

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso
da Magistratura democratica

Riforma della giustizia penale:
il decreto delegato di attuazione

2023



QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

Direttore

Nello Rossi

Vice Direttori

Vincenza (Ezia) Maccora, Rita Sanlorenzo

Comitato di redazione

Maria Acierno, Silvia Albano, Giovanni Arnone, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Daniela Cardamone, Giulio Cataldi, Maria Giuliana Civinini, Elena Riva Crugnola, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Antonella Di Florio, Fabrizio Filice, Mariarosaria Guglielmi, Vincenza (Ezia) Maccora, Raffaello Magi, Marco Manunta, Daniele Mercadante, Gualtiero Michelini, Luca Minniti, Piergiorgio Morosini, Ilario Nasso, Andrea Natale, Luigi Orsi, Marco Patarnello, Carla Ponterio, Gaetano Ruta, Giuseppe Salmè, Rita Sanlorenzo, Valerio Savio, Enrico Scoditti, Simone Spina, Anna Luisa Terzi, Glauco Zaccardi.

Comitato scientifico

Perfecto Andrés Ibáñez, Luciana Barreca, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Riccardo Conte, Maurizio Converso, Piero Curzio, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Simone Gaboriau, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Elisabetta Grande, Francesco Macario, Vittorio Manes, Luigi Marini, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Vincenzo (Enzo) Roppo, Renato Rordorf, Alessandro Simoni, Irene Stolzi, Alberto Maria Tedoldi.

Segreteria di redazione

Mosè Carrara

Service editoriale

Guaraldi S.r.l. (Via Macanno 38B - 47923 Rimini)

QUESTIONE GIUSTIZIA - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Nello Rossi
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia - Piazza Cavour 00193 - Roma
segreteria di redazione:	Mosè Carrara
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

II trimestre 2023 - chiuso in redazione in luglio 2023

Sommario

Editoriale

La “Fabbrica di San Pietro” della giustizia penale

di *Nello Rossi*

4

Introduzione. La riforma del sistema penale

di *Andrea Natale*

9

La riforma cd. “Cartabia” in tema di procedimento penale. Una pericolosa eterogenesi dei fini

di *Emanuele De Franco*

16

Il nuovo volto delle indagini preliminari e il rischio della fuga dalla giurisdizione

di *Gaetano Ruta*

23

La riforma penale e la stretta sui tempi delle indagini

di *Linda D’Ancona*

32

Il contraddittorio e la fuga dell’imputato dal processo

di *Domenico Gallo*

46

La nuova udienza preliminare tra interpretazione normativa e interpretazione organizzativa

di *Ezia Maccora e Giuseppe Battarino*

56

La cd. “riforma Cartabia” e le trasformazioni impresse al giudizio di cognizione

di *Andrea Natale*

63

La riforma penale e il giudizio di appello

di *Anna Mori*

86

Le novità in tema di giudizio di legittimità. Cenni sulla revisione europea

di *Raffaello Magi*

98

Le pene sostitutive: una nuova categoria sanzionatoria per spezzare le catene del carcere di <i>Riccardo De Vito</i>	107
Le novità introdotte dalla riforma Cartabia. Le nuove soluzioni sanzionatorie e il rinnovato ruolo dell'avvocatura di <i>Antonella Calcaterra</i>	124
La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo di <i>Marcello Bortolato</i>	130
Commento al titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa di <i>Marco Bouchard</i>	136
Gli autori	

La “Fabbrica di San Pietro” della giustizia penale

Per descrivere lo stato dell’arte dei lavori legislativi sulla giustizia penale è ormai d’obbligo attingere alle metafore “stanche” che designano un eterno lavoro, il rifacimento dell’appena fatto, la riscrittura del già deciso: la Fabbrica di San Pietro, la tela di Penelope, la fatica di Sisifo *et similia*. Mentre ci si accinge ad abrogare totalmente il reato di abuso d’ufficio, ignorando le argomentate critiche di larga parte della dottrina penalistica e dei magistrati impegnati sul campo, si propone anche di rimettere mano alla tormentata disciplina della prescrizione, già oggetto di tre interventi riformatori succedutisi nell’arco di pochi anni. L’auspicio di quanti operano nel mondo della giustizia è che la normativa in tema di prescrizione, per la straordinaria rilevanza degli interessi in gioco, cessi di essere terreno di uno scontro pregiudiziale delle forze politiche e divenga oggetto di una soluzione largamente condivisa e perciò destinata – finalmente – a durare nel tempo.

1. Ad Usum Fabrice / 2. Il reato di abuso d’ufficio: la discutibile scelta dell’abolitio criminis / 3. Si ritorna a parlare di prescrizione / 4. La ricerca di una soluzione largamente condivisa e perciò destinata a durare

1. Ad Usum Fabrice

«A.U.F.», ovvero «Ad Usum Fabrice».

Era questa la stampigliatura impressa sui materiali destinati al cantiere della Basilica di San Pietro che, in omaggio alla loro sacra destinazione, potevano attraversare i posti delle dogane pontificie senza pagare dazio.

A far tempo dal lontano 1506, data di inizio della secolare costruzione della basilica vaticana, a Roma l’espressione “Fabbrica di San Pietro” è divenuta sinonimo di beni e servizi ottenuti gratuitamente oppure di cantiere sempre aperto e mai concluso.

È dunque irresistibile e quasi obbligata l’evocazione della “Fabbrica di San Pietro” nell’assistere all’incessante lavoro del Governo e del Parlamento sulle regole del processo penale, accompagnato da

più sporadici interventi su alcuni temi di diritto penale sostanziale.

Ma potrebbero risultare appropriate anche altre metafore “stanche”, ripetute e abusate – la tela di Penelope, la fatica di Sisifo *et similia* – che designano un eterno lavoro, il ripensamento dell’appena deciso, il ritornare sul già scritto per riscriverlo e magari stravolgerlo.

Come ricorda Andrea Natale nell’*Introduzione* al fascicolo, da lui curato con maestria e pazienza, la nostra Rivista, dopo aver pubblicato un articolato commento della legge delega per la riforma del sistema penale (*Questione giustizia*, n. 4/2021), ritorna sul tema con un nuovo numero monografico dedicato alla riflessione sul decreto delegato.

Si è dunque appena conclusa la prima fase di analisi e di studio su di un intervento innovatore ampio

e ambizioso, ancorché in più punti molto discutibile e discusso, e certamente impegnativo per tutti gli operatori della giustizia penale.

Ma mentre pubblichiamo i risultati di questa fatica collettiva – ben illustrata nell'*Introduzione* di Natale, che apre la raccolta degli scritti – riprende o, meglio, ricomincia da capo la sequela dei progetti e dei provvedimenti di “riforma”.

Da un lato, infatti, il Consiglio dei ministri approva il disegno di legge in materia di giustizia penale del Ministro della giustizia Carlo Nordio, che si accinge a presentarlo in Senato come il primo di una lunga serie di interventi sui codici di diritto e procedura penale.

Dall'altro lato, la Camera dei deputati preannuncia che sarà impegnata nell'ennesimo tentativo di riscrittura del regime della prescrizione.

Le “riforme”, dunque, si inseguono e si accavalano, e talora vengono modificate prima ancora di entrare in vigore, costringendo magistrati, avvocati, accademici a una continua ed estenuante ginnastica.

Esercizio di agilità intellettuale che vale forse a preservare gli operatori della giustizia dai rischi di un precoce decadimento mentale, ma di certo poco giova alle tante volte invocata chiarezza e certezza del diritto.

2. Il reato di abuso d'ufficio: la discutibile scelta dell'*abolitio criminis*

Questione giustizia dedicherà al “ddl Nordio” analitiche riflessioni, centrate sul tema dei divieti di pubblicazione delle intercettazioni telefoniche dei terzi “estranei” e sulla scelta, peraltro circoscritta, di procedere all'interrogatorio prima dell'arresto nonché su quella, peraltro differita nel tempo, di affidare la decisione sulla custodia cautelare in carcere a un collegio di tre magistrati.

In tutti questi casi vi è uno scarto evidente tra l'enfasi propagandistica con cui le nuove misure vengono presentate all'opinione pubblica e la loro effettiva sostanza.

La “riforma Orlando” aveva già introdotto un rigoroso regime di accertamento della rilevanza processuale delle intercettazioni e di scarto di quelle irrilevanti, conservate, sotto la responsabilità dei procuratori della Repubblica, in un archivio riservato.

Oggi, all'interno del più ampio cerchio delle intercettazioni processualmente “rilevanti” tracciato

dalla legge Orlando, il Ministro Nordio propone di rendere pubblicabili le sole intercettazioni menzionate nei provvedimenti dei giudici o utilizzate nel dibattimento.

Se si considera che, ai sensi della normativa sulla presunzione di innocenza, è il pubblico ministero a decidere di quali indagini dare notizia all'opinione pubblica e che, in base alla proposta di legge Nordio, nella lunga fase delle indagini e prima del dibattimento saranno i giudici a decidere delle conversazioni intercettate “pubblicabili” (richiamandole o meno nei loro provvedimenti), si profila una sorta di prolungato monopolio giudiziario dell'informazione che certo non gioverà alla sua adeguatezza e correttezza.

A presidio dei divieti di pubblicazione resta comunque il solo reato contravvenzionale di cui all'art. 684 cp, «Pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale», aperto alla possibilità dell'oblazione, mentre resta inesplorata la strada di incisive sanzioni civili di carattere economico, l'unica davvero in grado di dissuadere dal pubblicare le conversazioni, penalmente irrilevanti, dei terzi estranei ai reati che siano stati intercettati nel corso delle indagini.

Radicale è, invece, la scelta compiuta sul versante del diritto penale sostanziale con la proposta di abrogazione totale della norma incriminatrice del reato di abuso d'ufficio. Una *abolitio criminis* che avrà l'effetto di un vero e proprio colpo di spugna, cancellando le 3623 condanne definitive che, per tale reato, risultano dal Casellario giudiziario tra il 1997 e il 2022, e priverà il sistema penale di una rete di chiusura pensata «per punire abusi di potere e conflitti di interesse che non integrano più gravi reati contro la pubblica amministrazione»¹. Con l'effetto di rendere penalmente irrilevante perfino l'omessa astensione del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio in presenza di «un interesse proprio o di un prossimo congiunto» proprio nella fase di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, che tra l'altro «consente affidamenti diretti fino a 150.000 euro»².

Se al depotenziamento del diritto penale si aggiunge l'evidente insofferenza manifestata dal Governo nei confronti dei controlli di natura amministrativa e contabile (si veda la vicenda della cancellazione del controllo concomitante della Corte dei conti sugli atti relativi all'attuazione del PNRR) si chiude un perfetto circolo vizioso per cui «da un lato si riducono i controlli amministrativi, sostenendo che se ci sono reati interverrà il magistrato penale, dall'altro lato si eliminano e riscrivono i reati, dicendo che saranno

1. Così G. Gatta, intervistato da L. Milella: *Gatta boccia la riforma*, *La Repubblica*, 16 giugno 2023.

2. Il dato è sottolineato da chi scrive nell'intervista a G. Salvaggiolo: *Guanti di velluto coi colletti bianchi in una logica da Far West*, *La Stampa*, 15 giugno 2023.

sufficienti i controlli amministrativi “mentre” in realtà sono depotenziati entrambi»³.

All'indomani dell'abrogazione dell'art. 323 cp, sul versante dei reati contro la pubblica amministrazione si procederà dunque “senza rete” e, soprattutto, in «violazione degli obblighi internazionali che derivano dall'adesione dell'Italia alla Convenzione ONU sul contrasto alla corruzione e degli obblighi istituzionali e costituzionali che derivano dall'essere parte dell'Unione»⁴.

Fin qui gli argomentati rilievi critici mossi da accademici e magistrati alla prospettiva abolizionista del reato hanno lasciato insensibile il Ministro della Giustizia, ma dovrebbero interessare maggiormente i parlamentari in sede di discussione del disegno di legge, suggerendo soluzioni diverse dall'integrale *abolitio criminis* e scelte più rispettose degli obblighi internazionali ed europei del nostro Paese.

3. Si ritorna a parlare di prescrizione

Su di un altro versante, nei lavori della Camera dei deputati si ritorna a parlare di prescrizione.

Come è noto, in questa materia si sono succeduti, nel ventennio che ci sta alle spalle, quattro interventi di riforma.

Dapprima la legge 5 dicembre 2005, n. 251 – denominata legge “ex Cirielli” dopo il ripudio del suo proponente – ha profondamente modificato l'impianto originario del codice del 1930, introducendo nuovi criteri di calcolo del tempo necessario alla prescrizione e dilatazioni della durata della prescrizione per i reidivi nonché per i delinquenti abituali o professionali.

Successivamente, nell'arco di un quadriennio, la l. 27 giugno 2017, n. 103, nota come “riforma Orlando”, la l. 9 gennaio 2019, n. 3, cd. “riforma Bonafede”, e infine la “riforma Cartabia”, approvata con l. 27 settembre 2021, n. 134, hanno variamente rimodellato l'istituto della prescrizione, riscrivendone modi e tempi e affiancandolo, da ultimo, nella legge Cartabia, con un'inedita causa di improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione prevista nell'art. 344-bis del codice di rito.

Nella presente legislatura, la diffusa insoddisfazione e le meditate preoccupazioni nei confronti della mediazione contenuta nella legge Cartabia e del conseguente binomio “prescrizione sostanziale in

primo grado - improcedibilità dell'azione nei giudizi di impugnazione” in essa disegnato hanno ispirato le presentazioni di numerose proposte di legge sostanzialmente mirate a riportare indietro le lancette dell'orologio della prescrizione.

È particolarmente significativo che tali proposte provengano da forze politiche diverse, di maggioranza e di opposizione.

È infatti un deputato del partito di Italia Viva, Enrico Costa, l'unico firmatario della proposta di legge (AC n. 745, XIX legislatura) che propone di «ripristinare, in un quadro di coerenza sistematica, la precedente disciplina della prescrizione sostanziale come disciplinata dalla legge Orlando, in tutti i gradi di giudizio».

Appartiene invece al partito di Forza Italia l'On. Pittalis, primo firmatario di una proposta (AC n. 893, XIX legislatura) fortemente critica dell'attuale «sistema binario di prescrizione sostanziale e prescrizione procedurale» e intenzionata a «riportare l'istituto della prescrizione alla sua funzione e natura primigenie» di causa estintiva del reato commisurata sul tempo dell'oblio del reato e della cessazione dell'allarme sociale da esso generato».

Sono, infine, parlamentari del partito di Fratelli d'Italia l'On. Ciro Maschio e altri, i firmatari della proposta di legge n. 1036 (XIX legislatura), recante «Modifiche al codice penale in materia di prescrizione del reato».

Nell'ampia *Relazione introduttiva* di questa proposta di legge viene ripercorsa la successione delle leggi in materia di prescrizione e si riservano considerazioni critiche tanto alla riforma Bonafede quanto alla legge Cartabia, per giungere alla conclusione che è necessario «il ripristino della prescrizione sostanziale, anche variamente gradata sulla gravità e tipologia del reato o sulla pericolosità sociale accertata del reo, al fine di scongiurare quell'universo concentrazionario di indagati e di imputati a vita improvvidamente introdotto nel corso della precedente legislatura».

La proposta di legge mira perciò a «reintrodurre la disciplina relativa alla prescrizione previgente all'abrogazione attuata dalla riforma Bonafede», cioè in sostanza la legge Orlando.

Ai naviganti che si avventurino nelle acque agitate dei lavori parlamentari va, però, lanciato un *warning*.

Mentre la proposta di legge dell'On. Pittalis, che mira a “restaurare” il regime prescrizionale classico (anteriore alla riforma Orlando), prevede l'abrogazione dell'art. 344-bis del codice di rito – cioè della

3. *Ivi*.

4. In questi termini D. Ceccarelli, viceprocuratore EPP (European Public Prosecutor's Office), intervistato da L. Milella, *Cancellare il reato di abuso di ufficio ci mette contro l'Europa*, *La Repubblica*, 14 giugno 2023, dove si sottolinea tra l'altro che, «quando la condotta del pubblico ufficiale può avere un impatto sugli interessi finanziari dell'Unione, la criminalizzazione è imposta dalla Direttiva sulla Protezione degli interessi finanziari dell'Unione, che è la base normativa sostanziale dell'azione della Procura Europea».

norma che ha introdotto l'istituto dell'improcedibilità dell'azione – né la proposta che reca la firma dell'On. Costa né quella che ha come primo firmatario l'On. Maschio ne contemplano la cancellazione.

Esse prefigurano perciò la “coesistenza” tra i meccanismi della riforma Orlando (regime di temporanea sospensione della prescrizione nei giudizi di impugnazione) e il congegno estintivo dell'improcedibilità dell'azione introdotto dalla riforma Cartabia.

Soluzione, questa, insostenibile tanto per le contraddizioni di natura sistematica che introdurrebbe nella disciplina della prescrizione, quanto per gli effetti, del tutto imprevedibili, che la descritta “coabitazione” produrrebbe a contatto con la multifforme realtà dei giudizi e delle loro vicende temporali.

Essendo questo lo stato dei lavori parlamentari, è legittimo porsi più di un interrogativo.

La ripresa dell'iniziativa legislativa in tema di prescrizione, per il momento fondata su basi fragili e poco coerenti, comporta il rischio che il legislatore finisca con l'infilarsi in una nuova *impasse*?

E non sarebbe più saggia una moratoria, in attesa di verificare effetti e risultati dell'ultima normativa sulla prescrizione – la legge n. 134 del 2021 – approvata grazie alla mediazione promossa dalla Ministra Cartabia?

La risposta a queste domande dipende dal giudizio che si dà della coerenza e dell'efficacia dell'istituto dell'improcedibilità, in una parola: della capacità di “tenuta” di tale *nova res*, valutata alla luce dei parametri di eguaglianza e ragionevolezza e dei principi del processo scritti in Costituzione.

4. La ricerca di una soluzione largamente condivisa e perciò destinata a durare

Chi scrive ha già avuto modo di osservare che l'addizione e la messa in sequenza del regime della prescrizione sostanziale e dell'improcedibilità dell'a-

zione non garantirà solidi equilibri nello svolgimento dei processi⁵.

Vi saranno infatti processi «rapidamente definiti in primo grado che potranno estinguersi per il mancato rispetto dei termini per la celebrazione dei giudizi di impugnazione (in particolare di appello) quando sarà ancora lontano il termine della prescrizione sostanziale», così come vi saranno «processi che si concludono in primo grado a ridosso della scadenza del termine di prescrizione sostanziale e che verranno prolungati, oltre il termine dell'oblio sociale da questa regolato, a causa dell'entrata in funzione degli ulteriori termini procedurali previsti per i giudizi di appello e di cassazione, assistiti dalla sanzione dell'improcedibilità»⁶.

Nel magma dei “casi” concreti potrà dunque essere contraddetta o alterata – per difetto o per eccesso – la logica che collega il venir meno della pretesa punitiva dello Stato al decorso di un determinato lasso di tempo dalla commissione del reato in ragione della “forza deleteria del tempo” e del venir meno dell'interesse pubblico alla repressione di fatti criminosi molto risalenti⁷.

Ai dubbi di costituzionalità che potranno scaturire da situazioni come quelle ora descritte si aggiungeranno quelli sulla ragionevolezza del regime delle proroghe, che differenzia la posizione degli imputati di uno stesso reato in ragione dei caratteri propri del processo nel quale sono coinvolti e delle differenti valutazioni delle corti sulla complessità dei processi, con il rischio di generare casuali e irrazionali disparità di trattamento (art. 3 Cost.).

E lo stesso principio di ragionevole durata del processo potrebbe risultare violato e contraddetto dalla possibilità del susseguirsi, senza limiti di tempo, di “ulteriori” proroghe per i processi riguardanti i reati di maggiore allarme sociale⁸.

Ai molteplici dubbi di legittimità costituzionale del compromesso Cartabia si aggiungono, poi, i complessi problemi di coordinamento posti dall'immis-

5. Mi sia consentito rinviare sul punto al mio scritto, *Sui tempi del processo si profila un cattivo compromesso*, in *Questione giustizia online*, 19 luglio 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/sui-tempi-dei-processi-si-profila-un-cattivo-compromesso).

6. Su questi profili e sugli aspetti di possibile contrasto della legge n. 134/2021 con la Costituzione, cfr. il mio contributo, *La disciplina del tempo del processo alla prova della prassi*, in R.E. Kostoris e R. Orlandi (a cura di), *Nuovi limiti temporali per l'accertamento penale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 137.

7. In dottrina è stato autorevolmente prospettato (P. Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in *Penale - Diritto e procedura*, 24 gennaio 2021, p. 14) un radicale contrasto tra la disciplina dell'improcedibilità, informata al principio di ragionevole durata, e la regola dell'obbligatorietà dell'azione penale dettata dall'art. 112 Costituzione. Solo l'estinzione del reato – per il decorso del tempo dell'oblio e della fine dell'allarme sociale che ha generato – potrebbe impedire la prosecuzione dell'azione penale, in quanto «l'azione è una domanda, e in tanto ha senso definirla obbligatoria, in quanto al suo valido esercizio segua l'obbligo del giudice di rispondere accertandone la fondatezza (...): la persecuzione penale non è materia disponibile» (P. Ferrua, *ibid.*).

8. Cfr. P. Ferrua, *Improcedibilità, op. ult. cit.*, p. 9. Per una sintetica rassegna delle questioni di legittimità costituzionale della nuova normativa, cfr. G. Spangher, *Art. 344 bis c.p.p.: questioni di incostituzionalità e criticità applicative*, in *Giustizia insieme*, 2 dicembre 2021. Va aggiunto che sul potere del giudice di prolungare la durata dei giudizi di impugnazione non si appunteranno solo i sospetti di incostituzionalità ora accennati, ma anche le dure reazioni di chi si riterrà colpito dalle decisioni dei giudici.

sione nell'ordinamento del *novum* dell'improcedibilità dell'azione.

Tutto ciò rende particolarmente allettante, agli occhi di chi scrive, la prospettiva di tirarsi fuori, finché si è ancora in tempo, da un ginepraio che si preannuncia inestricabile, ripristinando la più lineare disciplina della prescrizione dettata dalla legge 27 giugno 2017, n. 103.

A patto, naturalmente, che il ripristino della legge Orlando sia considerato come "alternativo" e non "concomitante" con il regime dell'improcedibilità dell'azione, che dovrebbe essere cancellato abrogando il neonato art. 344-*bis* del codice di procedura penale.

Comunque, quali che siano le loro personali opinioni e preferenze, nel prossimo futuro professori, magistrati e avvocati dovranno seguire con attenzione i lavori parlamentari e le audizioni appena iniziate alla Camera dei deputati per comprendere quale sarà la direzione di marcia prescelta dal legislatore.

Con l'auspicio che la normativa in tema di prescrizione, per la straordinaria rilevanza degli interessi in gioco, cessi di essere terreno di uno scontro pregiudiziale delle forze politiche e divenga oggetto di una soluzione largamente condivisa e perciò destinata – finalmente – a durare nel tempo.

Nello Rossi

Luglio 2023

Introduzione.

La riforma del sistema penale

di *Andrea Natale*

L'entrata in vigore della riforma del sistema penale ha fatto gridare molti operatori alla catastrofe. Ma – posto che non stiamo lasciando alle nostre spalle il migliore dei mondi possibili – è forse il caso di accettare che questa riforma è quella che – alle condizioni date – era possibile realizzare. Il disegno riformatore – pur tra luci e ombre – fa intravedere una qualche possibilità di superamento di alcune delle disfunzioni del sistema penale previgente. Il compito di risolvere le criticità e, soprattutto, di valorizzare gli aspetti positivi della riforma è ora consegnato a operatori ed interpreti; ma non solo: è auspicabile che tutte le istituzioni pubbliche e il mondo del cd. “privato sociale” si sentano coinvolti nell'opera di inclusione sociale che è tra i tratti più caratterizzanti della riforma.

1. Dopo avere pubblicato un articolato commento della legge delega per la riforma del sistema penale (vds. *Questione giustizia*, n. 4/2021), la Rivista torna sul tema con un altro numero monografico dedicato ad alcune riflessioni sul decreto delegato. In un'introduzione è difficile sintetizzare i molti temi che l'entrata in vigore della riforma propone all'attenzione degli interpreti e degli operatori. Si può solo provare a cogliere qualche spunto di riflessione generale, rimandando – per l'analisi dettagliata e ringraziandone gli Autori – ai vari contributi pubblicati in questo fascicolo.

La travagliata entrata in vigore della riforma ha rivelato – o permesso di averne conferma – i molti difetti del “sistema-giustizia” e del mondo di figure che lo popolano.

Viene, anzitutto, in rilievo un dato di particolare evidenza. A fronte di una riforma preannunciata nei suoi contenuti – in quanto largamente condizionata da criteri di delega che suggerivano quale sarebbe stata la direzione che il legislatore delegato avrebbe intrapreso –, il mondo della giustizia si è fatto cogliere impreparato. Culturalmente e, peggio, organizzativamente.

L'entrata in vigore della riforma è stata vissuta da molti operatori come un fulmine a ciel sereno, come un'Apocalisse improvvisa. Certo: una riforma di così grande impatto necessita di tempi di metabolizzazio-

ne. Ma i tempi di approvazione del decreto legislativo (e, dunque, della riforma) erano tutt'altro che imprevedibili. E, nonostante l'ampia possibilità di prefigurarsi contenuti e tempi di approvazione, ci siamo fatti cogliere di sorpresa e – come prima reazione – abbiamo cominciato a lanciare accorate grida di allarme.

2. Un allarme conseguente anche a una non perfetta cura di alcuni meccanismi di diritto transitorio. Una riforma di così grande impatto sul funzionamento del sistema penale avrebbe imposto una cura particolare delle disposizioni di carattere transitorio, sì da consentire agli operatori e al sistema giudiziario non tanto di metabolizzare il cambiamento (perché il cambiamento prima o poi arriva e, quando arriva, lo viviamo sempre come improvviso) quanto di attrezzarsi ad affrontarlo.

E, invece, complici una delega prossima alla scadenza, un governo dimissionario, un nuovo gabinetto alle porte, il decreto delegato n. 150/2022 ha mostrato – proprio sotto il profilo delle previsioni di diritto transitorio – svariate lacune, determinando gravi incertezze e preoccupazioni in interpreti e operatori. È sufficiente pensare, per soffermarsi sui casi più eclatanti, all'assenza – in origine – di disposizioni transitorie che governassero la nuova disciplina dei termini di durata delle indagini preliminari o che chiarissero

i meccanismi di diritto intertemporale della nuova udienza predibattimentale nel procedimento a citazione diretta¹.

Si trattava di lacune che determinavano incertezze interpretative difficilmente sostenibili e potenzialmente foriere di dubbi destinati a moltiplicarsi per decine di migliaia di procedimenti penali. Una incertezza di pregnanza tale da rendere necessario un differimento dell'entrata in vigore della riforma, disposto con un inedito intervento del Governo che, con un decreto legge, ha posticipato l'entrata in vigore della riforma appena approvata con un decreto legislativo².

Peraltro, nemmeno il differimento dell'entrata in vigore della riforma e l'introduzione di ulteriori disposizioni transitorie è stata capace di risolvere tutti i complessi problemi, se è vero che molti punti della stessa sono oggetto di vivace dibattito e – almeno in un caso – le incertezze ermeneutiche relative al diritto transitorio hanno già determinato una rimessione di una delicata questione alle sezioni unite della Corte di cassazione sull'esatta interpretazione da dare al novellato art. 573, comma 1-*bis*, cpp³.

3. Ma la difficoltà ad accogliere la riforma non è legata solo alle imperfezioni dei meccanismi di diritto intertemporale. In larga parte, tale difficoltà è legata a scarsa organizzazione.

Per esempio, non risulta che siano state approntate tutte le necessarie modifiche ai registri informatici (e tutti noi possiamo immaginare quanto il funzionamento della macchina giudiziaria sia oggi condizionato da essi); e nemmeno si hanno notizie rassicuranti sul versante dell'apparato tecnologico che dovrà supportare la riforma (implementazione di *software* per il processo penale telematico; acquisto di dotazioni *hardware* per processo penale a distanza e documentazione audiovisiva degli atti di indagine e dell'assunzione delle prove di natura dichiarativa).

Altro esempio: non si ha notizia di significative riflessioni da parte degli uffici giudiziari sulla necessità di rivedere la loro organizzazione in previsione delle ricadute che la riforma avrà sul sistema: se uno degli obiettivi della riforma è quello di diminuire il numero di procedimenti che approdano a dibattimento, ci si dovrebbe aspettare un rafforzamento degli uffici dei giudici per le indagini preliminari o delle risorse da destinare ai settori degli uffici giudicanti che dovranno celebrare le udienze predibattimentali (se ne occupano in questo fascicolo Maccora e Battarino). Salvo lodevoli eccezioni, non risulta che ciò sia avvenuto.

Altro esempio: il nuovo sistema di pene sostitutive avrà un impatto enorme sugli Uffici di esecuzione penale esterna; orbene: solo con ritardo, alcuni – nemmeno tutti – gli uffici giudiziari hanno cominciato a ragionare sui modi per rendere sostenibile la riforma per gli Uepe⁴.

4. Ma le vere difficoltà non sono legate solo alla scarsa prontezza nell'accogliere la riforma con interventi di carattere organizzativo. Tutti i protagonisti del sistema giudiziario – magistrati, avvocati e non solo – hanno manifestato una seria resistenza a confrontarsi con i contenuti della riforma:

i) i magistrati requiranti, che censurano – tra l'altro – il sistema di controlli sulla tempestività dell'iscrizione delle notizie di reato, la nuova disciplina dei termini di durata delle indagini preliminari;

ii) i magistrati giudicanti, che – tra i mille problemi interpretativi che la riforma propone – vivono come un fattore di rallentamento il meccanismo di applicazione delle pene sostitutive, vissuto come inutile aggravio procedurale;

iii) i giudici dell'impugnazione, che vivono con la spada di Damocle dell'improcedibilità costantemente puntata alla schiena;

iv) l'avvocatura, che teme che la riforma della regola di giudizio dell'udienza preliminare (e dell'u-

1. Per cui *cf.* Corte di cassazione, Ufficio del massimario, disciplina transitoria e prime questioni di diritto intertemporale del d.lgs 10 ottobre 2022, n. 150, §§ 16 e 18.

2. Si tratta del dl n. 162/2022. Il differimento dell'entrata in vigore della riforma dettato con decreto legge è stato oggetto di un'articolata questione di legittimità costituzionale proposta dal Tribunale di Siena (sul punto, *cf.* *Questione giustizia online*, 11 novembre 2022, www.questionegiustizia.it/articolo/ordinanza-tribunale-di-siena-11-11-2022-di-rimessione-di-q-l-c-relativa-all-art-6-del-d-l-162-2022). L'incidente di legittimità costituzionale è stato discusso dalla Corte costituzionale all'udienza del 7 giugno 2023. Nel momento in cui si scrive, non è ancora noto l'esito della decisione.

3. All'udienza del 25 maggio 2023, le sezioni unite hanno affermato che «l'art. 573, comma 1-bis, cod. proc. pen., introdotto dall'art. 33 del d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, si applica alle impugnazioni per i soli interessi civili proposte relativamente ai giudizi nei quali la costituzione di parte civile è intervenuta in epoca successiva al 30 dicembre 2022, data di entrata in vigore della citata disposizione ai sensi dell'art. 99-bis del predetto d. lgs. n. 150 del 2022».

4. Il primo protocollo – stipulato dagli uffici giudicanti, dall'avvocatura e dall'Uepe – risulta essere quello approvato a Milano; *cf.* *Schema operativo per l'applicazione delle pene sostitutive previste dalla c.d. Riforma Cartabia*, in *Questione giustizia online*, 17 febbraio 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/schema-operativo). Nel commentarne l'approvazione, questa Rivista aveva annotato: «Lo "schema operativo" milanese è forse solo un primo passo. Ma, trattandosi di una evidente dimostrazione di capacità di dialogo, di razionalità e di pragmatismo è potenzialmente rivoluzionario». Al "protocollo milanese" hanno fatto seguito altre iniziative, tra le quali è utile segnalare il protocollo adottato nel circondario di Napoli Nord e nel circondario di Torino; detti protocolli sono pubblicati su www.sistemapenale.it.

dienza predibattimentale) finisca con il rendere un inutile orpello la celebrazione del dibattimento (che parte con una ragionevole prognosi di condanna formulata a monte); sempre l'avvocatura, che censura la nuova disciplina delle impugnazioni, temendo che essa determini una perdita di garanzie per le persone condannate in primo grado.

E, poi, ovviamente, c'è l'opinione pubblica, che vive come un dramma l'ampliamento delle ipotesi di procedibilità a querela di parte⁵; che vive come un'ingiustizia manifesta la possibilità che lo Stato possa rinunciare alla punizione del delinquente per essere il fatto da questi commesso di particolare tenuità; che vive come una beffa la possibilità che – dopo la commissione di un reato – ce la si possa cavare con pene sostitutive ritenute a basso contenuto afflittivo; che vive come una burla l'introduzione nel processo di meccanismi di giustizia riparativa.

5. Beninteso, alcune di queste critiche colgono problemi autentici che la riforma solleva. Ma, in larga parte, esse rivelano – spesso con toni eccessivamente allarmistici – una resistenza culturale al cambiamen-

to che finisce con il trascurare le macroscopiche disfunzioni del sistema penale previgente.

Giova ricordare alcune di tali disfunzioni: (1) il nostro sistema penale non riesce a garantire il rispetto del principio di ragionevole durata del processo, un diritto fondamentale protetto dalla Cedu e dalla Costituzione della Repubblica italiana⁶ e che ha comportato un rilevante numero di condanne da parte della Corte Edu; (2) il nostro sistema penale produce un abnorme numero di procedimenti penali che – come esito – hanno una declaratoria di estinzione del reato per prescrizione (104.276 prescrizioni dichiarate nel solo anno 2021)⁷; (3) il nostro sistema penale – con il fallimento dei sistemi di filtro di accesso al giudizio – determina un tasso di esiti assolutori che supera i livelli della fisiologia: gli ultimi dati disponibili (per il periodo 2021-2022) rivelano che gli esiti dei giudizi di primo grado sono rappresentati da sentenze di assoluzione nel 47,8% dei casi; da sentenze di condanna nel 44,8% dei casi; da sentenze cd. *promiscue* (condanna e assoluzione) nel 7,4% dei casi⁸; (4) il nostro sistema penale produce un tasso di carcerizzazione molto elevato: al 31 maggio 2023, a fronte di una

5. In replica a molti allarmismi, l'esecutivo di Magistratura democratica, il 23 gennaio 2023, aveva commentato: «Noi rimaniamo legati ad un'idea di diritto penale in cui la pena – ossia l'infrazione di una privazione di libertà al condannato – costituisce un "male" che si giustifica solo con la necessità di proteggere beni di rilievo costituzionale, in cui la risposta sanzionatoria deve essere calibrata sulla gravità del fatto di reato, sul rilievo del bene giuridico protetto dall'ordinamento e sull'intensità della offesa procurata dalla condotta delittuosa. Per questo crediamo che l'estensione del regime di perseguibilità a querela di un rilevante numero di figure di reato non necessariamente ponga in discussione la "tenuta" del sistema penale. Crediamo piuttosto che rimettere alla persona offesa la scelta sulla perseguibilità di un certo reato – quando essa ha ad oggetto un bene giuridico disponibile e, comunque, leso in modo non irreversibile – possa rispondere all'interesse della giustizia. Si è censurato il fatto che, in tal modo, si impedisce l'arresto degli autori di reato. Questa critica, però, trascura il fatto che – là dove la persona offesa proponga querela (anche oralmente) – l'arresto è comunque consentito. E si trascura altresì il fatto che, in ogni caso, il processo penale, nel suo ordinario svolgimento, dovrebbe essere celebrato con un imputato che si presenta davanti ai tribunali in stato di libertà»; per il testo integrale del comunicato, cfr. esecutivo di Md, 23 gennaio 2023, *Su alcuni aspetti della riforma penale: per una nuova idea di risposta penale*, 23 gennaio 2023 (www.magistraturademocratica.it/articolo/su-alcuni-aspetti-della-riforma-penale-per-una-nuova-idea-di-risposta-penale).

6. Cfr. Consiglio d'Europa, *European judicial systems (Rapporto Cepej)*, 2022 (su dati del 2020), p. 75 (<https://rm.coe.int/cepej-fiche-pays-2020-22-e-web/1680a86276>); il cd. "disposition time" evidenziava una durata dei procedimenti penali che, in primo grado, era superiore di tre volte rispetto alla mediana dei Paesi del Consiglio d'Europa; in secondo grado, il dato era superiore di quasi dieci volte rispetto alla mediana; in sede di legittimità, il *disposition time* era superiore di circa il doppio rispetto alla mediana dei Paesi aderenti al Consiglio d'Europa. I dati relativi agli anni successivi al 2020 – registrato nella *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2022* del primo presidente della Corte di cassazione, Pietro Curzio, all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2023, p. 56 (www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Cassazione_Relazione_2023.pdf) – mostrano, però, un trend in via di miglioramento.

7. Cfr. *Relazione, op. ult. cit.*, p. 57. Il dato di 104mila prescrizioni è così disaggregato: circa 32mila prescrizioni in fase di indagini preliminari; circa 45mila prescrizioni dichiarate all'esito del giudizio di primo grado; circa 23mila prescrizioni dichiarate all'esito del giudizio di appello; meno di 1000 prescrizioni dichiarate all'esito del giudizio di legittimità.

8. Cfr., per un'analisi più approfondita, *Relazione, op. ult. cit.*, pp. 59-60. In occasione della pubblicazione del fascicolo dedicato alla legge delega, nel commentare un analogo dato, questa Rivista aveva osservato: «Certamente, ciascuna assoluzione può trovare cause variegate: esiti assolutori possono trovare spiegazioni in esiti estintivi non immaginabili al momento dell'esercizio dell'azione penale (esito positivo della messa alla prova; estinzione del reato per remissione di querela a seguito di sopravvenuti risarcimenti del danno) o nella considerazione di cause di non punibilità che non implicano una sconfessione dell'ipotesi d'accusa (con l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto).

