momento genetico della prova- e il contraddittorio "per" la prova, che presuppone il diritto della parti di vedere acquisite tutte le prove necessarie alla propria difesa e, quindi, anche la prova contraria rispetto alle prove introdotte dalle altre parti.

In realtà, la regola del contraddittorio nella formazione della prova, come metodo elettivo per l'accertamento del fatto nel processo penale, esige anzitutto, che gli elementi di prova siano formati nel dialogo diretto di tutte le parti con la fonte. In base a tale regola, la prova contraria, al pari di quella che essa intende attaccare è -fin dove possibile- prova formata nel contraddittorio. E ciò esclude -così come è escluso per la prova "diretta"- che il carattere "contrario" della prova possa legittimare l'uso in giudizio di elementi, per quanto asseritamente "decisivi", formati fuori del contraddittorio con la relativa fonte.

Dal comma 4° dell'art. 111 Cost. si trae, quindi, non solo che la par condicio tra prove antagoniste deve rispettarsi anche sul terreno del metodo probatorio, ma altresì che, su tale terreno, essa deve collocarsi al livello qualitativamente "alto" del contraddittorio nella formazione della prova.

Così, a titolo di esempio, una disciplina che consentisse di utilizzare nel giudizio ordinario, senza "accordi acquisitivi", tutti gli atti delle indagini preliminari assunti dal

p.m., attribuendo nel contempo alle altre parti il pieno diritto alla controprova, certamente non passerebbe indenne il vaglio di costituzionalità.

#### **LA FACOLTÀ DELL'IMPUTATO DI REVOCARE LA RICHIESTA**

Ci si limita a definire "singolare" la previsione della possibilità di recesso dell'imputato nei casi in cui il P.M. si avvalga della facoltà di svolgere "indagini suppletive".

Non si comprende il senso di tale previsione per effetto della quale la richiesta di abbreviato "secco" da parte dell'imputato non è più incondizionata ed irrevocabile, ma, pur continuando a costituire esercizio di un diritto potestativo (nel senso che, a fronte di una richiesta di tal genere, il P.M. nulla può eccepire e il Giudice deve ammettere il rito), è sottoposta alla condizione risolutiva (attivabile a discrezione dell'imputato) della richiesta da parte del P.M. di termine per lo svolgimento delle indagini suppletive.

#### **Considerazioni della commissione di studio dell'ANM sull'art.15 commi 3°, 5° e 6° del DDL e sui principali emendamenti.**

La proposta recepisce, sostanzialmente, orientamenti giurisprudenziali ormai granitici (dopo le pronunce della Corte a Sezioni Unite, n. 16 del 21/06/2000, Tammaro, Rv. 216246; n.39298 del 26/09/2006, Cieslinsky, Rv. 234835) argomentati sulle norme già esistenti (l'inutilizzabilità delle prove illegittimamente acquisite, così come le nullità assolute, sono già codicisticamente sottratte al potere dispositivo delle parti, con conseguente insanabilità e rilevabilità d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento - cfr. anche Corte Cost. 20/5/1996 n. 155).

La specificazione relativa alla "preclusione" di ogni questione sulla competenza del territorio del giudice, consente di dirimere il contrasto giurisprudenziale formatosi sul punto e di superare le perplessità/criticità<sup>[1]</sup> evidenziate in relazione alle motivazioni adottate dalle Sezioni Unite (29/3/2012 n. 27996) che hanno risolto il contrasto accreditando l'orientamento favorevole all'ammissibilità dell'eccezione di incompetenza per territorio nell'ambito del giudizio abbreviato.

La stessa Corte Costituzionale ha riconosciuto la legittima facoltà del legislatore di limitare la possibilità di rilevare i vizi di competenza territoriale del giudice adito nell'interesse dell'ordine e della speditezza del processo, interesse ritenuto dalla Consulta prevalente rispetto a quello della esatta individuazione del giudice territorialmente competente (Corte Cost. 130/1995; 349/2000).

### **Valutazioni critiche**

Sarebbe auspicabile, una riformulazione del dettato normativo, che chiarisse, in modo esplicito, la sanatoria delle nullità relative e delle nullità a regime intermedio (per le nullità assolute, infatti, la specificazione dell'eccezione è sostanzialmente inutile), magari con un richiamo esplicito alle diverse norme codicistiche che, pure prevedendo nullità, sulla base della casistica giurisprudenziale sono state considerate o debbono considerarsi sanate dalla richiesta di abbreviato.

Il riferimento alla *“La richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare”* sembrerebbe escludere dall'ambito di operatività della nuova disciplina tutti i procedimenti iscritti per reati *“a citazione diretta”*.

Le modifiche proposte per la richiesta di abbreviato nell'ambito del giudizio immediato, anche qui **revocabile**, comportano tutte le problematiche esposte nell'ambito dell'analisi della previsione generale.

### **Considerazioni della commissione di studio dell'ANM sull'art.17 del DDL e sui principali emendamenti.**

#### **Analisi della norma**

La proposta di modifica dell'articolo condurrebbe sostanzialmente a reintrodurre la originaria formulazione dell'art. 493 c.p.p. (come era stato previsto con il *“nuovo codice”*), cioè quella che era prima della modificazione operata con l'art 40 L. 16 dicembre 1999 n. 479.

Le critiche, peraltro non concordi, che la dottrina aveva formulato al dettato originario dell'art. 493 c.p.p. (che ora si vorrebbe reintrodurre) erano quelle di un *“apparente squilibrio fra accusa e difesa”*; la critica traeva origine anche sulla base della differente

terminologia adottata: alla *esposizione* dei fatti da parte del pubblico ministero (e alla indicazione delle prove di cui chiedeva l'ammissione) non corrispondeva una eventuale controesposizione da parte della difesa, né la possibilità di rettifica di eventuali inesattezze, bensì solo una *indicazione* dei fatti che, nell'ordine, i difensori della parte civile, del responsabile civile, della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e dell'imputato intendevano provare, con le conseguenti richieste.

**L'emendamento 23.6 (Caliendo, Palma, Cardiello, Malan, Galimberti: Al comma 1, lettera a), capoverso «1.», dopo le parole: «i fatti oggetto di imputazione» aggiungere le seguenti: «senza alcun riferimento agli atti formati nel corso delle indagini preliminari») risulta anticipare un dibattito che la Suprema Corte di Cassazione aveva già risolto: l'esposizione introduttiva del P.M., infatti, poteva anche ricomprendere i riferimenti agli atti formati nel corso delle indagini preliminari, salva l'impossibilità, per il Giudice, di tenerne conto nel merito.**

**L'emendamento 23.7 (Cappelletti, Al comma 1, lettera a), capoverso «1», aggiungere, in fine, le parole: «e contestualmente possono presentare memorie scritte»): risulta di per sé privo di rilevanza - e di necessità - stante il disposto dell'art. 121 c.p.p.**

### **Valutazioni critiche**

Positive: la novità dell'istituto, introdotto all'epoca dell'adozione del rito accusatorio, mantiene a tutt'oggi l'utilità che gli era stata riconosciuta. *“L'esposizione introduttiva del P.M., oltre a svolgere una funzione informativa e conoscitiva per il giudice, serviva per introdurre il dibattito e fissarne i limiti e per puntualizzare i termini dell'accusa; il compito dei difensori, invece, non era quello di introdurre il dibattito, ma solo quello di completarne le articolazioni prospettando i fatti ulteriori o alternativi che a loro volta intendevano provare e chiedendo l'ammissione dei relativi mezzi di prova”* (PLOTINO, *Il dibattimento*).

### **Ricadute pratiche**

Un vaglio critico anticipato e più concreto da parte del Giudice sulle richieste di ammissione delle prove, con conseguenti positive ricadute in ossequio ai principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo.

## Considerazioni della commissione di studio dell'ANM sull'art.18 del DDL e sui principali emendamenti.

### Analisi dell'articolo:

Da un punto di vista astratto e sistematico, le modifiche apportate all'art. 546 c.p.p. sono superflue, poiché sostanzialmente riprodottrici del contenuto degli artt. 187 e 192 c.p.p..

Basta una scorsa a queste norme per accorgersi che sono utilizzate le stesse parole e le medesime espressioni:

- l'art. 187 c.p.p. disciplina *l'oggetto della prova* e statuisce che *formano oggetto di prova i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza. Sono altresì oggetto di prova i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali. Se vi è costituzione di parte civile sono inoltre oggetto di prova i fatti inerenti alla responsabilità civile derivante da reato;*
- l'art. 192 c.p.p. stabilisce che *il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati.*

Del pari superfluo il richiamo all'art. 533 comma 2 c.p.p. a proposito delle modalità di determinazione della pena.

Sul piano pratico sembra che l'intervento del legislatore si inserisca nell'ottica del *repetita iuvant*.

Sia cioè una sorta di **monito** rivolto ai giudici di primo grado ai quali si ricorda che nella stesura della motivazione devono dare conto di tutti questi punti, senza tralasciarne alcuno.

Al riguardo è sintomatico il richiamo espresso alle modalità di determinazione della pena di cui all'art. 533 comma 2 c.p.p.: *“Se la condanna riguarda più reati il giudice stabilisce la pena per ciascuno di essi e quindi determina la pena che deve essere applicata in osservanza delle norme sul concorso di reato e di pene o sulla continuazione”*.

Si tratta di articolo collocato poco prima.

Viene citato perché si tratta di un articolo negletto. A torto mai applicato nella prassi giurisprudenziale in tema di reato continuato, salvo rarissime encomiabili eccezioni.

L'intento del legislatore della riforma sembra dunque quello di rivitalizzare il disposto dell'art. 533 comma 2 c.p.p., la cui diligente applicazione porta con sé una serie di effetti benefici, non alla luce dell'art. 81 comma 3 c.p., ma anche nel caso in cui, per vari motivi, sia necessario "sciogliere" il vincolo della continuazione nei successivi gradi di giudizio o nella fase esecutiva.

Ovviamente si tratta di norma che contiene consigli e non comandi, ma che "richiama" l'attenzione del giudice di primo grado sull'esigenza di completezza della motivazione.