Resta tuttavia il fatto che un dato così rilevante (oltre il 50% di assoluzioni, con un dato consolidato da qualche anno) denuncia in sé l'inefficienza e l'iniquinà del meccanismo di selezione delle notizie di reato per cui si ritiene di dover esercitare l'azione penale; inefficienza per il dispendio di energie processuali che impegnano i meccanismi del giudizio per trattare procedimenti penali che, probabilmente, avrebbero potuto e dovuto essere "fermati" prima; iniquinà per la posizione delle persone che – siano esse imputati o persone offese – hanno visto pronunciare sentenza di assoluzione dopo anni di faticoso coinvolgimento in un processo penale» (così A. Natale, *La cd. "riforma Cartabia" e la giustizia penale*, in *Questione giustizia online*, 24 marzo 2022, p. 6, www.questionegiustizia.it/data/doc/3181/introduzione-a-natale.pdf).

capienza regolamentare degli istituti di 51.153 posti disponibili, risultavano detenute 57.230 persone⁹; ed è noto quale sia lo stato di “vivibilità” del nostro sistema penitenziario¹⁰; (5) il nostro sistema penale – nel produrre carcere in eccesso – non produce nemmeno maggiore sicurezza, se è vero – come riferito dal Ministro della giustizia nel rispondere a un’interrogazione parlamentare – che, alla data del 13 dicembre 2022, le persone condannate in attesa di una risposta dalla magistratura di sorveglianza sulle richieste di applicazione di una delle misure alternative alla detenzione previste dall’ordinamento penitenziario (i cd. *liberi sospesi*) erano 90.120¹¹; si tratta di un numero enorme: 90mila persone irrevocabilmente condannate, in attesa di sapere se dovranno andare in carcere o essere sottoposte a misure trattamentali extracarcerarie (con buona pace di chi è convinto che i delinquenti scorrazzeranno liberi per le città “per colpa” delle pene sostitutive introdotte dalla riforma...).

6. E, dunque, non stiamo lasciando alle nostre spalle il migliore dei mondi possibili. Ma – si dirà – le risposte a quelle disfunzioni non sono quelle tratteggiate dalla riforma Cartabia; e – a tale obiezione – si accompagna il consueto richiamo alla necessità di razionalizzare le procedure, fare una seria depenalizzazione, rivedere il catalogo dei reati, e via seguitando. Tuttavia, la composita maggioranza che ha sostenuto l’approvazione della legge delega non aveva un grado di coesione tale da immaginare che si potesse ripensare il catalogo dei reati, avventurandosi in un’azione di depenalizzazione.

Un sano realismo, dunque, impone di prendere atto di ciò che è; lasciando un attimo da parte il rimpianto per ciò che avrebbe potuto essere...

Non è qui possibile ripercorrere tutti i nodi problematici che la riforma propone. Per quello, non si può che rimandare alla lettura dei vari contributi pubblicati in questo fascicolo. In queste sintetiche note introduttive ci si può solo avventurare in brevi *flash*.

Primo. La necessità di aumentare l’efficienza del processo penale ha determinato il legislatore a introdurre una serie di meccanismi che, negli auspici,

dovrebbero: (a) dare tempi “certi” alle indagini preliminari; (b) condurre a giudizio solo i casi in cui gli elementi raccolti nel corso delle indagini abbiano una consistenza qualificata. Il rischio evidente è che il sistema giudiziario sposti il fuoco di interesse verso ciò che è facile dimostrare in giudizio, marginalizzando fenomeni criminali che richiedono maggior impegno nel momento inquirente e maggior fatica processuale nel momento processuale. Vi è il rischio, in definitiva, che si determini – per usare parole spese in questo fascicolo – una «eterogenesi dei fini» (De Franco) e che, in nome dell’«efficienza della giurisdizione», si giunga a una «fuga dalla giurisdizione» (Ruta).

Secondo. La necessità di rendere più efficienti i giudizi di secondo grado e di legittimità ha indotto il legislatore a responsabilizzare le parti private al momento della proposizione degli atti di impugnazione e ha aumentato il numero di casi in cui le impugnazioni verranno trattate con udienza in camera di consiglio (si rimanda ai contributi di Mori e Magi). Una marginalizzazione della pubblicità del processo che – in nome di una certamente necessaria snellezza di forme – può introdurre riflessi di burocratizzazione in tali delicate fasi del giudizio: «sarà il futuro a dire quale sia il punto di equilibrio che la prassi applicativa saprà trovare tra esigenze – talora in frizione tra loro – di efficienza (cui si accompagna sempre il rischio di burocratizzazione) e di pubblicità delle forme di esercizio della funzione nomofilattica» (Magi).

Terzo. Il legislatore delegato non ha recepito – in tutta la sua portata – la delega attribuita dal Parlamento in ordine ai criteri di priorità nell’esercizio dell’azione penale. Si tratta di un tema cui – nel commentare la legge delega – questa Rivista aveva dedicato ampio spazio, per l’evidente rilievo costituzionale della questione. Se per la legge delega i criteri di priorità – che dovevano essere predeterminati e trasparenti – dovevano essere adottati dagli uffici del pubblico ministero «nell’ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge», il legislatore delegato ha operato un intervento “minimalista”, di segno non totalmente sovrapponibile al criterio di delega; si è infatti introdotto nell’ordinamento l’art. 3-*bis* disp. att. cpp, che

9. Cfr. le statistiche del DAP al 31 maggio 2023 (www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?facetNode_1=0_2&contentId=ST431144&previousPage=mg_1_14#), ove è presente anche una serie di dati disaggregati. Sul sito del Ministero della giustizia sono presenti ulteriori tabelle, utili per analisi di maggior dettaglio.

10. Si rimanda – per ulteriori informazioni – alle relazioni annuali predisposte dall’Autorità garante per i diritti delle persone private della libertà personale; cfr. R. de Vito, *Una miniera d’oro: la Relazione al Parlamento 2022 del Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*, in *Questione giustizia online*, 23 giugno 2022 (www.questionegiustizia.it/articolo/una-miniera-d-oro-la-relazione-al-parlamento-2022-del-garante-nazionale-dei-diritti-delle-persone-private-della-liberta-personale); a commento della *Relazione al Parlamento per l’anno 2023*, cfr. R. De Vito, *Relazione al Parlamento 2023: i «sette anni in Tibet» del Garante Nazionale delle persone private della libertà personale*, *ivi*, 20 giugno 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/commento-rel-garante).

11. Cfr. l’interrogazione n. 4/00072 del deputato R. Giachetti, cui ha fatto seguito la risposta scritta del Ministro della giustizia, del 13 febbraio 2023 (<https://aic.camera.it/aic/scheda.html?numero=4/00072&ramo=CAMERA&leg=19>).

prevede che «nella trattazione delle notizie di reato e nell'esercizio dell'azione penale il pubblico ministero si conforma ai criteri di priorità contenuti nel progetto organizzativo dell'ufficio». La determinazione dei criteri di priorità nella trattazione delle notizie di reato affidata ai progetti organizzativi degli uffici di procura certamente sdrammatizza i timori di chi paventava un condizionamento esterno – schiettamente politico – del concreto esercizio delle indagini e, dunque, della giurisdizione. Per altro verso, però, affida una nuova responsabilità agli attori del sistema giudiziario; il che rende ancora più urgente una riflessione sul “come” debbano essere elaborati i progetti organizzativi e sul punto di equilibrio che deve essere raggiunto nella dialettica tra *gerarchia* e gestione partecipata degli uffici di procura. Un tema che, evidentemente, sarà all'attenzione del Consiglio superiore della magistratura, chiamato ad approvare una nuova circolare sull'organizzazione degli uffici di procura¹².

Quarto. Si è detto che la cd. riforma Cartabia non ha affrontato uno dei veri nodi di insostenibilità del sistema penale: si allude all'ipertrofia del penale e alla cieca – ma malriposta – fiducia nel fatto che il moltiplicarsi delle fattispecie di reato possa produrre una società più giusta e ordinata. Il non essere intervenuti su questi nodi – di politica criminale, ma forse, ancor prima, di cultura del diritto – è sicuramente un'occasione persa. Ma – lo si è detto – non si sono determinate le condizioni per farlo. In questa prospettiva, il disegno riformatore – pur nel contesto di un sistema ad azione penale obbligatoria – ha introdotto meccanismi di «discrezionalità di sistema», capaci di rendere “sostenibile” (sul piano dei numeri) e “ragionevole” (sul piano della qualità e della quantità) la risposta sanzionatoria da offrire ai fenomeni di devianza criminale. Siamo ancora in un sistema penale «inflazionato», perché «il Parlamento non vuole o non può abolire o depenalizzare»; la risposta – flessibile – proposta dal disegno riformatore è allora quella di introdurre una «discrezionalità di sistema, alla quale partecipano tutte le parti del processo, coinvolgendo il giudicante»; si pensi all'aumento dei casi di procedibilità a querela; ma – anche – ai meccanismi di *diversion* (come le procedure estintive per le contravvenzioni alimentari o l'estensione dei casi di messa alla prova); ma – ancora – a tutte le alternative sanzionatorie che si profilano con le pene sostitutive:

«sono tutte alternative (...) che cancellano la staticità del discorso classico sulla pena semplicemente “meritata”, come se fosse un monoblocco di retribuzione-proporzione fissata e fotografata nel passato della “colpevolezza per il fatto”». Tutto ciò imporrà di «costruire una nuova cultura della discrezionalità»¹³.

Quinto. L'attribuzione di maggiori spazi di discrezionalità attribuisce agli attori processuali – tutti, nessuno escluso – nuove responsabilità. Ciascun attore processuale sarà inevitabilmente costretto a ripensare il proprio ruolo, a ripensare un immaginario professionale sedimentato in anni di esperienza e tradizione. Il pubblico ministero, per esempio, non potrà più accontentarsi di “fare le indagini” e pensare che, poi, “se la vedrà il giudice” (come scherzosamente si sente talora dire): dovrà pensare con maggiore serietà alla solidità del risultato dell'azione inquirente. Ma non solo. Il pubblico ministero non potrà più “pensarsi” soltanto come promotore dell'azione penale: dovrà immaginare se – nel contesto delle indagini – sia sensato (e in che termini) proporre alla persona sottoposta ad indagini percorsi di messa alla prova (si allude alla messa alla prova su proposta del pm) o se sia possibile sollecitare meccanismi di estinzione di talune contravvenzioni prima del (e in alternativa al) giudizio (si allude all'estinzione delle contravvenzioni alimentari).

I giudici di cognizione, per parte loro, non potranno più pensarsi come investiti del sacerdotale compito di accertare la verità (beninteso: processuale) e somministrare anni di galera. I giudici di cognizione avranno la responsabilità di “guardare” alle parti del processo – possibilmente con occhi attenti – e verificare se vi siano spazi di conciliazione (che troveranno, eventualmente, sede nei percorsi di giustizia riparativa introdotti dalla riforma)¹⁴ e – se non ve ne sono – dovranno immaginare quale sia la “giusta pena” da irrogare alla persona della cui colpevolezza sono convinti al di là di ogni dubbio ragionevole: muta la fisionomia dei giudici di cognizione: «il “mormorante evocatore del passato remoto”, per dirla con le parole che Thomas Mann riservava al narratore di storie, sarà d'ora in avanti sempre più tenuto ad attrezzarsi sul versante della prognosi dei comportamenti futuri, dovendo incorporare parte dei compiti del magistrato di sorveglianza (...). [Il mutamento di] *focus* della prognosi impone un salto di qualità: non più soltanto (o in misura prevalente) il giudizio sull'astensione

12. L'intervento del Consiglio superiore della magistratura è reso necessario anche – e soprattutto – dalla reintroduzione del “sistema tabellare” anche per gli uffici della Procura della Repubblica; cfr. art. 13 l. n. 71/2022.

13. Si rimanda alle – come sempre stimolanti – osservazioni di M. Donini, *Diritto penale e processo come Legal system. I chiaroscuri di una riforma bifronte (Introduzione)*, in D. Castronuovo - M. Donini - E.M. Mancuso - G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Cedam/Wolters Kluwer, Milano, 2023, pp. 15-18.

14. Si rimanda ai commenti di M. Bortolato e M. Bouchard, in questo fascicolo.

dalla recidiva, ma, accanto a tale componente “negativa”, la valutazione “positiva” sulla idoneità della misura sostitutiva (in questo senso, anche della pena pecuniaria) a favorire il percorso di reintegrazione sociale del condannato»¹⁵.

Ma anche gli avvocati dovranno ripensare il proprio ruolo e re-immaginare la loro fisionomia professionale. Stare dalla parte dell’inquisito (o della vittima) imporrà – con la riforma – un più coinvolgente impegno professionale: non ci si potrà più accontentare di spendersi nell’agone processuale per ottenere l’assoluzione dell’imputato (o la tutela dell’offeso); per esercitare in modo pieno il ministero difensivo, l’avvocato dovrà – laddove l’assoluzione non sia un’opzione plausibile – stare dalla parte dell’inquisito anche in un altro modo: da un lato favorendo, quando possibile, percorsi di riparazione funzionali a ricomporre la frattura determinata dal reato; dall’altro lato, ove ciò non sia possibile e l’infrazione di una pena sia un’evenienza concreta, adoperandosi per “costruire” – insieme al proprio assistito e agli altri protagonisti del procedimento – un percorso sanzionatorio calibrato sulla specifica figura di “quell’imputato”¹⁶. Anche così – lavorando per una pena sostitutiva (e valutando se essa favorisca la risocializzazione in misura superiore a un percorso carcerario o a un percorso davanti al tribunale di sorveglianza) – l’avvocato può stare genuinamente dalla parte dell’inquisito.

Sesto. La svolta copernicana che la riforma intende imprimere al sistema penale, però, è solo una promessa. Per carità: si tratta di una promessa di rango costituzionale, se è vero che l’unica funzione della pena esplicitamente considerata dalla Carta è quella rieducativa¹⁷.

Ma sempre di “promessa” si tratta. La scommessa di coniugare retribuzione e risocializzazione; di favo-

rire percorsi di riparazione e rammendo; di ridurre – con un’autentica opera di reinserimento sociale – i tassi di recidiva sono, oggi, solo una promessa. Rischiano di essere parole per anime belle.

7. Il reinserimento sociale “praticato” – e non solo promesso – mediante la risposta penale potrà funzionare solo se – dell’attuazione di tale promessa (che è la promessa costituzionale) – tutti saranno messi in condizioni di operare in modo adeguato (si allude agli Uepe; ai Centri di giustizia riparativa; ai servizi di assistenza alle vittime di reato) e se tutti si sentiranno responsabili di quel risultato: non solo pubblici ministeri, giudici e avvocati, ovviamente. A doversi sentire coinvolti dovranno essere anche gli altri attori sociali: istituzioni pubbliche (si pensi ai servizi pubblici di assistenza alla persona; si pensi agli enti territoriali) e private (si pensi al mondo del terzo settore e del cd. *privato sociale*). La sinergia tra il sistema penale e il sistema sociale è la vera scommessa. Per il funzionamento della riforma sarà infatti indispensabile un maggiore coinvolgimento degli enti locali territoriali¹⁸ e degli enti del terzo settore¹⁹ nella costruzione di percorsi che favoriscano l’inclusione sociale delle persone condannate; in altri termini, «si tratta di contaminare il sistema penitenziario con elementi di inclusione sociale»²⁰, sicuramente rientranti nel perimetro dei doveri istituzionali degli enti territoriali e – altrettanto sicuramente – coerenti con il dettato costituzionale; come a dire: l’inclusione sociale è un tema che coinvolge tutte le istituzioni; non solo l’amministrazione penitenziaria e il sistema giudiziario.

Per dirla con Mario Sbriccoli, «un lungo lavoro strategico sembra realisticamente la sola via praticabile. (...) Un lavoro lungimirante che riorganizzi la

15. Così – già a commento della legge delega – R. De Vito, *Fuori dal carcere? La “riforma Cartabia”, le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2021, pp. 28-37 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/984/4-2021_qg_devito.pdf). Si vedano anche le acute riflessioni dell’Autore pubblicate in questo fascicolo.

16. Sul ruolo del difensore e sul contributo che questi può dare al momento dell’eventuale applicazione di pene sostitutive, si rimanda al contributo, pubblicato in questo fascicolo, di A. Calcaterra.

17. Il che, evidentemente, non priva di rilievo costituzionale le “altre” funzioni della pena. Secondo la Consulta, la concezione polifunzionale della pena è coerente con il dettato costituzionale e i profili di «reintegrazione, intimidazione, difesa sociale (...) hanno un fondamento costituzionale»; tuttavia, è altrettanto vero che la considerazione delle altre funzioni della pena non è di portata «tale da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell’istituto della pena. Se la finalizzazione venisse orientata verso quei diversi caratteri, anziché al principio rieducativo, si correrebbe il rischio di strumentalizzare l’individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo attraverso l’esemplarità della sanzione. È per questo che, in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena» (cfr. Corte costituzionale, sent. n. 313/1990).

18. Cfr. l. n. 328/2000.

19. Cfr. il cd. “Codice del terzo settore”, approvato con d.lgs n. 117/2017.

20. Il tema è diffusamente trattato nei lavori degli Stati generali dell’esecuzione penale (www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_3.page?previousPage=mg_2_19#a2u) e, più in particolare, nella relazione del Tavolo 17 – «Processo di reinserimento e presa in carico territoriale» (www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo17_relazione.pdf).

presenza dei tutori dell'ordine nelle città, che impianti meccanismi di riparazione del danno e procedure di mediazione tra aggressore e vittima, che coinvolga i mezzi di informazione in un'opera di razionalità informativa, dissuadendoli dalla attuale funzione di

allarme a intermittenza e dall'opera di cattiva informazione che nasce dalle enfasi, dalle metafore belliche, dai toni parossistici (...). Un lungo lavoro, *comme toujours*. La fuoriuscita dalla vendetta non è, da secoli, impresa da poco»²¹.

21. Cfr. M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 44.

La riforma cd. “Cartabia” in tema di procedimento penale. Una pericolosa eterogenesi dei fini

di *Emanuele De Franco*

Con il decreto legislativo n. 150/2022, attuativo della legge n. 134/2021 (cd. “Cartabia”), il legislatore è intervenuto sul tema del procedimento penale stravolgendo il campo dei rapporti tra giudice e pubblico ministero. In relazione ad alcuni degli istituti introdotti – su tutti, l’iscrizione coatta prevista dal nuovo art. 335-ter cp e il nuovo ambito applicativo dell’art. 408 cpp –, pare che il legislatore abbia fatto confusione, rendendo il giudice un pubblico ministero e il pubblico ministero un giudice. Il tutto è avvenuto in nome di principi di efficienza aziendalistica e in sacrificio del principio costituzionale dell’obbligatorietà dell’azione penale. La “riforma Cartabia” in tema di procedimento penale, dunque, rischia di rappresentare una pericolosa eterogenesi dei fini dove gli scopi diventano mezzi e i mezzi diventano scopi.

1. Premessa: “fatto” e “fattispecie” nel processo penale / 2. L’iscrizione coatta / 3. I presupposti per l’iscrizione della notizia di reato. La modifica dell’art. 335 cpp / 4. Retrodatazione dell’iscrizione, termine per le indagini preliminari, inizio dell’azione penale, forme e termini: risposte fuorvianti ai problemi mai risolti dell’ipertrofia del sistema penale / 5. La richiesta di archiviazione per impossibilità di formulare una ragionevole previsione di condanna / 6. Conclusioni

1. Premessa: “fatto” e “fattispecie” nel processo penale

Non v’è dubbio che la materia del processo penale sia allo stato uno dei campi di battaglia su cui si gioca forse la sfida più importante di tutte, quella che riguarda la tenuta del nostro sistema democratico. Se ciò è vero, si capisce bene perché il legislatore delegato, con il d.lgs n. 150 del 2022, attuativo della l. n. 134 del 2021, cd. “Cartabia”, sia intervenuto in modo così massiccio e radicale sul sistema prevalente. In questa sede si tralasceranno gli innumerevoli aspetti critici riguardanti la scelta della legislazione delegata come strumento di riforma di entrambi i codici. Il dato di fondo, però, appare difficilmente contestabile: a fronte di una legge delega fortemente “indeterminata”, il legislatore “delegato” (*rectius*, il Consiglio dei

ministri) è intervenuto sull’impianto codicistico con un’opinabile ambizione di organicità, senza, peraltro, un reale e preventivo, quanto opportuno, percorso di confronto con la dottrina, la magistratura e l’avvocatura. Per evidenti ragioni, mi soffermerò solo su pochi aspetti delle modifiche in tema di procedimento penale recentemente introdotte che, tuttavia, a mio avviso, sono espressive di una nuova idea di procedimento penale.

Nelle università si insegna tuttora che uno dei corollari di un buon sistema processuale accusatorio è il *discrimen* dogmatico tra “fatto” e “fattispecie”. Del “fatto” si occupa il pubblico ministero; della “fattispecie” si occupa il giudice. Il pubblico ministero formula il capo di imputazione; il giudice redige la sentenza. Il pubblico ministero ha il potere di modificare l’imputazione (*cf.* artt. 423 e 516 ss. cpp), il giudice può al

massimo sollecitare tale modifica. Allo stesso modo, il giudice può riqualificare la fattispecie, ma solo a struttura di fatto inalterata (si legga l'art. 521 cpp). Egli non è mai vincolato alle conclusioni del pubblico ministero. Il giudice per le indagini preliminari, lungi dal poter formulare un'imputazione, può soltanto ordinare al pubblico ministero di farlo. Ciò perché nel nostro sistema processuale il pubblico ministero è il *dominus* del fatto, il giudice il *dominus* della fattispecie. Si badi bene, questa differenza (ontologica, dogmatica, semantica e sistematica) tra "fatto" e "fattispecie", lungi dall'apparire un mero orpello accademico, è in realtà un'irrinunciabile conquista di civiltà. Com'è noto, infatti, i sistemi inquisitori sono caratterizzati da un'invasione del giudicante rispetto al magma dell'imputazione. In tale scenario, vi è un giudice-Leviatano che sovrasta le parti del processo e, con esse, l'imputato. Colui che formula l'accusa è ridotto a mera figura burocratica e a pigro notaio che declama la contestazione. Nel suo indimenticabile manuale, è Cordero a ricordare che «*nel tardo Settecento è ancora luogo comune che l'imputazione sia formulabile dal giudice*». Viceversa, nei sistemi accusatori, il giudicante è (e deve essere) terzo e imparziale rispetto al fatto, sovrintendendo alla celebrazione del rito nel quale la prova viene assunta in contraddittorio tra le parti. Sotto tale profilo, l'art. 187 cp, secondo cui «*sono oggetto di prova i fatti che si riferiscono all'imputazione*», è norma di sistema. L'imputazione è, dunque, la formulazione del fatto addebitato all'imputato, che è al tempo stesso l'oggetto della prova. Se ciò è vero, il giudice non si deve occupare dell'imputazione, perché se egli lo facesse entrerebbe nel campo della prova, violando i principi di terzietà e imparzialità. Il giudice, dunque, in tal senso deve stare "lontano" dal fatto, perché il suo lavoro consiste nel valutarlo e nel ricondurlo a fattispecie. Sotto questo profilo, se il fatto è la pasta, tocca al pubblico ministero metterci le mani e non al giudice; tocca, invece, al giudice terzo e imparziale valutare il quadro accusatorio emerso a seguito dell'istruzione dibattimentale. Allo stesso modo, è coerente che il pubblico ministero non abbia mai l'ultima parola sulla qualificazione della fattispecie. Egli può e deve essere corretto ogni qual volta emerga un'esigenza di *iuris-dictio*.

Il modello costituzionalmente orientato del processo penale, nel quale, ancora secondo Cordero, «*le regole sono tutto*», in sostanza si basa su questi due grandi pilastri: il fatto e la fattispecie, il pubblico ministero e il giudice. Si tratta, com'è noto agli operatori del diritto, di un equilibrio delicatissimo, che non sempre vive nel nostro sistema in maniera così netta. A solo titolo esemplificativo, si pensi alla sentenza di legittimità (Cass., sez. unite, sent. n. 5037/2008), nota con il nome di "*Battistella*", che ha introdotto

nel nostro ordinamento il potere da parte del gup di suggerire/ordinare al pubblico ministero la modifica dell'imputazione ai sensi dell'art. 423 cpp ogni qual volta emerga l'esigenza di riqualificare la fattispecie in senso più grave; sentenza volta ad adeguare la disciplina codicistica alla sentenza della Corte Edu *Drassich c. Italia* (sez. II, 11 dicembre 2007). "Fatto" e "fattispecie", dunque, possono dialogare perché è sempre vivo il confronto tra il pubblico ministero – e le altre parti – e il giudice. Spesso vi è contrasto e si può assistere, nella prassi, a più o meno pericolose invasioni di campo.

D'altronde, lo studio delle modalità con cui pm e giudice interagiscono nelle dinamiche processuali risulta indispensabile anche per capire come le due figure svolgono il loro ruolo nel procedimento. Sotto questo profilo, quello dei rapporti "processuali" tra pm e giudice è anche tema ordinamentale, giacché la modifica delle regole del processo, come suo effetto automatico, conduce sempre a un loro "riposizionamento" nell'ordinamento. Non è un caso, infatti, che uno degli argomenti più divisivi in tema di giustizia penale sia proprio quello della separazione delle carriere. Chi la sostiene, in sostanza, manifesta la preoccupazione che il pubblico ministero, esercitando i suoi poteri, possa influenzare le decisioni del giudicante, invadendo arbitrariamente il campo che la dogmatica accusatoria riserva alla "fattispecie". Le preoccupazioni, però, dovrebbero diminuire se si tenesse in debita considerazione che il nostro sistema processuale, com'è noto, è nettamente (e direi, per fortuna) orientato a un rigido principio di separazione delle funzioni, di cui la differenza tra "fatto" e "fattispecie" è una traduzione in termini di sistematica del processo.

Vale allora la pena premettere brevi cenni sul ruolo del pubblico ministero, che Giuseppe Riccio efficacemente chiamava «*mostro a due teste*». Egli, dopo l'esercizio dell'azione penale, è una parte del processo, seppur portatrice di un interesse pubblico e non personale, con poteri tendenzialmente paritari rispetto a quelli della difesa. Della fase delle indagini preliminari egli sembra invece quasi *dominus* incontrastato, soprattutto per ciò che riguarda i segmenti relativi all'iscrizione della notizia di reato e al compimento degli atti istruttori. Si nota, ancora una volta, la dominanza del concetto differenziale tra fatto e fattispecie. Nella fase in cui sono preminenti le esigenze di raccolta degli elementi probatori, è il pubblico ministero a "dominare" il procedimento e con esso la fase dell'iscrizione. Ma se egli esercita l'azione penale, formulando l'imputazione, perde la sua "primazia" divenendo parte. Sotto questo profilo, l'attenzione del legislatore del 1988 alla semantica delle nozioni giuridiche introdotte con la riforma accusatoria è stata

massima. E tutto dipende dall'esercizio dell'azione penale, ovvero dalla formulazione dell'imputazione: prima di essa si può parlare solo di *procedimento*, *contestazione* e *indagato*; dopo di essa, c'è il *processo*, *l'imputazione* e *l'imputato*. Se tutto ciò è vero, può certamente affermarsi che se il pubblico ministero, dopo aver esercitato l'azione penale, è una parte del processo, prima di essa egli è il giudice della *notitia criminis*, perché egli è il garante dei diritti dell'indagato nei rapporti con la polizia giudiziaria. Si pensi alla fase del cd. "pre-procedimento", ben nota a chi fa il pubblico ministero, riguardante tutto ciò che è logicamente e temporalmente anteriore alla fase dell'iscrizione dell'indagato; in tale fase, il magistrato inquirente è impegnato a interloquire con la polizia giudiziaria. Si pensi ancora alla gestione del cd. turno esterno e al procedimento precautelare. Ad esempio: l'arresto è atto proprio della polizia giudiziaria, ma la giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass., sez. VI, 25 giugno 1993, n. 2000, *Di Marco*) ha più volte riconosciuto al pubblico ministero poteri informali di *moral suasion*, di natura assolutamente pragmatica, che tuttavia denotano un'opportuna declinazione del suo ruolo in chiave garantistica. L'intervento di controllo tipicamente giudiziario che il magistrato inquirente esercita, già nelle primissime fasi, sull'operato della polizia giudiziaria, infatti, rappresenta un'ineliminabile garanzia per la persona, anche prima che questa sia formalmente iscritta nel registro degli indagati. Questo potere del pubblico ministero, anche in conseguenza dell'interpretazione sistematica degli artt. 55, comma 2, e 56, comma 1, cpp, gli riconosce una posizione sovraordinata di indirizzo e di direttiva della polizia giudiziaria anche in materia coercitiva. Ed è proprio questo uno degli argomenti più forti che, a mio modesto avviso, andrebbe speso contro un'eventuale riforma che decidesse di separare le carriere. Infatti, solo un soggetto appartenente per ordine e per cultura alla magistratura potrebbe esercitare un reale controllo di legalità sul potere coercitivo informale della polizia giudiziaria. Tuttavia, mi pare altrettanto ovvio che la "prerogativa" di rappresentare per i cittadini il primo presidio garantistico vada anche conquistata sul campo. La sfida allora è quella di riportare il pubblico ministero nella cultura della giurisdizione, riassegnandogli il ruolo che gli è proprio: quello di primo presidio garantistico nel procedimento precautelare, di *dominus* del procedimento penale, di formatore del quadro probatorio *pro reo e contra reum*, di eventuale formulatore del capo di imputazione, di parte imparziale nel processo penale. Viceversa, una separazione ordinamentale tra pm e giudice in un sistema processuale ove è netta la loro separazione funzionale non rappresenterebbe altro che l'anticamera della riconduzione dell'inquirente sotto l'alveo del potere esecutivo in balia dei

rischi connessi a una cultura poliziesca e autoritaria del diritto penale.

Ciò premesso, con le recenti modifiche in tema di processo penale sembra che il legislatore abbia confuso i piani del "fatto" e della "fattispecie" facendo, in relazione ad alcuni degli istituti introdotti, del giudice un pubblico ministero e di quest'ultimo un giudice, il tutto in nome degli obiettivi riformatori di deflazione e di riduzione dei carichi pendenti.

2. L'iscrizione coatta

Tra le recenti modifiche più importanti ci sono quelle riguardanti l'iscrizione della notizia di reato e l'introduzione dell'istituto della cd. iscrizione coatta.

A norma del nuovo art. 335-ter cpp, «quando deve compiere un atto del procedimento, il giudice per le indagini preliminari, se ritiene che il reato per cui si procede debba essere attribuito ad una persona che non è stata ancora iscritta nel registro delle notizie di reato, sentito il pubblico ministero, gli ordina con decreto motivato di provvedere all'iscrizione». Si tratta di una modifica epocale, che stravolge il campo dei rapporti tra giudice e pubblico ministero, perché autorizza *ex lege* il primo all'esercizio di un potere processuale che, prima della riforma, se esercitato al di fuori delle ipotesi consentite, veniva considerato strutturalmente abnorme. Com'è noto, la "sanzione" processuale dell'abnormità viene chiamata in causa dalla giurisprudenza ogni qual volta il provvedimento esaminato, per la singolarità e la stranezza del suo contenuto, risulti avulso dall'intero ordinamento processuale (cd. anomalia "strutturale"), com'era esattamente nel caso di specie (cfr., *ex aliis*, Cass., sez. unite, 10 dicembre 1997, n. 17). E il provvedimento di iscrizione coattiva del giudice, esercitato al di là delle ipotesi tassativamente previste, veniva considerato abnorme proprio perché emesso in violazione di un principio informatore del sistema processuale penale, quello della separazione funzionale. Se ne capivano benissimo le ragioni. In un sistema orientato alla dommatica del differenziale tra "fatto" e "fattispecie", quella tipologia di provvedimento costituiva un'indebita ingerenza del giudice nei poteri dell'organo requirente di adottare autonome determinazioni all'esito delle indagini espletate.

È necessario premettere che il nuovo istituto reca in sé un'indubbia portata garantistica (che, in ogni caso, era già assicurata dall'art. 415, commi 2 e 2-bis cpp) nella parte in cui rende possibile che il gip, qualora ritenga che il reato per cui si procede debba essere attribuito a una persona che non è stata ancora iscritta nel registro delle notizie di reato, ordini al pubblico ministero, che indebitamente proceda contro ignoti, di provvedere all'iscrizione. Sotto questo

profilo, l'istituto è figlio in linea retta del nuovo art. 335 cp, che, come avremo modo di approfondire, aggrava l'iscrizione a presupposti più stringenti. Tuttavia, nulla vieta all'iscrizione coattiva di trasformarsi nella prassi in un indebito strumento di direzione delle indagini.

I rischi connessi al nuovo istituto, a sommosso avviso di chi scrive, sono plurimi:

a) nel sistema previgente, il gip poteva “indirizzare” il potere investigativo del pubblico ministero solo dopo aver valutato la fondatezza della sua richiesta di archiviazione, ciò in due ipotesi tassativamente disciplinate: 1) nell'ambito procedimentale dell'art. 409 cpp, indicando le necessarie ulteriori indagini da compiere; 2) in base al disposto dell'art. 415, commi 2, secondo periodo, e 2-bis, cpp (articoli di cui la riforma prevede l'abrogazione) secondo cui, nel procedimento a carico di ignoti, il giudice per le indagini preliminari a cui è chiesta l'archiviazione ovvero l'autorizzazione a proseguire le indagini, qualora ritenga che il reato sia ascrivibile a una persona già individuata, ordina di iscriverne il nome nell'apposito registro.

Ora, invece, diversamente dalla normativa previgente (art. 415, commi 2 e 2-bis, cpp) il giudice potrà emettere l'ordine di iscrizione tutte le volte in cui egli sia chiamato a «*compiere un atto del procedimento*», divenendo la disposizione applicabile anche ai procedimenti contro indagati noti; ciò consentirà al giudice di individuare ulteriori persone da iscrivere nel registro, oltre a quelle che già vi figurano. Questo significa che il gip può ordinare l'iscrizione non solo, com'era nel vecchio sistema, quando egli si trovi a “controllare” la determinazione di inazione penale del pm (*rectius*, richiesta di archiviazione), ma tutte le volte in cui intervenga nel procedimento, anche sotto forma di impulso, cioè nel pieno svolgimento delle indagini (richiesta di intercettazioni, richiesta di tabulati, richiesta di incidente probatorio, richiesta di proroga del termine per le indagini preliminari, etc.), con l'evidente rischio che il giudice di garanzia delle indagini preliminari si trasformi in un superiore “funzionale” dell'organo inquirente, capace di orientarne e determinarne le scelte, a partire da quella in ordine a chi debba essere indagato. Si pensi al seguente esempio: nel sistema delineato dal nuovo art. 335-ter cpp nulla vieterebbe al gip, in sede di rigetto di una richiesta d'intercettazione, di indicare al pm la persona da iscrivere, sulla quale indirizzare le nuove indagini. Come si vede, si tratta di un potere particolarmente invasivo, che sposta sul gip la facoltà di assumere in sostanza la direzione delle indagini, in spregio del principio di separazione delle funzioni.

b) il potere del gip di intervenire nella ricostruzione fattuale compiuta dal pm tramite l'indicazione di ulteriori atti istruttori da compiere, nel vecchio

sistema, risulta(va) controbilanciato dalla garanzia procedimentale della previa instaurazione del contraddittorio, seppur nelle forme attenuate nell'udienza camerale. Si tratta di un'indicazione sistematica densa di significato, che esprime il principio secondo cui il giudice non può occuparsi del fatto se non in contraddittorio tra le parti (fa ovvia eccezione il procedimento cautelare, nel quale il contraddittorio si instaura solo successivamente al primo pronunciamento del giudice). Insomma, dove c'è *iurisdictio* c'è anche il contraddittorio. Non nel nuovo ambito dell'art. 335-ter cpp, dove il giudice esercita il suo potere di ordinare l'iscrizione con «*decreto motivato*» e «*sentito il pubblico ministero*». E non potrebbe essere altrimenti, visto che, prima dell'intervento del giudicante, il pubblico ministero non ha compiuto alcun atto d'indagine nei confronti di chi indagato non era. Si tratta di un'implicazione preoccupante. A mio avviso, infatti, ogni qual volta il giudice si occupa “unilateralmente” del fatto non in contraddittorio tra le parti, è un giudice-inquisitore; non fosse altro per il fatto che nulla vieta che il gip che ha concesso le intercettazioni o i tabulati (ordinando in quella sede al pm di procedere nei confronti di altri soggetti) sia la stessa persona fisica che dovrà decidere su un'eventuale domanda cautelare avanzata dal pm. Lungi dal rappresentare una garanzia per l'indagato, dunque, il nuovo istituto dell'art. 335-ter cpp, autorizzando il giudice a occuparsi del fatto senza preventiva instaurazione del contraddittorio, reca in sé una portata inquisitoria che avrebbe un senso solo in un sistema in cui il pm fosse assoggettato al potere esecutivo.

c) vanno segnalate, altresì, problematiche riguardanti l'indeterminatezza della norma. In primo luogo, il legislatore non spiega come debba avvenire l'interlocuzione tra gip e pm, limitandosi a un laconico «*sentito il pubblico ministero*». Potrebbe, infatti, capitare che il gip ordini l'iscrizione di persona iscritta in altro e indipendente procedimento, frutto di un provvedimento di stralcio “secretato”, verificandosi in tal caso il paradosso di una doppia iscrizione. In secondo luogo, è molto incerto l'ambito applicativo dell'istituto segnato dalla locuzione «*quando deve compiere un atto del procedimento*», che potenzialmente rende applicabile l'istituto a tutte le ipotesi in cui il gip è chiamato a pronunciarsi;

d) da ultimo, va segnalato che l'iscrizione coatta necessita della forma provvedimento del decreto motivato. Sotto questo profilo, l'iscrizione coatta è, sul piano ontologico, un'iscrizione motivata (*sic!*) con evidenti riflessi in termini di rispetto del principio di uguaglianza, giacché vi sarebbero indagati iscritti con provvedimento non motivato del pubblico ministero e indagati iscritti, in sostanza, con provvedimento motivato del giudice.

3. I presupposti per l'iscrizione della notizia di reato. La modifica dell'art. 335 cpp

Tra le modifiche al titolo II del libro V del codice di procedura penale, dedicato alla “notizia di reato”, si segnala quella riguardante l'art. 335 cpp. Ora, in attuazione della norma di delega di cui all'art. 1, comma 9, lett. *p* della legge n. 134, la notizia di reato è definita come «*contenente la rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice*». Secondo quanto precisato nella relazione illustrativa, tale espressione è mutuata per coerenza sistematica dall'art. 63 cpp, e «vale ad escludere sia la sufficienza di meri sospetti, sia la necessità che sia raggiunto il livello di gravità indiziaria». Lungi dal rappresentare una modifica di poco conto, anche la nuova formulazione dell'art. 335 cpp, che sostituisce il previgente «nonché, contestualmente o dal momento in cui risulta, il nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito», produce sensibili effetti. A proposito, coglie nel segno la già richiamata relazione illustrativa, nella parte in cui chiama in causa la nozione di «indizi di reità» prevista dall'art. 63 cpp. L'iscrizione è, quindi, dovuta ogni qual volta dovessero emergere concreti indizi di reità a carico di una persona e non anche quando le indagini dovessero, a titolo esplorativo, svilupparsi nei suoi confronti. Non può essere revocato in dubbio, infatti, che già prima della riforma la giurisprudenza aveva più volte chiarito che l'iscrizione era possibile solo in presenza di specifici elementi indizianti e non di meri sospetti (*cfr.*, *ex plurimis*, Cass. pen., sez. V, n. 45725/2005). E allora, se così già era, è legittimo chiedersi a cosa sia servita la modifica della norma. Ad avviso di chi scrive, non può sostenersi, anche in considerazione dei principi informativi della riforma, che il legislatore con la modifica abbia avuto il mero intento di recepire l'orientamento giurisprudenziale. Viceversa, ne va riconosciuta un'intenzione profondamente riformatrice, volta a restringere l'ambito applicativo della norma. In pratica, se prima poteva essere iscritta anche la *notitia criminis* avente un *quid minus* rispetto all'indizio di reità di cui all'art. 63 cpp, ora viene richiesto un *quid pluris*. Se così è, si tratta di una modifica che, diversamente dalle intenzioni dichiarate dal riformatore, pregiudica i diritti dell'indagato, giacché potrebbe condurre nella prassi ad autorizzare il pubblico ministero a posticipare l'iscrizione dalla genesi del procedimento a un momento successivo, coincidente con quello relativo a una prima progressione investigativa idonea a far emergere più concreti e pregnanti indizi di reità. Tuttavia, com'è noto, l'obbligo imposto al pubblico ministero di iscrivere la *notitia criminis* nell'apposito registro, previsto dall'art. 335 cpp, ri-

sponde all'esigenza di garantire tutta una serie di diritti di partecipazione dell'indagato, oltre al rispetto dei termini di durata delle indagini preliminari, che, nel caso di specie, verrebbero sacrificati nel caso in cui il pm procedesse all'iscrizione dell'indagato (come correttamente dovrebbe fare in base a nuovo disposto dell'art. 335 cpp) solo in un secondo momento. Anche qui è necessario fare un esempio: si immagini una denuncia dei familiari di un paziente deceduto in ospedale sporta genericamente nei confronti di tutti i sanitari che l'hanno avuto in cura. A mio modesto avviso, sarebbe ora possibile, in base al nuovo disposto dell'art. 335 cpp, iscrivere la notizia di reato a carico di ignoti e svolgere l'esame autoptico a norma dell'art. 360 cpp avvisando solo i congiunti della persona offesa, pregiudicando così i diritti di partecipazione all'atto irripetibile dei futuri indagati. Come si è visto, dunque, la modifica dell'art. 335 cpp potrebbe anche comportare effetti opposti a quelli voluti; occorrerà verificare come verrà accolta nella prassi.

Questo involontario “auto-sgambetto” in cui è incorso il legislatore, a mio avviso, si spiega con due ordini di ragioni. La prima va individuata nella preoccupazione dimostrata dalla classe politica per gli effetti extra-procedimentali connessi all'iscrizione, come altresì dimostra l'introduzione dell'art. 335-*bis* cpp (con cui il legislatore ha sentito l'esigenza di specificare che la mera iscrizione non può, da sola, determinare effetti pregiudizievoli di natura civile o amministrativa). Deve pensarsi alle rilevanti implicazioni mediatiche cui spesso si è assistito in caso di iscrizioni “eccellenti”. La norma, dunque, sembra essere il frutto di questa “preoccupazione” che ha condotto a restringere il potere di iscrizione del pubblico ministero, ora invogliato a svolgere molte più indagini a seguito di iscrizione nel mod. 44. La seconda ragione corrisponde purtroppo alla preoccupazione, più volte espressa dalla dottrina, circa l'insipienza tecnica dei nostri riformatori, che troppe volte e male hanno “novellato” il sistema processuale penale senza bene calcolare gli effetti sistematici degli interventi di riforma.

4. Retrodatazione dell'iscrizione, termine per le indagini preliminari, inizio dell'azione penale, forme e termini: risposte fuorvianti ai problemi mai risolti dell'ipertrofia del sistema penale

Da ultimo, il nuovo comma 1-*ter* dell'art. 335 cpp attribuisce al pubblico ministero, ove non abbia provveduto tempestivamente alle iscrizioni previste dai due commi precedenti, il potere di indicare la data anteriore a partire dalla quale l'iscrizione deve intendersi effettuata. Secondo quanto specificato dalla relazione illustrativa, tale previsione traduce

in norma di legge una prassi virtuosa già attualmente seguita da alcune procure, e ha l'obiettivo di consentire al pubblico ministero, ove riconosca un ritardo delle iscrizioni, di porvi rimedio senza la necessità di attendere l'attivazione del già analizzato meccanismo giurisdizionale previsto dall'art. 335-ter cpp, di cui si sono già sottolineati alcuni aspetti critici. Fa da contraltare il nuovo articolo 335-quater, rubricato «*Accertamento della tempestività dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato*», che introduce l'istituto della retrodatazione su istanza di parte. Si tratta di due modifiche positive che, tuttavia, non fanno i conti con il vero problema del sistema penale: la sua ipertrofia. Nella maggior parte dei casi, infatti, la tardività dell'iscrizione della notizia di reato, quando si verifica, è un fenomeno addebitabile alle eccessive pendenze degli uffici di procura e alle croniche difficoltà della polizia giudiziaria, che spesso non riesce, per carenza di risorse e di organico, ad attuare in tempi brevi le deleghe del pubblico ministero. Sarebbe stato allora auspicabile che il legislatore avesse colto l'occasione anche di adottare una ragionevole depenalizzazione, in ossequio ai principi costituzionali di sussidiarietà ed *extrema ratio* del diritto penale.

L'inversione metodologica che pretende di risolvere i problemi dell'ipertrofia del sistema penale intervenendo, invece che sul diritto sostanziale, sul processo, orientandolo sempre di più a principi di efficienza aziendalistica, si manifesta nelle sue più evidenti forme nel nuovo articolo 407-bis cpp, a norma del quale il pubblico ministero esercita l'azione penale o richiede l'archiviazione entro tre mesi dalla scadenza del termine di cui all'art. 405, comma 2, o, se ha disposto la notifica dell'avviso della conclusione delle indagini preliminari, entro tre mesi dalla scadenza dei termini di cui all'art. 415-bis, commi 3 e 4. Il termine è di nove mesi nei casi di cui all'art. 407, comma 2, cpp. Il mancato rispetto del termine comporta due conseguenze: 1) da una parte, l'attivazione del meccanismo previsto dall'art. 412 cpp, secondo cui «il procuratore generale presso la Corte d'appello può disporre con decreto motivato l'avocazione delle indagini preliminari»; 2) dall'altra, la possibilità prevista dal nuovo art. 415-ter cpp di far intervenire nel procedimento indagato e persona offesa. In particolare, la riforma ha previsto l'obbligo per il pubblico ministero che non rispetti il cd. termine di riflessione – salvo il tempestivo ottenimento di un'autorizzazione al differimento (comma 4) – di depositare in segreteria la documentazione relativa alle indagini espletate, avvisando l'indagato e la persona offesa della facoltà di esaminarla e di estrarne copia. Si tratta, a mio avviso, di una norma punitiva e fortemente "ipocrita", figlia di quell'inversione metodologica di cui si è già detto, che, non tenendo conto delle notevoli difficoltà

in cui versano attualmente gli uffici giudiziari e quelli di polizia, esprime una forte diffidenza "culturale" nei confronti delle procure. L'irragionevolezza dei tempi del procedimento, infatti, pare essere innanzitutto il frutto avvelenato dell'ipertrofia del sistema penale, invece che di una pretesa mai dimostrata pigrizia "definitoria" dei pubblici ministeri.

5. La richiesta di archiviazione per impossibilità di formulare una ragionevole previsione di condanna

Il legislatore, modificando l'art. 408 cpp, ha previsto la possibilità di chiedere l'archiviazione quando, sulla base degli elementi acquisiti nel corso delle indagini, non sia possibile formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca. Si tratta di una modifica epocale che introduce una regola di giudizio del tutto nuova, con la quale si attribuisce al pubblico ministero, al termine della fase delle indagini preliminari, il potere di effettuare una prognosi sui "ragionevoli" esiti di un processo ancora da celebrarsi e che, magari, mai si celebrerà. Questo indeterminato ampliamento dell'ambito applicativo dell'archiviazione autorizza il pm a entrare nella "fattispecie", riservandogli una facoltà valutativa propria del giudice, anche qui in violazione del principio di separazione funzionale.

Va segnalata, in primo luogo, una nota di evidente contraddizione sistematica. Com'è noto, il nostro ordinamento processuale assegna al contraddittorio una funzione epistemologica in tema di formazione della prova, vale a dire che la prova si forma in contraddittorio tra le parti dinanzi a un giudice terzo e imparziale. Viene, dunque, da chiedersi come possa il *dominus* delle indagini effettuare una prognosi di "assoluzione" senza prima essersi confrontato con il valore epistemologico derivante dall'instaurazione del contraddittorio. Sono evidenti i rischi connessi a tale potere; essi risiedono nell'eccessiva discrezionalità conferita alle procure di determinarsi nella direzione dell'azione penale tutte le volte in cui si prevede che non vi sarà condanna.

In secondo luogo, deve essere evidenziato il rischio che un eccessivo ricorso a tale strumento possa aumentare esponenzialmente il numero delle udienze camerali di opposizione alle richieste di archiviazione, con il paradosso che a una diminuzione dei dibattimenti potrebbe corrispondere un aumento esponenziale delle udienze di opposizione. Più è indeterminato il parametro valutativo dell'archiviazione (come pare essere quella della «ragionevole previsione di condanna»), infatti, più vi sarà spazio per proporre motivi di "impugnazione", più sarà possibile

che tali opposizioni vengano accolte, determinando una paradossale ritrasmissione degli atti al pubblico ministero, il tutto in violazione della *ratio* deflattiva della riforma.

In conclusione, pare difficilmente contestabile che anche tale novità sia figlia della decisione politica di “subappaltare” alla magistratura le istanze e le urgenze della depenalizzazione, com’è accaduto con l’istituto della «tenuità del fatto» di cui all’art. 131-*bis* cp, il cui ambito applicativo è stato coerentemente ampliato con l’ultimo intervento riformatore.

6. Conclusioni

I rilievi critici appena segnalati possono condurre a formulare delle prime conclusioni.

In primo luogo, mi pare che con il d.lgs n. 150/2022 il legislatore abbia manifestato una forte diffidenza nei confronti delle procure nella loro funzione di promozione dell’azione penale. Viceversa, si è ritenuto fiduciosamente di aumentarne i poteri in materia di determinazione dell’inazione penale (si veda, in ultimo, la modifica dell’art. 408 cpp), subappaltando alla magistratura una depenalizzazione in fatto che non si è avuto il coraggio di adoperare in diritto.

Tale ultima considerazione intercetta, in secondo luogo, un tema di fondo, che è quello di una pericolosa eterogeneità dei fini, dove gli scopi diventano mezzi e i mezzi diventano scopi. L’impianto principale del d.lgs n. 150/2022 è, infatti, il frutto di un’evidente inversione di metodo che è consistita, come segnalato sin dall’inizio, nell’intervenire sul processo quando

invece il vero intervento riformatore avrebbe dovuto riguardare il diritto penale sostanziale. Possono farsi più esempi: a) come ho appena accennato, invece di depenalizzare in diritto, si è attribuito alla magistratura il potere di depenalizzare in fatto (si vedano gli istituti dell’art. 131-*bis* cp, del nuovo art. 408 cpp, dell’introduzione anche nel giudizio monocratico dell’udienza pre-dibattimentale di prima comparizione); b) invece di introdurre efficaci strumenti normativi in tema di rispetto del segreto istruttorio per evitare le cd. “fughe di notizie” nelle indagini preliminari, si è intervenuti impropriamente sull’istituto della notizia di reato.

Una terza conclusione concerne la violazione del principio di legalità, di cui l’obbligatorietà dell’azione penale non è altro che il riflesso processualistico. Lo dimostra l’art. 1, comma 9, lett. i, l. n. 134/2021, secondo cui, nella trattazione delle notizie di reato e nell’esercizio dell’azione penale, il pubblico ministero si conforma ai criteri di priorità contenuti nel progetto organizzativo dell’ufficio. Si tratta di una norma, forse passata in secondo piano, che dimostra ancora una volta l’intenzione del legislatore di “subappaltare” agli uffici giudiziari l’impresa della depenalizzazione, in spregio del principio di legalità.

Nel d.lgs n. 150/2022 il principio di legalità, dunque, cede il passo alla necessità di soddisfare gli obiettivi di deflazione cui il nostro Paese si è vincolato ottenendo i fondi del PNRR. Una riforma parlamentare organica, orientata ai principi di sussidiarietà ed *extrema ratio* del diritto penale, sarebbe stata forse lo strumento più efficace per addivenire a una sensibile diminuzione del numero dei processi.

Il nuovo volto delle indagini preliminari e il rischio della fuga dalla giurisdizione

di Gaetano Ruta

La riforma Cartabia, per quanto ampia negli orizzonti normativi, ha costellato la fase delle indagini preliminari di una congerie di adempimenti e controlli che imbrigliano il lavoro di pubblico ministero e giudice. Sovrapposizione di competenze e confusione interpretativa penalizzano la certezza del diritto e disorientano strategie investigative e atti di impulso processuale. Il rischio è quello del riflusso: un ripiego verso la non azione, mancanza di intervento e vuoto di tutela penale.

1. L'attuazione della delega / 2. L'intreccio tra profili ordinamentali e profili processuali / 3. Il contesto internazionale: la Procura europea quale modello di ufficio del pubblico ministero / 3.1. Le attribuzioni della Procura europea / 3.2. Riflessi nell'ordinamento nazionale / 4. Le novità di maggiore impatto / 4.1. Iscrizione della notizia di reato e controllo giurisdizionale / 4.2. Chiusura delle indagini / 4.3. Presupposti dell'archiviazione / 5. La distorsione del fine: dall'efficienza della giurisdizione alla fuga dalla giurisdizione

1. L'attuazione della delega

Sul volto del sistema penale scaturito dalla riforma Cartabia (d.lgs 10 ottobre 2022, n. 150) è certamente importante mantenere uno sguardo alto, sforzandosi di osservare la spinta riformatrice nella sua dimensione unitaria e rifuggendo da letture circoscritte e parziali.

Alcuni aspetti, almeno nelle linee programmatiche, appaiono mossi da una spinta innovativa che oltrepassa i confini della disciplina normativa, collocandosi in una visione della società e dei rapporti umani davvero qualificante: la giustizia riparativa e il nuovo sistema sanzionatorio esprimono istanze riconciliative che superano la visione di un apparato punitivo basato su modelli autoritativi e repressivi, dando spazio a una società inclusiva e, se così può dirsi, fraterna.

La traiettoria è tuttavia molto complessa e si dipana secondo variabili di cui non è semplice tenere il filo. La riforma è stata preceduta e accompagnata dalla enunciazione di principi da cui è difficile dissentire: l'ispirazione di fondo, tracciata già dalla legge delega 27 settembre 2021, n. 134, è quella di assicurare maggiore efficienza al sistema penale, pur nella salvaguardia delle garanzie¹. Da qui, ricorrendo a una sintesi semplificatoria, gli obiettivi di modernizzazione del processo, con l'introduzione di meccanismi telematici durante tutti gli snodi processuali, la necessità di assicurare tempi certi dando effettività alla ragionevole durata del processo, il rafforzamento delle garanzie difensive in funzione della tutela degli imputati come delle vittime del reato.

La distanza tra impostazione teorica e ricadute pratiche è tuttavia significativa, in diversi settori, e

1. M. Cartabia, *Ridurre del 25% i tempi del giudizio penale: un'impresa per la tutela dei diritti e un impegno con l'Europa, per la ripresa del Paese*, in *Sistema penale*, 31 maggio 2021; G. Canzio, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, *ivi*, 25 agosto 2021.

trova soprattutto nelle indagini preliminari un terreno friabile, esposto a scosse significative.

La riforma di questa fase del procedimento sconta, va detto senza infingimenti, un pregiudizio nei confronti dell'ufficio del pubblico ministero. Una vulgata alimentata nel tempo ha fatto del pubblico ministero il punto di convergenza delle tensioni che scaturiscono dalle inefficienze del processo penale: le assoluzioni, le fughe di notizie, la gestione delle intercettazioni, la diluizione dei tempi sono sempre più spesso imputate a una cattiva gestione delle indagini, di cui responsabile è il pubblico ministero. Avere ritenuto questa figura un nervo scoperto ha portato a un rafforzamento dei controlli in capo al giudice nella fase delle indagini preliminari, considerata la più sensibile rispetto a possibili deviazioni da un fisiologico sviluppo del procedimento. Quando i controlli si fanno troppo pervasivi, tuttavia, il rischio è quello che perdano il carattere di verifica, per quanto seria e puntuale, su singoli atti, trasmodando in un sistema di co-decisione, ove le scelte sono il risultato del convergere di determinazioni che rimontano a pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari: una involuzione che sembra riportare a modelli processuali del passato, ove l'attività investigativa faceva perno, nella istruzione formale, sull'azione congiunta di pubblico ministero e giudice istruttore².

I punti della riforma che, per quanto concerne la fase delle indagini preliminari, espongono l'attività d'indagine a un più coinvolgente *stress test* sono quelli legati all'iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro delle notizie di reato, al correlativo rispetto dei termini di durata delle indagini, alla fase di chiusura e ai nuovi presupposti dell'archiviazione.

2. L'intreccio tra profili ordinamentali e profili processuali

Gli uffici requirenti non sono mondi separati.

Non lo sono, anzitutto, rispetto alla giurisdizione. Chi vi fa parte non esercita funzioni giurisdizionali in senso proprio, ma a tali funzioni dà impulso nella fase delle indagini, indirizzando al giudice le richieste su cui, per legge, questi è chiamato a pronunciarsi; al momento della conclusione delle indagini, assumendo le determinazioni sull'esercizio dell'azione penale; infine, partecipando al giudizio, nella fase di merito come in quella esecutiva.

Al loro interno gli uffici di procura sono articolati, al pari di organizzazioni complesse munite di compiti delicati, secondo una ripartizione di attribuzioni che rimonta a una normativa primaria e secondaria.

Le "finestre di giurisdizione", espressione entrata in voga per definire i nuovi ambiti di intervento del giudice in spazi prima riservati al pm, lasciano il dubbio che sistema processuale e quadro ordinamentale siano due mondi che non si parlano.

Il pubblico ministero, nell'esercizio delle proprie funzioni, non è una monade che circola in maniera casuale nel labirinto della giurisdizione, ma è il titolare di attribuzioni che esercita all'interno di un ufficio, secondo dettami organizzativi che si integrano con le previsioni del codice di procedura penale. Il tema è certamente uno dei più spinosi nell'ambito dell'organizzazione giudiziaria, collegato alla questione della "indipendenza interna" del singolo magistrato nei rapporti con chi riveste le funzioni apicali di procuratore della Repubblica e, laddove previsto, di procuratore aggiunto. Sono in gioco

2. Mi permetto di richiamare, riportandone uno stralcio, l'articolo di commento che avevo scritto su questa *Rivista* dopo la approvazione della legge delega, ove ho approfondito i temi qui solo accennati: *Verso una nuova istruzione formale? Il ruolo del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari*, in *Questione giustizia trimestrale*, n. 4/2021, pp. 115-126 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/992/4-2021_qg_ruta.pdf): «Nessuno avrebbe mai posto in dubbio la centralità del pubblico ministero nelle indagini preliminari, nell'assetto del codice del 1989. Due norme ne scolpiscono la funzione, l'art. 326 e l'art. 358, attribuendogli la direzione delle indagini in vista delle determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale. La tendenziale impermeabilità del dibattito al materiale conoscitivo delle indagini costituisce ragione di equilibrio del sistema. Al giudice è riservata, durante le indagini preliminari, una funzione di controllo meramente incidentale, che trova attuazione nella fase cautelare, rispetto ad alcuni mezzi di ricerca della prova (autorizzazione delle intercettazioni e incidenti sui sequestri), nonché rispetto alla proroga delle indagini e ai presupposti per l'assunzione anticipata della prova, con incidente probatorio. Quello del giudice è un potere tutt'altro che marginale rispetto alle iniziative del pubblico ministero, che sul piano normativo si è andato rafforzando nel corso degli anni. Un potere, va aggiunto, di grande responsabilità, che se non correttamente esercitato può causare pericolose deviazioni nella fase delle indagini: si pensi, solo per fare alcuni esempi, ai casi di rigetto delle richieste di intercettazione o di incidente probatorio, e alle decisioni di incompetenza per territorio ai sensi degli artt. 22 e 27 cpp. Tutti casi in cui, come ben sa qualunque operatore pratico, la possibilità di correttivi o rimedi è tutt'altro che agevole. E tuttavia, siamo sempre nello spettro dei "controlli" incidentali. Un controllo completo da parte del giudice, che ha ad oggetto l'intero compendio indiziario raccolto, si ha soltanto a conclusione delle indagini, rispetto alle determinazioni finali assunte dal pubblico ministero. Questa fisionomia, va detto senza infingimenti, sembra incrinarsi. La legge delega presenta margini di incertezza e occorre verificare come in concreto il legislatore delegato riempirà gli spazi vuoti. Ma quando si rimette al giudice la possibilità di stabilire il momento in cui si assume la qualifica di indagato o quando si prevede che il giudice, con proprio intervento, "rimedi alla stasi del procedimento", si infrange il bilanciamento dei rapporti che abbiamo sino ad ora conosciuto. Non vi è più solo un potere di controllo, per quanto pervasivo o più esteso rispetto a quello originariamente congegnato. Vi è una potenziale sovrapposizione rispetto a passaggi qualificanti, che costituiscono (costituivano) l'*in sé* dell'attività del pubblico ministero. Non abbiamo più, per riprendere le parole di Giovanni Leone, un pubblico ministero *agente*: abbiamo, se così può dirsi, un *coagente*, che certamente preserva fondamentali prerogative, al quale si affianca come *alter ego* il giudice, con intrecci che possono rivelarsi anche molto problematici» (p. 117).

equilibri affidati alla disciplina normativa, primaria come secondaria.

Appare utile, per meglio chiarire il senso del discorso, un rapido richiamo alla legge di riforma dell'ordinamento giudiziario, il d.lgs n. 106/2006, e alle circolari del Csm, in particolare la circolare del 16 novembre 2017, modificata il 16 giugno 2022.

Alcune delle questioni più spinose, oggetto del recente intervento normativo, erano in realtà già oggetto di disciplina sul piano ordinamentale.

Si consideri il profilo dell'iscrizione della notizia di reato. Il tema del controllo sulla tempestività di tale atto, nel codice di procedura penale assicurato all'art. 335 dall'uso dell'avverbio «immediatamente», è stato oggetto di disciplina nella legge di ordinamento giudiziario dopo la cd. riforma Orlando, intervenuta con l. 23 giugno 2017, n. 103. Il riferimento è anzitutto all'art. 1, comma 75, l. n. 103/2017, che ha modificato l'art. 1, comma 2, d.lgs n. 106/2006. Tale disposizione, definendo le attribuzioni del procuratore della Repubblica, così prescrive(va): «Il Procuratore della Repubblica assicura il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale ed il rispetto delle norme sul giusto processo da parte del suo ufficio». Dopo l'espressione «azione penale» è stato introdotto dalla l. n. 103/2017 l'inciso «l'osservanza delle disposizioni relative alla iscrizione delle notizie di reato». Analoga modifica ha investito i poteri di vigilanza del procuratore generale presso la corte d'appello: l'art. 1, comma 76, ha infatti modificato l'art. 6, comma 1, d.lgs n. 106/2006, che, definendo le «attività di vigilanza del procuratore generale presso la corte di appello», prescriveva che «[i]l procuratore generale presso la corte di appello, al fine di verificare il corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale ed il rispetto delle norme sul giusto processo, nonché il puntuale esercizio da parte dei procuratori della Repubblica dei poteri di direzione, controllo e organizzazione degli uffici ai quali sono preposti, acquisisce dati e notizie dalle procure della Repubblica del distretto ed invia al procuratore generale presso la Corte di cassazione una relazione almeno annuale». Anche in questo caso, la disposizione è stata interpolata con il riferimento, dopo l'espressione «azione penale» alla «osservanza delle disposizioni relative alla iscrizione delle notizie di reato». Dunque, secondo l'impostazione del legislatore, appena cinque anni prima rispetto alla riforma Cartabia, la disciplina sull'iscrizione delle notizie di reato presentava, sul piano del controllo sul puntuale rispetto dei tempi, come sulla vigilanza da parte

del procuratore generale, rilevanza ordinamentale, con conseguenze in caso di deviazione da un corretto esercizio del potere/dovere di iscrizione di natura disciplinare. La violazione dell'«immediatamente», per intenderci, non aveva ricadute processuali³.

Sempre sul piano ordinamentale, sono disciplinate le forme di assenso che il procuratore della Repubblica deve manifestare rispetto all'attività del magistrato appartenente all'ufficio, anche attraverso l'apposizione del «visto» (artt. 13 e 14 della citata circolare Csm), nonché attraverso il potere di revoca dell'assegnazione del procedimento (art. 15 della circolare).

Si tratta di un insieme di attribuzioni, con riflessi sul piano delle indagini e degli atti di impulso procedurale, che evidenzia come il legislatore avesse originariamente configurato un controllo *interno* all'ufficio del pubblico ministero, facendo leva sulla ripartizione delle competenze definite dalla legge sull'ordinamento giudiziario. Le «finestre di giurisdizione» appaiono come la risposta a una (ritenuta) insufficienza di tali controlli interni. Con l'effetto, tuttavia, di avere intrecciato i livelli di verifica, in una complessa stratificazione di atti.

3. Il contesto internazionale: la Procura europea quale modello di ufficio del pubblico ministero

Le funzioni di pubblico ministero non vengono esercitate solo dagli uffici della Procura della Repubblica dislocati sul territorio dello Stato, ma, a partire dal giugno 2021, anche da un organismo sovranazionale, la Procura europea.

Sul piano normativo, assumono rilevanza due atti:

– il regolamento UE 2017/1939, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea, al quale in Italia è stata data attuazione attraverso il d.lgs 2 febbraio 2021, n. 9, contenente norme per l'adeguamento della normativa nazionale al regolamento istitutivo della Procura europea;

– la direttiva Pif n. 1371/2017, relativa alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, che definisce l'area degli illeciti penali di competenza della Procura europea.

Si tratta di un organo di estrema rilevanza, poiché ha il compito di esercitare funzioni giudiziarie

3. Su questo punto, la giurisprudenza di legittimità si era assestata con due successive pronunce a sezioni unite, che avevano riaffermato la insindacabilità, da parte del giudice, del momento dell'iscrizione della notizia di reato e, soprattutto, del nominativo della persona sottoposta ad indagine, negando la possibilità della retrodatazione, anche ai fini del rispetto dei termini di durata delle indagini (Cass., sez. unite, 21 giugno 2000, n. 16, *Tammaro*; Cass., sez. unite, 24 settembre 2009, n. 40538, *Lattanzi*).

in ambito penale nello spazio europeo: è un esempio di magistratura indipendente dagli Stati nazionali, che assolve la funzione di perseguire reati (quegli specifici reati in pregiudizio degli interessi finanziari dell'Ue) in tutti i Paesi che hanno aderito alla sua costituzione.

Alla base della costituzione di questo organismo vi è una architettura complessa.

La Procura europea è stata costituita attraverso un meccanismo di cooperazione rafforzata, al quale hanno preso parte 22 Stati membri. Ne sono rimasti fuori Polonia, Ungheria, Irlanda, Danimarca e Svezia.

La struttura organizzativa ruota intorno a due articolazioni: la sede centrale, in Lussemburgo, ove operano i procuratori europei, uno in rappresentanza di ciascuno Stato membro. Rilevanza fondamentale, nell'organizzazione dell'organismo e nella definizione di alcuni snodi processuali, rivestono il Collegio dei procuratori e le Camere permanenti. Il Collegio dei procuratori è composto dal procuratore capo e da tutti i procuratori europei, ha una funzione di indirizzo e di coordinamento, che esercita anche attraverso un'attività regolamentare (emanazione di *guidelines*). Le Camere permanenti sono organi collegiali, ciascuno composto da tre procuratori, cui sono affidate funzioni di controllo e decisorie rispetto alle indagini e, in particolare, alla fase di conclusione (la decisione se promuovere l'"*indictment*" o archiviare il caso).

A livello decentrato, sul territorio, operano i procuratori europei delegati, che esercitano le funzioni tipiche di pubblico ministero secondo le disposizioni previste dal regolamento istitutivo e le norme del rispettivo ordinamento di appartenenza.

Si rivela di estrema importanza la dialettica tra Procuratori delegati e Camere permanenti, perché le decisioni nevralgiche del procedimento vengono assunte sulla base del confronto tra questi soggetti. È interessante osservare come i meccanismi di funzionamento interno della Procura europea, anche per quanto riguarda le decisioni di natura investigativa e processuale, sono improntati a una spiccata collegialità, con il coinvolgimento sempre di soggetti pro-

venienti da Paesi diversi. Con il che non solo si imposta il lavoro secondo una dialettica interna, ma si valorizza anche una visione unitaria delle scelte, con il prevedibile effetto di realizzare (almeno come linea di tendenza) una uniforme applicazione della legge penale nei diversi Paesi ove opera la Procura europea.

La riforma non è pensata secondo una logica di coordinamento, sicché le disposizioni che disciplinano la Procura europea si intrecciano con le previsioni del codice, trovando applicazione in base al principio di specialità e di prevalenza dell'ordinamento comunitario sulla normativa nazionale. Ma esiste un modello di pubblico ministero, nel panorama dell'Unione europea, che ha regole organizzative proprie, una spiccata indipendenza, una trama di controlli interni e modalità di intervento che, almeno con riferimento ad alcuni istituti, derogano rispetto all'ordinamento nazionale⁴.

3.1. Le attribuzioni della Procura europea

Come si è evidenziato, la competenza della Procura europea è definita sulla base dell'interesse che mira a perseguire, rappresentato dalla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea. In linea generale, si può dire che la Procura europea è competente per quei reati, di natura economica e contro la pubblica amministrazione, nei quali vengano in rilievo lesioni a interessi finanziari dell'Unione.

Si tratta anzitutto di reati di natura fiscale, che hanno in particolare ad oggetto le ccdd. imposte armonizzate, il cui gettito concorre alla formazione del bilancio dell'Ue (Iva e imposte doganali). Sono previste soglie di rilevanza quantitativa, ma, soprattutto, la competenza della Procura europea è connessa alla dimensione transnazionale del reato: esso deve risultare commesso in più di uno Stato, tra quelli che hanno aderito alla cooperazione rafforzata per la costituzione della Procura europea.

Tra i reati di competenza della Procura europea rientrano, inoltre, tutte quelle violazioni che incidono sul piano degli impegni di spesa: non rileva la qualificazione giuridica del fatto, rileva la natura della

4. Per una bibliografia di massima sulla Procura europea, si vedano: R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2017; V. Manes e M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo*, Giappichelli, Torino, 2020; G. Di Paolo - L. Presacco - R. Belfiore - T. Rafaraci (a cura di), *L'attuazione della Procura Europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022; H. Herrfeld - D. Brodowsky - C. Burchard, *European Public Prosecutor's Office. Article by Article Commentary*, Beck/Hart/Nomos, Monaco di Baviera/Oxford/Baden-Baden, 2021; G. Stampanoni Bassi (a cura di), *La corruzione, le corruzioni*, Wolters Kluwer, Milano, 2022; L. Salazar, *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della procura europea*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 10/2017, pp. 328-331 (https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/pdf-viewer/?file=%2Fpdf-fascicoli%2FDPC_10_2017.pdf#page=328); L. De Matteis, *Autonomia e indipendenza della Procura europea come garanzia dello Stato di diritto*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2021, pp. 111-116 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/945/2-2021_qg_dematteis.pdf); A. Venegoni, *Il rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia (caso C-281/22): l'EPPO alla sua prima, importante prova*, in *Giurisprudenza penale*, n. 12/2022 (12 dicembre 2022: www.giurisprudenzapenale.com/2022/12/12/il-rinvio-pregiudiziale-davanti-alla-corte-di-giustizia-caso-c-281-22-leppo-alla-sua-prima-importante-prova/).

violazione e l'effetto pregiudizievole sul piano economico. Si tratta, in linea generale, delle forme di appropriazione indebita e di truffa ai danni dell'Unione europea, quale che sia il *nomen iuris* attribuito nei singoli ordinamenti a queste manifestazioni illecite. La competenza è poi estesa alla corruzione: anche in questo caso, deve trattarsi del compimento di un fatto illecito che abbia attitudine lesiva per gli interessi finanziari dell'Ue. Il profilo soggettivo ha un'importanza limitata: ciò che rileva, anche rispetto al contrasto della corruzione, è l'incidenza che le pratiche corruttive comportano sul bilancio dell'Unione. Non ha importanza, quindi, il fatto che gli autori della corruzione siano pubblici funzionari nazionali o dell'Ue; rileva il fatto che la corruzione ne pregiudica gli interessi finanziari. Si tratta di un'impostazione sul piano giuridico complessa e dalle difficili implicazioni pratiche. La lesione dell'interesse finanziario dell'ente cui appartiene il funzionario, nella costruzione del fatto di reato, può anche mancare (quando, ad esempio, la corruzione non è collegata a impegni di spesa dell'ente, ma il funzionario si lascia corrompere come forma di stabile asservimento agli interessi privati del corruttore). Spesso, poi, lo stesso accertamento della lesione finanziaria avviene in un secondo momento, dopo che l'indagine è stata avviata, talvolta proprio alla fine: e sovente, considerata la complessità dei meccanismi finanziari all'interno dell'Unione europea, non è facile comprendere chi abbia concorso a certe spese (o a farne da garante), se l'Ue, attraverso propri organismi, o enti nazionali. Si tratta di un problema aperto, su cui ci si dovrà misurare con l'esperienza pratica.

3.2. Riflessi nell'ordinamento nazionale

L'istituzione di questo organismo non è priva di effetti nell'ordinamento nazionale. Vi è il convergere di uffici requirenti diversi, indipendenti l'uno dall'altro, la cui ripartizione di attribuzioni è disciplinata dalla legge secondo il parametro normativo che si è sopra delineato e che ha a che vedere con la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea.

La Procura europea ha una competenza unica nazionale: la suddivisione dei procuratori europei delegati presso le sedi dislocate nel territorio nazionale (individuate con decreto ministeriale) assolve a una funzione meramente organizzativa, priva di riflessi sul piano processuale (art. 9, comma 2, d.lgs n. 9/2021).

La Procura europea può entrare in contrasto con le procure nazionali, rispetto al perimetro delle proprie competenze: tali contrasti vengono risolti dalla Procura generale presso la Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 16 d.lgs n. 9/2021.

La Procura europea può esercitare la competenza, «sentita l'autorità nazionale», rispetto a reati che rientrano in un'area di attribuzioni facoltative – art. 25, comma 2, reg. (UE) 2017/1939.

La Procura europea, soprattutto, per quel che qui interessa, «esercita, in via esclusiva e fino alla definizione del procedimento, nel [proprio] interesse (...) e conformemente alle disposizioni del regolamento e del presente decreto, le funzioni e i poteri spettanti ai pubblici ministeri nazionali» (art. 9, comma 1, d.lgs 9/2021) e, sul piano ordinamentale, non è soggetta al potere di direzione del procuratore della Repubblica né al potere di vigilanza del procuratore generale presso la corte d'appello (art. 9, comma 3, d.lgs n. 9/2021). L'indipendenza nei confronti del procuratore generale presso la corte d'appello ha degli effetti anche sul piano processuale: rispetto ai procedimenti che rientrano nella competenza della Procura europea non trovano applicazione, a titolo esemplificativo, le disposizioni di cui agli artt. 409, comma 3, cpp (avviso al procuratore generale della fissazione dell'udienza di non accoglimento della richiesta di archiviazione), 412 cpp (avocazione delle indagini preliminari per mancato esercizio dell'azione penale), 413 cpp (richiesta di avocazione delle indagini al procuratore generale della persona sottoposta alle indagini e della persona offesa dal reato), 415-bis, comma 5-bis ss. cpp (richiesta motivata di differimento della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini da parte del pubblico ministero al procuratore generale, facoltà del procuratore generale in caso di inerzia del pubblico ministero), 415-ter cpp (poteri del procuratore generale su impulso della persona sottoposta a indagine e della persona offesa in caso di inosservanza dei termini di conclusione delle indagini preliminari).

4. Le novità di maggiore impatto

Occorre concentrare l'attenzione sulle novità più significative, presentate come tali nel dibattito dottrinale seguito alla riforma Cartabia. Gli snodi più importanti, per quanto riguarda la fase delle indagini preliminari, riguardano il momento genetico di iscrizione della notizia di reato (in particolare, del nominativo della persona sottoposta a indagine), la fase di conclusione delle indagini (in particolare, con riferimento ai ritardi del pubblico ministero nella definizione del procedimento), ai nuovi presupposti per la richiesta di archiviazione.

L'obiettivo appare quello di assicurare certezza nei tempi di definizione delle indagini, evitare tempi di latenza ingiustificati, rafforzare anche attraverso forme di contraddittorio endoprocedimentale il

controllo sull'azione penale e comprimere così il numero dei procedimenti.

Emerge, tuttavia, una cornice di grande complessità sul piano descrittivo, che prelude peraltro a un significativo cambio di paradigma rispetto a profili nevralgici della procedura penale, di cui questi istituti erano in qualche modo espressione. La gamma di controlli che permea la fase delle indagini preliminari e il restringimento nei criteri di valutazione che preludono all'esercizio dell'azione penale, prossimi anche per similitudine semantica a quelli della fase del giudizio, sembra travolgere lo stesso rapporto che, nella fisionomia originaria del codice, distingue(va) la fase delle indagini preliminari da quella del giudizio vero e proprio.