Peraltro il difetto di motivazione non è un vizio che rende annullabile la sentenza di primo grado.

**Valutazioni critiche:** ultroneo, ma in parte utile.

L'emendamento che richiede l'eliminazione della parola "concisa" è in contrasto con tutti gli orientamenti attuali che mirano a scongiurare la piaga della motivazione ipertrofica.

**Ricadute pratiche:** lo scrupoloso rispetto della norma potrebbe agevolare il lavoro del giudice di appello.

## SEMPLIFICAZIONE DELLE IMPUGNAZIONI

**Considerazioni della commissione di studio dell'ANM sull'art.21 del DDL e sui principali emendamenti.**

In particolare, quanto al potere di impugnazione riconosciuto all'imputato, si introduce nell'art. 571 c.p.p. una clausola di salvaguardia che, letta in combinato disposto con il novellato art. 613 c.p.p., esprime un doppio binario nella legittimazione ad impugnare che potremmo definire esclusivo, a favore del solo difensore per le impugnazioni in Cassazione, e concorrente per le impugnazioni di merito.

Si legge, infatti, che:

*“All’articolo 571, comma 1, del codice di procedura penale sono premesse le seguenti parole:  
«Salvo quanto previsto per il ricorso per cassazione dall’articolo 613, comma 1,»..*

Con la riforma si assiste, in buona sostanza, ad uno scollamento fra le impugnazioni di merito e quella di legittimità, posto che il legislatore, nel porre in disparte la previsione di cui all’art. 613 comma 1 c.p.p., che nella nuova formulazione elimina la legittimazione a ricorrere della parte riconoscendola esclusivamente a favore del difensore iscritto nell’albo speciale, pare delineare un nuovo architrave della legittimazione ad impugnare.

In conclusione, il legislatore della riforma introduce, come visto, un doppio regime in ordine alla legittimazione ad impugnare, contemplando una legittimazione ad impugnare esclusiva per il giudizio di legittimità, in cui la legittimazione ad impugnare si contrae a favore del solo difensore, ed una legittimazione ad impugnare concorrente nel giudizio di merito di primo e secondo grado.

Tale regola appare operare anche nei casi di cd ricorso per saltum, contemplato, per esempio, all’art. il 569 c.p.p. che prevede per la parte che ha diritto ad appellare la sentenza ( ma vale anche per i provvedimenti de libertate, art. 311 comma 2 c.p.p., per i provvedimenti cautelari personali e art. 325 comma 2 c.p.p. per i provvedimenti di sequestro preventivo e conservativo) di proporre direttamente ricorso per cassazione.

Evidente la finalità della norma, che opportunamente mira a riservare al solo difensore l’uso di uno strumento di gravame caratterizzato da un tasso di tecnicità particolarmente elevato.

Essa è diretta altresì, in funzione deflativa, a scoraggiare la presentazione di ricorsi meramente defatigatori e ad accelerare la formazione del giudicato, tenuto conto del dato di comune esperienza che per la quasi totalità dei ricorsi presentati personalmente dall’imputato la Corte di Cassazione pronuncia l’inammissibilità, con inutile dispendio di tempi e costi organizzativi.

In relazione al contenuto dell’impugnazione il progetto di legge prevede la sostituzione dell’art. 581 c.p.p.

Precisamente, l'articolo 581 del codice di procedura penale è sostituito dal seguente:

«Art. 581. - (Forma dell'impugnazione).

- 1. **L'impugnazione si propone con atto scritto nel quale sono indicati il provvedimento impugnato, la data del medesimo e il giudice che lo ha emesso, con l'enunciazione specifica, a pena di inammissibilità: a) dei capi o dei punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione; b) delle prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione; c) delle richieste, anche istruttorie; d) dei motivi, con l'indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta».**

Rimane ferma la connotazione formale dell'atto di impugnazione e si rafforza il contenuto che risulta delineato attraverso un intervento normativo operante su di un duplice profilo, sanzionatorio e, per l'appunto, contenutistico.

In particolare, la prima parte dell'attuale formulazione contempla, in chiave formale, gli elementi che servono ad individuare il provvedimento impugnato, ovvero il provvedimento, la data ed il giudice che ha emesso il provvedimento avverso il quale si intende reagire.

Sotto il profilo sostanziale, la norma prevede l'indicazione analitica dei requisiti sostanziali la cui enunciazione - capi o punti della decisione, richieste e motivi alla cui base devono essere poste l'indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto - consente un sindacato strutturale e nel contenuto della vicenda processuale.

Attualmente, nel dato normativo l'enunciazione degli elementi sostanziali dell'impugnazione è contemplata in maniera generica ( la disposizione, infatti, nella loro individuazione afferma "*sono enunciati*") e la sanzione comminata in ordine alla mancata indicazione di tali elementi, sia formali che sostanziali, è, in virtù del combinato disposto degli artt. 581 e 591 comma 1 lett. c) c.p.p., l'inammissibilità dell'impugnazione che preclude il vaglio giudiziale nel merito del provvedimento.

Il testo riformato, invece, rafforza in maniera definitiva il principio dell'unicità dell'atto di impugnazione, invalso proprio con il codice Vassalli e che unifica il momento della dichiarazione dell'impugnazione a quello della presentazione dei

motivi, lascia impregiudicata la connotazione formale del provvedimento impugnato, incide, invece, sul versante sostanziale dell'impugnazione, ampliandone la categoria ed il ventaglio delle censure proponibili.

Infatti, la nuova disposizione, subito dopo il punto a), relativo ai capi o punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione, introduce un nuovo punto b), inerente le "prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione" e, conseguentemente, amplia il punto c), estendendo le richieste anche a quelle istruttorie.

Per il legislatore, all'ampliamento delle possibilità di sindacato e, quindi, all'introduzione della possibilità di sindacare il provvedimento in maniera ancora più sostanziale quale quello genericamente inteso delle "prove", corrisponde, anche nella forma, una maggiore responsabilizzazione della parte impugnante.

La riforma, infine, incide anche sulla inammissibilità dell'impugnazione e, in particolare, interviene sulla competenza alla declaratoria del vizio, contemplando, dopo il comma 1, l'inserimento del seguente comma:

*«1-bis. Il giudice che ha pronunciato il provvedimento impugnato, anche d'ufficio e senza formalità, dichiara con ordinanza l'inammissibilità dell'impugnazione e dispone l'esecuzione del provvedimento nei casi elencati nel comma 1, lettere a), limitatamente al difetto di legittimazione, b), c), esclusa l'inosservanza delle disposizioni dell'articolo 581, e d), del presente articolo».*

Infine, al comma 2 dell'articolo 591 del codice di procedura penale vengano introdotte le seguenti parole: *«Se non è stata rilevata dal giudice che ha pronunciato il provvedimento impugnato,».*

L'attuale formulazione della norma impedisce che al giudice dell'impugnazione vengano sottoposti atti a contenuto petitorio privi dei requisiti richiesti per legge, precludendo, in tal modo una pronuncia nel merito del provvedimento.

Nei limiti del principio del favor impugnationis, deve rilevarsi che l'inammissibilità è sanzione che opera sia in relazione ai vizi formali - quali quelli che risolvono

tendenzialmente in una irregolarità sanabile nel rispetto del termine per impugnare – che a quelli sostanziali.

Attualmente la competenza a dichiarare il vizio e, dunque, la competenza a valutare l'ammissibilità o meno dell'impugnazione ed emanare l'ordinanza di inammissibilità spetta al giudice ad quem.

Salvo l'ipotesi di cui all'art. 32 bis disp. proc. pen. min., nel codice di rito il giudice a quo è competente solo nell'ipotesi di cui all'art. 590 c.p.p. in ordine alla corretta qualificazione del mezzo di impugnazione ai fini della individuazione del giudice cui trasmettere gli atti del procedimento.

La riforma, invece, lascia impregiudicate le quattro categorie indicate dall'art. 591 (considerando l'ampliamento derivante dalla modifica dell'art. 581 come rassegnato) e, tuttavia, incide sulla competenza introducendo quella del giudice a quo nella declaratoria della inammissibilità.

Competenza che, come vedremo, per i casi espressamente previsti risulta concorrente e non esclusiva.

Infatti, nei casi in cui difetti la legittimazione ad agire (quindi non anche nel caso di difetto di interesse), di provvedimento non impugnabile, di violazione delle previsioni in tema di presentazione, di spedizione, di termini e di ordinanze emesse in dibattimento e nel caso di rinuncia, secondo il comma 1 bis Il giudice che ha pronunciato il provvedimento impugnato, anche d'ufficio e senza formalità, dichiara con ordinanza l'inammissibilità dell'impugnazione e dispone l'esecuzione del provvedimento.

La norma esclude la competenza del giudice a quo mantenendo solo la competenza del giudice ad quem nel caso di difetto di interesse e nel caso di inosservanza delle disposizioni dell'articolo 581 c.p.p..

Dal tenore letterale della modifica del comma 2 dell'articolo 591 c.p.p. che contempla l'introduzione del seguente periodo: «*Se non è stata rilevata dal giudice che ha pronunciato il provvedimento impugnato*» appare possibile affermare che si tratta di una competenza concorrente del giudice a quo e non esclusiva sebbene in relazione alle sole categorie espressamente previste.

Il disegno di legge, recependo le proposte contenute nel progetto elaborato dalla commissione presieduta da Canzio, intende incidere su molteplici aspetti delle impugnazioni, tra cui il vaglio di ammissibilità dei mezzi di gravame ed il sistema dei controlli sulle decisioni di non luogo a procedere e di archiviazione.