Il quadro presenta incertezze interpretative – di cui vi è traccia nei commenti che si sono succeduti dalla entrata in vigore della riforma, anche sul piano istituzionale – che rendono la misura delle difficoltà applicative cui prevedibilmente si andrà incontro.

4.1. *Iscrizione della notizia di reato e controllo giurisdizionale*

Il primo elemento di novità è rappresentato dall'iscrizione della notizia di reato. È stato riformulato l'art. 335 cpp. Il legislatore ha fornito una definizione di notizia di reato come «rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice». È stato inserito un comma 1-bis, a mente del quale «[i]l Pubblico Ministero provvede alla iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito non appena risultino, contestualmente alla iscrizione della notizia di reato o successivamente, indizi a suo carico». Chiude la parte riformulata di questo articolo l'inserimento del comma 1-ter, che consente l'iscrizione ora per allora del nominativo della persona sottoposta a indagine, quando il pubblico ministero ritenga che gli indizi a suo carico fossero emersi in epoca antecedente, così da consentire una retrodatazione del termine di indagine, anche ai fini della richiesta di proroga o della chiusura della stessa. Sono stati modificati i termini di indagine, ai sensi dell'art. 405, comma 2, cpp (un anno per i delitti, sei mesi per le contravvenzioni, un anno e sei mesi per i delitti di cui all'art. 407, comma 2, cpp⁵). Del termine ordinario di durata delle indagini, come anche era consentito prima della riforma Cartabia, è possibile richiedere la proroga, che tuttavia è diversamente modulata rispetto al passato: essa

può essere chiesta una sola volta e per un tempo non superiore a sei mesi (art. 406 cpp).

Assumono profili di spiccata novità le disposizioni che consentono al giudice di ordinare l'iscrizione della persona gravata da indizi di reità (art. 335-ter cpp) e l'accertamento della tempestività dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato (art. 335-quater cpp): come si è detto sopra, l'iscrizione costituiva infatti atto insindacabile sul piano processuale (sez. unite, sentt. *Tammaro e Lattanzi*), come tale insuscettibile di valutazione da parte del giudice e passibile di verifica solo sul diverso piano disciplinare.

Occorre procedere con ordine.

La prima questione investe i presupposti normativi dell'iscrizione. Era invalso nella giurisprudenza di legittimità il principio secondo cui l'iscrizione della persona sottoposta a indagine fosse dovuta in presenza di «specifici elementi indizianti», locuzione il cui significato appare spiegato in maniera quanto mai chiara nella circolare n. 3225/17 del procuratore della Repubblica di Roma: «La scelta di iscrizione a Mod. 44 o a Mod. 21 è, a sua volta, assai delicata e andrà effettuata sulla base di un attento scrutinio degli atti: alla stregua della consolidata giurisprudenza di legittimità (che sul punto si è espressa a più riprese anche a Sezioni Unite) si procederà ad iscrizione a Mod. 21 solo nei casi in cui a carico di un soggetto identificato emergano non meri sospetti ma “specifici elementi indizianti”, ovvero una piattaforma cognitiva che consente l'individuazione, a suo carico, degli elementi essenziali di un fatto astrattamente qualificabile come reato e l'indicazione di fonti di prova. Si sottolinea, in proposito, l'esigenza di non procedere ad iscrizione a Mod. 21 in modo affrettato ed in assenza dei necessari presupposti. Se invero è evidente la funzione di garanzia che riveste l'iscrizione all'interno del procedimento, non può essere trascurato che la condizione di indagato è connotata altresì da aspetti innegabilmente negativi, tanto da giustificare – secondo la Corte Costituzionale, sent. 174/1992 – la previsione di un termine delle indagini preliminari. Non può essere infatti trascurato che dall'iscrizione – e dai fisiologici atti processuali che ne conseguono – si dispiegano, per la persona indagata, effetti pregiudizievoli non indifferenti sia sotto il profilo professionale sia in termini di reputazione (...). Queste considerazioni impongono di abbandonare una concezione formalistica imperniata sull'approccio ispirato ad una sorta di *favor iscritio-nis*, criterio non formalizzato ed estraneo al sistema».

5. Va evidenziato come il comma 2 dell'art. 407 cpp faccia riferimento a una pluralità di casi: quelli inclusi alla lettera a sono costituiti da titoli di reato di particolare allarme sociale (reati di criminalità organizzata, terrorismo, armi, stupefacenti, omicidio, pedopornografia); le ipotesi di investigazioni «particolarmente complesse» (lett. b), di indagini che richiedono il compimento di atti all'estero (lett. c), di procedimenti «in cui è indispensabile mantenere il collegamento tra più uffici del Pubblico Ministero a norma dell'art. 371 c.p.p.» (lett. d). Deve quindi dedursi che, nella prassi applicativa, rispetto alle indagini «complesse», il termine di durata è di un anno e sei mesi.

Si trattava di una logica ispirata a criteri prudenziali.

Non è chiaro se tale impostazione debba ritenersi perdurante o, in qualche modo, superata dalla nuova formulazione dell'art. 335, commi 1 e 1-bis, cpp. In particolare, non è chiaro se i presupposti dell'iscrizione debbano intendersi più dilatati: è stato denunciato il rischio di indagini condotte surrettiziamente nei confronti di ignoti, laddove i soggetti gravati da indizi sono identificati, così da eludere la disciplina sui termini di durata delle indagini⁶.

Vi sono argomenti di tipo normativo e logico per ritenere che l'impostazione preesistente – elaborata dalla giurisprudenza delle sezioni unite e declinata nei suoi risvolti concreti dalla “circolare Pignatone” – conservi la sua validità. Essa appare in linea con il principio di proporzionalità, oltre che con regole di comune buon senso.

Sul piano normativo, va evidenziato come il nuovo art. 335-bis cpp, nel definire i limiti all'efficacia dell'iscrizione ai fini civili e amministrativi – chiarendo come da essa non possano discendere effetti pregiudizievoli di natura civile o amministrativa – sembra confermare la chiave interpretativa preesistente. Proprio la necessità di evitare effetti extrapenalici, che la legge comunque si premura di rimuovere, impone una valutazione su basi prudenziali. Su un piano logico, poi, l'allargamento dei presupposti dell'archiviazione dovrebbe portare all'irrigidimento di quelli dell'iscrizione della persona nel registro delle notizie di reato: si giungerebbe altrimenti al nonsenso di promuovere iscrizioni... destinate a sfociare in richieste di archiviazione. Se l'obiettivo del legislatore è quello di un più rigoroso controllo sull'azione penale, esso deve aver origine sin dal momento genetico dell'iscrizione, onde evitare superflue e pregiudizievoli proiezioni nello sviluppo del procedimento.

Quanto al tema del controllo giurisdizionale sul momento dell'iscrizione, esso pone problemi di particolare allarme sul piano applicativo, per le conseguenze facilmente percepibili che ne possono derivare: se al giudice è consentita la retrodatazione dell'iscrizione del nominativo della persona sottoposta a indagine, l'effetto è quello della possibile inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti dopo il ricalcolo del termine di scadenza.

Il controllo viene configurato dal legislatore come eccezione di parte: esso è soggetto a termini di decadenza in relazione alla fase processuale e al momento di conoscenza dell'atto da cui emergerebbero i presupposti dell'iscrizione. L'esercizio del diritto è altresì soggetto a un onere di allegazione della parte, che

deve indicare «le ragioni che sorreggono la retrodatazione e gli atti del procedimento dai quali è desunto il ritardo» (art. 335-*quater*, comma 1, cpp). Il giudice dispone la retrodatazione «quando il ritardo è inequivocabile e non è giustificato» (art. 335-*quater*, comma 2, cpp). La decisione del giudice deve quindi fondarsi su dati evidenti, che devono essere forniti dalla parte istante, tali da non lasciare margini di dubbio sulla emersione dei presupposti, in termini di specifici elementi indiziari, che comportano l'iscrizione della persona. Il legislatore – sembra potersi inferire – non vuole consentire una sovrapposizione del giudice sull'esercizio di un potere/dovere discrezionale del pubblico ministero, ma intende consentire una censura riguardo alle patologie gravi, che si manifestano attraverso una evidente disfunzione generatrice del ritardo. Allo stesso tempo, tuttavia, deve evitarsi una lettura troppo lata del participio «giustificato» che possa condurre a soluzioni di comodo: non dovrebbe essere giustificato il ritardo, ad esempio, per ragioni organizzative (come il carico di lavoro dell'ufficio) o comunque per ragioni *esterne* al procedimento. Il ritardo può trovare giustificazione in questioni interpretative della fattispecie, relative alla configurazione del reato, al procedimento di sussunzione, al profilo soggettivo nel concorso di persone; o per via delle dimensioni del procedimento, che impongono molteplici valutazioni e il raccordo di una pluralità di elementi. Si deve trattare, in ogni caso, di una “giustificazione” per ragioni *interne* al procedimento.

4.2. Chiusura delle indagini

È lo snodo in cui la riforma sembra incagliarsi in modo più vistoso. Il tema è quello di assicurare tempi certi alla definizione del procedimento, in una fase che, nella prassi, presenta talvolta significativi rallentamenti.

La materia aveva formato oggetto, nel 2017, della riforma Orlando, incentrata su un controllo di tipo verticistico, che faceva capo alle procure generali presso la corte d'appello, tenute a monitorare i tempi di chiusura delle indagini, potendo se del caso provvedere alla avocazione del procedimento. Nella prassi questo controllo veniva generalmente esercitato attraverso un flusso di informazioni dalle procure ordinarie alla procura generale competente, talvolta ristretto a determinate tipologie di reati, per evitare un profluvio di dati difficilmente controllabile. Non si era, tuttavia, registrato un cambiamento significativo: il meccanismo aveva dato vita esclusivamente a

6. M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia*, in *Sistema penale*, 2 novembre 2022. La questione non è chiara, e anche le linee interpretative che sono state date, in dottrina come nelle sedi istituzionali, oscillano «tra esigenze di garanzia (che condurrebbero ad anticipare il più possibile l'iscrizione) ed esigenze di certezza (che porterebbero a posticipare il momento dell'iscrizione a quando si è raggiunto un compendio indiziario serio)» (*ivi*).

un passaggio burocratico aggiuntivo tra uffici dello stesso distretto.

Da qui la necessità di rimodulare questa fase, inserendo la previsione di un controllo giurisdizionale anche attraverso poteri di iniziativa degli interessati, la persona sottoposta ad indagine e la persona offesa dal reato. Ne è uscito un quadro oltremodo complesso, con due disposizioni – gli artt. 415-*bis* e 415-*ter* cpp – che presentano risvolti descrittivi non facili da coordinare. Una fase che tradizionalmente era appannaggio del pubblico ministero, trattandosi del momento della valutazione sull'esercizio dell'azione penale, vede ora il coinvolgimento di una pluralità di soggetti e l'anticipazione di un contraddittorio endo-procedimentale non sul merito, ma sull'esercizio di un potere di impulso.

Un lavoro di sintesi, sul piano descrittivo, è pressoché impossibile perché tanti sono i risvolti e gli innesti di competenze. Il pubblico ministero deve controllare i tempi di definizione del procedimento: se non è in grado di emanare i provvedimenti di chiusura indagine (richiesta di archiviazione, avviso di conclusione delle indagini), deve formulare una richiesta di differimento che dev'essere autorizzata dal procuratore generale (art. 415-*bis*, commi 5-*bis* e 5-*ter*, cpp), in caso di inottemperanza è soggetto a un potere di controllo del giudice su impulso delle parti private, persona sottoposta a indagine e persona offesa dal reato, che prelude a un ordine di assunzione delle determinazioni conclusive (art. 415-*bis*, comma 5-*quater*, cpp).

Sussiste un obbligo legale di deposito degli atti al termine di scadenza delle indagini, quando il pm non abbia adottato le determinazioni inerenti alla conclusione delle stesse (art. 415-*ter* cpp). Su tale obbligo, come in generale sul rispetto della procedura di chiusura, vigila il procuratore generale.

4.3. Presupposti dell'archiviazione

È stato abrogato l'art. 125 disp. att. cpp, che definiva il perimetro dell'infondatezza della notizia di reato, avendo riguardo al giudizio prognostico di non idoneità degli atti a sostenere l'accusa in giudizio⁷.

L'attuale formulazione dell'art. 408 cpp prevede che il pubblico ministero presenti al giudice richiesta di archiviazione «quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono una ragionevole previsione di condanna o di applicazio-

ne di misure di sicurezza diverse dalla confisca». Si tratta di formulazione sovrapponibile a quella prevista dalla nuova versione dell'art. 425, comma 3, cpp rispetto ai presupposti della sentenza di non luogo a procedere, a mente del quale «il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna».

La torsione logica cui è sottoposto il sistema processuale appare evidente: se l'obiettivo è quello di decongestionare la fase del giudizio e arginare il *trend* delle assoluzioni (che, peraltro, possono dipendere da una molteplicità di fattori), la strategia adottata sembra produrre l'effetto di sovvertire l'impianto del processo. La fase delle indagini preliminari – lo si insegna dall'entrata in vigore del codice vigente – è strumentale a quella del giudizio e le determinazioni inerenti all'esercizio (o al non esercizio) dell'azione penale non comportano alcun giudizio di colpevolezza (o di non colpevolezza), essendo fondate su una valutazione di tipo prognostico (tale dovendosi intendere il parametro della «idoneità degli atti a sostenere l'accusa in giudizio»). La stessa caducità del provvedimento di archiviazione, suscettibile di superamento – in base alla originaria formulazione dell'art. 414 cpp – con la richiesta di nuove investigazioni, esprimeva un dinamismo interno alla fase funzionale alle determinazioni per il successivo giudizio. La stessa riformulazione dell'art. 414 cpp, che specifica come la riapertura delle indagini possa essere ammessa solo in presenza di fonti di prova che possano determinare l'esercizio dell'azione penale, prelude a un restringimento e a un conseguente rafforzamento degli effetti preclusivi del provvedimento di archiviazione.

È evidente che il richiamo alla valutazione sulla colpevolezza finisce per schiacciare verso il basso ciò che è tipicamente oggetto del giudizio. Occorre attendere l'assestarsi di un indirizzo giurisprudenziale, considerato il prevedibile incremento delle archiviazioni, per verificare se effettivamente – dopo questa riforma – si andrà incontro a un allargamento delle maglie dell'archiviazione. O se invece, più che sulla «condanna», la giurisprudenza si orienterà verso la riconferma di un giudizio prognostico, sotteso alla locuzione «ragionevole previsione», che precede nella formulazione della norma il riferimento alla «condanna». In tal modo, il cambio di paradigma normativo finisce per risolversi in un gioco di

7. Va, in questa sede, rammentata una risalente sentenza della Corte costituzionale, la n. 88/1991, che aveva offerto una descrizione del significato dei presupposti della richiesta di archiviazione ispirandosi a una logica incentrata sulla duplicità delle fasi. La Corte affermò come «limite implicito alla obbligatorietà dell'azione penale, razionalmente intesa, è che il processo non debba essere instaurato quando si appalesa oggettivamente superfluo», e appunto «il problema dell'archiviazione sta nell'evitare il processo superfluo senza eludere il principio di obbligatorietà ed anzi controllando caso per caso la legalità dell'inazione». Una valutazione di questo tipo richiede la completezza delle indagini preliminari, posto che dal combinato disposto degli artt. 326 e 358 cpp emerge che il pubblico ministero deve compiere «ogni attività necessaria» ai fini delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, ivi compresi «gli accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona assoggettata alle indagini». Cfr. altresì G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 109.

parole: occorre comprendere la distinzione che corre tra «idoneità degli atti a sostenere l'accusa in giudizio» (vecchio art. 125 disp. att. cpp) e «ragionevole previsione di condanna» (nuovo art. 408 cpp), ma viene comunque riaffermato il principio del giudizio prognostico e della natura strumentale della valutazione. La semantica alla fine soccombe, non è in grado di travolgere i principi su cui si regge l'edificio della procedura penale.

5. La distorsione del fine: dall'efficienza della giurisdizione alla fuga dalla giurisdizione

Occorre far sedimentare le norme e comprendere come si stabilizzerà la giurisprudenza. E, forse, alcune novità sono più apparenti che reali. Si intrave-

de tuttavia un rischio, verrebbe da dire più di natura psicologica che di ordine normativo. Il richiamo al rispetto dei tempi, in uno con la tendenza, quantomeno suggerita dalla nuova formulazione dell'art. 408 cpp (e, correlativamente, dall'art. 425 cpp), ad ampliare le maglie dell'archiviazione, porteranno presumibilmente a un incremento di esse, a discapito dell'esercizio dell'azione penale. Resta certamente fermo il potere di opposizione della persona offesa ed è prevedibile lo sviluppo di frequenti forme di contraddittorio, ma la tendenza sarà presumibilmente questa.

Il decongestionamento dei tribunali e il rispetto di tempi ragionevoli di durata del procedimento non devono preludere a vuoti di tutela. L'esercizio della giurisdizione è complesso, ma va salvaguardato, le istituzioni si rafforzano se sono efficienti, non se si ritraggono dai loro compiti.

La riforma penale e la stretta sui tempi delle indagini

di Linda D'Ancona

La cd. “riforma Cartabia” ha investito la fase delle indagini preliminari di significative novità che, secondo molti operatori, determineranno problemi operativi e rilevanti incertezze interpretative, con il rischio tangibile di una sua burocratizzazione. Nel presente contributo ci si sofferma sulle “ragioni” della riforma e, senza trascurare le difficoltà sollevate – in termini sia di lettura sia di concreta attuazione – dal mutamento del sistema delle indagini preliminari, si affrontano le ricadute organizzative che essa potrà avere.

1. *Primum vivere, deinde philosophari* / 2. Un giudice per il controllo sui tempi del procedimento / 3. *Excursus*: l’impatto della riforma sotto il profilo organizzativo / 4. La notizia di reato / 5. Il momento dell’iscrizione della notizia di reato / 6. Le ricadute in materia di attività di intercettazione / 7. Il sindacato sul momento dell’iscrizione della notizia di reato / 8. La proroga delle indagini preliminari / 9. L’archiviazione del procedimento / 10. La riapertura delle indagini / 11. Il controllo sulla legittimità della perquisizione / 12. L’opposizione alla richiesta di archiviazione / 13. Alcune novità che sarebbe stato utile introdurre (e che non sono state introdotte) / 14. Conclusioni: il giudice per le indagini preliminari come garante

1. *Primum vivere, deinde philosophari*

Primum vivere, deinde philosophari. La frase, attribuita a Thomas Hobbes, ben si adatta allo spirito con cui va affrontata la “riforma Cartabia”. Inutile perdersi in lamentazioni, additare come indebite le novità normative, ovvero assumere un atteggiamento oppositivo e sostenere che lo scopo della riforma è ridimensionare il ruolo del pubblico ministero, per spirito di rivalsa del legislatore nei confronti della magistratura: nonostante le polemiche emerse all’indomani della pubblicazione del decreto legislativo n. 150/2022, il decreto-legge n. 162/2022 – con cui è stata posticipata l’entrata in vigore della riforma – non ha modificato affatto (salvo alcune disposizioni transitorie) l’impianto e il meccanismo di operatività concepito dalla riforma dettata dal d.lgs n. 150/2022,

così che il nuovo assetto normativo si deve considerare ormai consolidato.

Insomma, la riforma che porta il nome della Ministra Cartabia delinea quasi un nuovo codice di rito, con cui da questo momento in poi ci si dovrà confrontare, possibilmente evitando di assumere un atteggiamento di resistenza al cambiamento, umanamente comprensibile vista la quantità di interventi subiti dal “codice Vassalli” in poco più di trent’anni, ma che certo non aiuta l’interprete nell’approccio alle nuove disposizioni, e rischia di condizionarlo al punto da indurlo a prospettare soluzioni esegetiche finalizzate a sterilizzare innovazioni che, invece, dovrebbero essere accolte favorevolmente poiché presentano aspetti di razionalità e coerenza, e costituiscono attuazione di principi costituzionali, tra cui quello dell’inviolabilità del diritto di difesa *in ogni stato e grado del*

procedimento e quello di soggezione del giudice alla legge, principio quest'ultimo che va riferito anche al pubblico ministero, a meno di non volerlo già considerare appartenente a un "corpo" separato.

2. Un giudice per il controllo sui tempi del procedimento

Se si traccia un filo ideale tra le norme introdotte dalla riforma, si potrà notare che tutte le disposizioni relative alla fase delle indagini preliminari sono caratterizzate dall'obiettivo di contingentarne e renderne effettivi i termini di durata, evitando eventuali inerzie del pubblico ministero circa le determinazioni inerenti alla definizione del procedimento.

Emerge con chiarezza che il giudice per le indagini preliminari non è più chiamato soltanto a decidere sul merito delle indagini, ma anche sui tempi di inizio dell'attività investigativa, nonché di conclusione e definizione del procedimento, come una sorta di "guardiano" del rispetto della tempistica da parte dell'organo inquirente.

Si tratta di una novità assoluta: il ruolo del gip era stato finora caratterizzato da poteri di verifica di alcune attività del pubblico ministero, non solo con riferimento alle richieste di misure cautelari personali e reali, alle intercettazioni e ai sequestri probatori, ma anche in relazione alle altre attività procedurali a impulso dell'organo inquirente, tra cui le richieste di incidente probatorio; anche la richiesta di proroga delle indagini, formulata per la prima volta, richiedeva semplicemente l'individuazione di una "giusta causa" di prosecuzione dell'attività investigativa, senza ulteriori precisazioni circa il contenuto delle ragioni che consentivano al pubblico ministero di continuare a indagare. In sostanza, e salvo il caso di ulteriori indagini ordinate al pubblico ministero in un termine stabilito, il giudice non aveva il controllo dei tempi delle indagini preliminari.

La scelta del legislatore, da alcuni percepita come di eccessivo controllo dell'attività del pubblico ministero¹, è caratterizzata dall'esigenza di non lasciar spazio alla dilatazione dei tempi dei procedimenti in fase di indagini, affidandone il controllo al giudice, eventualmente anche su impulso di parte, come nel caso della richiesta di retrodatazione dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato. Tale opzione, determinata dalla necessità di ridurre la durata del processo, soddisfa contestualmente anche l'esigenza di

garantire i diritti dell'indagato, che non deve restare sottoposto a indagini inutilmente e per un tempo non ragionevole.

Sotto tale ultimo profilo, il contingentamento dei tempi delle indagini preliminari soddisfa il diritto dell'indagato a vedere la sua posizione processuale definita in tempi ragionevoli: è noto che, nel corso delle indagini preliminari, è attribuito all'indagato il potere di svolgere indagini difensive (titolo VI-bis del libro V del codice di rito) e quello di nominare consulenti di parte nel corso di accertamenti tecnici non ripetibili (art. 360 cpp) nonché durante l'espletamento di incidenti probatori; ma è a partire dalla conclusione delle indagini (art. 415-bis cpp) e ancor più nella fase del giudizio che la difesa può dispiegare appieno il suo ruolo.

Invero, nel corso delle indagini, la posizione dell'indagato rimane pur sempre soggetta alle determinazioni circa l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero: la certezza sui tempi delle indagini preliminari costituisce un'ulteriore concretizzazione del diritto costituzionale di difesa in ogni stato e grado del procedimento.

Non si tratta soltanto di una perimetrazione dei tempi entro i quali si possono acquisire elementi indiziari utilizzabili nelle successive fasi del procedimento, ma di una nuova concezione del procedimento penale: nel ribadire alcune ovvietà, come la nozione di notizia di reato di cui al nuovo art. 335, comma primo, cpp, e nel richiedere l'indicazione specifica delle ragioni a fondamento della richiesta di proroga delle indagini, si vuole probabilmente ridurre il ricorso eccessivo alla giustizia penale, evitando che il pm "si perda" in indagini che non potranno portare alcun frutto laddove non vi sia una notizia di reato contenente «la rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice». Un pragmatismo comprensibile, considerata la mole dei procedimenti pendenti, che però avrebbe dovuto essere accompagnato da una più incisiva depenalizzazione, da una più pregnante delimitazione dei casi di ammissibilità dell'opposizione alla richiesta di archiviazione, da una normativa transitoria analitica e coerente, che consentisse di avere chiarezza sui tempi di applicazione della nuova normativa, e da riforme delle piante organiche degli uffici giudiziari che adattassero le realtà giudiziarie attuali alle necessità organizzative dettate dall'introduzione di quello che non si stenta a definire come un "nuovo rito".

1. Un atteggiamento critico circa l'intero impianto della "riforma Cartabia" sembra fare da sfondo alle considerazioni di E. De Franco, *La riforma c.d. "Cartabia" in tema di procedimento penale. Una pericolosa eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia online*, 19 dicembre 2022 (www.questionegiustizia.it/articolo/cartabia-penale).

3. *Excursus*: l'impatto della riforma sotto il profilo organizzativo

In questa sede si esamineranno i possibili risvolti pratici delle norme introdotte dalla riforma, cercando di immaginare le vicende processuali che si potranno verificare e quale impatto potranno avere i nuovi istituti.

Si anticipa fin d'ora che non sembrano emergere criticità circa la corretta attuazione della delega: le norme del decreto legislativo appaiono conformi ai dettami della delega, che in alcuni casi era anche troppo specifica. Il vero problema del d.lgs n. 150/2022 è, invece, l'assenza di una normativa transitoria: l'auspicio, già formulato da altri², di norme transitorie da introdurre in sede di conversione del dl n. 162/2022³, è stato recepito dal legislatore; tuttavia, il semplice slittamento dell'entrata in vigore della normativa di appena due mesi, disposto con decretazione d'urgenza, realisticamente non produrrà giovamento per i tribunali, non consentendo di ottenere il risultato di una riorganizzazione degli uffici giudiziari attraverso modifiche tabellari che rafforzino gli organici delle sezioni gip/gup, sulle quali graverà l'onere di sostenere una mole di lavoro ben maggiore rispetto al passato. In proposito, si osserva che la ragione giustificativa del posticipo dell'entrata in vigore del d.lgs n. 150/2022 è stata quella di «consentire una più razionale programmazione degli interventi organizzativi a supporto della riforma». Tuttavia, in soli due mesi non è possibile stabilire, quantomeno per gli uffici giudicanti, quali modifiche organizzative devono e possono essere apportate: potrebbero essere necessari interventi sulle tabelle organizzative dei tribunali e delle corti di appello, che anche se emanate in via d'urgenza – e, quindi, con l'esigenza di “fare presto” – presuppongono studio e valutazione circa l'impatto delle modifiche tabellari sul ragionato equilibrio nella distribuzione dei carichi di lavoro. In realtà, oltre alla disposizione relativa agli oneri finanziari, contenuta nell'art. 99 del d.lgs n. 150/2022 e secondo cui le nuove norme si applicheranno a risorse finanziarie invariate, sarebbe stato utile che prima dell'entrata in vigore della riforma fosse promosso ed attuato uno studio relativo alla riorganizzazione degli uffici e alla

valutazione dell'impatto della riforma sui tempi dei procedimenti, quantomeno in primo grado. Il rinvio di due mesi può soltanto consentire uno studio più approfondito della riforma, ma non permetterà di procedere a variazioni tabellari ragionate ed efficaci: nei tribunali, specie di grandi dimensioni, l'equilibrio numerico tra giudici per le indagini preliminari e giudici del dibattimento si fonda sull'analisi dei flussi dei procedimenti e sulla comparazione dei tempi di definizione; con l'entrata in vigore della riforma si modificheranno il tipo e la qualità delle valutazioni poste a carico del gip, del gup e, in quest'ultimo ambito, anche del giudizio abbreviato. Sembra quindi indispensabile una nuova analisi dei flussi per comprendere come ridistribuire risorse umane e strumenti a supporto. L'assenza di una disciplina transitoria, specificamente finalizzata a dettare i tempi dell'entrata in vigore delle nuove norme, al di là delle poche disposizioni contenute negli artt. 85 ss. d.lgs n. 150/2022, e di quelle introdotte con la l. 30 dicembre 2022, n. 199, di conversione del citato decreto-legge e collegata allo studio delle modifiche tabellari da introdurre, determinerà molto probabilmente uno squilibrio nei carichi che, al di là della disparità tra i ruoli dei giudici, potrà produrre un rallentamento nei tempi di definizione dei procedimenti pendenti, ossia determinerà proprio l'inconveniente che la riforma vuole scongiurare.

Ad avviso di chi scrive, sarebbe necessario modificare la proporzione nel rapporto tra numero di gip/gup e numero di pubblici ministeri, che attualmente è di un gip per ogni tre pm, in base al combinato disposto dell'art. 7-ter o.g. e della circolare del Csm sulla formazione delle tabelle, mentre d'ora in poi dovrebbe essere di un giudice per ogni due pm, ovviamente sempre nel rispetto del criterio di casualità nelle assegnazioni degli affari ai giudici.

4. La notizia di reato

Ciò posto, si passa ad esaminare nel dettaglio le norme che riguardano l'iscrizione e la sua retrodatazione, la proroga delle indagini, l'archiviazione e l'opposizione al decreto di perquisizione.

2. Cfr. M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia (profili processuali)*, in *Sistema penale*, 2 novembre 2022, pp. 38 ss.

3. Come in effetti è avvenuto: la legge 30 dicembre 2022, n. 199, di conversione del dl 31 ottobre 2022, n. 162, contiene modifiche agli artt. 85 ss. del d.lgs 10 ottobre 2022, n. 150; provvede anche, con nuove disposizioni, a introdurre una disciplina transitoria in materia di deposito degli atti (art. 87-bis), di indagini preliminari (art. 88-bis), di inappellabilità delle sentenze di non luogo a procedere (art. 88-ter), di udienza predibattimentale (art. 89-bis), di giustizia riparativa (comma 2-bis dell'art. 92), di mutamento del giudice nel corso del dibattimento (art. 93-bis), di disciplina transitoria per le videoregistrazioni (comma 5-undecies dell'art. 94), di disciplina transitoria per i giudizi di impugnazione (modifica del comma 2 dell'art. 94), e di iscrizione nel casellario giudiziale delle condanne a sanzioni sostitutive (art. 97-bis).

Il sistema ideato dal legislatore ha il suo *incipit* nell'iscrizione della notizia di reato: risulta, infatti, modificato l'art. 335 cpp. L'art. 1, comma 9, lett. *p*, conteneva la delega al Governo a «precisare i presupposti per l'iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 del codice di procedura penale della notizia di reato e del nome della persona cui lo stesso è attribuito, in modo da soddisfare le esigenze di garanzia, certezza e uniformità delle iscrizioni». Il comma 1, lett. *a* dell'art. 15 del d.lgs modifica il primo comma dell'art. 335 cpp, specificando che le notizie di reato iscrivibili nel relativo registro devono contenere «l'indicazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi ad una fattispecie incriminatrice. Nell'iscrizione sono indicate, ove risultino, le circostanze di tempo e di luogo del fatto». Se ne deduce che il legislatore ha sentito l'esigenza di definire la notizia di reato, inserendosi nella linea tracciata dalle sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza n. 40538/2009 (*Lattanzi*): «in tema di iscrizione della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen., il pubblico ministero, non appena riscontrata la corrispondenza di un fatto di cui abbia avuto notizia ad una fattispecie di reato, è tenuto a provvedere alla iscrizione della "notitia criminis" senza che possa configurarsi un suo potere discrezionale al riguardo. Ugualmente, una volta riscontrati, contestualmente o successivamente, elementi obiettivi di identificazione del soggetto cui il reato è attribuito, il pubblico ministero è tenuto a iscriverne il nome con altrettanta tempestività». La giurisprudenza aveva già fornito un'esauriente nozione di notizia di reato, e forse la scelta del legislatore è fondata più sull'esigenza di garantire uniformità alle iscrizioni che sulla necessità di definire in che cosa consistesse una notizia di reato. Come si è già notato⁴, la formulazione richiama alla mente il testo della «bozza di delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale», ed è probabilmente l'unica possibile definizione di notizia di reato. La definizione appare utile a evitare iscrizioni nel registro di cui all'art. 335 cpp (modello 21) di esposti o informative del tutto privi di rilevanza penale, ovvero di denunce che descrivono situazioni, prospettano dubbi sui comportamenti di soggetti pubblici o privati (tipico è il caso di esposti nei confronti di organi della pubblica amministrazione, con cui i privati denunciano comportamenti o atti amministrativi, indicati come illeciti, sviluppando lunghissime cronistorie da cui spesso non si riesce a comprendere quale

sia il fatto – reato addebitato a uno o più organi della p.a.) senza che si possano oggettivamente desumere una o più specifiche condotte astrattamente illecite da porre come oggetto delle investigazioni.

Con il nuovo primo comma dell'art. 335 cpp dovrebbe essere scongiurata anche l'ipotesi dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato a carico, genericamente, di "noti da identificare" ovvero a carico di ignoti, quando i fatti non sono sussumibili in alcuna ipotesi di reato. In tal modo dovrebbero essere evitate iscrizioni inutili, che determinano soltanto una lievitazione del numero dei procedimenti pendenti in fase di indagini e un conseguente, inevitabile, aumento del volume di affari da trattare per gli uffici di procura. Sembra proprio che la finalità della riforma sia anche quella di scongiurare l'avvio di procedimenti inutili, e riservare l'impegno del pubblico ministero alle indagini su notizie di reato concrete e realistiche: concentrarsi solo su fatti effettivamente riconducibili a fattispecie incriminatrici e delimitare rigorosamente i tempi delle indagini preliminari rappresentano i meccanismi con cui il legislatore ha inteso dare attuazione agli obiettivi del PNRR. Pertanto, appare doveroso interpretare le nuove norme secondo la *ratio* ispiratrice della riforma, al di là dei pronunciamenti e delle prese di posizione di singoli esponenti politici o di organi istituzionali; peraltro, il criterio ispiratore della riforma risulta in linea con l'art. 111 della Costituzione e con l'art. 6 della Cedu, norma quest'ultima sulla cui base si sono fondate numerose pronunce di condanna dell'Italia.

5. Il momento dell'iscrizione della notizia di reato

Il decreto legislativo introduce, poi, il comma 1-*bis* dell'art. 335, secondo cui il pubblico ministero provvede all'iscrizione del nome della persona a cui il reato è attribuito non appena risultino, contestualmente o successivamente, indizi a suo carico. Nel commentare la legge delega *in parte qua*⁵, si era già messa in luce la necessità di specifici elementi indiziari quale presupposto per l'iscrizione della notizia di reato a carico di uno o più soggetti.

Resta da capire se debbano ricorrere più indizi (almeno due) oppure sia sufficiente un solo indizio, ma sembra che la formula consenta, ed anzi induca per doverosa cautela, a iscrivere la notizia di reato anche in presenza di un solo indizio, qualora chiaro

4. M. Gialuz, *Per un processo*, op. cit.

5. L. D'Ancona, *Riforma del processo penale e giudice per le indagini preliminari*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2021, pp. 127 ss. (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/993/4-2021_qg_dancona.pdf).

e sufficientemente preciso: infatti, anche un solo indizio, qualora grave, può essere posto a fondamento di una misura cautelare, così che il presupposto per l'iscrizione nel registro delle notizie di reato, che appartiene alla medesima categoria processuale "indizi di colpevolezza", può essere costituito anche da un solo elemento indiziario, purché preciso (non anche grave, ovviamente). Inoltre, una lettura sistematica del nuovo art. 335 cpp impone un coordinamento interpretativo dei primi due commi: se un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile a una fattispecie incriminatrice, emerge con sufficiente chiarezza da un unico indizio, il pubblico ministero è tenuto a iscriverlo nel registro delle notizie di reato, a carico della persona alla quale il reato è attribuito. Diversamente opinando, si otterrebbe un'interpretazione restrittiva delle norme, non autorizzata da un sistema la cui finalità consiste nell'impedire iscrizioni ritardate nel tempo.

Anche la disposizione che prevede l'ordine di iscrizione della notizia di reato a carico di persona determinata da parte del gip (nuovo art. 335-ter cpp) ha il medesimo scopo di indurre il pm a iscrivere tempestivamente la notizia di reato, in modo da rendere stringenti i termini delle indagini preliminari. La prassi secondo cui il gip poteva ordinare l'iscrizione di uno o più nominativi nel registro delle notizie di reato era già esistente, in quanto prevista dall'art. 415 cpp nel caso di procedimenti contro ignoti; a volte, infatti, in fase di opposizione a richiesta di archiviazione, può accadere che il giudice individui come indiziabili uno o più soggetti, e li indichi al pubblico ministero per la relativa iscrizione nel registro delle notizie di reato. Non vi è nulla di nuovo, quindi, salvo il fatto che il giudice per le indagini preliminari può ora ordinare l'iscrizione di un indagato nel registro delle notizie di reato qualora debba compiere qualsiasi atto del procedimento, sentendo prima il pubblico ministero. In sostanza, quando il gip riceve una qualsiasi richiesta dal pm (di proroga delle indagini, di autorizzazione alle intercettazioni, di sequestro preventivo, di incidente probatorio, di archiviazione), può, incidentalmente, ritenere che sussistano indizi anche a carico di uno o più soggetti non iscritti nel registro di cui all'art. 335 cpp: a questo punto, il gip deve avviare un'interlocuzione con il pm al fine di comprendere la posizione dell'organo inquirente rispetto al fatto o al soggetto che non è stato ancora iscritto nel registro delle notizie di reato; il pm può quindi decidere di iscrivere autonomamente il soggetto indicato dal gip, senza attendere le determinazioni di quest'ultimo ed eventualmente retrodatando l'iscrizione, oppure può restituire gli atti al gip esplicitando le ragioni per cui non ha ritenuto di iscrivere l'ulteriore, ipotetica notizia di reato nel registro di

cui all'art. 335 cpp. All'esito dell'interlocuzione, il gip può: considerare valide le argomentazioni del pm, ritenendo non sussistenti i presupposti per la nuova iscrizione e desistendo quindi dal proposito di ordinare la nuova iscrizione; oppure, mantenere ferma la propria determinazione e ordinarli di provvedere. Il decreto dev'essere motivato, nel senso che il giudice deve indicare le ragioni per cui, a suo giudizio, esistono indizi a carico del soggetto non ancora iscritto e l'atto da cui risultano; sembra doveroso ritenere che, una volta innescato il procedimento di verifica, il gip debba emettere un provvedimento anche nel caso in cui ritenga di accogliere le osservazioni del pm e non ordinarli l'iscrizione.

La valutazione del giudice non potrà che rifarsi ai parametri fissati nel nuovo primo comma dell'art. 335 cpp: dagli atti dovrà emergere la rappresentazione di un fatto determinato e non inverosimile, riconducibile a una fattispecie incriminatrice e attribuibile a una persona determinata. Anche in questo caso, occorre trovare un baricentro: l'iscrizione nel registro delle notizie di reato risulta giustificata soltanto se gli indizi individuati dal gip sono idonei a imporre ulteriori accertamenti, o comunque profilano una concreta responsabilità a carico del soggetto individuato dal giudice.

Resta ferma la facoltà dell'indagato di chiedere la retrodatazione dell'iscrizione (art. 335-quater cpp): in sostanza, l'indagato ha sempre diritto a ottenere un controllo sulla tempestività dell'iscrizione a suo carico.

Alla luce di tali considerazioni, e valutando le novità normative nel loro complesso, emerge con chiarezza la necessità che il pubblico ministero indichi, in ogni richiesta formulata al gip, i nominativi di tutti i soggetti iscritti nel registro delle notizie di reato: in caso di più indagati, non si potrà più indicare soltanto il primo accompagnato dal numero di coindagati, ma dovranno essere indicati i nominativi di tutte le persone iscritte nel registro con le rispettive date di iscrizione, allo scopo di consentire il doveroso controllo dell'organo giudicante, e anche per evitare inutili interlocuzioni tra pm e gip sull'iscrizione a carico di taluno o più soggetti. Diversamente opinando, si giungerebbe all'assurdo di provocare inutilmente l'avvio del sub-procedimento previsto dall'art. 335-ter cpp, in quanto il gip, ignaro dei nominativi degli indagati effettivamente iscritti nel registro delle notizie di reato, potrà sollevare la questione dell'iscrizione e sentirsi rispondere che il soggetto in questione è già da tempo iscritto nel registro in esame. Né si può obiettare che, in base all'art. 7-ter o.g., il giudice per le indagini preliminari è assegnatario di tutti i provvedimenti relativi al medesimo procedimento, e quindi è sempre a conoscenza dei nominativi degli indagati: in primo luogo perché le indagini preliminari sono

caratterizzate da un continuo divenire e le iscrizioni di nuove notizie di reato sono eventualità frequenti, così che in assenza di una doverosa conoscenza del panorama dei fatti-reato per cui si procede, il gip finirebbe per emettere i suoi provvedimenti, se non proprio “al buio”, quantomeno avvolto in una fitta coltre di nebbia; in secondo luogo, perché il magistrato assegnatario del ruolo di gip può essere assente per ferie, malattia o altro, e il sostituto tabellare dev’essere nelle condizioni di provvedere, previa adeguata conoscenza e studio degli atti emessi in precedenza e dei soggetti nei cui confronti hanno avuto effetto.

6. Le ricadute in materia di attività di intercettazione

Le considerazioni che precedono offrono lo spunto per analizzare le ricadute del nuovo art. 335 cpp sul regime delle intercettazioni: sebbene non sia indicato nell’art. 267 cpp, il contenuto minimo della richiesta di autorizzazione alle intercettazioni (e della richiesta di convalida del decreto d’urgenza) non può che essere rappresentato: dall’indicazione dei nominativi degli indagati, ora anche con la data della rispettiva iscrizione; dall’indicazione delle notizie di reato per cui si procede con specificazione – sia pur minimale – del fatto o dei fatti oggetto dell’iscrizione; dall’esposizione degli indizi di reità e dalla prospettazione delle concrete ragioni per cui si deve procedere all’intercettazione. Si ritiene che anche l’indicazione di una o più aggravanti, nell’iscrizione delle notizie di reato, debba essere sorretta da sufficienti indizi di reità: il giudice, al momento della richiesta di autorizzazione o di convalida del decreto d’urgenza, deve verificare che la notizia di reato sia sufficientemente “abbozzata” nei suoi elementi costitutivi; che le aggravanti, specie quella di cui all’art. 416-bis.1 cp, che incide in modo significativo sul regime delle intercettazioni, siano supportate da un qualche elemento che ne giustifichi l’iscrizione nel registro delle notizie di reato; che il fatto non sia indicato semplicemente riferendosi al titolo di reato poiché, specie nei reati a forma libera (come l’associazione per delinquere, delitto per il quale frequentemente si ricorre alle intercettazioni) e pur essendo di fronte a un materiale indiziario fluido e in divenire, il fatto per cui si procede non può continuamente mutare nei suoi caratteri essenziali: si può assistere a un’ipotesi di reato di associazione per delinquere con un certo programma criminoso intuibile dagli atti, che poi si “tramuta” in tutt’altro, e tuttavia il pubblico ministero, nelle richieste di autorizzazione e di proroga delle intercettazioni, continua a non mutare né la qualificazione giuridica del fatto né la sua descrizione.

Peraltro, poiché sin d’ora il gip, nell’esaminare gli atti che pervengono dall’ufficio di procura, ha l’obbligo di rilevare l’esistenza di nuove notizie di reato, dovrà giocoforza aprire un’interlocuzione con il pm in tutti i casi in cui nel registro delle notizie di reato sia iscritto il solo reato associativo, e tuttavia emergano anche elementi per iscrivere i reati-fine, ovvero nel caso contrario. A corollario di tale breve disamina, è evidente che d’ora in poi il pubblico ministero dovrà indicare i nominativi di tutti i soggetti iscritti nel registro di cui all’art. 335 cpp e, *a fortiori*, dovrà osservare tale adempimento nelle richieste in materia di intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali; tale corollario vale ancor più nel caso di intercettazioni “a microfono aperto” effettuate mediante inoculazione di un *virus* informatico nel telefono cellulare di uno o più soggetti. Inoltre, posto l’onere di un più penetrante controllo del giudice sulle richieste di autorizzazione alle intercettazioni (di qualsiasi tipo esse siano), sembra possibile dubitare che sia sufficiente l’invio al gip della sola richiesta di autorizzazione corredata con la singola informativa di polizia, da cui deriverebbe l’esigenza di ricorrere a un mezzo di ricerca della prova così invasivo. Se è vero, infatti, che la disciplina delle intercettazioni è diretta attuazione dell’art. 15, comma 2, Cost., è altrettanto indubitabile che il controllo dell’organo giudicante circa l’indispensabilità o la necessità del ricorso allo strumento captativo di comunicazioni non può consistere soltanto nel validare quanto prospettato dalla polizia giudiziaria e poi dal pm, ma occorre consentire una verifica dell’effettiva esistenza delle condizioni per utilizzare tale mezzo investigativo, specie nell’ipotesi in cui alle intercettazioni si possa ricorrere solo se assolutamente indispensabili ai fini della prosecuzione delle indagini. Diversamente opinando, l’intercettazione, configurata dal legislatore come strumento cui ricorrere in casi estremi, non sarebbe soggetta a quel controllo di legalità richiesto dal secondo comma dell’art. 15 della Costituzione. Ed anche nei casi in cui le intercettazioni siano “semplicemente” necessarie alla prosecuzione delle indagini (art. 13 l. n. 203/1991), la verifica del presupposto della necessità non dovrebbe, verosimilmente, essere limitata alla richiesta del pubblico ministero e all’informativa di polizia da cui trae origine la richiesta, ma dovrebbe estendersi a ulteriori atti del fascicolo delle indagini preliminari, in modo da verificare se sia effettivamente necessario attivare lo strumento captativo. Le medesime considerazioni valgono anche per la valutazione circa la sussistenza del presupposto per le intercettazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile: le specifiche ragioni che rendono necessaria tale modalità, per lo svolgimento delle indagini, non possono essere valutate

dal gip esclusivamente alla stregua di quanto gli viene prospettato dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria (nell'informativa in cui profila all'organo inquirente di fare ricorso a tale strumento), ma il giudice dovrebbe rendersi autonomamente conto della sussistenza di significativi e importanti ragioni su cui fondare l'autorizzazione all'uso di uno strumento investigativo che invade pesantemente la sfera privata dell'indagato. Non si tratta di esternare una sorta di sfiducia nell'organo inquirente; più razionalmente, si tratta di rispettare concretamente, e non in modo formale, i limiti previsti dalla Costituzione. Concludendo su tale punto, il vivace dibattito che anima giuristi e non, circa la necessità di mantenere in vita le norme che autorizzano il ricorso al captatore informatico anche nei procedimenti per reati contro la pubblica amministrazione, puniti con pene non inferiori nel massimo a cinque anni di reclusione, dovrebbe avere come *incipit* la constatazione dell'avvenuta introduzione di più penetranti controlli da parte del gip e dei giudici che valuteranno il materiale probatorio e i suoi presupposti nelle successive fasi o gradi del giudizio, e la conseguente necessità di consentire e agevolare tali controlli⁶ per concentrare, solo in un momento successivo, sulla valutazione – strettamente politica (ma non per questo vietata ad alcuno, né tantomeno inopportuna in un contesto democratico) –, la riflessione sull'opzione circa il mantenimento o l'abrogazione delle norme che autorizzano l'uso del captatore informatico nei procedimenti per reati contro la p.a. Mentre, infatti, la decisione di abrogare eventualmente la disposizione contenuta nella seconda parte del comma 2-*bis* dell'art. 267 cpp appartiene alla sfera della discrezionalità nelle scelte di politica criminale, al pari di quella che ha impedito il ricorso al giudizio abbreviato nei processi per reati puniti con l'ergastolo⁷, la necessità di dare corpo e rendere concreto il principio costituzionale di cui all'art. 15, comma 2, appartiene alla sfera dell'obbligatorietà del rispetto e dell'attuazione della Costituzione.

7. Il sindacato sul momento dell'iscrizione della notizia di reato

Il pubblico ministero può ora autonomamente retrodatare l'iscrizione della notizia di reato, ai sensi del nuovo art. 335, comma 1-*ter*, cpp, qualora si accorga

che indizi precisi relativi a uno o più soggetti erano in suo possesso in data anteriore al momento di formale iscrizione. La disposizione appare coerente con il sistema, tenuto conto che il pm è il *dominus* dell'iscrizione. A tale proposito, si segnala una questione di diritto intertemporale, che non sembra completamente risolta dall'art. 88-*bis* d.lgs n. 150/2022, introdotto con la l. n. 199/2022, secondo cui:

«1. Le disposizioni degli articoli 335-*quater*, 407-*bis* e 415-*ter* del codice di procedura penale, come introdotte dal presente decreto, non si applicano nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto in relazione alle notizie di reato delle quali il pubblico ministero ha già disposto l'iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 del codice di procedura penale, nonché in relazione alle notizie di reato iscritte successivamente, quando ricorrono le condizioni previste dall'articolo 12 del codice di procedura penale e, se si procede per taluno dei delitti indicati nell'articolo 407, comma 2, del codice di procedura penale, anche quando ricorrono le condizioni previste dall'articolo 371, comma 2, lettere b) e c), del medesimo codice. Tuttavia, le disposizioni dell'articolo 335-*quater* del codice di procedura penale, come introdotte dal presente decreto, si applicano in ogni caso in relazione alle iscrizioni che hanno ad oggetto notizie di reati commessi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto. 2. Nei procedimenti di cui al comma 1 continuano ad applicarsi le disposizioni degli articoli 405, 406, 407, 412 e 415-*bis* del codice di procedura penale e dell'articolo 127 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, nel testo vigente prima della data di entrata in vigore del presente decreto».

Da una prima lettura di tale norma, sembra che alle iscrizioni nel registro delle notizie di reato già effettuate e ai procedimenti già pendenti alla data di entrata in vigore della l. n. 199/2022 non si applichino le nuove norme in materia di iscrizione della *notitia criminis* e in materia di retrodatazione; tuttavia, sono prevedibili eccezioni processuali o questioni che saranno sollevate nell'arco del procedimento, e anche nelle successive fasi, tenuto conto della formulazione non propriamente cristallina della norma transitoria.

Anche il procedimento di accertamento della effettiva data di iscrizione della notizia di reato sembra ben rispondere ai criteri dettati dalla legge delega.

6. L'art. 110 Cost. pone a carico del Ministro della giustizia «l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia»: si auspica, pertanto, che il Dipartimento per la transizione digitale, e in particolare la Direzione generale dei sistemi informativi automatizzati, quali articolazioni dell'organo statale, apportino le modifiche ai registri informatici e al trattamento informatico degli atti processuali (TIAP) necessarie a dare corretta attuazione alle norme del codice di rito.

7. Cfr. Corte cost., 18 novembre 2020, n. 260.

In primo luogo, il termine per la proposizione dell'istanza non poteva essere rigido, in quanto l'indagato può venire in vari momenti a conoscenza degli atti dai quali risulti il ritardo nell'iscrizione: in genere, dopo l'emissione di una misura cautelare, dopo la conclusione delle indagini, oppure all'atto dell'opposizione alla richiesta di archiviazione.

Nella richiesta di retrodatazione devono essere indicati gli atti del procedimento dai quali è desunto il ritardo, nonché le ragioni a sostegno della richiesta. La sanzione dell'inammissibilità è prevista al fine di scongiurare richieste generiche e non ancorate a elementi oggettivi. Il ritardo dev'essere ingiustificato, oltre che inequivocabile: si presume, quindi, che un ritardo di qualche giorno sia del tutto fisiologico, specie in caso di corpose annotazioni di polizia giudiziaria che contengono una pluralità di notizie di reato e che devono essere esaminate con la dovuta attenzione. In caso di accoglimento della richiesta, il giudice indica la data nella quale deve intendersi iscritta la notizia di reato e, conseguentemente, il termine iniziale delle indagini preliminari: la decisione è rilevante poiché, in caso di retrodatazione, il termine finale delle indagini si sposta all'indietro rispetto a quello di sei mesi, di un anno, o di un anno e sei mesi (art. 405, comma 2, cpp) che risultava in base all'iscrizione errata, e ciò può comportare l'inutilizzabilità di uno o più atti d'indagine compiuti in un tempo successivo alla scadenza del termine correttamente stabilito dal giudice all'esito del procedimento di verifica disciplinato dall'art. 335-*quater* cpp. Come è noto, l'effetto della dichiarazione di inutilizzabilità consiste nel divieto, per il giudice, di porre l'atto di indagine, produttivo di una o più prove, a fondamento della decisione; l'atto è formalmente corretto, ma il suo contenuto probatorio diviene *tamquam non esset* a seguito della dichiarazione di inutilizzabilità. L'interesse, ora giuridicamente protetto, dell'indagato è soddisfatto con la pronuncia del giudice che stabilisce la giusta data di iscrizione della notizia di reato, e anche nel caso in cui la richiesta di retrodatazione viene respinta si è comunque offerta all'indagato la possibilità di ottenere un controllo sufficientemente approfondito circa la corretta data di decorrenza delle indagini a suo carico. Ne consegue che la forma del provvedimento del giudice è l'ordinanza, poiché la decisione è sempre assunta nel contraddittorio tra le parti, che si può svolgere in modo anche soltanto cartolare (art. 335-*quater*, comma 6, cpp).

In tal modo, il legislatore ha colmato una lacuna esistente nel codice di rito, attribuendo all'indagato un diritto che prima non aveva, e che ha una rilevanza non di poco conto, in quanto il suo esercizio influisce direttamente sul compendio probatorio che il giudice può porre a fondamento della decisione: eliminare un

atto dal bagaglio delle prove che il giudice porta in camera di consiglio può significare modificare, se non addirittura ribaltare, l'esito del processo.

Il diritto di chiedere la retrodatazione dell'iscrizione della notizia di reato sembra, pertanto, anch'esso espressione nonché diretta forma di applicazione dell'art. 24 Cost.

Appare assai difficile che un pubblico ministero ometta l'iscrizione della notizia di reato a carico di un indagato per un tempo apprezzabile e in presenza di indizi chiari, e specie dopo l'entrata in vigore della riforma, l'ipotesi sembra ancor più improbabile. In proposito, appare utile richiamare la circolare del procuratore della Repubblica di Bologna (n. 9116 del 19 ottobre scorso) in cui si tracciano le linee del potere di iscrizione delle notizie di reato e della loro eventuale retrodatazione, con indicazioni anche sul procedimento davanti al giudice per le indagini preliminari.

Dal punto di vista dell'*iter* procedimentale, corretta appare la formulazione della norma di cui al comma 6 del nuovo art. 335-*quater* cpp: il procedimento è cartolare, introdotto dalla richiesta dell'indagato, con conseguente termine di sette giorni concesso al pm per interloquire, e con eventuale – ma non necessaria – udienza camerale solo se il giudice la ritiene necessaria. Sotto tale profilo, la scelta legislativa appare del tutto logica, dal momento che la richiesta di retrodatazione dell'iscrizione deve fondarsi su elementi oggettivi specificamente indicati nell'istanza, quindi non vi è necessità di contraddittorio orale a meno che il giudice non intenda richiedere chiarimenti su questioni specifiche. Ai sensi del comma 5 del nuovo art. 335 cpp, nel corso delle indagini preliminari la richiesta di retrodatazione può essere presentata in ogni fase o attività che preveda la presenza di entrambe le parti, e decisa nell'ambito di quella specifica fase, sempre con ordinanza.

Non è prevista alcuna impugnazione del provvedimento del giudice per le indagini preliminari: si è scelta la strada di consentire la riproposizione della questione in ogni successiva fase del procedimento. In sostanza, una volta aperto il contraddittorio sulla data dell'iscrizione, la questione può essere oggetto di valutazione da parte di una pluralità di giudici: può essere proposta nella medesima fase con riferimento ad atti ed elementi sempre diversi, o può essere riproposta nelle fasi successive, sia dalla parte la cui richiesta di retrodatazione è stata respinta, sia dalle altre parti. Un proliferare di possibili istanze e questioni che appesantiscono il procedimento, e che conviene al pubblico ministero eliminare in radice stabilendo con esattezza i riferimenti oggettivi, ossia gli elementi indiziari su cui l'iscrizione si fonda. Sebbene si possa temere l'insorgere di questioni strumentalmente formulate e riproponibili a ogni passaggio di fase del

processo, in effetti la questione di una eventuale retrodatazione si giocherà nelle prime fasi di quest'ultimo, perché l'interesse dell'indagato è quello di rendere al più presto inutilizzabili attività di indagine produttive di elementi indiziari che si trasformeranno in prove, così da impedire "a cascata" anche l'utilizzo degli atti di indagine generati da quelli inutilizzabili.

8. La proroga delle indagini preliminari

Con riferimento alla durata delle indagini, il pubblico ministero sarà chiamato a utilizzare al meglio possibile il primo termine: sei mesi se si procede per una contravvenzione e un anno se si procede per i delitti, fatta eccezione per quelli di cui all'art. 407, comma 2, cpp. Se infatti si considera l'intero meccanismo ideato dal legislatore, si potrà notare che il pubblico ministero deve decidere tempestivamente quali indizi emergono, chi indagare, e quali altri elementi ricercare; il pm sarà spinto a proseguire le indagini soltanto se, dagli accertamenti delegati alla polizia giudiziaria, emergeranno elementi concreti. La richiesta di proroga delle indagini dovrà poggiare su un sostrato indiziario sufficientemente consistente, altrimenti non avrebbe senso proseguire nelle investigazioni; tale valutazione spetta al pm, e il giudice non può che verificarla in un momento successivo, ossia all'atto della richiesta dell'organo inquirente. L'allungamento del termine iniziale per la conclusione delle indagini consente al pubblico ministero di avere maggiore consapevolezza circa l'idoneità degli elementi raccolti a formulare un giudizio di ragionevole probabilità di condanna: se è vero che la richiesta di proroga deve essere fondata sulla complessità delle indagini, è altrettanto vero che il pm, pur senza indicarlo nella richiesta, dovrà avere un quadro preciso di quali elementi saranno necessari per prevedere la condanna dell'indagato e valutare la concreta possibilità di acquisirli: soltanto in tal caso sarà utile chiedere la proroga delle indagini.

Può essere concessa una sola proroga, per un tempo non superiore a sei mesi: pertanto, il termine massimo per le indagini preliminari sarà di un anno per le contravvenzioni, di un anno e sei mesi per i delitti, e di due anni per i delitti di cui all'art. 407, comma 2, cpp. Il termine di durata delle indagini si riduce soltanto per le contravvenzioni, come già evidenziato⁸. Orbene, occorre mettere in correlazione il termine massimo di durata delle indagini con la richiesta di proroga e la motivazione che ne viene posta a fondamento.

La nuova formulazione dell'art. 406, comma 1, cpp prevede che il pubblico ministero possa chiedere la proroga delle indagini non più per «giusta causa» bensì «quando le indagini sono complesse». Il legislatore ha quindi limitato la «giusta causa» all'ipotesi di complessità delle indagini. Orbene, mentre la giusta causa è nozione astratta e omnicomprensiva, che si può dedurre anche, semplicemente, dal titolo di reato per cui si procede (un procedimento contro ignoti, per il reato di omicidio volontario, può contenere *in re ipsa* la giusta causa di prosecuzione delle indagini, essendo indispensabile continuare a ricercare il colpevole), la complessità delle indagini implica una valutazione della *notitia criminis*, degli elementi acquisiti e del tipo di indagini ancora da svolgere per arrivare a formulare un giudizio di ragionevole probabilità di condanna a carico di uno o più indagati. Per formulare un esempio, un'indagine per crimini informatici può essere di per sé complessa, tenuto conto del tipo di accertamenti da svolgere; ma non tutte le indagini saranno complesse, e la complessità non potrà desumersi dal fatto che per i primi sei mesi/un anno non si è giunti ad alcun risultato concreto. La norma sembra voler limitare i casi di ricorso alla proroga di indagini, ed escludere richieste avanzate a fini dilatori o per cercare genericamente altri ipotetici percorsi investigativi.

Il problema, a questo punto, si incentra sul tipo di controllo che può esercitare il giudice per le indagini preliminari. Occorre comprendere fin dove può spingersi il giudice nel valutare che le indagini sono effettivamente complesse, tenendo presente che il pm deve offrire una motivazione sintetica, peraltro non accompagnata dalla *discovery* di alcun documento. Si ritiene che il pm dovrà indicare semplicemente le ragioni per cui le indagini risultano complesse, ma non anche elencare quali indagini debba ancora svolgere: tenuto conto che la richiesta di proroga dev'essere notificata all'indagato, e che quindi non vi sarebbe più segretezza delle indagini se la richiesta di proroga contenesse indicazioni che possono avvertire l'indagato su quali investigazioni si profilano all'orizzonte (si pensi alla necessità di richiedere l'autorizzazione a intercettazioni telefoniche o ambientali), la verifica del giudice sembra limitata alla sussistenza del requisito della complessità. Non sembrano possibili motivazioni tautologiche da parte del pubblico ministero; dubbia è la possibilità di giustificare la complessità delle indagini con la necessità di attendere gli esiti degli accertamenti delegati alla polizia giudiziaria.

Ciò posto, si pone un problema di non facile soluzione: premesso che l'art. 41, comma 1, lett. a del

8. L. D'Ancona, *Riforma del processo*, op. cit., pp. 127-128.

d.lgs n. 150/2022 introduce il nuovo art. 3-bis disp. att. cpp, secondo cui nella trattazione delle notizie di reato e nell'esercizio dell'azione penale il pubblico ministero si conforma ai criteri di priorità contenuti nel progetto organizzativo dell'ufficio, non è chiaro cosa accadrà alle notizie di reato che devono essere postergate, secondo il progetto organizzativo, e per le quali i termini delle indagini potrebbero decorrere, in tutto o in parte, inutilmente.

A prescindere dai casi di complessità delle indagini, per i quali può essere concessa la proroga, e tenendo presenti le riflessioni di Armando Spataro in questa Rivista⁹, non sembra possibile che il pubblico ministero possa omettere di svolgere indagini su notizie di reato che non rientrano tra le priorità dell'ufficio, ma può soltanto postergarle rispetto alle notizie di reato prioritarie. Il delicato equilibrio tra obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità implica che, comunque, anche le notizie di reato relative a reati di importanza non prioritaria debbano essere esaminate e trattate dal pm, con investigazioni finalizzate alla verifica della loro fondatezza, sempre nel rispetto dei termini di durata delle indagini.

Ai sensi del terzo comma dell'art. 406 cpp, l'indagato e la parte offesa (che abbia chiesto di essere informata) possono presentare memorie, il primo per contrastare la richiesta di proroga e la seconda, evidentemente, per supportarla. La decisione del giudice di prorogare le indagini è emanata con ordinanza; sotto tale profilo, nulla è cambiato rispetto all'attualità: il giudice dovrà motivare il suo provvedimento sulla base di quanto indicato dal pubblico ministero, ritenendo congrue le ragioni dedotte dall'organo inquirente. Ci si può aspettare un aumento dei casi di contraddittorio sulla richiesta di proroga delle indagini: l'indagato può avere interesse a un provvedimento con cui non si autorizzi la proroga, poiché in tal caso ogni ulteriore attività investigativa sarebbe inutilizzabile e aumenterebbe, quindi, la probabilità di una richiesta di archiviazione. Dal punto di vista del giudice per le indagini preliminari, il controllo non sarà particolarmente impegnativo, ma ad avviso di chi scrive il giudice dovrà esigere l'indicazione

concreta, da parte del pubblico ministero, dei motivi di complessità dell'indagine, evitando di avallare richieste contenenti la ripetizione tautologica della formulazione normativa.

9. L'archiviazione del procedimento

Appare possibile immaginare che, invece, la funzione del gip sarà più pregnante al momento della richiesta di archiviazione, e che vi sarà un aumento delle opposizioni da parte delle persone offese. Per i procedimenti relativi ai reati indicati nell'art. 405, comma 5-bis, cpp, non sembrano emergere problemi di sorta: la richiesta di proroga non deve essere notificata agli indagati e alle parti offese, e comunque il requisito della complessità sembra maggiormente dimostrabile.

Il sistema ideato per disciplinare le indagini preliminari è completato dai presupposti per la richiesta di archiviazione. L'art. 9, comma 1, lett. a della l. n. 134/2021 ha delegato il legislatore a modificare la regola di giudizio per l'archiviazione. Il presupposto dell'infondatezza della notizia di reato non si è rivelato idoneo a fungere da filtro: anche con l'introduzione dell'art. 125 disp. att. cpp e con l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, il numero di casi di rinvio a giudizio produttivi di assoluzioni o di proscioglimenti in udienza preliminare è stato ritenuto eccessivo¹⁰; il numero elevato di procedimenti non "filtrati" della fase preliminare e dibattimentale grava sul complessivo carico di lavoro dei giudici e determina indirettamente ritardi nello svolgimento dei processi che potrebbero concludersi con la condanna degli imputati; tale effetto è ancor più dirompente se riferito a procedimenti per reati gravi (ad esempio, reati di cd. "codice rosso", di criminalità organizzata o in materia ambientale).

La nuova formulazione obbliga, quindi, il pubblico ministero a formulare una prognosi tenendo presenti gli elementi emersi dalle indagini preliminari e a verificare se, effettivamente, vi sono probabilità *ragionevoli* per una condanna.

9. A. Spataro, *La selezione delle priorità nell'esercizio dell'azione penale: la criticabile scelta adottata con la legge 27 settembre 2021, n. 134*, in questa Rivista trimestrale, n. 4/2021, pp. 82 ss. (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/988/4-2021_qg_spataro.pdf).

10. Cfr. P. Curzio, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021*, Roma, 21 gennaio 2022, pp. 55-56 (www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Cassazione_Relazione_2022.pdf): «circa il 50% dei processi di primo grado introdotti dalla citazione diretta a giudizio da parte del pubblico ministero (54,8% nell'anno giudiziario 2020/2021; 50,5% nell'anno giudiziario 2019/2020) si conclude con l'assoluzione, sicché, tenuto conto che la citazione diretta rappresenta, a sua volta, oltre i due terzi del carico di lavoro del tribunale monocratico (262.085 nell'anno giudiziario 2020/2021; 297.650 nell'anno giudiziario 2019/2020), deve concludersi per la necessità di un rinnovato impegno dell'ufficio del pubblico ministero nello svolgimento di indagini complete e di un serio ed effettivo filtro giurisdizionale per evitare un inutile dispendio di energie e di costi, oltre che, *in primis*, la pena derivante dal semplice fatto di essere sottoposti a processo». Estremamente interessante l'esame della tabella riportata a p. 55 del documento.

Nel richiamare quanto già evidenziato nel commento alla legge delega¹¹, si rileva la necessità di una maggiore consapevolezza da parte del pubblico ministero circa il compendio di elementi indiziari necessari per la condanna, e *a contrario* l'obbligo, a carico dell'organo inquirente, di valutare compiutamente l'eventuale assenza di elementi probatori sufficienti a chiedere il rinvio a giudizio degli imputati. In sostanza, fino a questo momento il pubblico ministero non sembrava essere responsabilizzato circa l'esito del dibattimento, e il suo compito si esauriva con la valutazione circa la "non superfluità del processo". Ora il criterio della ragionevole probabilità di condanna, pur non coincidendo con il giudizio di colpevolezza «al di là di ogni ragionevole dubbio» (art. 533 cpp), impone una prognosi accurata, specie nei casi di citazione diretta a giudizio in cui non vi è il filtro dell'udienza preliminare: il pubblico ministero dovrà mettere in campo una più stringente capacità di valutazione prospettica della prova, incrementare la cultura del ragionamento probatorio, verificando se esiste almeno il nucleo essenziale degli elementi probatori che consentono di affermare la penale responsabilità degli imputati, al di là dell'esclusione di eventuali aggravanti.

Anche il giudice per le indagini preliminari sarà chiamato a una valutazione più pregnante circa le richieste di archiviazione, di cui è prevedibile un aumento in termini quantitativi e qualitativi (aumenteranno le fattispecie relative ai procedimenti per i quali si chiederà l'archiviazione), specie se si considera che i presupposti per l'eventuale riapertura delle indagini risultano molto più stringenti rispetto al passato.

10. La riapertura delle indagini

In proposito, si osserva che in base alla precedente formulazione dell'art. 414 cpp la riapertura delle indagini si fondava semplicemente sull'esigenza di nuove investigazioni; era dunque sufficiente un qualsiasi elemento (ad esempio, la dichiarazione di un nuovo collaboratore di giustizia) che suggerisse di procedere a nuove indagini, prescindendo dal loro esito.

Con la nuova formulazione cambia la prospettiva del pubblico ministero: le indagini si possono riaprire soltanto se le nuove fonti di prova, da sole o unite alle precedenti, possono determinare l'esercizio

dell'azione penale. Ciò obbliga l'organo inquirente e, poi, il giudice a: prospettarsi i mezzi di prova da ricercare; rappresentarsi il possibile scenario processuale; infine, formulare una prognosi circa la ragionevole probabilità di condanna laddove l'elemento probatorio che si intende acquisire con la richiesta di autorizzazione alla riapertura delle indagini abbia la valenza che, *ex ante*, l'organo inquirente ipotizzava potesse avere.

Pertanto il pubblico ministero, per riaprire le indagini, dovrebbe avere assicurazione circa la possibilità di acquisire specifiche fonti di prova, e prevedere che con tali nuovi elementi si potrà disporre o richiedere il rinvio a giudizio dell'indagato.

Ne consegue che il provvedimento di archiviazione (decreto o ordinanza all'esito dell'opposizione) ha carattere più stabile rispetto al passato, e la riapertura delle indagini diviene ipotesi abbastanza remota.

Ciò detto, *quid iuris* nell'ipotesi di richiesta di riapertura di procedimento contro ignoti? Come è possibile sapere sin dall'inizio che un nuovo elemento, e nuove investigazioni, potranno condurre a individuare il colpevole fino a quel momento rimasto ignoto, e preconizzarne la condanna? In realtà, la risposta sembra più facile di quanto appare: la norma richiede che, una volta acquisiti i nuovi elementi, anche uniti ai precedenti, sia *possibile* e non *probabile* l'esercizio dell'azione penale. Il *range* del criterio di *possibilità* è ben più ampio di quello di *probabilità*, ragion per cui sarà sufficiente prospettare che il rinvio a giudizio rientrerà nelle possibilità di esito del procedimento da riaprire.

11. Il controllo sulla legittimità della perquisizione

Del tutto priva di conseguenze processuali appare, infine, la previsione contenuta nel nuovo art. 252-*bis* cpp: l'opposizione al decreto di perquisizione emesso dal pubblico ministero introduce la possibilità di controllo del giudice, per la verifica della legittimità della perquisizione che abbia avuto esito negativo.

La norma è stata introdotta in ossequio a una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo¹², e non sembra possa determinare ripercussioni sul procedimento nel cui ambito è stata disposta la perquisizione: l'esclusione della perquisizione, da cui sia

11. L. D'Ancona, *Riforma del processo*, op. cit., pp. 131 ss.

12. Corte Edu, sez. I, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, che ha ritenuto l'Italia responsabile della violazione dell'art. 8, par. 2, Cedu, in una fattispecie in cui il ricorrente aveva lamentato di non aver potuto beneficiare di alcun controllo giurisdizionale preventivo, o *a posteriori*, circa la legittimità di una perquisizione disposta in indagini a seguito della quale non era stato sequestrato alcun bene. Vds., in proposito, la relazione illustrativa al d.lgs n. 150/2022, pp. 100-103 (www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1666216475_relazioneill-pulito-barrato-181022.pdf).

scaturito un sequestro, dal potere d'impugnazione – *rectius*: opposizione – fa salva ogni attività di ricerca della prova che abbia dato esito positivo.

Si prevede, pertanto, uno scarso ricorso a tale istituto, a meno di non utilizzare l'opposizione in esame per indurre indirettamente il pm a chiedere l'archiviazione del procedimento. Non è prevista alcuna sanzione per il caso in cui il gip accolga l'opposizione; il decreto di accoglimento non può dunque influire sulla posizione processuale dell'indagato ingiustamente e inutilmente perquisito. Tuttavia, tale provvedimento potrebbe essere utilizzato in caso di archiviazione del procedimento e conseguente apertura di un procedimento per calunnia a carico del denunciante. Più difficile, ma non del tutto improbabile, l'uso del decreto per supportare un esposto al Consiglio superiore della magistratura contro il pubblico ministero assegnatario del procedimento.

La futura casistica consentirà anche di comprendere se dal decreto del gip possa derivare una qualche conseguenza in materia di risarcimento del danno: attestato come ingiusto il fatto e, quindi, anche il decreto che ha ordinato la perquisizione, occorrerà stabilire caso per caso se sia produttivo di un danno risarcibile; inoltre, a una prima analisi, e salva l'ipotesi di decreto di perquisizione assolutamente privo di motivazione, non sembra che il decreto che dichiara ingiusto l'atto di indagine in questione possa fondare una pronuncia di responsabilità disciplinare, poiché è evidente che non si versa in ipotesi di grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile (art. 2, comma 1, lett. g, d.lgs n. 109/2006).

12. L'opposizione alla richiesta di archiviazione

Infine, la nuova disciplina sembra poter influire anche, indirettamente, sul procedimento camerale di opposizione alla richiesta di archiviazione.

Si prevede un aumento delle opposizioni alle richieste di archiviazione, atteso l'aumento del numero di archiviazioni che il pubblico ministero si determinerà a richiedere, in base alla nuova regola di giudizio della non ragionevole probabilità di condanna.

Appare tuttavia ipotizzabile un aumento dei casi di rigetto delle opposizioni, sempre alla luce dell'introduzione della nuova regola di giudizio della non ragionevole probabilità di condanna; ancor più scarse appaiono le probabilità di accogliere un'opposizione alla richiesta di archiviazione per un procedimento contro ignoti, a meno di evidenti carenze investigative.

A proposito dell'opposizione alla richiesta di archiviazione, sarebbe stata "cosa buona e giusta" eliminare l'obbligo di celebrare l'udienza camerale, e

rendere cartolare il contraddittorio anche in questo caso, al pari del caso di richiesta di retrodatazione dell'iscrizione della notizia di reato. Come previsto in quest'ultimo caso, si poteva stabilire che il giudice fissasse l'udienza camerale soltanto nel caso dell'avvertita necessità di sollecitare il contraddittorio orale. In tal modo si sarebbe evitato un inutile appesantimento del lavoro del gip, e si sarebbe eliminato un ostacolo a una più rapida definizione del procedimento. Del resto, in sede di controllo all'esito di una prima applicazione della nuova normativa, si potrebbe introdurre il semplice contraddittorio orale anche qualora il gip intenda respingere d'ufficio la richiesta di archiviazione: anche in questo caso sarebbe possibile alle parti un termine per depositare memorie al giudice, e consentire a quest'ultimo di fissare udienza camerale solo ove necessario.

13. Alcune novità che sarebbe stato utile introdurre (e che non sono state introdotte)

Proseguendo sulla scia delle novità che, a parere di chi scrive, il legislatore ha ommesso di introdurre, e che invece potrebbero costituire ulteriori rimedi per accelerare la durata dei procedimenti in fase di indagini, si osserva che non si è pensato di prevedere una durata massima del sequestro preventivo, in particolare del sequestro a fini di confisca, di cui all'art. 321 cpp, commi 2 e 2-bis. Tale misura cautelare è spesso applicata nell'ambito di procedimenti per reati di criminalità organizzata, in particolare in ipotesi di riciclaggio (648-bis cp) o trasferimento fraudolento di valori (art. 512-bis cp): oltre a sequestri di beni immobili e mobili registrati, la casistica giudiziaria è ricca di misure reali applicate ad aziende e società, con contestuale nomina di amministratori giudiziari. Orbene, a prescindere dalle ipotesi in cui è applicata una misura cautelare personale unitamente al sequestro preventivo, la misura reale permane anche dopo la fase delle indagini, potenzialmente fino alla pronuncia definitiva. Lo strumento è analogo al sequestro ai fini di prevenzione di cui all'art. 20 d.lgs n. 159/2011 e successive modificazioni; per quest'ultimo vige la disposizione di cui all'art. 24, comma 2, secondo cui «il provvedimento di sequestro perde efficacia se il tribunale non deposita il decreto che pronuncia la confisca entro un anno e sei mesi dalla data di immissione in possesso dei beni da parte dell'amministratore giudiziario. Nel caso di indagini complesse o compendi patrimoniali rilevanti, il termine di cui al primo periodo può essere prorogato con decreto motivato del tribunale per sei mesi. Ai fini del computo dei termini suddetti, si tiene conto delle cause di sospensione dei

termini di durata della custodia cautelare, previste dal codice di procedura penale, in quanto compatibili». È lo stesso legislatore a equiparare il termine di durata del sequestro di prevenzione ai termini di durata della custodia cautelare; la norma è stata parzialmente modificata dalla l. n. 161/2017, ma la sanzione della perdita di efficacia del sequestro in caso di mancata pronuncia del decreto di confisca entro il termine stabilito era già prevista nell'originario testo del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione. Non sembra peregrino il dubbio di legittimità costituzionale dei commi 2 e 2-bis dell'art. 321 cpp, nella parte in cui non prevedono un termine massimo di durata del sequestro preventivo a fini di confisca; l'irragionevole disparità di trattamento rispetto ai soggetti che subiscono sequestri di prevenzione appare evidente, avuto riguardo all'identica finalità dei due sequestri, di spossessare definitivamente l'indagato, o il proposto, del bene illecitamente conseguito. A tanto deve aggiungersi che con la fissazione di un termine massimo di durata dei sequestri preventivi di beni al fine di confisca si introdurrebbe una misura acceleratoria dei relativi procedimenti, che frequentemente hanno una durata eccessiva, tenuto conto che è improbabile la scelta di un rito alternativo da parte degli imputati e che l'amministrazione giudiziaria ha costi elevati e, invece, non elevate probabilità di conservare integra la capacità produttiva dell'azienda sequestrata.