L'intento riformatore è quello di sottoporre ogni mezzo di impugnazione, con un sistema alternativo di controlli di ammissibilità dei ricorsi e degli appelli in capo al giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, ad un controllo preventivo di ammissibilità, mutuando l'idea dell'istituto del leave to appeal dell'ordinamento inglese. Tanto indubitabilmente dovrebbe porre rimedio alla valanga di ricorsi che si riversano sulla Corte di Cassazione indebolendone l'effettività delle funzioni nomofilattiche. Del pari dovrebbero trarre beneficio anche le Corti d'appello. E tuttavia occorre fare i conti con l'esigenza di imparzialità del giudice che ha emesso la sentenza impugnata chiamato al vaglio dell'ammissibilità del gravame avverso la propria sentenza. I riformatori vorrebbero consentire al giudice a quo la rilevazione di quelle sole cause di inammissibilità manifeste e rilevabili *ictu oculi*, non implicanti valutazioni discrezionali dietro cui si potrebbe celare il rischio di abusi di potere. Si è operata pertanto una *summa divisio* tra due diverse categorie di cause di inammissibilità tagliando fuori da questo filtro preventivo i casi di inammissibilità per assenza di specificità dei motivi, per difetto di interesse e con riguardo al ricorso per Cassazione le inammissibilità per manifesta infondatezza o per presentazione dei motivi non consentiti ovvero non dedotti in appello. E tuttavia meritano attenzione le preoccupazioni di chi dubita dell'imparzialità del giudice a quo posto che potrebbe essere legittimo il sospetto del condizionamento. La proposta di riforma non sembra pertanto pienamente appagante né per le esigenze di efficienza del sistema né per la garanzia di imparzialità. Sarebbe auspicabile un intervento novellistico che si muova in un duplice senso: per un verso la verifica preventiva del giudice a quo potrebbe godere di un'applicazione generalizzata e non limitata a quei soli casi in cui le ipotesi di inammissibilità presentano un carattere oggettivo, per l'altro il compito di effettuare questo filtro preventivo potrebbe essere attribuito ad un ufficio giudiziario diverso ma di pari grado rispetto a quello che ha emesso il provvedimento impugnato.

Altra opzione semplificativa per evitare un doppio eventuale vaglio di ammissibilità da parte del giudice a quo e del giudice ad quem potrebbe essere quella di affidare al giudice a quo il vaglio dei requisiti di ammissibilità in fatto ed al giudice ad quem il vaglio dei requisiti di ammissibilità in diritto. In questo modo si eviterebbe il susseguirsi di controlli sulla eadem res. Critiche desta la esclusione della manifesta infondatezza dal novero dei motivi di inammissibilità dell'appello.

L'effetto deflattivo che la norma parrebbe perseguire è peraltro ulteriormente limitato perché l'ordinanza emessa dal giudice a quo risulta comunque impugnabile in cassazione.

### **Considerazioni della commissione di studio dell'ANM sull'art.22 del DDL e sui principali emendamenti.**

La norma reintroduce il cd. "*patteggiamento in appello*", nelle due forme dibattimentale ed extradibattimentale (nella forma extradibattimentale si realizza nella sua massima espansione con risparmio della celebrazione dell'intera fase dibattimentale potendo il processo definirsi in camera di consiglio immediatamente) già previsto dall'art. 599, commi 4 e 5, cod. proc. pen., dichiarato costituzionalmente illegittimo - per eccesso di delega - dalla Corte costituzionale con sentenza n. 435 del 1990, (re)introdotto dall'art. 1 legge 19 gennaio 1999, n. 14 e definitivamente soppresso dall'art. 2, d.l. 23 maggio 2008, n. 92 convertito, con modificazioni, dalla legge 24 luglio 2008, n. 125, recante misure urgenti in materia di pubblica sicurezza.

L'istituto, che - come ricordava anche la dottrina - costituiva uno strumento di grande efficacia per depurare «flusso e "peso" dei ricorsi per cassazione»- fu soppresso per incentivare il ricorso al "*patteggiamento ordinario*", per garantire una maggiore severità del trattamento sanzionatorio e disincentivare inutili dispendi di risorse ed energie (soprattutto in primo grado).

Nell'impianto della riforma la sua reintroduzione ha il solo scopo di recuperarne la funzione "filtro" per l'accesso alla fase di legittimità ma, come effetto collaterale, scardina le preclusioni al patteggiamento ordinario rigidamente scandite in primo grado, rinnovando il rischio del proliferare di dibattimenti inutili e prescrizioni appetibili.

Non a caso quasi tutti gli emendamenti ne prevedono la soppressione.

Un solo emendamento, invece, ne esclude l'applicazione ai procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, del presente codice, i procedimenti per i delitti di cui agli articoli 600-*bis*., 600-*ter*., primo, secondo, terzo e quinto comma, 600-*quater*., secondo comma, 600-*quater*.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-*quinquies*., 609-*bis*., 609-*ter*., 609-*quater*. e 609-*octies*. del codice penale, nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza.

Si tratta di previsione sostanzialmente inutile (se si considerano gli ampi tempi di prescrizione previsti per questi reati) ma coerente con quanto prevede l'art. 444, comma 1-*bis*, c.p.p..

Il terzo comma dell'art. . **599-bis, c.p.p.** costituisce una vera novità.

Il potere del PG di indicare criteri idonei a orientare la valutazione dei magistrati del pubblico ministero nell'udienza, *"tenuto conto della tipologia dei reati e della complessità dei procedimenti"* (anche *"della funzione della pena"*, secondo una proposta di emendamento), si ascrive indubbiamente al più ampio potere di vigilanza sul corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale che gli compete a norma dell'art. 6, d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, ma costituisce anche una evidente (e grave) limitazione alla autonomia del pubblico ministero nell'udienza, la cui *pienezza* è sancita, sul piano ordinamentale, dall'art. 70, comma 4, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario) e ribadita, sul versante processuale, dall'art. 53, comma 1, cod. proc. pen.; principio della piena autonomia cui il preambolo del comma terzo riserva formale ossequio ma che resta subliminalmente pregiudicato dalla persuasione *morale* che l'autorevolezza (e il ruolo istituzionale) del redattore di tali criteri indubbiamente ha.

Non si comprende, peraltro, quale sia la portata della norma, se limitata alla specifica ipotesi del *"patteggiamento in appello"* ovvero se esprima un principio di più ampia portata.

Coerentemente a quanto già detto, il comma 3 reintroduce il (vecchio ed abrogato) comma due dell'art. 602, c.p.p.

In sintesi: il patteggiamento in appello, così com'è, rischia solo di vanificare le preclusioni (temporali) al patteggiamento in primo grado. Perché mai l'imputato dovrebbe rinunciare al dibattimento (inutile) in primo grado quando ha la prospettiva, in caso di condanna, di coltivare il patteggiamento in appello magari proprio (e solo) sulla pena?

Senza prevedere ulteriori incentivi al patteggiamento in primo grado, quello in appello si giustifica solo quale argine ai ricorsi per cassazione, ma comporterà inevitabilmente l'ingolfamento delle Corti di appello e prevedibili prescrizioni.

L'art. 603, comma 4-bis, c.p.p. codifica il principio di derivazione comunitaria, più volte ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, secondo il quale il giudice dell'appello *deve rinnovare d'ufficio* l'istruzione dibattimentale quando (e solo quando) intenda riformare *in pejus* una sentenza di proscioglimento in base *esclusivamente* ad una diversa valutazione della prova dichiarativa decisiva (Superfluo l'emendamento 28.11. Ripetitivo quello 28.10), non più soltanto quindi alle valutazioni di attendibilità. A rigore pertanto ogni questione attinente alla valutazione di una prova dichiarativa posta dal PM con l'atto d'appello dovrebbe risultare idonea ad integrare il presupposto indicato dalla norma. Il giudice non potrà decidere se non rinnovando l'istruttoria dibattimentale che diventerà regola senza valutazione discrezionale da parte del giudice

Sul punto, peraltro, si è recentissimamente espressa la S.C. che, con pronuncia resa a Sezioni Unite, ha affermato il principio che *"è affetta da vizio di motivazione ex art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., per mancato rispetto del canone di giudizio dell' "oltre ogni ragionevole dubbio" di cui all'art. 533, comma 1, cod. proc. pen., la sentenza di appello che, su impugnazione del pubblico ministero, riformi in peius una sentenza assolutoria operando una diversa valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, delle quali non sia stata disposta la rinnovazione a norma dell'art. 603, comma 3, cod. proc. pen. - in caso di ricorso avverso tale sentenza per mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione con riguardo alla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, pur in assenza di specifico riferimento al principio contenuto nell'art. 6, par. 3, lett. d), CEDU, la Corte di cassazione, ove non rilevi l'inammissibilità dell'impugnazione, deve annullare con rinvio la sentenza impugnata. - tali principi trovano applicazione anche in caso di riforma della sentenza di proscioglimento di primo grado, ai fini delle statuizioni civili, sull'appello proposto dalla parte civile"* (Sez. U., n. 27620 del 28/04/2016 - dep. il 06/07/2016).

La formale previsione/codificazione di questo obbligo potrebbe determinare una modifica dei termini del problema riproponendo ancora una volta la annosa questione circa la natura della sua violazione, sino a ieri unanimemente ritenuta una violazione di legge (eventualmente rilevabile d'ufficio, su questo era sorto il contrasto), ma dalla S.C. più recente ritenuta un vizio di motivazione (non rilevabile d'ufficio).

*Sarebbe piuttosto da chiarire cosa si intenda per "prova dichiarativa", al fine di stabilire, una volta per tutte, se vi rientri anche l'esame dell'imputato oppure no.*

## **Considerazioni della commissione di studio dell'ANM sull'art.23 e 24 del DDL e sui principali emendamenti.**

### **Art. 23**

#### **Analisi dell'articolo**

**Comma 1:** la lettera a) consente l'aumento discrezionale fino al doppio (<<tenuto conto della causa di inammissibilità della richiesta>>) della somma da versare alla Cassa delle ammende in caso di inammissibilità del ricorso per ottenere la rimessione del processo; la lettera b) prevede l'adeguamento ISTAT con cadenza biennale dell'importo stabilito dall'art. 48 c.p.p.

#### **Ricadute pratiche e valutazioni**

La modifica persegue evidenti e condivisibili finalità deflattive, mirando a scoraggiare la presentazione di ricorsi privi del benché minimo fondamento (non infrequenti in materia), e va accolta con favore, naturalmente a condizione che la riscossione delle predette somme sia effettiva e celere; in caso contrario, la modifica risulterebbe meramente canzonatoria.