A tale ultimo proposito è appena il caso di richiamare l'art. 41 Cost, secondo cui l'iniziativa economica privata è libera, anche al fine di produrre ricchezza; è vero che non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, ma nemmeno sembra possibile non tutelare il lavoro che essa genera (art. 35, comma 1, Cost.) e non proteggere i lavoratori dipendenti, che in caso di chiusura delle attività produttive sarebbero licenziati.

Sarebbe pertanto necessario evitare di mantenere il sequestro per un tempo eccessivo prima della confisca definitiva o dell'eventuale revoca per assoluzione dell'imputato: nel primo caso il ritardo nella confisca produce una stasi nell'amministrazione dei beni, che ha finalità solo conservative, mentre nella seconda ipotesi si priva ingiustamente l'imputato, poi assolto,

del bene o dei beni a lui intestati, con possibilità di provocargli un danno patrimoniale irreversibile.

Infine, il legislatore non ha ritenuto di intervenire sulle norme relative all'incidente probatorio: ai sensi dell'art. 398, comma 1, cpp, il giudice pronuncia ordinanza con cui accoglie, dichiara inammissibile o respinge la richiesta di incidente probatorio, ma non è previsto alcun rimedio nell'ipotesi di irragionevole rigetto della richiesta. È noto che l'incidente probatorio è forma di acquisizione anticipata della prova; se accolto, sicuramente riduce i tempi del dibattimento; ma non se ne è forse colto un ulteriore aspetto, quello di contribuire, a volte in modo decisivo, a illuminare l'orizzonte probatorio del procedimento, consentendo alle parti di rappresentarsi con maggiore chiarezza il probabile esito e scegliere consapevolmente la strada da imboccare. Se il giudice respinge la richiesta, pur in presenza dei presupposti che la legittimano, provoca un effetto negativo non solo per l'inevitabile allungamento del tempo del dibattimento di primo grado, ma impedisce anche alle parti di avere più chiaro il quadro probatorio. Eventuali riti alternativi, o eventuali richieste di archiviazione, sono solo gli estremi di una gamma di scelte che possono derivare dall'esito dell'incidente probatorio. Sarebbe, perciò, utile prevedere una qualche forma di impugnazione del provvedimento negativo del giudice, prevedendo un potere di opposizione¹³ avverso l'ordinanza di inammissibilità o di rigetto.

14. Conclusioni: il giudice per le indagini preliminari come garante

A conclusione della disamina, sembra possibile affermare che i meccanismi processuali introdotti dalla riforma Cartabia non rappresentano mere formalità e non riducono il pubblico ministero e il giudice a semplici burocrati – pignolo verificatore della correttezza delle sue indagini il primo, e occhiuto controllore dell'iter procedimentale il secondo –, ma sono espressione di garanzie costituzionali, direttamente ricollegabili al diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento e al diritto alla ragionevole durata del processo (artt. 24 e 111 Cost.). Come ha segnalato il regista Giuseppe Tornatore con un suo film

13. Si potrebbe mutuare il sistema di opposizione previsto, nel rito del lavoro, dall'art. 28 l. 300/1970: in base a tale norma, contro il decreto che decide sul ricorso dell'organizzazione sindacale è ammessa, entro quindici giorni dalla comunicazione del decreto alle parti, opposizione davanti al giudice monocratico in funzione di giudice del lavoro, che decide con sentenza immediatamente esecutiva. *Mutatis mutandis*, avverso l'ordinanza con cui il gip respinge o dichiara inammissibile la richiesta di incidente probatorio potrebbe ammettersi opposizione davanti ad altro gip della medesima sezione, che potrebbe decidere con un provvedimento (ordinanza) conclusivo della fase endoprocedimentale e non ulteriormente impugnabile. Se, a seguito di opposizione, l'incidente probatorio viene ammesso, il gip dell'opposizione potrebbe rimettere le parti dinanzi al giudice per le indagini preliminari titolare del procedimento, così da consentirgli di raccogliere la prova ammessa.

del 1994¹⁴, le formalità sono tali solo all'apparenza; e il ruolo del magistrato, sia esso pubblico ministero o giudice, diviene burocratico solo se lo si interpreta in tal guisa, dal momento che anche un provvedimento in apparenza banale, come una proroga dei termini delle indagini (art. 406 cpp), presuppone analisi e consapevolezza delle norme processuali e studio degli atti del procedimento, allo scopo di dare corpo alle garanzie poste a presidio di diritti di rango costituzionale.

Peraltro, l'aver sfruttato norme a garanzia del diritto di difesa, declinato in varie forme a seconda della fase o del subprocedimento da espletare,

per accelerare la durata dei procedimenti e quindi i tempi della "macchina giudiziaria" nel suo complesso, non è operazione scorretta di torsione degli istituti processuali a fini diversi da quelli per cui sono previsti, ma intelligente intuizione¹⁵ fondata sul presupposto di un'accresciuta rilevanza dell'art. 111 della Costituzione e dell'appartenenza di tale norma alla costellazione dei diritti umani fondamentali, insieme all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e agli articoli da 7 a 11 della Dichiarazione universale dei diritti umani approvata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite.

14. *Una pura formalità*, film presentato in concorso al 47° Festival di Cannes, interpretato da Gérard Depardieu, Roman Polanski e Sergio Rubini.

15. Con ciò non si vuole affermare che la riforma contenga tutte novità da apprezzare positivamente e di cui essere entusiasti; significa soltanto che occorre analizzare le innovazioni con spirito laico, al di là di ogni dichiarato intento del legislatore e di ogni eventuale atteggiamento dell'interprete di paura o di stizza verso le novità, per verificarne l'effettiva portata e le concrete ripercussioni sul sistema preesistente. Solo in tal modo si potranno valutare, una per una, le nuove norme, ed esprimere una critica ragionata, priva di pregiudizi e di riserve mentali, a volte generate nei magistrati da conservatorismo o, meglio, corporativismo.

Il contraddittorio e la fuga dell'imputato dal processo

di *Domenico Gallo*

La regolare instaurazione del contraddittorio – funzionale all'esercizio del diritto di difesa – è un diritto fondamentale che ha rilievo costituzionale e riceve protezione anche da norme di carattere sovranazionale. Di qui il rilievo delle garanzie che devono presidiare la celebrazione del processo in assenza, già riformato nel 2014 e oggi nuovamente interessato – con un rafforzamento di garanzie – dalla cd. “riforma Cartabia”.

Il contributo – nel ripercorrere la novella e nell'esaminarne la coerenza con i principi costituzionali, convenzionali ed eurolunitari – affronta in conclusione il tema del possibile “abuso del sistema di garanzie” e del pregiudizio che detto abuso può determinare per il diritto delle vittime di reato ad ottenere una risposta di giustizia dal sistema giudiziario.

1. Il contraddittorio e la sua declinazione / 2. Il processo contro l'imputato assente / 3. La riforma Cartabia / 4. Le fonti sovranazionali: la direttiva UE 2016/343 / 5. La coerenza della riforma Cartabia con la direttiva UE 2016/343 / 6. L'abuso del diritto nell'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea / 7. Il diritto delle vittime ad avere un processo e l'abuso del contraddittorio

1. Il contraddittorio e la sua declinazione

La regolare instaurazione del contraddittorio è sempre stata uno dei punti di crisi del processo penale. Va da sé che, senza contraddittorio, non esiste processo penale, né sarebbe possibile operare un bilanciamento fra il diritto dell'imputato di venire a conoscenza del processo per esercitare la propria difesa, con altri principi inerenti alla tutela di beni pubblici di rilievo costituzionale, collegati all'obbligatorietà e all'efficienza del processo penale. Non a caso, l'art. 24 della Costituzione dichiara che: «La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento», laddove l'aggettivo «inviolabile» crea un canale diretto con la formula dell'art. 2, sui diritti «inviolabili» dell'uomo. È fuor di dubbio che, nel catalogo di diritti «inviolabili» ascrivibile all'art. 2 Cost., rientra il diritto alla difesa. Per giurisprudenza costituzionale,

il principio di cui all'art. 24 Cost. costituisce uno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano, essendo «intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio» (Corte cost., n. 18/1982). Che si tratti di un principio supremo dell'ordinamento non bilanciabile neanche con gli obblighi nascenti da fonti internazionali, introdotti nell'ordinamento attraverso il canale di cui all'art. 10 Cost., lo ha ribadito la fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 238/2014, in materia di diniego dell'obbligo di esecuzione di una sentenza della Corte internazionale di giustizia in relazione al principio supremo di cui all'art. 24 Cost.

La concreta possibilità dell'imputato di difendersi dalle accuse sollevate contro di lui in un processo penale è l'architrave su cui si fonda il diritto inviolabile alla difesa. Le fonti internazionali hanno

specificamente articolato i contenuti del contraddittorio. In particolare, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, in tema di giusto processo (art. 6) precisa:

«3. Ogni accusato ha più specialmente diritto a:

a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile, e in un modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico;

b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la sua difesa;

c) difendersi da sé o avere l'assistenza di un difensore di propria scelta e, se non ha i mezzi per ricompensare un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio quando lo esigano gli interessi della giustizia;

d) interrogare o far interrogare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;

e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nell'udienza».

Com'è noto, le formule della Cedu sul giusto processo sono state riprese quasi testualmente dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, che ha novellato il testo dell'art. 111 Costituzione.

Una volta preso atto dei contenuti specifici e del valore insuperabile del contraddittorio, occorre confrontarsi con gli strumenti e i rimedi processuali predisposti dall'ordinamento per garantire il diritto alla difesa anche nei casi di silenzio o di fuga dell'imputato dal processo. D'altro canto, non si possono ignorare i rischi che possono derivare dall'abuso del diritto.

La possibilità di celebrare un processo *in absentia* si regge sulla necessità che l'imputato abbia contezza del processo e delle contestazioni sollevate a suo carico.

2. Il processo contro l'imputato assente

Con la legge 28 aprile 2014, n. 67, l'istituto della contumacia è stato sostituito dall'istituto dell'assenza dell'imputato. Il nuovo testo dell'art. 420-*bis* prevedeva una serie di indici sintomatici, riferiti a fatti e atti avvenuti nella fase pre-processuale, per valutare la regolare instaurazione del contraddittorio nei confronti dell'imputato non presente.

In particolare, il comma secondo prevedeva:

«2. Salvo quanto previsto dall'articolo 420-*ter*, il giudice procede altresì in assenza dell'imputato che nel corso del procedimento abbia dichiarato o eletto domicilio ovvero sia stato arrestato, fermato o sottoposto a misura cautelare ovvero abbia nominato un

difensore di fiducia, nonché nel caso in cui l'imputato assente abbia ricevuto personalmente la notificazione dell'avviso dell'udienza ovvero risulti comunque con certezza che lo stesso è a conoscenza del procedimento o si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo».

I tali casi, accertata la regolare instaurazione del contraddittorio, l'imputato assente si considerava rappresentato, a tutti gli effetti, dal difensore. Le sezioni unite della Cassazione, con la sentenza n. 23948/2020 (deliberata in data 28 novembre 2019), hanno escluso che l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio da parte dell'indagato fosse sufficiente ai fini della dichiarazione d'assenza, escludendo che la norma avesse introdotto delle vere e proprie "presunzioni" di conoscenza. Al riguardo, hanno affermato il seguente principio di diritto:

«Ai fini della dichiarazione di assenza non può considerarsi presupposto idoneo la sola elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio da parte dell'indagato, dovendo il giudice, in ogni caso, verificare, anche in presenza di altri elementi, che vi sia stata l'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'indagato, tale da fargli ritenere con certezza che quest'ultimo abbia avuto conoscenza del procedimento ovvero si sia sottratto volontariamente alla stessa».

3. La riforma Cartabia

La cd. "riforma Cartabia", di cui al d.lgs n. 150/2022, come noto, ha ridisegnato interamente la disciplina dell'assenza risultante dalla legge 28 aprile 2014, n. 67. L'obiettivo della riforma è quello di ridefinire i casi in cui l'imputato si deve ritenere presente o assente nel processo, prevedendo che il processo possa svolgersi in assenza dell'imputato solo quando esistono elementi idonei a dare certezza del fatto che egli è a conoscenza della pendenza del processo e che la sua assenza è dovuta a una sua scelta volontaria e consapevole. La rimodulazione, resasi necessaria anche per adeguare la normativa interna alle fonti sovranazionali (in particolare alla direttiva UE 2016/343 e alla giurisprudenza della Corte Edu), ha investito sia il profilo dei presupposti legittimanti la celebrazione del processo in assenza, sia quello dei rimedi. Quanto al primo aspetto, si osserva che, in attuazione della delega contenuta all'art. 1, comma 7, lett. a della legge 27 settembre 2021, n. 134, che chiamava il legislatore a «ridefinire i casi in cui l'imputato si deve ritenere presente o assente nel processo, prevedendo che il processo possa svolgersi in assenza dell'imputato quando esistono elementi idonei a dare certezza del fatto che egli è a conoscenza della pendenza del

processo e che la sua assenza è dovuta a una sua scelta volontaria e consapevole», sono state eliminate le presunzioni di conoscenza prima elencate al comma 2 dell'art. 420-*bis*, attribuendo al giudice la centralità nella verifica in concreto circa la reale conoscenza del processo da parte dell'imputato.

Il nuovo testo dell'art. 420-*bis* introdotto dalla riforma Cartabia consente, in effetti, la prosecuzione del processo "in assenza" dell'imputato, nei seguenti casi:

a) quando l'imputato è stato citato a comparire a mezzo di notificazione dell'atto in mani proprie o di persona da lui espressamente delegata al ritiro dell'atto;

b) quando l'imputato ha espressamente rinunciato a comparire o, sussistendo un impedimento ai sensi dell'art. 420-*ter*, ha rinunciato espressamente a farlo valere;

c) quando il giudice ritiene altrimenti provato che l'imputato ha effettiva conoscenza della pendenza del processo e che la sua assenza all'udienza è dovuta a una scelta volontaria e consapevole;

d) quando l'imputato è stato dichiarato latitante o si è in altro modo volontariamente sottratto alla conoscenza della pendenza del processo.

Il legislatore ha affidato al giudice un ampio margine di discrezionalità per verificare, in concreto, se sussistano i presupposti per la celebrazione del "processo in assenza": in particolare, il giudice «tiene conto, a tal fine, delle modalità della notificazione, degli atti compiuti dall'imputato prima dell'udienza, della eventuale nomina di un difensore di fiducia o comunque di ogni altra circostanza rilevante» (c.vg aggiunto). Qualora sussistano le condizioni sopraindicate, l'imputato – come noto – viene dichiarato assente e rappresentato dal difensore.

4. Le fonti sovranazionali: la direttiva UE 2016/343

La nuova disciplina del processo *in absentia* deve essere letta alla luce della direttiva UE 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. L'articolo 1 di tale direttiva, intitolato «Oggetto», così dispone:

«La presente direttiva stabilisce norme minime comuni concernenti:

a) alcuni aspetti della presunzione di innocenza nei procedimenti penali;

b) il diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali».

In particolare, vanno richiamati testualmente i principali *considerando* e gli artt. 8 e 9.

I *considerando* 9, 10, 33, da 35 a 39, 42, 43 e 47 della direttiva 2016/343 sono così formulati:

«(9) La presente direttiva intende rafforzare il diritto a un equo processo nei procedimenti penali, stabilendo norme minime comuni relative ad alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo.

(10) Stabilendo norme minime comuni sulla protezione dei diritti procedurali di indagati e imputati, la presente direttiva mira a rafforzare la fiducia degli Stati membri nei reciproci sistemi di giustizia penale (...).

(33) Il diritto a un equo processo è uno dei principi fondamentali di una società democratica. Il diritto degli indagati e imputati di presenziare al processo si basa su tale diritto e dovrebbe essere garantito in tutta l'Unione [europea].

(35) Il diritto degli indagati e imputati di presenziare al processo non è assoluto: a determinate condizioni, gli indagati e imputati dovrebbero avere la possibilità di rinunciarvi, esplicitamente o tacitamente, purché in modo inequivocabile.

(36) In determinate circostanze, dovrebbe essere possibile pronunciare una decisione sulla colpevolezza o innocenza dell'indagato o imputato anche se l'interessato non è presente al processo. Ciò potrebbe verificarsi qualora l'indagato o imputato sia stato informato in tempo utile del processo e delle conseguenze di una mancata comparizione e ciò nonostante non compaia in giudizio. Il fatto che l'indagato o imputato sia informato del processo dovrebbe essere inteso nel senso che l'interessato è citato personalmente o è informato ufficialmente con altri mezzi della data e del luogo fissati per il processo, in modo tale da consentirgli di venire a conoscenza del processo. Il fatto che l'indagato o imputato sia informato delle conseguenze di una mancata comparizione dovrebbe essere inteso, in particolare, nel senso che l'interessato è informato del fatto che potrebbe essere pronunciata la decisione nel caso in cui non compaia in giudizio.

(37) Dovrebbe inoltre essere possibile celebrare un processo che possa concludersi con una decisione di colpevolezza o innocenza in assenza dell'indagato o imputato, qualora quest'ultimo sia stato informato del processo e abbia conferito mandato a un difensore, nominato da lui o dallo Stato, per rappresentarlo in giudizio e che abbia rappresentato l'indagato o imputato.

(38) Nell'esaminare se il modo in cui sono state fornite le informazioni sia sufficiente per assicurare che l'interessato sia a conoscenza del processo, si dovrebbe, se del caso, prestare particolare attenzione anche alla diligenza delle autorità pubbliche nell'informare l'interessato e alla diligenza di cui ha dato prova l'interessato al fine di ricevere le informazioni a lui destinate.

(39) Qualora gli Stati membri prevedano la possibilità che i processi siano svolti in assenza dell'indagato o imputato, ma le condizioni per prendere una decisione in assenza di un determinato indagato o imputato non siano soddisfatte, poiché la persona in questione non può essere rintracciata nonostante i ragionevoli sforzi profusi, ad esempio in caso di fuga o di latitanza, dovrebbe essere comunque possibile adottare la decisione in assenza dell'indagato o imputato ed eseguirla. In tal caso, gli Stati membri dovrebbero garantire che l'indagato o imputato, una volta informato della decisione, soprattutto in caso di arresto, sia informato anche della possibilità di impugnare la decisione e del diritto a un nuovo processo, o a un altro mezzo di ricorso giurisdizionale. (...)

(42) Gli Stati membri dovrebbero garantire che, nell'attuazione della presente direttiva, soprattutto per quanto riguarda il diritto di presenziare al processo e il diritto a un nuovo processo, si tenga conto delle esigenze specifiche delle persone vulnerabili. Conformemente alla raccomandazione della Commissione del 27 novembre 2013 sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate in procedimenti penali [GU 2013, C 378, p. 8], per indagati o imputati vulnerabili si dovrebbero intendere tutti gli indagati o imputati che non sono in grado di capire o partecipare efficacemente al procedimento penale per ragioni di età, condizioni mentali o fisiche o eventuali disabilità.

(43) I minori sono vulnerabili e dovrebbero beneficiare di un livello di protezione specifico. Pertanto, in ordine ad alcuni diritti previsti dalla presente direttiva, dovrebbero essere stabilite garanzie procedurali specifiche.

(47) La presente direttiva difende i diritti fondamentali e i principi riconosciuti dalla Carta e dalla Cedu [Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950], compresi la proibizione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti, il diritto alla libertà e alla sicurezza, il rispetto della vita privata e familiare, il diritto all'integrità della persona, i diritti del minore, l'inserimento delle persone con disabilità, il diritto a un ricorso effettivo e il diritto a un equo processo, la presunzione di innocenza e i diritti della difesa. Si dovrebbe tenere conto in particolare dell'articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea [Tue], che afferma [che] l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta, e che i diritti fondamentali, garantiti dalla Cedu e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

L'articolo 8 di detta direttiva, intitolato «Diritto di presenziare al processo», prevede quanto segue:

«1. Gli Stati membri garantiscono che gli indagati e imputati abbiano il diritto di presenziare al proprio processo.

2. Gli Stati membri possono prevedere che un processo che può concludersi con una decisione di colpevolezza o innocenza dell'indagato o imputato possa svolgersi in assenza di quest'ultimo, a condizione che:

a) l'indagato o imputato sia stato informato in un tempo adeguato del processo e delle conseguenze della mancata comparizione; oppure

b) l'indagato o imputato, informato del processo, sia rappresentato da un difensore incaricato, nominato dall'indagato o imputato oppure dallo Stato.

3. Una decisione adottata a norma del paragrafo 2 può essere eseguita nei confronti dell'indagato o imputato.

4. Qualora gli Stati membri prevedano la possibilità di svolgimento di processi in assenza dell'indagato o imputato, ma non sia possibile soddisfare le condizioni di cui al paragrafo 2 del presente articolo perché l'indagato o imputato non può essere rintracciato nonostante i ragionevoli sforzi profusi, gli Stati membri possono consentire comunque l'adozione di una decisione e l'esecuzione della stessa. In tal caso, gli Stati membri garantiscono che gli indagati o imputati, una volta informati della decisione, in particolare quando siano arrestati, siano informati anche della possibilità di impugnare la decisione e del diritto a un nuovo processo o a un altro mezzo di ricorso giurisdizionale, in conformità dell'articolo 9.

6 L'articolo 9 della direttiva, intitolato «Diritto a un nuovo processo», è così formulato:

«Gli Stati membri assicurano che, laddove gli indagati o imputati non siano stati presenti al processo e non siano state soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 8, paragrafo 2, questi abbiano il diritto a un nuovo processo o a un altro mezzo di ricorso giurisdizionale, che consenta di riesaminare il merito della causa, incluso l'esame di nuove prove, e possa condurre alla riforma della decisione originaria. In tale contesto, gli Stati membri assicurano che tali indagati o imputati abbiano il diritto di presenziare, di partecipare in modo efficace, in conformità delle procedure previste dal diritto nazionale e di esercitare i diritti della difesa».

5. La coerenza della riforma Cartabia con la direttiva UE 2016/343

Considerando questa disciplina nel suo complesso, deve escludersi che la direttiva abbia operato un bilanciamento fra il diritto al contraddittorio dell'imputato e l'esigenza di efficienza del processo penale, in considerazione del valore dei beni pubblici alla cui tutela il sistema penale è sotteso. Nell'esigenza di armonizzare la disciplina degli Stati membri, la direttiva conferma il carattere del contraddittorio come diritto inviolabile, poiché, nelle ipotesi in cui in concreto si

verifichi una lesione del diritto dell'imputato di essere informato e di partecipare al processo, è previsto che tale lesione debba comunque essere sanata *ex post*, prevedendo il diritto a un nuovo processo o a un rimedio giurisdizionale che consenta il riesame nel merito della causa. Ciò non toglie che il diritto, non scalfibile, al contraddittorio debba essere contemperato con l'esigenza di efficienza del processo penale. L'esigenza è di impedire che un uso strumentale del diritto al contraddittorio, come la fuga dell'imputato dal processo, possa essere utilizzato per paralizzare il processo penale e pregiudicare i diritti delle parti private interessate all'accertamento dei fatti-reato. Infatti, il processo *in absentia* è comunque consentito (salvo i rimedi per l'imputato inconsapevole) ove l'indagato o imputato non possa essere rintracciato «nonostante i ragionevoli sforzi profusi» dagli Stati membri.

A questi criteri si è ispirata la riforma Cartabia, come osserva la *Relazione* dell'Ufficio del massimario della Corte suprema di cassazione. La disciplina dell'assenza dell'imputato, collocata dall'art. 23 d.lgs n. 150/2022 nell'art. 420-*bis* cpp, che viene pressoché integralmente riformulato, ruota intorno a due elementi fondamentali: lo smantellamento di ogni forma di presunzione e del sistema di conoscenza legale, sostituito da quello di effettività; la centralità del giudice nella verifica in concreto della reale conoscenza del processo da parte dell'imputato. Nel nuovo sistema delineato dal d.lgs n. 150/2022, la valutazione in ordine alla possibilità di procedere in assenza è ancora affidata al giudice dell'udienza preliminare, nel caso di procedimenti per i quali essa è prevista, e anzi quell'udienza costituisce la sede propria e unica in cui tale accertamento deve essere effettuato, atteso che (come rilevato dalla *Relazione illustrativa*) è in tale momento che si incardina il rapporto processuale e deve essere valutata la piena consapevolezza dell'imputato in ordine alla celebrazione del processo, sicché non è necessario che tale valutazione sia poi rinnovata nelle fasi successive del giudizio, le quali costituiscono, nell'ottica della riforma, una mera prosecuzione del processo¹. In attuazione del criterio di cui alla lett. c dell'art. 7 della legge delega, il d.lgs n. 150/2022 ha introdotto due ulteriori ipotesi di assenza, all'espresso fine – secondo quanto si legge nella *Relazione illustrativa* – di adeguarsi alle previsioni della direttiva UE 343/2016. Stabilisce il novellato comma 2 dell'art. 420-*bis* che si procede in assenza anche quando il giudice ritiene «altrimenti provato» che l'imputato abbia conoscenza effettiva della

pendenza del processo e che, pertanto, la sua assenza in udienza è dovuta a una scelta consapevole. La disposizione si riferisce a situazioni in cui, pur non essendovi stata una notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza a mani dell'imputato, tuttavia ricorrono una molteplicità di elementi che inducono comunque il giudice a ritenere che egli abbia avuto cognizione del processo. Viene attribuito al giudice il compito di operare in concreto, e caso per caso, tale valutazione. A tal fine, l'art. 420-*bis*, comma 2, indica alcuni elementi che sono indici meramente sintomatici e puramente esemplificativi della conoscenza del processo e che il giudice può valutare ai fini dell'accertamento che è chiamato ad operare. Il giudice potrà altresì considerare ogni altro elemento che egli ritenga rilevante, dal momento che – come sottolineato anche nella *Relazione illustrativa* ed evidenziato dal tenore letterale della disposizione – l'elencazione contenuta nel comma 2 è meramente esemplificativa, potendo il giudice trarre elementi di valutazione anche da altre circostanze. La regola della necessaria conoscenza dello svolgimento del processo incontra due deroghe indicate nel comma 3 dell'art. 420-*bis*. Questo consente che, anche in mancanza delle condizioni indicate nei commi precedenti, si proceda in assenza nei confronti dell'imputato latitante o che si sia volontariamente sottratto alla conoscenza della pendenza del processo. In tali ipotesi, non vi è la certezza che egli sia consapevole dell'esistenza di un processo, e tuttavia il legislatore dispone che questo faccia comunque il suo corso. Tale deroga, che costituisce attuazione del criterio dettato dall'art. 1, comma 7, lett. f della legge delega, è conforme alla direttiva UE 2016/343, che all'art. 8, par. 3, consente agli Stati membri di svolgere il processo in assenza quando l'imputato non può essere rintracciato, «nonostante gli sforzi profusi». Ulteriore ipotesi di deroga è prevista nel caso di volontaria sottrazione alla conoscenza del processo, la quale ricorre quando l'imputato, avendo avuto una qualche informazione in ordine al fatto che si svolgerà un processo nei suoi confronti, fa in modo di non ricevere alcuna comunicazione ufficiale da parte degli organi a ciò preposti. In tal caso, la deroga si giustifica in ragione della volontà dell'imputato non solo di sottrarsi al processo, ma prima ancora di ostacolarne lo svolgimento impedendo di esserne formalmente informato. Anche in tal caso, spetta al giudice accertare se ricorrano i presupposti di tale ipotesi derogatoria e, in caso affermativo, darne conto con specifica motivazione².

1. Vds. Corte suprema di cassazione, Ufficio del massimario, *Relazione su novità normativa. La "riforma Cartabia"*, Roma, 5 gennaio 2023, pp. 94-95 (www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1673352536_relazione-massimario-2-2023.pdf).

2. Vds. Corte suprema di cassazione, Ufficio del massimario, *Relazione, cit.*, p. 98.

L'art. 420-bis, peraltro, predispone altresì dei rimedi "interni" all'udienza preliminare per le ipotesi in cui si sia proceduto in assenza pur in mancanza dei presupposti. Due sono le ipotesi che vengono in considerazione e differenti sono i rimedi per esse apprestati. Innanzitutto, è possibile che l'assenza sia stata correttamente dichiarata dal giudice e tuttavia l'imputato, prima della decisione, sia comparso in udienza. Ciò comporta che il giudice debba revocare, anche d'ufficio, l'ordinanza che ha dichiarato l'assenza e debba altresì rimettere l'imputato in termini per esercitare le facoltà dalle quali è decaduto.

A tal fine, tuttavia, devono ricorrere le condizioni specificamente indicate dal comma 6 dell'art. 420-bis, che è onere dell'imputato provare. Queste consistono:

a) nell'esistenza di caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento che gli abbiano impedito in modo assoluto di comparire in tempo utile per esercitare le facoltà dalle quali è decaduto e nel fatto di essere stato nella assoluta impossibilità di trasmettere tempestivamente la prova dell'impedimento, senza che sia ravvisabile una sua colpa;

b) nelle ipotesi in cui il giudice abbia ritenuto "altrimenti provata" l'effettiva conoscenza del processo, ovvero nel caso di latitanza o di volontaria sottrazione, l'imputato deve fornire la prova di non aver avuto conoscenza del processo e di non essere stato in grado, senza sua colpa, di intervenire in tempo utile per esercitare le facoltà dalle quali è decaduto;

c) quando risulti comunque che non ricorrevano i presupposti per dichiarare l'assenza.

L'art. 420-bis contempla altresì un rimedio generale per l'ipotesi in cui il giudice si avveda che l'assenza sia stata erroneamente dichiarata. In tal caso, egli revoca anche d'ufficio l'ordinanza che ha dichiarato l'assenza e provvede a norma del comma 5, rinviando l'udienza e disponendo che l'avviso di fissazione dell'udienza, la richiesta di rinvio a giudizio e il verbale dell'udienza siano notificati all'imputato a mezzo polizia giudiziaria.

Quindi, tutti i parametri imposti dalla direttiva n. 343/2016 citata appaiono rispettati nell'attuale normativa italiana, se interpretata in maniera conforme alla direttiva stessa.

6. L'abuso del diritto nell'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea

La Corte di Lussemburgo, in una recente decisione del 19 maggio 2022 (nella causa C-569/20), ha affrontato il tema dell'interpretazione della direttiva UE 2016/343 nel caso di fuga dell'imputato dal processo.

La fattispecie alla base della decisione concerneva, in particolare, un imputato accusato in Bulgaria di partecipazione a un'organizzazione criminale rivolta alla commissione di reati tributari punibili con la detenzione. L'interessato non era stato in alcun modo rintracciato. A nulla erano valse le ricerche condotte tra i componenti della sua famiglia, i precedenti datori di lavoro e gli operatori della telefonia mobile. Il giudice deduceva, quindi, che l'accusato si era dato alla fuga. Sennonché, incerto sulla portata della direttiva UE 2016/343, il Tribunale della Bulgaria decideva di sospendere il procedimento e di attivare lo strumento di cui all'art. 267 Tfu, al fine di interpellare la Corte di giustizia in proposito.

I giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto l'effetto diretto degli artt. 8, par. 4 e 9 dello strumento in questione, in quanto – hanno argomentato – tali previsioni: «enunciano in modo incondizionato e sufficientemente preciso l'ambito di applicazione e la portata del diritto a un nuovo processo».

La conclusione cui è giunta la Corte di giustizia legittima ogni persona, avente un diritto a un nuovo processo alla luce della direttiva in discorso, a pretendere la sua osservanza davanti ai giudici nazionali, sia laddove lo Stato abbia ommesso di implementare l'atto *de quo* nei termini fissati per il suo recepimento, sia qualora, pur nel rispetto delle tempistiche, abbia attuato la direttiva in maniera non corretta.

In proposito, la Corte di giustizia ha statuito che la direttiva osta a una disciplina nazionale che esclude il diritto a un nuovo processo per la sola ragione che l'imputato si è dato alla fuga e che le autorità non sono riuscite a rintracciarlo.

In relazione a una tale circostanza – hanno proseguito i giudici eurounitari – ciò che occorre accertare è la presenza di «indizi precisi e oggettivi», tali da far ritenere che il prevenuto, «pur essendo stato informato di essere accusato di aver commesso un reato e, sapendo quindi che un processo si sarebbe svolto nei suoi confronti, agisca deliberatamente in modo da evitare di ricevere ufficialmente le informazioni relative alla data e al luogo del processo».

Tale fattispecie può considerarsi, secondo la Corte, rientrante nell'art. 8, par. 2, dir. UE 2016/343, con conseguente possibilità di svolgere un procedimento in assenza, senza il diritto ai rimedi successivi di cui all'art. 9 della medesima fonte.

Questa interpretazione è corroborata dal *considerando* n. 38, secondo cui, al fine di vagliare se il modo in cui le informazioni fornite sia sufficiente per garantire la conoscenza del processo da parte dell'interessato, occorre tenere conto non solo della diligenza delle autorità, ma anche di quella del prevenuto.

In conclusione, la Corte ha statuito che gli artt. 8 e 9 della direttiva devono essere interpretati nel senso

che un prevenuto che le autorità non sono riuscite a rintracciare, nonostante i loro ragionevoli sforzi, può essere oggetto di un processo in assenza. La regola generale, tuttavia, è che egli, al momento della notifica dell'eventuale condanna, deve avere il diritto a un nuovo processo o comunque a un rimedio giurisdizionale equivalente, in grado di consentire un nuovo esame del merito della causa. Vi è, però, al contempo, un limite all'esercizio di tale diritto. Secondo i rilievi della pronuncia, siffatto limite sussiste qualora, sulla scorta di indizi oggettivi e precisi, si evinca che l'accusato ha ricevuto informazioni sufficienti per potersi avvedere del fatto che si sarebbe svolto un processo nei suoi confronti e, nonostante ciò, «con atti deliberati e al fine di sottrarsi all'azione della giustizia, ha impedito alle autorità di informarlo ufficialmente di tale processo».

Si è così giunti alla conclusione secondo cui, salva la possibilità di svolgere in siffatte circostanze un giudizio *in absentia*, in linea di principio deve essere assicurata al condannato una *restitutio in integrum*, con una ripetizione del processo. L'interessato non può, tuttavia, approfittare di tale situazione, di modo che la garanzia non sorge laddove egli sia stato ufficialmente informato di essere accusato di un reato e sussistano indizi oggettivi e precisi da cui si ricava la sua volontà di sottrarsi alla ricezione delle informazioni sul processo fornite dalle autorità.

Secondo i chiarimenti della Corte di giustizia, i rimedi successivi potrebbero essere negati ove, sulla scorta di indizi oggettivi e precisi, il giudice accerti che l'interessato, ufficialmente informato di essere accusato di un reato, abbia, con atti deliberati e al fine di sottrarsi all'azione della giustizia, impedito alle autorità, nonostante i loro ragionevoli sforzi, di informarlo del processo. Nel caso di condotta sottrattiva dell'imputato, quindi, egli può essere processato *in absentia* in ragione di tale comportamento senza conoscere dell'attività giudiziaria svolta nei propri confronti, poiché egli si «è sottratto alla conoscenza». Si tratta dell'unica ipotesi in cui si possa procedere pur se la parte ignori la *vocatio in ius*. Anche la corte di Strasburgo ha ammesso, in certi casi, che la dichiarazione di assenza per *facta concludentia* possa essere compatibile con l'art. 6 Cedu, in quanto dimostrativi del fatto che l'accusato sa che una procedura penale è diretta contro di lui e conosce la natura e la causa dell'accusa, ma non ha l'intenzione di prendere parte al processo (*Pittito c. Italia*). Ma *quid iuris*, si chiede la Corte, qualora le autorità abbiano tentato in ogni modo di venire a contatto con l'imputato con indagini circostanziate e meticolose, e ciò nonostante non siano riuscite a trovarlo? Questo può essere considerato un inequivocabile indizio che l'interessato è a conoscenza del processo e non intende parteciparvi. Il concetto di inesigibilità della condotta potrebbe trovare

qui naturale applicazione, perché nessuna censura ai sensi del diritto convenzionale potrebbe muoversi nei confronti dello Stato membro diligente. La chiave di volta risiede nel *considerando* 38: «nell'esaminare se il modo in cui sono state fornite le informazioni sia sufficiente per assicurare che l'interessato sia a conoscenza del processo si dovrebbe prestare particolare attenzione anche alla diligenza delle autorità pubbliche nell'informare l'interessato e alla diligenza di cui ha dato prova l'interessato al fine di ricevere le informazioni a lui destinate» – quindi esiste in capo all'interessato un vero e proprio obbligo di diligenza nel ricevere le notificazioni. La Corte di giustizia decide in merito a un caso di un imputato che ha ricevuto informazioni sufficienti per sapere che si sarebbe svolto un processo nei suoi confronti (senza alcun riferimento a documenti ufficiali come unica fonte conoscitiva) e che, con il fine di sottrarsi all'azione di giustizia, abbia dolosamente impedito alle autorità di informarlo con un documento ufficiale.

Gli obblighi informativi delle autorità non sono assoluti: se esse agiscono con la massima diligenza possibile al fine di rendere edotto l'interessato dell'atto imputativo e, ciononostante, non riescono nell'intento per cause connesse alla condotta del soggetto da informare, allora l'eventuale condanna dell'assente non solo potrà essere legittimamente adottata, ma anche successivamente eseguita senza che sia consentita l'attivazione dei rimedi di cui all'art. 9 della direttiva. La Corte di giustizia ammette che la consapevolezza di essere interessato da attività giudiziaria può essere anche reperita altrimenti, ad esempio da articoli di giornale o comunicazioni ufficiose. La Corte di giustizia, in buona sostanza, si dimostra assolutamente consapevole del pericolo di abuso del diritto e di fuga dal processo da parte degli imputati che si rendono irreperibili.

Vale la pena di riportare testualmente i passi principali della motivazione della sentenza in questione e il dispositivo:

«24. Con le sue questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli articoli 8 e 9 della direttiva 2016/343 debbano essere interpretati nel senso che un imputato, che le autorità nazionali competenti, nonostante i loro ragionevoli sforzi, non riescono a rintracciare e al quale tali autorità non sono riuscite, per tale motivo, a comunicare le informazioni relative al processo nei suoi confronti, possa essere oggetto di un processo e, se del caso, di una condanna in contumacia, senza avere la possibilità, a seguito della notifica di tale condanna, di far valere direttamente il diritto, conferito da tale direttiva, di ottenere la riapertura del processo o l'accesso a un mezzo di ricorso giurisdizionale equivalente che conduca ad un nuovo esame, in sua presenza, del merito della causa.

(...)

30. Pertanto, quando ricorrono le condizioni enunciate a detto articolo 8, paragrafo 2, il processo svolto in contumacia può concludersi con una decisione che, conformemente a quanto previsto dal paragrafo 3 del medesimo articolo, può essere eseguita, senza alcun obbligo per lo Stato membro di cui trattasi di prevedere il diritto a un nuovo processo.

(...)

36. Per quanto riguarda l'interpretazione teleologica dell'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2016/343, occorre osservare che il postulato esposto al punto 34 della presente sentenza garantisce il rispetto della finalità di tale direttiva, che consiste, come enunciato ai suoi considerando 9 e 10, nel rafforzare il diritto a un processo equo nei procedimenti penali, in modo da aumentare la fiducia degli Stati membri nei reciproci sistemi di giustizia penale.

37. Alla luce di tale finalità, le disposizioni di detta direttiva concernenti il diritto di presenziare al processo e il diritto a un nuovo processo devono essere interpretate in modo da garantire il rispetto dei diritti della difesa, evitando nel contempo che una persona che, pur essendo stata informata dello svolgimento di un processo, abbia rinunciato, espressamente o tacitamente, ma in modo inequivocabile, a presenziare al processo, possa, a seguito di una condanna in contumacia, rivendicare lo svolgimento di un nuovo processo e, in tal modo, ostacolare abusivamente l'efficacia dell'azione penale e la buona amministrazione della giustizia.

(...)

41. Di conseguenza, spetta al giudice nazionale che è chiamato a esaminare se siano soddisfatte le condizioni previste all'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2016/343, verificare se un documento ufficiale, che indichi in modo inequivocabile la data e il luogo fissati per il processo e, in caso di mancata rappresentanza da parte di un avvocato incaricato, le conseguenze di un'eventuale mancata comparizione, sia stato portato all'attenzione dell'interessato.

(...)

44. Qualora non abbia ricevuto il documento ufficiale (...), l'interessato può tuttavia essere oggetto di una decisione esecutiva pronunciata in contumacia, come risulta dal considerando 39 della direttiva 2016/343.

45. Ciò premesso, come peraltro enunciato da tale considerando, il diritto a un nuovo processo, ai sensi dell'articolo 9 di tale direttiva, deve essere riconosciuto a detto interessato, qualora le condizioni previste all'articolo 8, paragrafo 2, di detta direttiva non siano soddisfatte.

(...)

47. Tale direttiva osta, pertanto, a una normativa nazionale che esclude il diritto a un nuovo processo per il solo motivo che l'interessato si è dato alla fuga e che le autorità non sono riuscite a rintracciarlo.

48. Solo qualora da indizi precisi e oggettivi risulti che l'interessato, pur essendo stato ufficialmente informato di essere accusato di aver commesso un reato e, sapendo quindi che un processo si sarebbe svolto nei suoi confronti, agisca deliberatamente in modo da evitare di ricevere ufficialmente le informazioni relative alla data e al luogo del processo, si può ritenere che tale interessato, fatte salve tuttavia le esigenze particolari delle persone vulnerabili di cui ai considerando 42 e 43 della direttiva 2016/343, sia stato informato del processo e abbia rinunciato volontariamente e in modo inequivocabile ad esercitare il suo diritto di presenziare a quest'ultimo. La situazione di un tale interessato che abbia ricevuto informazioni sufficienti per sapere che si sarebbe svolto un processo nei suoi confronti e, con atti deliberati e al fine di sottrarsi all'azione della giustizia, abbia impedito alle autorità di informarlo ufficialmente del processo in tempo adeguato, mediante il documento menzionato al punto 41 della presente sentenza, rientra, quindi, nell'ipotesi prevista all'articolo 8, paragrafo 2, di detta direttiva.

(...)

50. La suesposta interpretazione dell'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2016/343 è corroborata dal considerando 38 di tale direttiva, in base al quale, per esaminare se il modo in cui sono state fornite le informazioni sia sufficiente per assicurare che l'interessato sia a conoscenza del processo, si deve prestare particolare attenzione, da un lato, alla diligenza delle autorità pubbliche nell'informare l'interessato e, dall'altro, alla diligenza di cui quest'ultimo ha dato prova al fine di ricevere dette informazioni.

51. Tale interpretazione rispetta, inoltre, il diritto a un equo processo, menzionato al considerando 47 della direttiva 2016/343 e come sancito dall'articolo 47, commi secondo e terzo, nonché dall'articolo 48 della Carta, che, come precisato dalle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (GU 2007, C 303, pag. 17), corrispondono all'articolo 6 della CEDU [v., in tal senso, sentenza del 13 febbraio 2020, Spetzializirana prokuratura (Udienza in assenza dell'imputato), C-88/18, EU:C:2020:94, punti 34 e 35].

(...)

52. Infatti, come risulta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, né la lettera né lo spirito dell'articolo 6 della CEDU impediscono a una persona di rinunciare di sua spontanea volontà alle garanzie di un equo processo esplicitamente o tacitamente. La rinuncia al diritto di comparire all'udienza deve risultare in modo inequivocabile

ed essere accompagnata da garanzie minime corrispondenti alla sua gravità. Essa non deve inoltre contrastare con un interesse pubblico importante (Corte EDU, 1° marzo 2006, Sejdovic c. Italia, CE:ECHR:2006:0301JUD005658100, § 86, nonché Corte EDU, 13 marzo 2018, Vilches Coronado e altri c. Spagna, CE:ECHR:2018:0313JUD005551714, § 36).

53. Da tale giurisprudenza risulta in particolare che una tale rinuncia ricorre allorché si constati che l'imputato è stato informato del procedimento penale a suo carico, che egli conosce la natura nonché la causa dell'accusa e che egli non intende presenziare al processo o intende sottrarsi all'azione penale (v., segnatamente, Corte EDU, 1° marzo 2006, Sejdovic c. Italia, CE:ECHR:2006:0301JUD005658100, § 99, e Corte EDU, 23 maggio 2006, Kounov c. Bulgaria, CE:ECHR:2006:0523JUD002437902, § 48). Tale intento può, in particolare, essere constatato quando la citazione a comparire non ha potuto essere consegnata a causa di un cambiamento di indirizzo che l'imputato ha ommesso di comunicare alle autorità competenti. In una siffatta ipotesi, l'interessato non può far valere un diritto a un nuovo processo (v., in tal senso, Corte EDU, 26 gennaio 2017, Lena Atanasova c. Bulgaria, CE:ECHR:2017:0126JUD005200907, § 52).

54. Nel caso di specie, è alla luce dell'interpretazione dell'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2016/343 derivante dalle suesposte considerazioni che spetta al giudice del rinvio, al fine di determinare se IR debba beneficiare del diritto a un nuovo processo o a un altro mezzo di ricorso giurisdizionale, che consenta di riesaminare il merito della causa, accertare se quest'ultimo sia stato informato in un tempo adeguato del processo nonché, in caso di mancata rappresentanza da parte di un avvocato incaricato, delle conseguenze della mancata comparizione, e se egli abbia rinunciato, tacitamente ma in modo inequivocabile, al suo diritto di presenziare a tale processo.

(...)

59. Dall'insieme delle suesposte considerazioni risulta che si deve rispondere alle questioni sottoposte dichiarando che gli articoli 8 e 9 della direttiva 2016/343 devono essere interpretati nel senso che un imputato che le autorità nazionali competenti, nonostante i loro ragionevoli sforzi, non riescono a rintracciare e al quale dette autorità non sono riuscite, per tale motivo, a comunicare le informazioni sul processo svolto nei suoi confronti, può essere oggetto di un processo e, se del caso, di una condanna in contumacia, ma deve in tale caso, in linea di principio, avere la possibilità, a seguito della notifica di tale condanna, di far valere direttamente il diritto, riconosciuto da tale direttiva, di ottenere la riapertura del processo o l'accesso a un mezzo di ri-

corso giurisdizionale equivalente che conduca ad un nuovo esame del merito della causa in sua presenza. Tale diritto può tuttavia essere negato a detto imputato qualora da indizi precisi e oggettivi risulti che quest'ultimo ha ricevuto informazioni sufficienti per essere a conoscenza del fatto che si sarebbe svolto un processo nei suoi confronti e, con atti deliberati e al fine di sottrarsi all'azione della giustizia, ha impedito alle autorità di informarlo ufficialmente di tale processo.

Per questi motivi, la Corte (Quarta Sezione) dichiara:

Gli articoli 8 e 9 della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, devono essere interpretati nel senso che un imputato che le autorità nazionali competenti, nonostante i loro ragionevoli sforzi, non riescono a rintracciare e al quale dette autorità non sono riuscite, per tale motivo, a comunicare le informazioni sul processo svolto nei suoi confronti, può essere oggetto di un processo e, se del caso, di una condanna in contumacia, ma deve in tale caso, in linea di principio, avere la possibilità, a seguito della notifica di tale condanna, di far valere direttamente il diritto, riconosciuto da tale direttiva, di ottenere la riapertura del processo o l'accesso a un mezzo di ricorso giurisdizionale equivalente che conduca ad un nuovo esame del merito della causa in sua presenza. Tale diritto può tuttavia essere negato a detto imputato qualora da indizi precisi e oggettivi risulti che quest'ultimo ha ricevuto informazioni sufficienti per essere a conoscenza del fatto che si sarebbe svolto un processo nei suoi confronti e, con atti deliberati e al fine di sottrarsi all'azione della giustizia, ha impedito alle autorità di informarlo ufficialmente di tale processo».

7. Il diritto delle vittime ad avere un processo e l'abuso del contraddittorio

Se il diritto al contraddittorio per l'imputato rientra nella spazio inviolabile della difesa, anche il diritto delle vittime di reato ad avere un processo rientra nella sfera della difesa, principio supremo garantito dall'art. 24 Cost. e riconosciuto dal diritto comunitario. In proposito, si ricorda che la direttiva UE 2012/29 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato – recepita dall'Italia con d.lgs n. 212/2015 –, prevede anche per la vittima del reato, intesa non solo come vittima diretta, ma anche come familiare di una

persona la cui morte sia stata causata direttamente da un reato (art. 2, comma 1, lett. a, ii), il diritto di partecipare ai procedimenti penali e il conseguente diritto di ottenere, da essi, l'accertamento dei fatti e le statuizioni risarcitorie.

La Corte Edu, nei casi *Abu Zubaydah c. Lituania* (31 maggio 2018, § 610) e *Al Nashiri c. Romania* (31 maggio 2018, § 641), ha affermato che:

«laddove nelle indagini siano coinvolte accuse di gravi violazioni dei diritti umani, il diritto alla verità sulle circostanze rilevanti del caso non appartiene solo alla vittima del reato e alla sua famiglia, ma anche ad altre vittime di violazioni simili e il pubblico in generale, che ha il diritto di sapere cosa è successo. Una risposta adeguata da parte delle autorità nelle indagini sulle denunce di gravi violazioni dei diritti umani può essere generalmente considerata essenziale per mantenere la fiducia del pubblico nella sua adesione allo Stato di diritto e per prevenire qualsiasi apparenza di impunità, collusione o tolleranza di atti illeciti. Per le stesse ragioni, deve esserci un elemento sufficiente di controllo pubblico dell'indagine o dei suoi risultati per garantire la responsabilità sia in pratica che in teoria (vedi *El-Masri*, precitata, §§ 191-192; *Al Nashiri c. Polonia*, precitata, § 495, e *Husayn (Abu Zubaydah) c. Polonia*, precitata, § 489, con i riferimenti alla giurisprudenza ivi indicati)».

Sempre secondo la Corte Edu, l'indagine dovrà portare all'identificazione e alla punizione dei responsabili perché, se così non fosse, nonostante la sua importanza fondamentale, l'interdizione inderogabile della tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti sarebbe inefficace nella pratica, e sarebbe possibile in alcuni casi per gli agenti dello Stato calpestare, godendo pressoché dell'impunità, i diritti di chi è stato sottoposto al loro controllo (si vedano, tra molte altre sentenze: *Assenov e altri c. Bulgaria*, 28 ottobre 1998, § 102; *Labita c. Italia*, 6 aprile 2000, § 131; *Krastanov c. Bulgaria*, 3 settembre 2004, § 57; *Vladimir Romanov c. Russia*, 24 luglio 2008, § 81; *Ali e Ayşe Duran c. Turchia*, 8 aprile 2008, § 60; *Georgiy Bykov c. Russia*, 14 ottobre 2010, § 60; *El-Masri c. Ex-Repubblica*

di Macedonia, 13 dicembre 2012, §§ 182 e 185, e la giurisprudenza ivi citata; *Dembele c. Svizzera*, 24 settembre 2013, § 62; *Alberti c. Italia*, 24 giugno 2014, § 62; *Saba c. Italia*, 1° luglio 2014, § 76; *Dimitrov e altri c. Bulgaria*, 1° luglio 2014, § 135). Si creerebbe, così, un'insopportabile lesione del diritto della famiglia della vittima a che venga celebrato il processo a carico degli imputati. Diritto, peraltro, garantito dall'obbligo procedurale degli Stati di garantire il diritto alla vita e il divieto di tortura derivante dal combinato disposto degli articoli 1, 2 e 3 Cedu (si vedano le decisioni della Corte Edu *Mustafa Tunç e Fecire Tunç c. Turchia* [GC], § 169, 14 aprile 2015, e tutte le altre appena citate). Tali arresti, di fatto, stabiliscono che le autorità giudiziarie nazionali non devono in alcun caso mostrarsi disposte a lasciare impunte delle aggressioni contro l'integrità fisica e morale delle persone. Ciò è indispensabile per mantenere la fiducia del pubblico e garantire la preminenza del diritto, e serve a prevenire ogni accenno di tolleranza di atti illegali o di possibile collusione nella loro perpetrazione (vds., dal punto di vista dell'art. 2, *Öneryıldız c. Turchia* [GC], n. 48939/99, § 96). In verità, per l'ordinamento italiano si tratta di raccomandazioni del tutto ovvie, in quanto l'esigenza di non lasciare impunte le aggressioni contro l'integrità fisica e morale delle persone costituisce un obbligo di natura costituzionale sancito solennemente dall'art. 112 Cost.

Pertanto, nello spazio del giusto processo, ai sensi dell'art. 6 Cedu e 111 Cost., convergono il diritto delle vittime ad avere un processo e il diritto dell'imputato a essere informato delle accuse e a partecipare al procedimento a suo carico. Naturalmente il diritto al processo delle vittime non può prevalere, né può essere bilanciato con il diritto inviolabile al contraddittorio. Tuttavia, il diritto alla verità e alla giustizia non può e non deve più essere paralizzato da condotte elusive dell'imputato, ispirate all'abuso del diritto: questo non è più consentito alla luce della riforma Cartabia e della Direttiva UE 2016/343, come interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (19 maggio 2022, C-569/20).

La nuova udienza preliminare tra interpretazione normativa e interpretazione organizzativa

di *Ezia Maccora e Giuseppe Battarino*

L'entrata in vigore del decreto legislativo n. 150 del 2022 rende necessaria una lettura delle norme che tenga conto dei loro effetti processuali immediati, che le collochi in un contesto sistematico, che porti ad attivare da subito tutte le soluzioni organizzative necessarie a far sì che la riforma produca gli effetti positivi a cui è destinata, in particolare sulla durata del procedimento penale attraverso la “nuova” udienza preliminare e una serie di istituti applicabili dal gup.

1. Una riflessione minima sulle influenze sistematiche e organizzative della riforma / 2. La riduzione dei tempi del procedimento penale / 3. Il momento dell'interpretazione, il momento – immediato – dell'organizzazione / 4. Il valore sistematico del nuovo presupposto per la pronuncia di sentenza di non luogo a procedere / 5. Un'esigenza di consapevolezza organizzativa / 6. Iniziative per l'applicazione di istituti deflattivi affidati alla funzione gip/gup / 7. Conclusioni

1. Una riflessione minima sulle influenze sistematiche e organizzative della riforma

L'entrata in vigore, il 30 dicembre 2022, del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 conferma la necessità di ripensare complessivamente il ruolo del giudice dell'udienza preliminare, senza nascondere, tuttavia, che il modello processuale complessivo ricostruibile sulla base delle norme novellate si sovrappone a una realtà preesistente che non è stata modificata strutturalmente: il che rischia di aprire delle contraddizioni, sia teoriche sia pratiche.

Vi è intanto da dire che lo svolgimento concreto dell'udienza preliminare comporta l'applicazione di una serie ampia di norme introdotte dal d.lgs n. 150/2022, costituendo, di volta in volta, il primo momento di contatto tra imputato e giudice ovvero il luogo di una decisione di merito.

L'esame della disciplina dell'udienza preliminare dovrebbe dunque estendersi a tutti gli istituti com-

presi tra la verifica della posizione dell'imputato e il contenuto della sentenza, anche in punto di sanzioni sostitutive.

Ci limiteremo, in questa sede, a evidenziare alcuni aspetti della disciplina specifica di questo momento processuale, in una prospettiva di esame delle influenze sistematiche e organizzative della riforma, con i necessari accenni a istituti comunque pertinenti l'udienza preliminare.

2. La riduzione dei tempi del procedimento penale

La *ratio* unificante dell'attuazione delle deleghe al Governo in materia di processo civile, processo penale e ufficio per il processo è dichiaratamente quella della riduzione dei tempi del processo.

In ambito processualpenalistico, si deve rimodulare questa espressione in “riduzione dei tempi del procedimento penale”, che è ontologicamente unico,

nella sua fase necessaria – dall’iscrizione della notizia di reato sino alla scelta del pubblico ministero tra richiesta di archiviazione ed esercizio dell’azione penale – e nelle sue fasi eventuali: quella processuale e quella, ulteriormente subordinata ed eventuale, dell’esecuzione penale.

Questo non solo e non tanto per le esigenze “produttivistiche” che il legame tra PNRR e riforme suggerisce o veicola, ma perché, comunque, la realtà del procedimento penale come *pena in sé* per chi lo subisce costituisce un dato da acquisire culturalmente e acquisito costituzionalmente: la sentenza della Corte costituzionale n. 184 dell’8-23 luglio 2015 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 2, comma 2-bis della legge 24 marzo 2001, n. 89 in materia di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo, nella parte in cui prevede che il processo penale si considera iniziato con l’assunzione della qualità di imputato, ovvero quando l’indagato ha avuto legale conoscenza della chiusura delle indagini preliminari «anziché quando l’indagato, in seguito a un atto dell’autorità giudiziaria, ha avuto conoscenza del procedimento penale a suo carico».

La formulazione della norma dichiarata incostituzionale escludeva che nel computo della durata del processo rientrasse il periodo occupato dallo svolgimento delle indagini preliminari. La Corte richiama la giurisprudenza della Corte Edu (16 luglio 1971, *Ringeisen c. Austria*; 15 luglio 1982, *Eckle c. Germania*; 10 dicembre 1982, *Corigliano c. Italia*; 19 febbraio 1991, *Manzoni c. Italia*; 26 febbraio 1993, *Messina c. Italia*; 4 aprile 2006, *Kobtsev c. Ucraina*), che tiene conto «del periodo che segue la comunicazione ufficiale, proveniente dall’autorità competente, dell’accusa di avere commesso un reato». Il criterio di individuazione dell’incidenza del procedimento penale sulla sfera giuridica del cittadino è la conoscenza formale che egli ne abbia: la quale, afferma la Corte, costituisce l’inizio di un «patimento».

È evidente che un fluire razionale del procedimento penale deve prevedere momenti di valutazione sulla necessità del “procedersi oltre” mediante l’utilizzo di criteri che salvaguardino l’interesse punitivo dello Stato (che significa anche tutela della sicurezza della collettività e mantenimento della coesione sociale nelle forme giurisdizionali, il cui depotenziamento apre, storicamente, la strada all’uso esecutivo della forza senza controlli), da conciliare con l’esigenza costituzionale di ragionevole durata del processo.

Il legislatore della riforma sembra avere tenuto in conto questo quadro: tuttavia, non può non notarsi come i punti sensibili affrontati fossero già oggetto di un significativo dibattito giurisprudenziale che, anche senza interventi normativi, avrebbe po-

tuto indirizzarsi verso soluzioni costituzionalmente orientate.

Ciò è a dirsi del controllo sui tempi di iscrizione delle notizie di reato, sulla corretta formulazione dell’imputazione, e degli esiti dell’udienza preliminare, di cui si dirà più ampiamente oltre.

3. Il momento dell’interpretazione, il momento – immediato – dell’organizzazione

La cogenza delle norme pone ora l’interprete giurisdizionale della riforma di fronte ad alcuni problemi interpretativi, che daranno luogo a loro volta a uno sviluppo giurisprudenziale: ma sull’interprete “organizzativo” della riforma incombono, da subito, degli oneri rilevanti. Non affrontarli rischia di compromettere seriamente l’avvio della riforma nelle sue parti più innovative e positive.

Si consideri che, a fronte di calendari e ruoli di udienza, preliminari e dibattimentali, ovunque già affollati al limite della sostenibilità, i dirigenti degli uffici giudiziari, con la collaborazione dei presidenti di sezione penale e gip/gup e dei coordinatori degli uffici gip/gup dovranno introdurre tabellarmente quantomeno tre nuove tipologie di udienza: l’udienza di comparizione predibattimentale di cui all’art. 554-bis cpp; l’udienza di “ripresa” dei processi sospesi ai sensi dell’art. 420-*quater* cpp; l’udienza di integrazione del dispositivo ai sensi dell’art. 545-bis cpp.

Il che significa non soltanto un impegno ulteriore in udienza per tutti i magistrati del settore penale (con la correlativa necessità, per gli uffici requirenti, di garantire la presenza di pubblici ministeri), ma anche la necessità di garantire luoghi di celebrazione e assistenza del personale amministrativo.

Non meno significativa l’esigenza di configurare correttamente i sistemi informativi rispetto ai nuovi possibili sviluppi procedurali e subprocedimentali, con l’impegno alla traduzione dell’atto nel caso in cui il destinatario non comprenda e parli la lingua italiana.

Cumulano aspetti di rilevanza teorica e pratica, importanti anche per il giudice dell’udienza preliminare come possibile giudice di riti alternativi, gli istituti ora previsti dall’art. 545-bis cpp, che introduce una possibile eventuale complessa fase subprocedimentale destinata a una “integrazione del dispositivo” con l’irrogazione di sanzioni sostitutive dopo la determinazione della pena ex artt. 444 e 438 cpp; e dall’art. 442, comma 2-bis cpp, che prevede un’ulteriore diminuzione di pena per la condanna in giudizio abbreviato non impugnata dall’imputato o dal suo difensore.

Con un flusso maggiore di incidenti di esecuzione attivabili¹ in caso di mancata impugnazione della sentenza di condanna emessa a seguito del rito abbreviato, per ottenere l'ulteriore riduzione di un sesto della pena inflitta (art. 442, comma 2-bis, cpp), e con l'esigenza di adeguare i registri informatici alla nuova normativa. Ad esempio, per un corretto calcolo del termine per il deposito dei motivi della decisione, occorrerà "scaricare" in SICP solo il dispositivo integrato o confermato ex art. 545-bis cpp, perché è da quel momento che dovranno essere calcolati i termini per il deposito.

Con la rilevante differenza teorica – ma con riflessi organizzativi/tabellari – dell'introduzione in tale ultimo caso di un "accenno" di procedimento bifasico, in cui lo stesso giudice della cognizione ritorna sulla sentenza di condanna per determinarne successivamente il contenuto sanzionatorio; mentre nel primo caso è il giudice dell'esecuzione a intervenire sulla sentenza (secondo canoni fisiologici nell'attuale sistema, quantunque la previsione della norma possa soffrire all'apparenza di un disallineamento rispetto all'art. 648 cpp).

4. Il valore sistematico del nuovo presupposto per la pronuncia di sentenza di non luogo a procedere

Quanto all'esito dell'udienza preliminare, con la modifica dell'art. 425 cpp, è necessario collocare l'intervento riformatore in termini sistematici.

La delega legislativa contenuta nella legge n. 134 del 2021 prevedeva un intervento regolatore dell'intero "senso" del procedimento penale in senso riduttivo delle fasi processuali, prevedendo di:

«a) modificare la regola di giudizio per la presentazione della richiesta di archiviazione, prevedendo che il pubblico ministero chieda l'archiviazione quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non consentono una ragionevole previsione di condanna»;

«m) modificare la regola di giudizio di cui all'articolo 425, comma 3, del codice di procedura penale nel

senso di prevedere che il giudice pronunci sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna».

Come si è avuto modo di rilevare, la modifica normativa si sovrappone all'evoluzione della giurisprudenza di merito – con aperture in tal senso anche nella giurisprudenza di legittimità – nell'interpretazione dell'art. 425 cpp, previgente, come filtro reale rispetto a casi di esercizio dell'azione penale privi di prospettive finali di condanna, a causa di «elementi acquisiti» inidonei, anche nel prevedibile sviluppo istruttorio dibattimentale, a superare la regola finale di giudizio di cui all'art. 533, primo comma, cpp.

L'innovazione intervenuta sul parametro di giudizio per la pronuncia di sentenza di non luogo a procedere è espressa da una formula semantica che oscilla tra una pericolosa potenziale deriva verso una "ragionevole presunzione di colpevolezza" e una "razionale limitazione dei dibattimenti a quelli utili": né è dato sapere, al momento, come si orienteranno le prassi e la giurisprudenza.

Si può solo credibilmente prevedere che l'impulso normativo possa abbattere le persistenti distorsioni dell'udienza-agenda, in cui ci si limita, con percentuali altissime di decreti che dispongono il giudizio, a determinare quale effetto principale il solo calendario dei dibattimenti².

Ci si attende, anche, che la magistratura operi alla luce di quanto emerge dai dati statistici raccolti in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario. Nella relazione del presidente della Corte di cassazione si conferma, anche per il 2023, una percentuale molto alta di assoluzioni, pari al 47,8%.

Anche nel distretto della Corte d'appello di Milano, la percentuale di assoluzioni rilevata è sempre superiore al 30% e, in alcuni casi, si attesta anche intorno al 50%, come per Lecco e Como, arrivando fino al 56% per Varese.

Dati che rimandano a una riflessione seria sul funzionamento del processo penale e sulla occasione, offerta dalla riforma, di operare affinché non prosegua tutto quello che oggi inutilmente sfocia nel dibattimento penale e si conclude con una sentenza di assoluzione.

1. Non viene chiarito se d'ufficio o a istanza di parte: soluzione, quest'ultima, che sarebbe in linea con la previsione generale di cui all'art. 666, primo comma, cpp, ma non con la formulazione assertiva («la pena inflitta è ulteriormente ridotta di un sesto dal giudice dell'esecuzione») di cui al nuovo art. 442, comma 2-bis, cpp. Il decreto legislativo n. 150 del 2022 ha invece affrontato la questione del procedimento, che è quello *de plano* previsto dall'art. 676 con riferimento all'art. 667, quarto comma, cpp.

2. «[U]n luogo in cui – assegnando le risorse indispensabili e vivendo la consapevolezza dei ruoli – non accada più che la microdialettica delle parti si compendi in un richiamo alla richiesta di rinvio a giudizio, in una rituale richiesta di non luogo a procedere, nella lettura di una data di inizio del processo. Perché sappiamo che, in molti casi, questa è stata fino ad oggi la vera dinamica dell'udienza preliminare, una dinamica che porta molti giuristi a ritenerla superflua, ma che la riforma rivitalizza attribuendole quel ruolo di vero filtro che è da sempre indispensabile nella struttura e funzionalità di un processo penale che tenda veramente alla ragionevole durata» – così E. Maccora e G. Battarino, *Il giudice dell'udienza preliminare nella riforma*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2021, p. 139 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/994/4-2021_qg_maccora-battarino.pdf).

Considerando altresì – e questa è una possibile interpretazione dell’anomalia dei dati di assoluzioni più altri – che, anche a causa di una cattiva organizzazione delle sezioni dibattimentali, le sentenze, alcune volte, arrivano molti anni dopo il fatto reato, quando la formazione della prova in dibattimento diviene ardua.

Occorre essere consapevoli di quanto è possibile fare per eliminare quell’inutile «patimento» che ci ricordano la Corte costituzionale e la Corte Edu.

Una delle aporie sistematiche della nuova disciplina si coglie nella difficoltà, in questa fase, delle scelte difensive, non essendo razionalmente prevedibile quale sarà il punto di caduta della giurisprudenza dei giudici dell’udienza preliminare: e dunque se, a fronte di indagini *deboli*, sia più utile adire un rito abbreviato basato sulla regola di giudizio di cui all’art. 533, primo comma, cpp ovvero discutere un’udienza preliminare in cui il criterio di valutazione del giudice è quello dell’art. 425, terzo comma, cpp come riformato.

Ma: se quest’ultimo criterio ha il suo fulcro nella “ragionevole previsione di condanna”, il giudice non può fare altro che proiettarsi nella dimensione finale del giudizio che, in dibattimento non diversamente che nel giudizio abbreviato, si basa sulla regola dell’“oltre ogni ragionevole dubbio”.

Salvo che si voglia ritenere (ma si ritornerebbe alla giurisprudenza sulla norma previgente) che la diversità delle formule lasci spazio a una previsione ragionevole di “sviluppatibilità” in dibattimento di elementi di indagine presenti nel fascicolo trasmesso ai sensi dell’art. 419 cpp, tale da indurre al rinvio a giudizio. Una prospettiva non in linea con la filosofia che permea tutto l’intervento riformatore, teso a introdurre nel procedimento penale plurime finestre valutative del giudice, volte ad arrestarne il cammino qualora gli elementi agli atti si presentino inadeguati/insufficienti nell’ottica di una ragionevole previsione di condanna.

Vi è poi da valutare, nella prospettiva della nuova regola di giudizio, se si debbano modificare i criteri applicativi degli artt. 421-*bis* e 422 cpp: se cioè, in sintesi, risulti ampliato un eventuale “potere asimmetrico” di integrazione probatoria del giudice orientato a un robusto *favor rei*.

Così come occorre approfondire il tipo di controllo sull’imputazione affidato al giudice dell’udienza preliminare dai riformati articoli 421 e 423 cpp³, che costituisce sicuramente un ulteriore ampliamento delle finestre valutative del giudice rispetto all’operato del pubblico ministero, consentendo la modifica dell’imputazione quando essa appaia non adeguata

e non corretta, anche al fine di favorire le opportune scelte difensive in termini di accesso ai riti alternativi o, comunque, quale momento di corretta definizione del perimetro delle imputazioni in vista del giudizio dibattimentale.

La riforma, sul punto, sembra muoversi sul cammino già aperto dalla giurisprudenza di legittimità, in particolare con la pronuncia delle sezioni unite 20 dicembre 2007, n. 5307, *Battistella*, nell’ottica della “stabilizzazione” dell’imputazione quale leva di efficienza del processo.

5. Un’esigenza di consapevolezza organizzativa

Questa pur sintetica rassegna di questioni che la riforma apre, mostra ancora una volta l’intreccio tra aspetti normativi e aspetti organizzativi in senso ampio.

Alcune norme hanno – e acquisteranno – senso solo se la loro applicazione sarà accompagnata da interventi organizzativi e di allocazione di risorse coerenti con una previsione d’impatto che i dirigenti degli uffici sono tenuti a compiere con un dinamismo ben superiore a quello che, sin qui, si è al più tradotto in buoni programmi di gestione.

In questo senso, appare forse troppo prudente e in parte rinunciatario l’approccio di chi subordina la ridistribuzione delle attuali (e certamente insufficienti) risorse umane all’acquisizione e valutazione dei primi dati sui flussi di lavoro post-riforma, così spostando necessariamente nel tempo un intervento quanto mai urgente; perché se da un lato occorrerà ovviamente verificare in concreto come la riforma opererà nell’interpretazione giurisprudenziale (aumenteranno le sentenze *ex art.* 425 cpp? Ci saranno più richieste di riti alternativi?), dall’altro già oggi appare evidente che le sezioni e gli uffici gip/gup saranno quelli su cui graverà il maggior carico di lavoro. Con la conseguenza che, se non si ripenseranno rapidamente le dimensioni di tali sezioni e il Csm non modificherà le proporzioni, oggi previste dalla circolare sulle tabelle degli uffici, tra tali sezioni, il dibattimento penale e la Procura della repubblica, sarà sempre più difficile attendersi quel salto di qualità deflattivo e quella velocizzazione dei tempi del procedimento che la riforma vuole perseguire e che le sezioni e gli uffici gip/gup, a organici invariati, non potranno certamente assicurare⁴.

3. Imputazione generica in violazione dell’art. 417, lett. b, cpp; imputazione non corrispondente allo stato degli atti, sia perché il fatto risulta diverso da come descritto, sia perché diverse risultano le norme in cui sussumerlo.

4. Sul punto, si richiama E. Maccora e G. Battarino, *Il giudice dell’udienza preliminare*, op. cit.

Ha ricordato di recente il presidente della Corte di cassazione, Piero Curzio, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2023 in Cassazione:

«Una riforma è un cambiamento delle regole. Qualsiasi cambiamento delle regole, qualunque sia il suo ambito, una famiglia, un'impresa, un'associazione, richiede un periodo di adattamento per la comprensione del nuovo, la sperimentazione, il rodaggio del diverso modo di operare, eventuali correzioni. Tutto ciò è più complesso quando la dimensione è quella dello Stato, ed ancor più quando interessa, come nel nostro caso, praticamente tutti i settori del vasto mondo della giustizia, che ha una sua architettura, in cui lo spostamento di una tessera determina conseguenze sul tutto e in cui bisogna rispettare i pilastri costituiti dai principi della Costituzione e delle Carte europee».

Una posizione condivisibile: e, peraltro, non può essere sottovalutato che l'incentivo al necessario cambiamento della cultura del giudice dell'udienza preliminare non può che essere agevolato da una rapida riorganizzazione dell'esistente, dato che solo così si contrastano alibi di resistenza al cambiamento.

Ne è consapevole il presidente della Corte d'appello di Milano, Giuseppe Ondei, che nella relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2023 ha espressamente affermato:

«Occorre ricordare, infatti, che la sezione Gip/Gup verrà prevedibilmente caricata di incombenze significative in aggiunta a quelle – non indifferenti – di cui è già oggi titolare: non solo si aggiungono atti di controllo sull'operato del p.m. in sede di indagini preliminari, ma nell'auspicio del legislatore della riforma dovrebbero aumentare i non luogo a procedere e i riti alternativi celebrati in tale sede. È evidente che un tale maggior carico di lavoro richiede una redistribuzione delle forze all'interno degli Uffici, ma, ragionevolmente, anche un aumento della percentuale di copertura delle piante organiche (...) si rischia di non modificare in concreto il modus operandi dei singoli magistrati (sempre più gravati da pesanti carichi di lavoro e da compiti valutativi sensibili) posto che il decreto che dispone il giudizio continua ad essere un provvedimento assai più "conveniente", sul piano del carico di lavoro, di una sentenza di non luogo a procedere».

Mai come in questo caso occorre, quindi, trovare un giusto punto di equilibrio tra la riforma, le scelte organizzative affidate ai dirigenti degli uffici e la predisposizione delle risorse necessarie di competenza del Ministro della giustizia.

In assenza di questa positiva intersezione, si rischia di non raggiungere nessuno dei pur positivi cambiamenti che la riforma offre.

Altre questioni riguardano, oltre a quanto già si è detto a proposito dei calendari e ruoli di udienza, l'incremento del catalogo dei reati di competenza del tribunale in composizione monocratica per i quali l'azione penale è esercitata nelle forme di cui all'art. 552 cpp; la necessità di relazioni esterne e protocolli per l'irrogazione di sanzioni sostitutive; le modalità concrete di emissione dei decreti penali di condanna; l'impatto dell'asimmetria tra il più stringente criterio per l'archiviazione di cui all'art. 408 cpp e l'immutata⁵ disciplina delle opposizioni all'archiviazione negli artt. 409, 410, 411 cpp, che presumibilmente ne produrrà un significativo aumento.

Vi è, poi, un riflesso dei criteri di esercizio dell'azione penale e di giudizio nell'udienza preliminare che esige una piena coerenza nella valutazione dei magistrati, su cui non è possibile in questa sede esprimere certezze, ma che certamente deve portare a un'evoluzione netta rispetto a quelli che, in altra occasione, abbiamo definito «rilievi statistici "ciechi e sordi" rispetto all'efficacia del processo (ma continuamente richiesti ai magistrati) e che misurano solo le quantità di carte "mandate avanti" dall'attore di ciascun segmento del procedimento penale, senza una valutazione complessiva di efficacia»⁶.

Di certo, alla luce della sovrapposizione dei criteri ora previsti dall'art. 408, primo comma, e dall'art. 425, terzo comma, cpp, la valutazione della "produttività" di un pubblico ministero non potrà più essere fondata sul mero conteggio del numero degli atti di esercizio dell'azione penale.

E anzi, considerando la nuova valutazione posta alla base dell'art. 408 cpp, è ragionevole presumere che le richieste di archiviazione, già oggi molto numerose, aumenteranno sensibilmente e richiederanno soluzioni organizzative efficaci per evitare eccessive pendenze in un settore che, spesso, statisticamente inquina l'impegno professionale quantitativo e qualitativo delle sezioni e degli uffici gip/gup e il dato delle pendenze del tribunale nel suo complesso.