**Comma 2:** la disposizione prevede che, all'atto dell'esame preliminare dei ricorsi per cassazione penali, sia indicata con maggior specificità di quanto attualmente previsto la causa di inammissibilità rilevata *prima facie* come motivo di trasmissione degli atti alla

VII sezione della Corte di cassazione (quella competente per la dichiarazione delle inammissibilità)

### **Ricadute pratiche e valutazioni**

La modifica inserisce un ulteriore onere per i già parecchio oberati “Uffici spoglio” penali della Corte di cassazione, mirando peraltro ad assicurare alle parti una difesa cartolare (dinanzi alla VII sezione non è prevista la partecipazione, ma il mero invio di memorie) più consapevole, calibrata sulla specifica ragione della trasmissione degli atti alla VII sezione. Nei casi (plurimi) di ricorsi meramente dilatori l’indicazione sollecitata potrà continuare ad essere estremamente sintetica; negli altri casi di ricorsi non meramente dilatori, ma ciononostante *prima facie* ugualmente inammissibili, la più specifica indicazione richiesta potrà meglio orientare le difese nell’esercizio della facoltà di presentare memorie. Nel complesso, maggiori oneri per i magistrati, ma ricadute non negative per il sistema.

**Comma 3:** si prevede la possibilità della declaratoria *de plano* del ricorso nei casi di inammissibilità previsti dal nuovo art. 591-bis c.p.p. (già commentato *sub* art. 21), e non già rilevati dal giudice *a quo*, di ricorso contro la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti (fuori dai casi consentiti) e contro la sentenza pronunciata a norma dell’art. 599-bis c.p.p. (già commentato *sub* art. 22). Il relativo provvedimento è suscettibile di ricorso straordinario *ex* art. 625-bis c.p.p.

### **Ricadute pratiche e valutazioni**

La modifica persegue evidenti e condivisibili finalità deflattive, mirando a scoraggiare la presentazione di ricorsi meramente dilatori, favorendone la declaratoria di inammissibilità senza formalità, e va accolta con estremo favore.

Inizia così, anche nell’ordinamento processualpenalistico italiano, a farsi strada, sia pur timidamente, l’idea che il ricorso meramente dilatorio non costituisce un diritto per l’imputato, e provoca danni per l’amministrazione della giustizia, e quindi per l’intera collettività.

**Comma 4:** viene finalmente abolita la possibilità di ricorso personale (che in concreto – in palese elusione di quanto previsto, in via di principio, dall’art. 613 c.p.p. - consentiva la proposizione del ricorso anche con l’ausilio di un difensore non abilitato al patrocinio dinanzi alle giurisdizioni superiori, purché sottoscrivendo personalmente il ricorso).

### **Ricadute pratiche e valutazioni**

La modifica persegue evidenti e condivisibili finalità deflattive, per le ragioni appena illustrate (in Francia una tal restrizione è già operante da oltre tre anni) e va accolta con entusiasmo.

**Commi 5 e 6:** la modifica di cui al comma 5 consente l’aumento discrezionale fino al triplo (<<tenuto conto della causa di inammissibilità della richiesta>>) della somma da versare alla Cassa delle ammende in caso di inammissibilità del ricorso per cassazione; quella di cui al comma 6 prevede l’adeguamento ISTAT con cadenza biennale dell’importo stabilito dall’art. 48 c.p.p.

### **Ricadute pratiche e valutazioni**

Anche questa modifica, come quella di cui al comma 1, persegue evidenti e condivisibili finalità deflattive, mirando a scoraggiare la presentazione di ricorsi puramente dilatori (frequentissimi), e va accolta con estremo favore, naturalmente ancora una volta a condizione che la riscossione delle predette somme sia effettiva e celere; in caso contrario, anch’essa risulterebbe meramente canzonatoria.

**Comma 7:** con questa modifica si prevede l’impossibilità per le Sezioni della Corte di cassazione (ma, verosimilmente, nelle intenzioni del Legislatore, anche, sia pur indirettamente, per i giudici di merito, come ineludibile conseguenza) di non conformarsi al principio di diritto enunciato su una questione controversa dalle Sezioni Unite (per metterlo in discussione sarà necessaria una nuova rimessione alle stesse Sezioni Unite); inoltre, si prevede che il principio di diritto inerente alla questione controversa possa essere affermato anche di ufficio dalle Sezioni Unite, nei casi in cui il ricorso sia dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta.

### **Ricadute pratiche e valutazioni**

La seconda modifica è sicuramente apprezzabile, poiché persegue evidenti esigenze di certezza del diritto (attualmente il sopravvenire di cause di inammissibilità del ricorso impedisce la risoluzione della questione controversa, che potrà essere esaminata solo nell'ambito di altro procedimento, previa nuova rimessione alle Sezioni Unite, con fisiologico protrarsi dell'incertezza derivante dal contrasto). Utile ai fini di un potenziamento della funzione nomofilattica della Cassazione, almeno nei casi in cui l'inammissibilità del ricorso impedisca alle SSUU di decidere su un tema che aveva generato un contrasto giurisprudenziale.

La prima persegue la medesima esigenza, nel solco di plurime decisioni della Corte EDU (che considerano tradizionalmente anomala l'esistenza di contrasti in seno alla Corti di legittimità: cfr. ad es., di recente, Corte EDU 30.7.2015, Ferreira Santos Pardal c. Portogallo), ma rischia di incidere pesantemente sul sistema, implicitamente affermando una sorta di vincolatività di determinati precedenti, ovvero quelli delle Sezioni unite, dai quali sarebbe possibile distaccarsi, almeno per la Cassazione, solo in presenza di nuova, diversa, decisione delle stesse Sezioni Unite. E' un prezzo certamente alto (in una realtà nella quale tradizionalmente i precedenti giurisprudenziali, pur autorevoli, non sono vincolanti), ma inevitabile da pagare alla certezza del diritto: i contrasti tra decisioni, soprattutto in sede di legittimità, non sono più tollerati dall'opinione pubblica, agli occhi della quale appaiono incomprensibili ed ingiustificabili.

Tuttavia si segnala che un sistema così strutturato potrebbe avere delle ricadute anche significative sulla giurisprudenza di merito poiché quest'ultima, nella consapevolezza del vincolo delle sezioni semplici alle Sezioni Unite, difficilmente si discosterà dal precedente al fine di evitare a monte che una sua eventuale decisione possa essere cassata. Ed è facile quindi che il giudice di merito di adagi senza spirito critico ai precedenti delle SSUU limitando notevolmente l'evoluzione del pensiero giuridico in generale e giurisprudenziale in particolare. Un giusto compromesso potrebbe ravvisarsi nella proposta di subordinare la rimessione a pena di inammissibilità alla enunciazione di argomenti nuovi rispetto a quelli posti alla base del già risolto conflitto interpretativo. In tal modo la sezione semplice dissenziente non sarebbe vincolata dal precedente ed il suo dissenso motivato riaprirebbe il contrasto con una nuova

investitura delle SSUU senza sopprimere la dialettica giurisprudenziale bensì dando a questa modo di manifestarsi attraverso l'ordinanza di rimessione. In tale contesto ci si potrebbe spingere fino ad ipotizzare una situazione in cui a fronte di questioni ritenute di particolare importanza le SSUU intervengano immediatamente anche in assenza di un contrasto

**Comma 8: la disposizione rafforza i poteri decisorii della Corte di cassazione, che viene legittimata a decidere l'annullamento della sentenza impugnata senza disporre la celebrazione del giudizio di rinvio quando è possibile decidere in tal senso (e quindi, con verdetti assolutori o di improcedibilità) senza la necessità di ulteriori accertamenti di fatti, ovvero quando è possibile conseguentemente rideterminare correttamente la pena, anche sulla base delle statuizioni del giudice del merito.**

#### **Ricadute pratiche e valutazioni**

La modifica persegue evidenti e condivisibili finalità deflattive, mirando a ridurre la durata del procedimento nei casi in cui il giudizio di rinvio si palesa in concreto fonte di lungaggini, e quindi sostanzialmente inutile, potendo la stessa Corte di cassazione, anche sulla base delle statuizioni del giudice del merito, pronunciare le residuali statuizioni accessorie che si rendano necessarie all'esito del giudizio rescindente.

**Comma 9: la disposizione rafforza i poteri officiosi della Corte di cassazione, che viene legittimata a rilevare l'esistenza di un proprio errore materiale ex art. 625-bis c.p.p. senza formalità, e quindi senza contraddittorio, con procedura *de plano*, entro novanta giorni dalla deliberazione.**

#### **Ricadute pratiche e valutazioni**

La modifica desta perplessità sia per la previsione di una disciplina *ad hoc* del termine (pari alla metà di quello previsto per il ricorso straordinario del condannato, e decorrente non - come per il condannato - dal deposito della sentenza, ma dalla deliberazione), ingiustificatamente disomogenea rispetto a quella ordinaria, sia per l'adozione del rito *de plano*, e quindi in difetto di contraddittorio, francamente improponibile ove un errore di fatto non sia evocato solo strumentalmente (come nei casi di cui al comma 4 dell'art. 625-bis c.p.p. nella sua attuale formulazione) ma sussista

effettivamente, tanto da essere rilevato di ufficio; essa appare, comunque, ingiustificata ed inopportuna nella misura in cui sacrifica il contraddittorio, non è ben chiaro in nome di quali concorrenti esigenze, e crea una evidente disarmonia con l'art. 130 c.p.p. che, nei casi residuali e di minor rilievo di correzione, continua a prevedere l'adozione del rito camerale partecipato *ex art. 127 c.p.p.*

**Comma 10: la disposizione limita la facoltà di ricorso per cassazione del P.M. in caso di conferma in appello della sentenza di proscioglimento pronunciata in primo grado ai soli casi di cui all'art. 606, comma 1, lett. a), b) e c), non quindi per mancata assunzione di una prova decisiva né per vizio di motivazione.**

### **Ricadute pratiche e valutazioni**

La modifica desta allarme per la sua ingiustificata pretestuosità; la disposizione è all'evidenza incostituzionale per violazione dell'art. 111 Cost., negando immotivatamente al solo P.M. l'esercizio di una facoltà al contrario tuttora consentito per le parti private. Certa la sua illegittimità costituzionale, certi gli sconquassi che si verificherebbero prima dell'immane declaratoria della Corte costituzionale.

### **Art. 24**

#### **Analisi dell'articolo**

Viene abrogato, in tema di rescissione del giudicato, l'appena introdotto art. 625-*ter* c.p.p., sostituito dal nuovo art. 629-bis c.p.p., anch'esso rubricato <<Rescissione del giudicato>> ma con collocazione sistematica diversa.

La disciplina resta grosso modo immutata: unica novità di sicuro rilievo è l'attribuzione della competenza alla corte di appello (nel cui distretto ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento del quale venga chiesta la rescissione); si prevede la celebrazione del relativo incidente con le forme di cui all'art. 127 c.p.p. (in precedenza la Cassazione riteneva di trattare i relativi ricorsi con udienza camerale non partecipata *ex art. 611 c.p.p.*); una precisazione terminologica nel primo comma: la rescissione del giudicato può essere ottenuta, non meramente chiesta. Sono, infine, richiamati gli artt. 635 c.p.p. (in tema di sospensione dell'esecuzione) e 640 c.p.p. (quanto al regime di impugnazione del provvedimento emesso a conclusione del relativo subprocedimento)

## **Ricadute pratiche e valutazioni**

La modifica mira al riequilibrio di competenze tra Corti di appello (“alleggerite” dalla reintroduzione del “patteggiamento” in appello) e Cassazione. Nulla da dire per il resto.

## **INTERCETTAZIONI DI CONVERSAZIONI O COMUNICAZIONI**

### **Considerazioni della commissione di studio dell’ANM sull’art.30 del DDL e sui principali emendamenti.**

Il testo di riforma, in materia di intercettazioni, prevede, contrariamente a quanto stabilito per altri istituti, la legge delega. Sarà necessario, pertanto, aspettare i decreti legislativi di competenza del Governo per avere una visione davvero completa della Riforma.

L’esperienza degli ultimi anni ha ampiamente dimostrato come le intercettazioni siano uno strumento d’indagine fondamentale ed irrinunciabile. Proprio l’esame dei dati di fatto, non può che indurci a ritenere che limitare l’uso delle intercettazioni (magari rendendone più complessa la procedura di attivazione) non può che implicare una riduzione di efficacia degli strumenti investigativi e, pertanto, della capacità statuale di repressione dei reati e di difesa della legalità.

Completamente diverso è, invece, il discorso relativo alla pubblicazione sui mass media dell’esito delle attività tecniche. Sul punto non può che dirsi che la normativa appare inadeguata a tutelare la privacy dei soggetti le cui conversazioni son intercettate. Ciò sia per quanto riguarda i soggetti estranei alle indagini (perché non indagati) sia per quanto riguarda gli stessi indagati su conversazioni non strettamente legate al tema delle indagini.

Il legislatore, pertanto, bene avrebbe fatto a lasciare inalterato lo strumento investigativo delle intercettazioni ed a dettare, invece, una disciplina più ferma sul punto della pubblicazione dell’esito della predetta attività.

Il testo approvato alla Camera, non pare, tuttavia, muoversi su questa linea, limitandosi a disposizioni generiche che lasciano ampio margine alla discrezionalità dell’Esecutivo nell’emanare il relativo decreto legislativo.

Così ad esempio, dopo l’ovvio richiamo ai principi costituzionali in materia di inviolabilità della “corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione”, si stabilisce (art. 30 lett. A) che il Governo dovrà prevedere “prescrizione che incidano anche sulle modalità di utilizzazione cautelare dei risultati delle captazioni”. Affermazione criptica che potrà essere declinata anche nel senso di prevedere che misure limitative delle libertà personali

potranno essere prese solo quando gli esiti delle intercettazioni siano suffragati da altri elementi di prova.

Anche l'ulteriore periodo contenuto nel predetto comma appare generico, stabilendo che dovranno essere adottate prescrizioni "che diano una precisa scansione procedimentale per la selezione di materiale intercettativo nel rispetto del contraddittorio delle parti e fatte salve le esigenze di indagini, avendo speciale riguardo alla tutela della riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni delle persone occasionalmente coinvolte nel procedimento, in particolare dei difensori nei colloqui con l'assistito, e delle comunicazioni comunque non rilevanti a fini di giustizia penale".

Proprio la genericità di tali enunciati, finiscono per conferire al Governo una sorta di delega in bianco, con la quale riformare ab imis la materia delle intercettazioni. Ad esempio il testo non stabilisce se la violazione delle "scansioni procedurali" siano colpite da una sanzione processuale e di quale tipo. Né si stabiliscono gli strumenti ed i limiti per tutelare la riservatezza delle persone occasionalmente coinvolte nel procedimento o delle conversazioni fra il difensore e l'indagato né delle comunicazioni non rilevanti ai fini della giustizia penale.

Come detto si tratta di mere affermazioni di principio, sulle quali difficilmente non si può essere d'accordo, ma che, proprio per la loro genericità, rappresentano una sorta di abdicazione delle prerogative del Parlamento.

La lett. B) dell'art. 30 introduce (rectius delega il Governo ad introdurre) il divieto di diffusione (con i limiti di cui diremo) delle registrazioni operate da chi partecipa alla conversazione. Si tratta di un principio nuovo, in quanto nella disciplina attuale questo tipo di registrazione era ritenuto del tutto consentito.

A ben vedere la nuova disciplina non vieta la registrazione, ma solo la diffusione delle predette.

Il legislatore su questo tema, fissa una disciplina, fin troppo analitica, che finisce per svuotare il contenuto precettivo della norma.

Innanzitutto richiede il dolo specifico: la diffusione deve avvenire "al solo fine di recare danno alla reputazione o all'immagine altrui", è, pertanto, sufficiente che tale finalità sia presente anche con altre per escludere la punibilità della condotta, come ad esempio al fine di tutelare anche la propria immagine.

A specificazione di tali principi il Legislatore esclude la punibilità se le registrazioni (rectius la loro diffusione) siano utilizzate nell'ambito di un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca.

Le registrazioni devono avvenire fraudolentemente, cioè ad insaputa dell'interlocutore.

E' evidente che limiti così ampi finiscono per il restringere eccessivamente l'area delle condotte punibili, che risultano difficili perfino da immaginare

Il Legislatore torna, invece, nel generico affermando che per i più gravi reati contro la pubblica amministrazione le condizioni per le impiego delle intercettazioni devono essere semplificate.

### **Gli emendamenti presentati alla Camera**

Molti emendamenti sono mera espressione della dialettica parlamentare e mirano alla soppressione dell'articolo o della parte relativa alle intercettazioni (diventato nel testo presentato alla Camera l'art. 36) . Questo, ad esempio, è il caso degli emendamenti n. 36 n. 1, 2, 4, 5, 36.45, 36.8, 36.10 oppure di quelli che prendono atto della diversa numerazione (da art. 30 ad art. 36).

Altri prevedono modifiche più che altro formali.

Più interessanti sono gli emendamenti proposti dai Relatori del Disegno di Legge:

Innanzitutto con l'emendamento dell'art. 36.2000, vi è il tentativo di superare l'estrema genericità del testo approvato dalla Camera. In particolare lo sforzo va nel senso di meglio specificare le intercettazioni la cui trascrizione deve essere sottoposta a limiti per ragioni di tutela della riservatezza (chiamiamole intercettazioni sensibili).

Tali intercettazioni sono innanzitutto quelle inutilizzabili.

In secondo luogo sono quelle che contengano dati sensibili (come definiti dall'art. 4 L. n. 196/03), che non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede ovvero irrilevanti ai fini delle indagini.

Si prevede, inoltre, che sia lo stesso Pubblico Ministero a farsi garante della riservatezza di tali intercettazioni.

Tale ruolo è svolto dal P.M. in fase di richiesta cautelare ed, in ogni caso, alla fine delle indagini preliminari con l'avviso 415bis c.p.p. o la richiesta di giudizio immediato

Per assicurare il diritto di difesa è previsto che i difensori possano ascoltare, ma non estrarre copia delle registrazioni escluse dal P.M.; nel caso in cui ne riscontrino la rilevanza, gli stessi difensori potranno chiedere al GIP, con la procedura prevista dall'art. 268 c.p.p. la trascrizione in forma peritale ed acquisirne copia.

Per quanto riguarda le intercettazioni sensibili che siano prive di rilevanza ne è vietata anche la trascrizione sommaria e ne vengono solo forniti gli estremi al P.M. che ne verifica la fondatezza.

## **Rilievi critici**

L'emendamento presenta indubbi elementi di ragionevolezza, anche se finisce per caricare sul P.M. il ruolo rilevantissimo di tutela della riservatezza altrui. Ruolo particolarmente impegnativo, sicché stante anche la notoria carenza di mezzi e personale, non è azzardato prevedere che tale ruolo non possa essere svolto adeguatamente.

Inoltre è prevista sola la potestà per i difensori di aggiungere intercettazioni al materiale considerato rilevante e non vi è strumento, viceversa, per espungere quelle intercettazioni che pur sensibili non abbiano una pregnante rilevanza ai fini delle indagini.

Altro emendamento interessante è il 36.4000, in cui vi è lo sforzo di stabilire una puntuale disciplina delle intercettazioni fra presenti mediante captatore informatico (cd virus trojan e simili).

La norma estende la possibilità di svolgere questo tipo di intercettazione in tutti i casi in cui si proceda per i reati di cui agli artt. 51 co. 3 bis e co. 3 quater ed in tutti i casi di associazione a delinquere qualunque sia "l'oggetto sociale" del sodalizio criminoso.

Su questo punto la proposta di legge non si discosta dall'ultimo arresto giurisprudenziale delle Sezioni Unite.

Per quanto riguarda i procedimenti per altro tipo di reato, laddove le Sezioni Unite sembrano escludere la praticabilità di tale strumento, il Legislatore le ammette, consentendole anche nei luoghi di privata dimora a condizione - come regola generale per le intercettazioni ambientali - ivi si svolga l'attività criminosa.

La proposta legislativa pur coerente nei principi, appare poco consapevole del funzionamento concreto dello strumento che essendo inserito in un cellulare segue il suo possessore in tutti i domicili ove lo stesso si rechi. Se tale emendamento venisse approvato si dovrebbe ritenere che si porrebbe solo un problema di successiva utilizzabilità dell'attività tecnica.

Il legislatore prevede poi opportune garanzie in ordine ai soggetti ed i softwares da utilizzare e si preoccupa di evitare confusione fra le intercettazioni ambientali e quelle telefoniche, prevedendo che l'attività intercettiva si attivi solo quando il dispositivo mobile è in "stand by", cioè il soggetto intercettato non stia telefonando.

Si tratta di un problema molto marginale e che implicherebbe comunque un dispendio di attività giudiziaria - essendo necessaria un duplice decreto autorizzativo -, senza un'effettiva tutela per l'intercettato, laddove il Legislatore sembra non cogliere i veri aspetti problematici di tale strumento investigativo, che sta proprio nel suo carattere itinerante.

Infine il legislatore non modifica in nulla la disciplina relativa alla possibilità di pubblicare il contenuto delle intercettazioni, che, pertanto, sembra trovare l'unico limite nell'attuale disciplina in materia di diffamazione (soprattutto con riferimento alla rilevanza pubblica della notizia).

## DELEGA PER LA RIFORMA DEL DIRITTO PENITENZIARIO

### **Considerazioni della commissione di studio dell'ANM sull'art.31 del DDL e sui principali emendamenti**

Le linee direttrici fissate nell'articolo 30 del ddl di legge delega n. 2067 entro le quali il Governo potrà operare sono costituite dai seguenti tredici criteri:

- a) semplificazione delle procedure, anche con la previsione del contraddittorio differito ed eventuale, per le decisioni di competenza del magistrato e del tribunale di sorveglianza, fatta eccezione per quelle relative alla revoca delle misure alternative alla detenzione.

L'attuazione di tale previsione intende rivisitare le procedure e le competenze per l'accesso alle misure alternative.

La *ratio* è, evidentemente, quella di garantire, da un lato, maggiore celerità delle decisioni, dall'altro, l'efficienza del lavoro della magistratura di sorveglianza, alleggerendone le incombenze.

**Perplessità.** Persegue una semplificazione generalizzata delle procedure (con la sola eccezione dei procedimenti per revoca) in materia di misure alternative alla detenzione.

In realtà il procedimento giurisdizionale con contraddittorio pieno, nella forma collegiale e con l'ausilio dei giudici 'esperti', è un valore. Il contraddittorio non è un intralcio alla celerità o efficienza delle decisioni, essendo già previsto comunque nella legislazione vigente un potere di intervento d'urgenza del Magistrato di sorveglianza nella concessione delle misure alternative (artt. 47 co. 4 e 47 ter co. 1 quater o.p.), bensì costituisce il modello pregnante della giurisdizione rieducativa che si muove sulla base di giudizi prognostici e che, pertanto, necessariamente deve essere dialettica e multidisciplinare.

Senza sottovalutare il rischio che una decisione senza processo e senza parti, potrebbe indurre, oltre ad un incontrollato aumento della discrezionalità anche una giurisprudenza 'difensiva' con l'effetto di ottenere, anziché un incremento delle concessioni delle misure alternative - risultato che invece si intende favorire proprio con la delega - una loro riduzione.

Suddetta perplessità è ancora più forte nella delicatissima materia delle misure di sicurezza (art. 679 c.p.p.) e riesame della pericolosità sociale (208 c.p.).

In sostanza, la semplificazione della procedura o il differimento del contraddittorio non pare debba prevedersi in modo generalizzato quando si tratta di decisioni favorevoli alla istanza dell'interessato, poiché anche in questo caso, pur operando in *bonam partem* del condannato, è importante quale fondamento delle garanzie in tema di decisioni che incidono sulla libertà personale, non solo il confronto dialettico tra accusa e difesa, ma anche ascoltare la pluralità di voci per giungere ad una valutazione ponderata circa il percorso di rieducazione del condannato.

La semplificazione della procedura potrebbe riguardare le decisioni della magistratura di sorveglianza che attengono all'esecuzione della pena, **ma prescindono dall'osservazione della personalità**, (es. decisione sul differimento della pena nei casi obbligatori di cui alle ipotesi n. 1 e 2).

A titolo esemplificativo, in analogia con la disciplina prevista per l'esito positivo dell'affidamento in prova, si potrebbe prevedere una decisione ex art. 667, comma 4, anche per la valutazione dell'esito positivo della **liberazione condizionale**.

**Proposta.** Si suggerisce una rivisitazione dell'attuale **riparto di competenze tra magistratura di sorveglianza e giudice penale**, con attribuzione a quest'ultimo di quelle materie, relative a profili dell'esecuzione penale e penitenziaria afferenti alla posizione degli imputati detenuti, che potrebbero essere con maggiore efficacia governate da parte del giudice che ha la conoscenza del processo e la materiale disponibilità dei relativi atti. In questa prospettiva, potrebbero essere assegnate al giudice procedente le materie dei ricoveri in luogo esterno di cura (art. 11, comma 1, ord. penit.), della corrispondenza epistolare o telegrafica (art. 18-ter ord. penit.) e della corrispondenza telefonica (art. 39 d.P.R. n. 230 del 2000) che riguardano gli imputati dopo la sentenza di primo grado. Si suggerisce anche, nella stessa ottica, l'attribuzione al giudice del merito della competenza ai fini dell'applicazione.

Per alleggerire il carico gravante sulla magistratura di sorveglianza stante l'aumento delle esecuzioni in forma extracarceraria, si propone di **prevedere la possibilità di delegare agli U.E.P.E. alcune competenze trattamentali**, "minori" in relazione alle misure alternative in esecuzione, (es. autorizzazioni), decisioni da comunicare, comunque, al magistrato di sorveglianza.

- b) revisione delle modalità di e dei presupposti di accesso alle misure alternative, sia con riferimento ai presupposti soggettivi sia con riferimento ai limiti di pena, al fine di facilitare il ricorso alle stesse, salvo i casi di eccezionale gravità e pericolosità e in particolare per le condanne per delitti di mafia e terrorismo anche internazionale.

La finalità è di “facilitare il ricorso alle misure alternative”.

E' sicuramente importante procedere ad una risistemazione generale delle misure alternative previste (basti pensare che attualmente esiste un complicato sistema di diverse tipologie di detenzione domiciliare e affidamento in prova, frutto di interventi legislativi stratificati nel tempo che hanno aggiunto criteri e presupposti di ammissione diversissimi rispetto all'ipotesi originarie, senza mai procedere ad una rivisitazione organica della materia), in modo da coordinarle anche con il nuovo strumento processuale della messa alla prova.

Sarebbe utile introdurre tra i presupposti di accesso che possono anticipare l'ammissibilità del beneficio “extramurario” anche la previsione di eventuali esperienze di conciliazione, riparazione o mediazione.

### **Perplexità.**

- La *ratio* stessa della direttiva, pare esprimere la visione delle misure alternative quali strumenti deflattivi del sovraffollamento carcerario negli istituti di pena, snaturandone l'originaria funzione, incentrata, invece, sulla finalità rieducativa dell'esecuzione penale.

Sarebbe pertanto più opportuno **modificare il criterio direttivo in modo da accentuare la finalità risocializzante assegnata alla esecuzione della pena, in attuazione del precetto costituzionale** (art. 27 comma 3 Cost.), abbandonando l'idea delle misure alternative quali strumenti atti a ridurre la tensione detentiva mediante l'uscita dal carcere. Coerentemente, sarebbe importante che in sede di delega venisse espresso il **principio della progressività del trattamento**, in base al quale poter prevedere, in base all'avanzamento del percorso rieducativo (legato al tempo di espiazione, agli esiti delle periodiche verifiche sul percorso compiuto) un corrispondente accesso a benefici sempre più ampi. Sarebbe auspicabile pertanto che il legislatore delegante esplicitasse la necessità della predisposizione di un organico sistema di esecuzione penale esterna, in grado non solo di “premiare” i progressi ma anche di “sanzionare” gli eventuali incidenti di percorso con meccanismi di regressione, che possa responsabilizzare maggiormente il condannato. Ciò nella prospettiva di evitare che la finalità di mera “facilitazione” alla fruizione delle misure alternative al carcere, giustifichi gli interventi normativi di chiusura che ciclicamente si registrano, dettati da esigenze emergenziali a tutela delle esigenze di sicurezza della collettività.

- Il legislatore non predetermina i **casi di eccezionale gravità quali eccezione alla disciplina generale**. La previsione è ambigua: non chiarisce se tale gravità sia da valutare in concreto o sulla base di predeterminati criteri che, allora, dovrebbero essere specificati a livello di delega, insieme alle condanne per delitti di mafia e

terrorismo, senza rimettere al Governo la scelta sulla maggiore o minore estensione dell'ambito di applicazione della disposizione;

- c) revisione della disciplina concernente le procedure di accesso alle misure alternative, prevedendo che il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione, sia fissato in ogni caso a quattro anni e che il procedimento di sorveglianza garantisca il diritto alla presenza dell'interessato e la pubblicità dell'udienza;

Allargare la sospensione dell'ordine di esecuzione a quattro anni senza dubbio armonizza il sistema con le ipotesi di misure alternative quali l'affidamento in prova (art. 47, comma 3 bis) concedibili nel caso di pena residua di 4 anni.

La garanzia della pubblicità si uniforma ai principi elaborati dalla giurisprudenza delle Corti sovranazionali in tema di procedimenti che incidono sulla libertà personale.

**Proposta.** In tema di delitti ostativi alla sospensione dell'esecuzione dell'ordine di esecuzione risponderebbe a coerenza prevedere in termini generali la necessità di armonizzare le previsioni contenute nell'articolo 4bis con quelle di cui all'art. 656 c.p.p.

- d) previsione di una necessaria osservazione scientifica della personalità da condurre in libertà, stabilendo tempi, modalità, e soggetti chiamati a intervenire; integrazione delle previsioni sugli interventi degli uffici dell'esecuzione penale esterna; previsione di misure per rendere più efficace il sistema dei controlli, anche mediante il coinvolgimento della polizia penitenziaria;

La previsione appare coerente con la valorizzazione del percorso extramurario e risponde a ragionevoli esigenze di sostegno e verifica della tenuta all'esterno del soggetto e, conseguentemente, di prevenzione speciale. Ciò renderà imprescindibile un maggior investimento a favore degli UPE investiti da sempre maggiori competenze un maggior utilizzo esterno della polizia penitenziaria, che dovrà essere adeguatamente formata.

**Proposta.** Sarebbe importante integrare la delega con la previsione della necessità di predisporre programmi di formazione permanente per gli operatori della polizia penitenziaria.

- e) eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono o rendono molto difficile, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e revisione della disciplina di

preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo, salvo i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificamente individuati e comunque per le condanne per delitti di mafia e terrorismo anche internazionale.

La delega si propone di allineare anche l'ordinamento penitenziario agli ultimi pronunciamenti della Corte costituzionale che in diversi contesti (dal giudizio di bilanciamento delle circostanze del reato alla valutazione delle esigenze cautelari), ha affermato l'incostituzionalità di un sistema sanzionatorio che si fondi su automatismi o preclusioni assolute.

**Perplessità.** La previsione parrebbe consentire genericamente lo smantellamento degli articoli 4 *bis* e 58 *quater* dell'ordinamento penitenziario. Sarebbe preferibile che il legislatore chiarisse se intende abolire il sistema derivante dagli artt. 4 *bis* e l'art. 58 *quater*, ovvero se intende sostituire le attuali preclusioni assolute ostative all'accesso ai benefici penitenziari con presunzioni relative. Inoltre, sarebbe auspicabile che il legislatore predefinisce le ipotesi di reato (oltre ai delitti di mafia e terrorismo) per le quali intende mantenere le preclusioni. L'indicazione dei **casi di eccezionale gravità** è generica e ambigua (v. punto b).

La delega non si esprime con chiarezza in ordine **all'abolizione dell'ergastolo c.d. ostativo**, ma ambigualmente si esprime nei termini di "revisione della disciplina di preclusione". Sarebbe invece necessario che il legislatore prendesse una chiara posizione stante la delicatezza della problematica. Attualmente esistono casi di detenuti in espiazione della pena dell'ergastolo per reati c.d. ostativi, che sono praticamente persone condannate a rimanere per sempre in carcere senza alcuna prospettiva, essendo loro precluso l'accesso alla semilibertà e alla liberazione condizionale, se non collaborano con la giustizia, ai sensi dell'art. 58 ter O.P. La collaborazione con la giustizia, come noto, non ha nulla a che vedere con la rieducazione del condannato.

In ogni caso, dal criterio direttivo in esame emerge che le preclusioni non sarebbero da abolire nelle ipotesi di condanne all'ergastolo per mafia e terrorismo.

Da non dimenticare che l'abolizione dell'ergastolo c.d. ostativo è pienamente coerente con la giurisprudenza della CEDU. Anche di recente, infatti, nella decisione del 25 novembre 2014, Vasilescu contro Belgio, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ribadito che l'ergastolo che non preveda una possibilità di revisione e di ritorno alla libertà a fronte del cambiamento del detenuto, indipendentemente dal reato commesso, è da ritenere trattamento inumano, in violazione dell'articolo 3 della Convenzione EDU.

- f) previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative.

Il criterio richiama l'esperienza della giustizia ripartiva che nella fase della cognizione è stata potenziata grazie al recente istituto della messa alla prova, di cui all'articolo 168-bis del codice penale, ed è presente nel processo minorile e davanti al giudice di pace.

La questione è di particolare delicatezza. Si suggerisce di richiamare nel criterio di delega la necessità di rispettare il diritto della vittima alla riservatezza e a non essere più "disturbata", soprattutto in quanto, trattandosi della fase esecutiva che si colloca a distanza di anni dal momento dell'offesa subita, è fondamentale salvaguardarla dal fenomeno della cd. vittimizzazione secondaria. Sarebbe, inoltre, anche importante arricchire il criterio con il richiamo alla mediazione realizzata in forme che non contemplino necessariamente il contatto diretto tra vittima e autore, e si realizzino con il coinvolgimento di rappresentanti delle istituzioni o della società civile e implicino forme di riparazione indiretta (opere di solidarietà sociale, lavori di pubblica utilità o forme di volontariato).

- g) maggior valorizzazione del lavoro, in ogni sua forma intramuraria ed esterna, quale strumento di responsabilizzazione individuale e di reinserimento sociale dei condannati, anche attraverso il potenziamento del ricorso al lavoro domestico e quello con committenza esterna, aggiornando quanto il detenuto deve a titolo di mantenimento.

**Proposta.** Potrebbe essere utile arricchire il criterio facendo riferimento anche alla valorizzazione dell'attività svolta a titolo di volontariato, quale strumento attuativo delle forme di mediazione o giustizia riparativa a favore della collettività (di cui al punto f) in coerenza con il criterio indicato al punto h) che intende incentivare il ricorso al volontariato in fase esecutiva.

- h) previsione di un più ampio ricorso al volontariato sia all'interno del carcere, sia in collaborazione con gli uffici di esecuzione penale esterna.

La formulazione della previsione consente di intendere il ricorso al volontariato quale contributo prezioso non solo per l'attività prettamente istituzionale, ma anche di sostegno ed occasione nell'ambito del percorso trattamentale del condannato.

**Perplessità.** Il criterio dimentica che la disposizione dell'art. 1, comma 2, del d.l. 92/14, convertito dalla legge n. 117 del 2014 prevede che Tribunali di sorveglianza stanno stipulando intese con Università, associazioni ed enti locali per la corresponsione di borse di studio a giovani laureati per lavorare negli uffici di sorveglianza. Probabilmente sarebbe quindi da integrare con la previsione della magistratura di sorveglianza.

- i) disciplina dell'utilizzo dei collegamenti audiovisivi sia a fini processuali, nel rispetto del diritto di difesa, sia per favorire le relazioni familiari.

**Perplessità e proposta.** Il criterio di delega dovrebbe esprimere più chiaramente la prospettiva di realizzare un maggior utilizzo dei nuovi sistemi elettronici e telematici a fini processuali, così da garantire il diritto alla partecipazione all'udienza dei condannati ristretti in carcere e al contempo assicurare nell'immediatezza una riduzione del ricorso alle traduzioni, con evidente contenimento delle spese e salvaguardia delle imprescindibili ragioni di ordine pubblico e sicurezza, anche penitenziaria, consentendo anche il recupero di personale di polizia penitenziaria attualmente dedicato a tali incombenze, in coerenza con le esigenze derivanti dalle diverse funzioni indicate nel criterio di cui alla lettera d);

- l) revisione delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario alla luce del riordino della medicina penitenziaria disposto dal decreto legislativo 22 giugno 1999, n. 230;

**Perplessità e proposte.** Il criterio appare generico e rimette al legislatore delegato tutte le scelte di fondo in materia.

Sarebbe importante intervenire decisamente nella materia delle misure di sicurezza, oggetto di una riforma epocale in seguito al decreto-legge 31 marzo 2014, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 maggio 2014, n. 81, in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, che ha abolito gli ospedali psichiatrici giudiziari ed ha previsto un limite massimo di durata delle misure di sicurezza detentive, senza che sia stato previsto un adeguamento del codice penale e dell'ordinamento penitenziario.

Appare più che mai necessario approntare gli opportuni adattamenti per garantire la piena operatività delle nuove strutture istituite per l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive in luogo degli ospedali psichiatrici giudiziari e delle case di cura e custodia (REMS).

Sarebbe importante che il legislatore prendesse una precisa posizione in merito al c.d. doppio binario vigente per i **seminfermi di mente pericolosi**, sottoposti sia a detenzione che a misura di sicurezza.

Con particolare riguardo **agli infermi di mente** si suggeriscono i seguenti interventi:

- a) considerato che gli OPG e le CCC ospitavano soggetti autori di reato affetti da patologie psichiatriche ma con posizioni giuridiche eterogenee e che l'articolo 3-ter, comma 2, del citato decreto-legge n. 211 del 2011 destina le strutture sanitarie di nuova istituzione (le REMS) esclusivamente all'accoglienza del *"le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia"*, appare opportuno dettare un criterio di delega che indirizzi il legislatore delegato in tutti i casi che si pongono al di fuori della applicazione di una misura di sicurezza "psichiatrica" (articoli 219 e 220 c.p.). Si tratta delle ipotesi attualmente previste dagli articoli 148, 206, 212 del codice penale e dall'articolo 112 del regolamento sull'ordinamento penitenziario relativi, rispettivamente, ai casi di:
- detenuti condannati per i quali l'infermità di mente sia sopravvenuta durante l'esecuzione della pena (articolo 148 c.p.);
  - internati imputabili con infermità mentale sopravvenuta (articolo 212, secondo comma, c.p.);
  - imputati, in qualsiasi grado di giudizio, sottoposti alla misura di sicurezza provvisoria, in considerazione della presunta pericolosità sociale ed in attesa di un giudizio definitivo (articoli 206 c.p. e 312 c.p.p.);
  - detenuti (imputati o condannati) ed internati imputabili sottoposti ad accertamento sulle proprie condizioni psichiche (articolo 112 D.P.R. n. 230/2000 - Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario).

Tutti questi casi non si configurano quale esecuzione di un percorso terapeutico per colui che ha commesso il reato in stato di incapacità per infermità mentale. Affiancare situazioni così differenti ai casi di infermi di mente in esecuzione di una misura di sicurezza definitiva potrebbe avere effetti negativi sulla continuità del percorso terapeutico di questi ultimi: basti pensare a quanto diversa è la situazione di colui al quale venga applicata una misura di sicurezza in via provvisoria in presenza di una situazione acuta nell'immediatezza della commissione del reato.

Senza dimenticare che le REMS sono strutture sanitarie senza controllo di sicurezza interno. Non è da trascurare, inoltre, la necessità di razionalizzare il carico delle REMS per una migliore gestione personalizzata dei pazienti ed un più idoneo rapporto tra operatori ed internati.

Probabilmente sarebbe utile destinare le REMS esclusivamente ai soggetti destinatari di misure di sicurezza applicate in via definitiva e attrezzare appositi reparti sanitari all'interno degli istituti penitenziari per tutti gli altri casi, anche al fine di arginare possibili strumentalizzazioni e simulazioni, registratesi in passato da parte dei detenuti più pericolosi, per poter essere ricoverati in REMS.

Al contrario, invece, destinare il ricovero in REMS indifferentemente in tutte le situazioni eterogenee sopra evidenziate, dovendo riconoscersi necessariamente la

precedenza alle situazioni “acute”, si rischierebbe di trascurare le posizioni di coloro che necessitano di un ricovero quale percorso terapeutico messo a punto;

- b) appare importante coordinare la disposizione dettata dal comma 1-*quater* della legge n. 81 del 2014 - che stabilisce il **termine di durata massima delle misure di sicurezza detentive, provvisorie e definitive** - con la disciplina generale della durata delle misure di sicurezza custodiali, anche al fine di dirimere ogni incertezza interpretativa, posto che è emerso che una parte della magistratura di sorveglianza sta interpretando tale previsione in modo restrittivo, riferendo il termine di durata massima delle misure di sicurezza detentive solo alle misure di sicurezza per gli infermi o seminfermi di mente sulla base della considerazione che l'intervento normativo operato con la legge n. 81 è specificamente rivolto al superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari senza, pertanto, investire le misure di sicurezza detentive nel loro complesso;
- c) in base al principio della *extrema ratio* in materia di applicazione anche delle misure di sicurezza custodiali per gli infermi di mente (contenuto nell'articolo 3-*ter*, comma 4, lett. b), del decreto-legge n. 211 del 2011) sarebbe importante che il legislatore delegante indichi la necessità di procedere alla riforma della misura di sicurezza della libertà vigilata, destinata ad assumere un ruolo fondamentale cui ricorrere in via principale con la possibilità di **prescrivere l'obbligo di sottoporsi a cura**, prevedendo adeguate sanzioni in caso di trasgressioni, ciò in applicazione del principio di riserva di legge in materia di trattamenti sanitari imposti.

m) riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e delle condizioni generali per il suo esercizio.

**Perplessità.** Il criterio appare troppo generico e non in grado di codificare le scelte di fondo che dovranno perimetrare i contenuti della normativa da adottarsi in sede di esercizio della delega. Tale criterio, infatti, apre la delicata questione della ammissibilità in carcere dei “colloqui intimi” tra detenuti e familiari o conviventi, senza dettare alcuna direttiva al riguardo, rimettendo quindi la scelta al Governo.

E' bene ricordare come la Corte europea dei diritti dell'uomo ha reiteratamente espresso il proprio apprezzamento riferendosi a tale prospettiva di riforma, pur escludendo che la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - e in particolare, gli artt. 8, paragrafo 1, e 12 - prescriva inderogabilmente agli Stati parte di permettere i rapporti sessuali all'interno del carcere, anche tra coppie coniugate (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze 4 dicembre 2007, Dickson contro Regno Unito, e 29 luglio 2003, Aliev contro Ucraina).

In base all'ordinamento penitenziario vigente i colloqui tra i soggetti detenuti ed i loro familiari sono soggetti al controllo visivo e non auditivo da parte della polizia penitenziaria. Nel 2012 la Corte costituzionale si è pronunciata sulla censura di legittimità costituzionale di tale previsione sollevata con riferimento alla supposta violazione degli articoli 2, 3, 27 della Costituzione in quanto impedisce il diritto fondamentale della persona ristretta in carcere ad intrattenere rapporti intimi, anche sessuali, con il partner (sentenza n. 301 del 2012).

Sul punto la Corte, ha ritenuto l'inammissibilità della questione, rimandandone la soluzione all'intervento discrezionale del legislatore. Ha, infatti, precisato che il controllo a vista del personale di custodia non mira ad impedire in modo specifico ed esclusivo i rapporti affettivi intimi tra il recluso e il suo partner, ma persegue finalità generali di tutela dell'ordine e della sicurezza all'interno degli istituti penitenziari e di prevenzione dei reati. L'ostacolo all'esplicazione del diritto alla sessualità ne costituirebbe pertanto solo una delle conseguenze indirette, stante la naturale esigenza di intimità connessa ai rapporti in questione e, di conseguenza, l'eliminazione del controllo visivo non basterebbe di per sé, a realizzare l'obiettivo perseguito, dovendo necessariamente accedere ad una disciplina generale che stabilisca termini e modalità di esplicazione dello stesso: in particolare, occorrerebbe individuare i relativi destinatari, interni ed esterni, definire i presupposti comportamentali per la concessione delle "visite intime", fissare il loro numero e la loro durata, determinare le misure organizzative. Tutte operazioni che implicano, all'evidenza, scelte di esclusiva spettanza del legislatore: e ciò, anche a fronte della ineludibile necessità di bilanciare il diritto in questione con esigenze contrapposte, in particolare con quelle legate all'ordine e alla sicurezza nelle carceri e, *amplius*, all'ordine e alla sicurezza pubblica. Esigenze, queste ultime, che la stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha, peraltro, sino ad oggi ritenuto idonee a giustificare l'esclusione delle cosiddette «visite coniugali» a favore dei detenuti - ancorché qualificabile come interferenza con il diritto al rispetto per la propria vita familiare, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione - in forza di quanto stabilito dal secondo paragrafo di tale articolo.

In definitiva, pertanto, è necessario operare precise scelte di fondo e individuare il punto di equilibrio tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona, da un lato, e dell'ordine e della sicurezza all'interno del carcere e di prevenzione dei reati, dall'altro. Le soluzioni prospettabili al riguardo sono estremamente varie come emerge dai numerosi progetti di legge sinora presentati in materia (S/1587; C/2319; C/983; S/381) nonché le discipline concretamente adottate in altri Stati dell'Unione europea.

n) previsione di norme che considerino i diritti e i bisogni sociali, culturali, linguistici, sanitari, affettivi, e religiosi specifici delle persone detenute straniere;

**Proposta.** A fronte della presenza in carcere di un elevato numero di detenuti stranieri portatori di esigenze culturali estremamente diversificate, si suggerisce di integrare il criterio con la precisazione che la considerazione degli specifici bisogni delle persone

straniere trova, comunque, il limite del non contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento.

o) adeguamento delle norme dell'ordinamento penitenziario alle esigenze educative dei detenuti minori di età secondo i seguenti criteri: ( da 1 a 8).

Nessuna osservazione.

**Con riferimento agli emendamenti presentati che propongono modifiche o integrazioni di natura sostanziale ai criteri direttivi contenuti nel ddl, si formula una valutazione positiva ai seguenti:**

### **37.19 Cappelletti**

*Al comma 1, lettera b), aggiungere, in fine, le parole: «, nonché per i delitti più gravi contro la persona».*

La proposta predetermina normativamente le eccezioni alla prevista revisione delle modalità di accesso alle misure alternative

### **37.20 Mussini, De Petris**

*Dopo la lettera d), inserire la seguente:*

«*d-bis*) previsione, nel caso in cui si renda necessaria di una più ampia sperimentazione dell'internato in ambiente esterno, con conseguente ripetizione della licenza senza soluzione di continuità e prima della scadenza naturale della misura di sicurezza detentiva;».

La proposta allarga le possibilità di utilizzo dello strumento delle licenze finali di esperimento in ambiente esterno a favore degli internati, di cui all'art. 53 ord. pen. vigente.

### **37.34 Cappelletti**

*Al comma 1, dopo la lettera g), inserire la seguente:*

«*g-bis*) prevedere che, ogni qualvolta ciò risponda a finalità terapeutiche e nell'ottica della funzione rieducativa della pena, l'Amministrazione penitenziaria assicuri la promozione e l'attuazione dei progetti volti all'impiego dei detenuti, in possesso dei necessari requisiti, in attività connesse ai servizi d'istituto e alla manutenzione delle strutture medesime, sotto la sorveglianza e sulla base delle indicazioni del servizio sanitario di ciascun istituto penitenziario, il quale deve assicurare la costante finalizzazione dei progetti medesimi alla cura della salute del detenuto e dell'internato,

che presta a tale scopo il proprio consenso, prevedendo a tal fine idonee agevolazioni per il lavoro con finalità terapeutico-rieducative».

### **37.35 Cappelletti**

*Al comma 1, dopo la lettera g), inserire la seguente:*

«g-bis) prevedere, al fine di garantire lo svolgimento di attività lavorative da parte di tutti i detenuti ed internati in possesso dei necessari requisiti, i necessari contributi per progetti di inserimento lavorativo all'interno del carcere, assicurando priorità per le attività di manutenzione dei fabbricati e per i servizi di istituto, in proporzione all'attività produttiva o di servizi affidata, assicurando che idonea quota parte della retribuzione riconosciuta al detenuto lavoratore venga effettivamente destinata a copertura delle spese di mantenimento».

### **37.39 Capacchione**

*Al comma 1, dopo la lettera l), aggiungere la seguente:*

«l-bis) previsione della esclusione del sanitario dal consiglio di disciplina istituito presso l'istituto penitenziario;».

La proposta incide sull'attuale art.40 della legge 354/1975 ed è finalizzata ad assicurare al sanitario indipendenza rispetto alle decisioni di natura disciplinare.

Sarà comunque importante precisare che le sanzioni diverse dal richiamo e dall'ammonizione irrogate debbano essere comunicate al sanitario affinché possa esprimersi circa la eventuale loro non compatibilità con le condizioni psico-fisiche del detenuto o internato.