Sia pur rifuggendo dalle pure e semplici lamentazioni sulla scarsità delle risorse, che rischiano di diventare un succedaneo del necessario impegno di chi ha doveri dirigenziali di organizzazione degli uffici, e di tutti i magistrati che, in una prospettiva "orizzontale" della giurisdizione, i dirigenti devono chiamare a parteciparvi, ci si deve chiedere sin da ora dove e come i tribunali troveranno le risorse necessarie:

5. Se non per l'inserimento dell'informazione rituale, in sede di fissazione di udienza, a imputato e persona offesa, «della facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa».

6. E. Maccora e G. Battarino, *Il giudice dell'udienza preliminare*, op. cit., p. 138.

sotto questo profilo, l'udienza preliminare – e, più in generale, la funzione gip/gup – rappresenta un vero snodo critico.

Una funzione che, anche guardando al flusso degli affari, appare, in quasi tutti i territori, l'anello del procedimento penale più in difficoltà⁷.

6. Iniziative per l'applicazione di istituti deflattivi affidati alla funzione gip/gup

In questo senso, alcune interpretazioni organizzative consentirebbero approcci da subito più efficaci per attuare alcune delle parti più significative della riforma, che affidano proprio alla funzione gip/gup l'applicazione di istituti deflattivi.

Si pensi al tema delle sanzioni sostitutive e al ruolo che ciascun attore del procedimento può assumere per rendere effettiva ed efficace la nuova normativa.

Sappiamo, infatti, che il vero punto critico del nuovo assetto normativo in materia di applicazione delle pene sostitutive riguarda il carico di lavoro gravante sugli uffici di esecuzione penale esterna, da sempre sommersi da numerosi e impegnativi compiti a fronte di organici spesso ridotti all'osso. Basta guardare ai dati statistici al 15 dicembre 2022, che evidenziano un totale di soggetti in carico agli uffici di esecuzione penale esterna pari a 121.375, di cui 74.558 relativi a misure alternative e 46.817 relativi a indagini e consulenze.

Oggi, per avere una relazione, in presenza di una richiesta di messa alla prova, si attende oltre sei mesi. Se si pensa di coinvolgere comunque l'ufficio di esecuzione penale esterna in caso di richiesta di applicazione di una pena sostitutiva, anche in considerazione dei nuovi compiti affidati a tale ufficio in tema di giustizia riparativa, il rischio dell'eterogenesi dei fini è altissimo, dato che anziché arrivare a una sanzione sempre più ravvicinata al fatto reato, potrebbe verificarsi un ulteriore allungamento della durata del processo ove l'ufficio di esecuzione penale esterna non riesca ad essere tempestivo nelle risposte.

D'altra parte, il carico di lavoro a cui l'ufficio di esecuzione penale esterna deve far fronte è veramente imponente.

Sempre i dati statistici, pubblicati sul sito del Ministero della giustizia, sono al riguardo particolarmente eloquenti. A giugno 2022 i soggetti a carico erano: 34.413 in misura alternativa alla detenzione, 9.077 con lavori di pubblica utilità, 25.126 in messa alla prova, a cui si aggiungono 4389 liberi vigilati. Di cui l'81,5 % di nazionalità italiana e solo il 18,5 % stranieri.

Ecco, allora, che pensare a protocolli tra le parti (uffici giudiziari, consigli dell'Ordine degli avvocati, Uepe) che facilitino l'attuazione della riforma e in cui, ad esempio, si stimolino le difese a documentare quanto necessario alla valutazione del giudice in relazione alle condizioni di vita personali, familiari, sociali economiche e patrimoniali dell'imputato, consentirebbe di non coinvolgere l'ufficio di esecuzione penale esterna nella fase valutativa, ma solo in quella esecutiva, e di decidere sulla pena sostitutiva nell'immediatezza della richiesta anche senza rinviare il procedimento, come previsto dall'art. 545-bis cpp⁸.

La riforma offre, su questo punto, strumenti efficaci che non devono essere dispersi o sottovalutati. Non dimentichiamo l'importanza di superare il problema esistente dei cd. "liberi sospesi" e cogliamo l'occasione di applicare una pena sostitutiva in un tempo sempre più ravvicinato alla commissione del reato, anche per ancorare da subito i condannati a programmi di recupero per le dipendenze o a progetti predisposti per soggetti violenti, particolarmente utili sotto il profilo della prevenzione e della rieducazione.

Analogamente, protocolli tra uffici giudiziari (tribunali e procure) e Ordini degli avvocati in relazione agli elementi necessari, in caso di emissione di decreto penale, per determinare l'ammontare della pena pecuniaria in sostituzione di quella detentiva (vista la nuova forbice che varia da un minimo di cinque euro a un massimo di duecentocinquanta euro), guardando, come già oggi si fa per le violazioni del codice della strada, a diversificare le fasce in relazione alla gravità del reato e alle condizioni economiche del reo, possono facilitare l'obiettivo deflattivo, soprattutto se si considera che, con la rinuncia all'opposizione, la pena pecuniaria applicata viene ridotta di un ulteriore quinto (art. 460, quinto comma, cpp).

7. I dati illustrati nella relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario a Milano sono esemplificativi, se si pensa che in tutti i tribunali del Distretto più che una pendenza su tre è della sezione gip/gup e, nella più parte dei tribunali (circa i due terzi), questa sezione sembra versare in particolari difficoltà.

8. In questo senso, si fa apprezzare particolarmente lo «Schema Operativo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi» siglato il 13 febbraio 2023 a Milano dalla Corte d'appello, dal Tribunale di sorveglianza, dal Tribunale ordinario, dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati, dalla Camera penale, dall'Uepe, che si colloca proprio nell'alveo di quelle iniziative utili, volte a dare immediata attuazione alle parti positive della riforma. Vds. *Schema operativo per l'applicazione delle pene sostitutive previste dalla c.d. Riforma Cartabia*, in *Questione giustizia online*, 17 febbraio 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/schema-operativo).

Tra l'altro, la riforma investe sulla definizione del procedimento attraverso il decreto penale perché, da un lato, estende il termine per proporlo da sei mesi a un anno dall'iscrizione del nome dell'indagato nel registro delle notizie di reato⁹ e, dall'altro – come sopra detto –, amplia la portata della pena sostitutiva pecuniaria.

La riforma punta altresì a incentivare l'accesso ai riti alternativi riconoscendo alle parti, nel patteggiamento a pena superiore ai due anni, la facoltà di estendere l'accordo alle pene accessorie e alla loro durata e, nel rito abbreviato condizionato, ancorando la valutazione dell'economia processuale ai prevedibili tempi dell'istruzione dibattimentale. Sembra che il legislatore abbia voluto recepire l'indicazione della Corte costituzionale (sentenza n. 115 del 2001), che aveva sottolineato come vi sia sempre il risparmio di tempo rispetto al dibattimento, dato che l'istruttoria del giudice dell'udienza preliminare, da un lato, è integrativa e non sostitutiva degli atti di indagine, e le prove, dall'altro, sono assunte nelle forme semplificate dell'art. 422 cpp. Con l'ulteriore beneficio, di cui s'è detto, della riduzione di un sesto della pena nel caso di mancata impugnazione della decisione, affidata al giudice dell'esecuzione.

L'incentivo ai riti alternativi, in una ottica deflativa, si rinviene anche nella nuova formulazione dell'art. 458 cpp, che obbliga il giudice a fissare l'udienza per la valutazione della richiesta di rito abbreviato condizionato dopo l'emissione del decreto di giudizio immediato, sede in cui l'imputato o il suo difensore, munito di procura speciale, possono chiedere in via graduata gli altri riti (abbreviato semplice se è stato rigettato quello condizionato, patteggiamento o sospensione della pena con messa alla prova).

7. Conclusioni

I prossimi mesi ci restituiranno un quadro più stabile degli approdi della giurisprudenza e delle scelte organizzative effettuate. Occorrerà certamente ritornare sui punti oggi appena toccati, per valutare se l'intervento riformatore sarà veramente in grado di fornire un nuovo volto all'intervento penale e all'apparato sanzionatorio nel suo complesso, oltre che rispettare la ragionevole durata del processo.

Come in tutte le occasioni in cui ci si trova di fronte a una riforma complessa, come quella che in questo numero viene esaminata nelle sue diverse sfaccettature, occorre del tempo per valutarne effettivamente la portata.

La riflessione deve quindi proseguire, e quella odierna costituisce solo un primo sguardo.

Ci permettiamo, però, già ora di sottolineare come introdurre nell'intero procedimento penale e nelle sue diverse fasi finestre giurisdizionali di controllo sulla necessità del "procedersi oltre" e agire così, seriamente, sul momento del "patimento" dell'indagato/imputato, ampliare gli istituti della particolare tenuità del fatto, della sospensione con messa alla prova, e rimodulare la risposta sanzionatoria ampliando il catalogo delle sanzioni e consentendo al giudice della cognizione di esprimersi sulle stesse, costituiscono tutti momenti qualificanti dell'intervento riformatore, su cui gli operatori della giustizia dovrebbero seriamente investire.

Questo primo sguardo alla riforma vuole essere un invito per tutti coloro che operano nel mondo della giustizia (magistrati, avvocati, pubblici ministeri, polizie giudiziarie, operatori) ad assumersi collettivamente questa responsabilità.

9. Indicazione priva, comunque, di sanzione processuale in caso di superamento.

La cd. “riforma Cartabia” e le trasformazioni imprese al giudizio di cognizione*

di *Andrea Natale*

La riforma non stravolge le linee portanti del giudizio dibattimentale. Tuttavia, il momento dibattimentale si inserisce in un contesto procedimentale significativamente modificato. Le modifiche intervenute – “a monte” e “a valle” della fase del giudizio – finiscono necessariamente con l’influenzare la fisionomia del giudizio di cognizione, chiamando tutti gli attori processuali a un nuovo approccio su temi di assoluto rilievo, come la partecipazione al processo, l’organizzazione del giudizio, il metodo di ricerca della verità processuale, la decisione sull’imputazione e l’imposizione al colpevole della “giusta pena”.

1. Le ragioni di una riforma / 2. La partecipazione delle parti al giudizio / 2.1. Cenni sul sistema di notificazione degli atti / 2.2. Cenni sul “nuovo” giudizio in absentia / 2.3. Cenni sulla partecipazione della persona offesa e del querelante al giudizio / 3. Prima del giudizio: udienza di comparizione predibattimentale (e richiami all’udienza preliminare) / 3.1. L’udienza di comparizione predibattimentale: disciplina dell’udienza, costituzione delle parti e questioni preliminari / 3.2. Igiene dell’imputazione / 4. Gli esiti dell’udienza di comparizione predibattimentale / 4.1. Le definizioni alternative al giudizio dibattimentale / 4.2. La sentenza di non luogo a procedere / 4.3. La fissazione dell’udienza per la prosecuzione del giudizio / 5. L’istruzione dibattimentale / 5.1. Ammissione delle prove e calendario del processo / 5.2. L’assunzione delle prove / 5.3. Le modifiche dell’imputazione / 6. La decisione e i riflessi sulla cautela / 7. Un cambio di occhiali

1. Le ragioni di una riforma

La riforma ha l’ambizione di porre rimedio ad alcune croniche criticità del nostro sistema penale¹. Eccone alcune, limitando i riferimenti a quanto può in-

teressare la fase dibattimentale: eccessiva durata dei processi; elevato numero di prescrizioni; scarso *appeal* dei riti alternativi; elevato numero di assoluzioni – non che l’assoluzione sia un fatto allarmante in sé, ovviamente; è uno dei possibili esiti del giudizio; esso

* Il testo riproduce, in forma di articolo, i contenuti dei materiali della relazione curata dal sottoscritto e da Simone Spina in occasione dei seminari sulla riforma del sistema penale organizzati, tra la fine del 2022 e l’inizio del 2023, da Magistratura democratica e dall’Organismo congressuale forense.

1. Per una riflessione più accurata, tra le molte, si rimanda all’analisi svolta commentando i contenuti della legge delega; cfr. A. Natale, *La cd. “riforma Cartabia” e la giustizia penale (Introduzione)*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2021, pp. 10-27, part. par. 2 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/983/4-2021_qg_natale-introduzione.pdf). Sui temi relativi al giudizio di cognizione posti dalla legge delega, vds. anche A. Natale, *Il giudice di cognizione di fronte alla cd. Riforma Cartabia*, *ivi*, pp. 143-155 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/995/4-2021_qg_14_natale.pdf).

diventa una criticità di sistema quando interessa circa la metà delle persone mandate a giudizio².

Per provare a rispondere a tali criticità, la riforma ha messo in campo alcuni rimedi. Senza pretese di completezza, limito qui il catalogo di interventi a quanto più da vicino interessa la fase dibattimentale (e quanto può renderla più efficiente): (i) si è prevista una semplificazione del sistema delle notificazioni e comunicazioni (privilegiando il canale telematico e responsabilizzando in modo molto significativo il difensore dell'imputato); (ii) si è inteso rafforzare l'apparato di garanzie volte ad assicurare la partecipazione (o l'assenza consapevole) dell'imputato al giudizio (intervenedo sulla disciplina del giudizio in assenza e introducendo la sentenza di improcedibilità *ex art. 420-quater* cpp); (iii) si è ampliato il perimetro delle possibilità di definizione del procedimento alternative alla celebrazione del dibattimento – con l'ampliamento delle possibilità di accesso ai riti alternativi; con l'ampliamento delle possibilità di definizione anticipata del procedimento con messa alla prova; con la accresciuta possibilità di dichiarare l'estinzione del reato (legata all'ampliamento del catalogo di reati perseguibili a querela e all'estinzione di alcune contravvenzioni per adempimento delle prescrizioni impartite dall'organo accertatore) – ; con l'innesto di percorsi di giustizia riparativa anche “dentro” il processo, con possibili riflessi sul suo esito; (iv) si è cercato di introdurre una serie di meccanismi funzionali a definire alcune questioni processuali in modo “più stabile” (ad esempio, per le questioni di competenza); (v) si è introdotta una nuova regola di giudizio per l'accesso al dibattimento (la discussa formula della ragionevole prognosi di condanna); (vi) si è introdotto un nuovo catalogo di pene sostitutive che possono limitare il numero di impugnazioni, ridurre il patologico fenomeno dei *cd. liberi sospesi*; (vii) si sono introdotti alcuni meccanismi che intendono favorire l'acquiescenza alle decisioni di primo grado inappellabili, se di condanna al lavoro di pubblica utilità sostitutivo; beneficiare di riduzioni di pena, se di condanna emessa all'esito di giudizio abbreviato non impugnato.

L'effetto – se tutti questi strumenti saranno davvero efficaci – dovrebbe essere, nelle ambizioni del riformatore, quello di ridurre la durata e il numero di dibattimenti da celebrare e, quantomeno negli auspicci, il numero di impugnazioni.

Tutte le trasformazioni impresses al sistema processuale – a monte e a valle della fase del giudizio – fatalmente influenzano il momento dibattimentale e impongono a tutti gli attori processuali (giudici, pubblici ministeri, difensori, imputati e persone offese; ma non solo) un nuovo approccio (e nuove responsabilità).

2. La partecipazione delle parti al giudizio

È di tutta evidenza che l'imprecindibile prerequisite perché un giudizio possa dirsi “giusto” è che, ad esso, possano partecipare tutte le parti coinvolte. Sono note le disfunzioni che hanno sino ad oggi afflitto il processo penale sotto il profilo dei meccanismi di coinvolgimento delle parti nel giudizio.

Da un lato, il codice di rito ci consegnava un sistema di notificazioni “pre-moderno”, con ufficiali giudiziari, postini e polizia giudiziaria impegnati in estenuanti ricerche delle persone da citare a giudizio. Un sistema pre-moderno che generava spesso intoppi (con conseguenti doveri di rinnovazione delle notificazioni), dubbi interpretativi e che, nonostante ciò, non assicurava in modo adeguato il risultato che il sistema di notificazioni e comunicazioni è chiamato a raggiungere.

Dall'altro lato, il codice di rito ci consegnava una disciplina del processo *in absentia* che ha – dapprima e ripetutamente – condotto il nostro Paese alla sbarra, davanti alla Corte Edu per violazione dell'art. 6 della Cedu³ e che – poi, dopo la riforma del giudizio in assenza introdotto con la legge n. 67/2014 – ha determinato dubbi interpretativi che hanno più volte reso necessario l'intervento delle sezioni unite⁴.

Il legislatore ha inteso provare a risolvere gli aspetti disfunzionali del sistema previgente intervenendo

2. Per un'analisi fondata sui dati, *cfr.* P. Curzio, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2022*, pp. 51 ss. (www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Cassazione_Relazione_2023.pdf).

3. Tra esse, in particolare, *cfr.* Corte Edu: *Colozza c. Italia*, 12 febbraio 1985; *Somogyi c. Italia*, 18 maggio 2004; *Sejdovic c. Italia*, 10 novembre 2004; *Cat Berro c. Italia*, 25 novembre 2008.

4. *Cfr.*, per tutte, sez. unite, 28 novembre 2019 (dep. 17 agosto 2020), Rv. 279420 - 0; sez. unite, 28 febbraio 2019, n. 28912 (dep. 3 luglio 2019), Rv. 275716 - 0. Questa Rivista si è più volte occupata della questione del processo *in absentia*. Per tutti, in ordine di pubblicazione: L. Vignale, *Domicilio dichiarato o eletto e processo in absentia*, in *Questione giustizia online*, 26 giugno 2014 (www.questionegiustizia.it/articolo/domicilio-dichiarato-o-eletto-e-processo-in-absentia_26-06-2014.php); *Id.*, *Processo in assenza ed elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio. L'art. 162 comma 4-bis cpp e le ragioni di una riforma*, *ivi*, 26 settembre 2017 (www.questionegiustizia.it/articolo/processo-in-assenza-ed-elezione-di-domicilio-press_26-09-2017.php); L. Fidelio, *Il processo in assenza preso sul serio*, *ivi*, 20 ottobre 2020 (www.questionegiustizia.it/articolo/il-processo-in-assenza-preso-sul-serio); L. Vignale, *Processo in assenza: ancora tanti i nodi problematici irrisolti*, *ivi*, 12 ottobre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/processo-in-assenza-ancora-tanti-i-nodi-problematici-irrisolti); F. Filice, *I “finti inconsapevoli” alla prova del caso Regeni: una questione centrale per il contemperamento delle garanzie dell'imputato e dei diritti delle vittime*, *ivi*, 15 dicembre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/i-finti-inconsapevoli).

su due versanti: da un lato, intervenendo sul sistema delle notificazioni; dall'altro lato, dando nuova fisionomia al processo *in absentia*. Si tratta di interventi complessi e densi di questioni interpretative che qui – per ragioni di sintesi – non possono che essere soltanto tratteggiati.

2.1. Cenni sul sistema di notificazione degli atti

Va anzitutto evidenziato che – come risulta chiaramente dalla lettura dell'art. 148 cpp – il legislatore ha inteso perseguire, come metodo privilegiato (sebbene non esclusivo) di notificazione degli atti, l'impiego di sistemi di notificazione telematica, capaci di offrire risposte certe sull'esito della notifica.

Sotto il profilo del sistema di notificazione degli atti in favore dell'imputato (limitando i cenni all'essenziale), il legislatore ha, anzitutto, attribuito centralità al momento di "primo contatto" tra persona sottoposta a indagini preliminari e la polizia giudiziaria o l'autorità giudiziaria. In quel momento di "primo contatto", la persona sottoposta a indagini – informata, quando possibile, dell'oggetto delle indagini – sarà infatti chiamata a dichiarare o eleggere domicilio, o anche un indirizzo di posta elettronica certificata o altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato (art. 161, comma 1, cpp). A quell'indirizzo – reale o virtuale – verranno notificati però solo gli atti introduttivi del giudizio (avviso di fissazione udienza preliminare, decreto di citazione a comparire al giudizio direttissimo, decreto di giudizio immediato, decreto di citazione all'udienza di comparizione predibattimentale, citazione per il giudizio di appello – art. 157-ter cpp)⁵. Tutti gli altri atti del procedimento penale verranno invece notificati mediante consegna al difensore di fiducia o di ufficio (art. 157-bis cpp). Ed è in questa prospettiva che la persona sottoposta a indagini – al momento del primo contatto con l'autorità procedente – deve essere avvertita: (i) della valenza dell'elezione o dichiarazione di domicilio (e della necessità di comunicare le successive modifiche del domicilio dichiarato o eletto – art. 161, comma 1, cpp); (ii) dell'onere di mantenere i contatti con il proprio difensore e di rendersi reperibile da questi (art. 161, comma 01, cpp).

È di tutta evidenza la semplificazione introdotta: le notificazioni in favore dell'imputato avverranno –

nella stragrande maggioranza dei casi (art. 157-bis cpp) – mediante consegna al difensore, con notificazioni telematiche che assicureranno celerità di esecuzione e ragionevole sicurezza sul loro esito; solo per le notificazioni degli atti introduttivi (art. 157-ter cpp), invece, si dovrà procedere alle notificazioni in favore dell'imputato presso il domicilio dichiarato o eletto (che può anche essere telematico).

Ma è altrettanto evidente che l'innovazione introdotta ascrive oneri di particolare pregnanza ai protagonisti della vicenda: (i) la polizia giudiziaria e l'autorità giudiziaria dovranno assicurare effettività ai meccanismi informativi codificati, il che richiederà una somministrazione degli avvisi puntuale e predisposta in modo (e lingua) comprensibile alla persona sottoposta ad indagini; se la dichiarazione o elezione di domicilio è atto del procedimento penale (e sicuramente lo è), esso deve essere presidiato dalle garanzie (anche linguistiche) che l'ordinamento assicura a chi non è in grado di comprendere la lingua italiana (a pena di nullità della dichiarazione/elezione di domicilio, con le conseguenze sulla validità degli atti successivi che non è necessario qui ripercorrere); (ii) la persona sottoposta a indagini – a sua volta – avrà l'onere di "interessarsi" del procedimento penale che la vede coinvolta; non è più tratteggiata dal codice di rito come "complemento oggetto" del procedimento penale, ma è in esso coinvolta come soggetto e parte attiva (nei limiti in cui la persona sottoposta a indagini voglia essere parte attiva); (iii) i difensori – a loro volta – sono investiti di più pregnanti oneri di coltivazione della relazione professionale con il proprio assistito (nella misura in cui questi si renda diligentemente reperibile per il difensore).

Volendo dare un giudizio di sintesi: gli interventi sulle notificazioni sicuramente semplificano il sistema, ma, al tempo stesso, responsabilizzano i protagonisti processuali. E prassi negligenti possono determinare una diminuzione "secca" di garanzie per la persona sottoposta a indagini.

2.2. Cenni sul "nuovo" giudizio in absentia

Sotto il profilo della disciplina del processo *in absentia*, l'intervento riformatore coltiva obiettivi di rafforzamento delle garanzie per l'imputato, di semplificazione del sistema e, al tempo stesso, di deflazione processuale. Il legislatore coltiva l'obiettivo

5. Può suscitare qualche perplessità la mancata previsione della necessità di notificare le modifiche dell'imputazione nelle medesime forme previste per gli atti introduttivi. Rispetto alla modifica dell'imputazione, sembrano porsi esigenze conoscitive paragonabili a quelle che si danno in caso di notifica del decreto che dispone il giudizio. Per altro verso, però, occorre considerare che la riforma rafforza il momento di valutazione sulla sussistenza dei presupposti per procedere in assenza. Sicché si potrebbe ritenere che – per un imputato assente, ma sicuramente consapevole della pendenza del giudizio – vi sia adeguata garanzia che egli sappia del processo, si da rendere "accettabile" che egli se ne interessi (e si da rendere adeguato meccanismo informativo quello previsto dall'art. 157-bis cpp).

di assecondare – dandole esplicito riconoscimento normativo – l'idea di fondo che traspare da ripetuti arresti della giurisprudenza della Corte Edu⁶, dalla normativa UE (direttiva comunitaria 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio) e dalla stessa giurisprudenza di legittimità: come recita l'art. 1, comma 7, lett. a della legge n. 134/2021, occorre assicurare che «il processo possa svolgersi in assenza dell'imputato solo quando esistono elementi idonei a dare certezza del fatto che egli è a conoscenza della pendenza del processo e che la sua assenza è dovuta a una sua scelta volontaria e consapevole».

La novella interviene dunque modificando radicalmente la disciplina del processo *in absentia*. Trascorrendo le complesse questioni di diritto transitorio, si può qui tentare un quadro di sintesi: si conferma il dato (non controverso) per cui la regolarità delle notificazioni non necessariamente è indicativa della sussistenza dei presupposti per procedere in assenza (soprattutto, quando esse si sono perfezionate con modalità che *surrogano* la notificazione presso il domicilio dichiarato o eletto; *cfr.* art. 420-bis, comma 1, lett. a, cpp); si rende esplicito che la possibilità di procedere in assenza dell'imputato si ancora alla «prova» («risulta altrimenti *provato*») del fatto che l'imputato ha «effettiva conoscenza della pendenza del processo» (e non «del procedimento») e che la sua assenza è dovuta ad una *scelta*, che deve essere *volontaria e consapevole* (art. 420-bis, comma 2, cpp).

Riecheggiano – nelle parole usate dal legislatore – gli approdi interpretativi già raggiunti dalla giurisprudenza⁷; il che consente, per brevità, di rimandare a quelle analisi per la ricostruzione dei presupposti da assumere come base di decisione sul *se* procedere in assenza o meno.

Più interessante osservare quali sono le conseguenze tratteggiate dal legislatore in ragione dell'esito della valutazione sulla sussistenza dei presupposti per procedere in assenza.

Se non vi è «prova» del fatto che l'imputato sia a conoscenza della «pendenza del processo» o che la sua assenza non sia conseguenza di una scelta «volontaria e consapevole», il giudice pronuncia una «sentenza inappellabile di non doversi procedere». Una sentenza che impone un arresto all'azione penale la cui prosecuzione in tanto può essere *obbligatoria* (art. 112 Cost.) in quanto sia in grado di assicurare un'effettiva possibilità di esercitare il diritto di difesa

(art. 24 Cost.). La sentenza di improcedibilità è una sentenza “in rito” e non si pronuncia sulla plausibilità o meno dell'ipotesi d'accusa (nemmeno per il vaglio dell'eventuale sussistenza di eventuali cause di proscioglimento *ex art.* 129 cpp; del resto, se funzionano i filtri collocati all'esito delle indagini preliminari, dovrebbe trattarsi di un'evenienza residuale). Essa assolve una funzione ricognitiva (l'esplicitazione delle ragioni per cui non si può procedere in assenza) e una funzione prescrittiva (con il mandato assegnato alla polizia giudiziaria di proseguire nelle ricerche dell'imputato sino a che non sarà spirato il termine di prescrizione). Laddove l'imputato sia rintracciato in tempo utile (cioè: prima dello spirare del termine di prescrizione), la sentenza assolverà anche una funzione informativa: la sentenza contiene, infatti, gli elementi necessari a informare l'imputato dell'accusa rivolta nei suoi confronti e contiene altresì una *vocatio in iudicium* (consegnata in modo invero piuttosto macchinoso), con l'avviso che – non comparendo – egli sarà giudicato in assenza (art. 420-*quater*, commi 2-4, cpp). Anche in questo caso è da ritenere necessario – dato che la sentenza contiene una *vocatio in iudicium* – che essa sia tradotta in lingua comprensibile a chi non comprende la lingua italiana. La sentenza di non doversi procedere è inappellabile (art. 420-*quater*, comma 1, cpp) e può essere revocata solo in caso di “rintraccio” dell'imputato, che rimetterà in moto la macchina giudiziaria (art. 420-*sexies* cpp). Tuttavia – una volta decorso il termine di prescrizione (il cui corso è sospeso nei limiti previsti dall'art. 159, ult. comma, cp)⁸ – la sentenza diventerà irrevocabile.

Onde assicurare un contemperamento tra diritto di difesa, garanzie del giusto processo ed efficace tutela di alcune esigenze di carattere processuale (o di tutela delle esigenze cautelari), il legislatore ha opportunamente previsto che – sino a che non maturerà il termine di prescrizione – conserveranno efficacia le misure cautelari di carattere custodiale (le altre perderanno efficacia) e le misure cautelari reali (sequestri probatorio, preventivo e conservativo – art. 420-*quater*, comma 7, cpp); in pendenza del termine utile per il rintraccio dell'imputato, il giudice potrà assumere le prove urgenti (art. 420-*quinquies* cpp).

L'assetto così delineato coltiva l'ambizioso obiettivo di evitare di impegnare i complessi meccanismi del processo penale senza che vi sia l'effettiva certezza della “stabilità” della decisione che, all'esito del giudizio,

6. Vds. nota 3.

7. *Cfr.* sez. unite, 28 novembre 2019 (dep. 17 agosto 2020), Rv. 279420 - 0; sez. unite, 28 febbraio 2019, n. 28912 (dep. 3 luglio 2019), Rv. 275716 - 0.

8. Il tempo dell'oblio – oltre il quale il legislatore delegato dovrà prevedere la definitiva estinzione della pretesa punitiva – è fissato nel doppio dei termini di prescrizione stabiliti dall'art. 157 cp (si noti che non è richiamata la previsione dell'art. 161 cp).

potrebbe essere assunta. In assenza di tale certezza, si è ritenuto preferibile imporre un (momentaneo) arresto all'incedere dell'azione penale.

Laddove, invece, il giudice dell'udienza preliminare (o il giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale) ritenga la sussistenza dei presupposti per procedere in assenza dell'imputato (e laddove non vi sia una sentenza di non luogo a procedere o definizioni del giudizio alternative al dibattimento), il giudice indica «luogo, giorno e ora dell'udienza per la prosecuzione del processo davanti al giudice del dibattimento» (cfr. art. 429, comma 1, lett. f; vds. anche art. 554-ter, comma 3, cpp: «il giudice fissa per la prosecuzione del giudizio la data dell'udienza dibattimentale davanti ad un giudice diverso»). In tal caso – postulando un imputato assente autenticamente consapevole –, il legislatore non ha ritenuto necessario notificare tale rinvio (per la prosecuzione del processo o del giudizio) nelle forme “più garantite” codificate dall'art. 157-ter cpp.

Si è detto dell'intenzione del legislatore di assicurare stabilità della decisione assunta all'esito del giudizio (e quella di evitare la celebrazione di “dibattimenti” che, *ex post*, si rivelano inutili); essa – oltre che dalla disciplina della sentenza di improcedibilità – emerge da altre scelte compiute dal legislatore delegato.

Nel caso in cui il giudice abbia ritenuto la sussistenza dei presupposti per procedere in sua assenza e il giudizio di cognizione si sia concluso con sentenza, l'impugnazione potrà essere presentata solo in forza di uno specifico mandato ad impugnare, rilasciato dopo la pronuncia della sentenza (art. 581-*quater* cpp). Il legislatore – con il pretendere uno specifico mandato ad impugnare rilasciato *dopo* la sentenza – intende, evidentemente, “blindare” la prova della conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato rimasto assente (e così evitare la celebrazione di giudizi di impugnazione potenzialmente esposti a rescissione). Nel caso non vi sia lo specifico mandato ad impugnare, la sentenza pronunciata nei confronti dell'imputato assente diventerà definitiva e potrà essere messa in esecuzione. Il rimedio per l'imputato che voglia dolersi della erroneità delle valutazioni compiute, in sede di cognizione, in ordine alla sussistenza dei presupposti per procedere in assenza sarà dato dalla possibilità di chiedere la rescissione del giudicato nelle forme e nei termini disciplinati dall'art. 629-*bis* cpp.

Si tratta di un assetto normativo estremamente delicato, che evidentemente responsabilizza al massi-

mo grado i soggetti chiamati a valutare la (o ad offrire elementi di valutazione sulla) sussistenza dei presupposti per procedere in assenza.

2.3. Cenni sulla partecipazione della persona offesa e del querelante al giudizio

Si premette che vengono qui trascurate le questioni relative alla partecipazione della vittima di reato nel processo che risultino legate al tema della giustizia riparativa, oggetto di altri contributi pubblicati in questo fascicolo.

La riforma ha introdotto altresì meccanismi processuali che intendono – da un lato – assicurare la tutela dei diritti delle vittime di reato⁹ e – dall'altro lato – responsabilizzare la stessa persona offesa (tanto più nel caso sia il querelante), coinvolgendola in modo più pregnante nella vicenda giudiziaria.

Si è, anzitutto, previsto che, quando la persona offesa propone querela, questa abbia l'obbligo di dichiarare o eleggere domicilio. L'art. 153-*bis* cpp stabilisce che il querelante, nella querela, abbia l'obbligo di dichiarare o eleggere domicilio per la comunicazione e la notificazione degli atti del procedimento. A tal fine, il querelante può dichiarare un indirizzo di posta elettronica certificata o altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato.

La previsione è funzionale ad agevolare le comunicazioni tra autorità giudiziaria e persona offesa dal reato, imponendo a quest'ultima un obbligo non particolarmente oneroso; ciò, da un lato, indubbiamente snellisce i meccanismi di comunicazione e ha intuitive ricadute sull'efficienza del sistema processuale; dall'altro lato, rende esplicita la volontà del legislatore di responsabilizzare la persona offesa che abbia sporto querela, nella prospettiva di renderla parte realmente attiva in un procedimento penale in cui l'ordinamento condiziona alla sussistenza e persistenza di un interesse della persona offesa la procedibilità dell'azione penale e la stessa punibilità dell'illecito. È da notare che – nel caso in cui il querelante non adempia tale obbligo legale – non si danno conseguenze sull'ammissibilità/validità della querela: da un lato, perché ciò sarebbe stato potenzialmente discriminatorio nei confronti di persone che – magari solo transitoriamente – non sono in grado (al momento della proposizione della querela) di dichiarare o eleggere domicilio; dall'altro lato, perché condizionare l'ammissibilità della querela – che ha anche natura di notizia di reato – all'assolvimento

9. Anche in ossequio alle prescrizioni contenute nella «Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI», esplicitamente richiamata nella *Relazione illustrativa* al d.lgs n. 150/2022.

dell'obbligo di dichiarazione o elezione di domicilio avrebbe comportato il rischio di rendere impossibili approfondimenti investigativi da parte degli organi inquirenti (capaci, magari, di far emergere l'esistenza di reati procedibili d'ufficio).

La conseguenza del mancato assolvimento dell'obbligo di dichiarazione o elezione di domicilio da parte del querelante si riverbera pertanto sul piano delle modalità di successiva notificazione degli atti. Laddove il querelante non abbia dichiarato o eletto domicilio e non abbia un difensore o un idoneo recapito telematico, infatti, le notifiche avverranno mediante deposito dell'atto presso la segreteria o cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente (art. 153-bis, comma 5, cpp).

E tale modalità semplificata di notificazione – che costituisce la conseguenza di un contegno processualmente poco diligente del querelante – si salda funzionalmente alla previsione delle conseguenze che si danno in caso di mancata comparizione del querelante all'udienza dibattimentale nella quale deve essere esaminato come testimone. Come noto, la mancata comparizione – quando ingiustificata – assume valore di remissione tacita di querela, con conseguente estinzione del reato.

Anche su tale versante, pertanto, si può leggere una sorta di filo rosso che informa molti aspetti della riforma del processo: da un lato, semplificazione delle modalità di comunicazione; dall'altro lato, impiego di mezzi che assicurino certezza dell'esito delle notificazioni; trasversalmente, però, ascrizione di oneri di diligenza a tutti i soggetti che, nel processo, sono chiamati a svolgere un ruolo.

E – quale corredo di tale responsabilizzazione – il legislatore ha opportunamente arricchito il catalogo delle informazioni che debbono essere somministrate alla persona offesa (cfr. artt. 90-bis, 90-bis.1 cpp, 142 disp. att. cpp).

3. Prima del giudizio: udienza di comparizione predibattimentale (e richiami all'udienza preliminare)

Come detto in premessa, uno degli strumenti immaginati dal legislatore per ridare efficienza al sistema processuale penale passa attraverso la riduzione del numero di dibattimenti da celebrare.

In tale prospettiva, il legislatore ha arricchito il catalogo di strumenti di deflazione processuale collocati a monte della fase del giudizio (con l'ampliamento del catalogo di reati perseguibili a querela; con l'ampliamento delle ipotesi in cui è possibile archiviare il procedimento per particolare tenuità del fatto; con l'ampliamento delle ipotesi in cui è possibile definire il procedimento con messa alla prova; con l'introduzione di incentivi a definire il procedimento con riti alternativi prima del giudizio, e via seguitando).

Tra gli strumenti volti a contenere il numero di dibattimenti da celebrare figura, ovviamente, la modifica della regola di giudizio che il giudice è chiamato ad applicare in sede di udienza preliminare o in sede di udienza di comparizione predibattimentale. Il gup o il giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale potranno "aprire" le porte dell'aula del dibattimento solo nel caso in cui – sulla base degli atti disponibili al momento della valutazione – sia possibile formulare una «ragionevole prognosi di condanna». Di essa si tratterà in conclusione.

Le sedi giurisdizionali ove tali "filtri" all'accesso al giudizio dibattimentale saranno chiamati a operare sono due: da un lato, l'udienza preliminare (per i procedimenti in cui essa è necessaria); dall'altro lato (per i procedimenti a citazione diretta), la "nuova" udienza di comparizione predibattimentale.

Dell'udienza preliminare si tratta in altro contributo pubblicato in questo fascicolo. Qui ci si occuperà dell'udienza di comparizione predibattimentale.

Considerato che la parte statisticamente preponderante del carico giudiziario dibattimentale del nostro Paese è rappresentata da procedimenti per cui si procede con citazione diretta a giudizio (il cui catalogo è stato ulteriormente esteso)¹⁰, è in quella sede che si misurerà l'efficacia dei meccanismi di razionalizzazione e deflazione introdotti con la riforma.

3.1. L'udienza di comparizione predibattimentale: disciplina dell'udienza, costituzione delle parti e questioni preliminari

L'art. 554-bis cpp detta la disciplina dell'udienza di comparizione predibattimentale, informandola a opportuna snellezza di forme.

Il procedimento si svolge in camera di consiglio (opportunamente, sotto due profili: non è ancora

10. Come noto, è stato modificato il testo dell'art. 550 cpp, ampliando il catalogo delle ipotesi per cui il giudizio è inaugurato dal decreto di citazione diretta a giudizio emesso dal pubblico ministero. Due sole notazioni: (i) il legislatore delegato si è mosso nel perimetro di un criterio di delega in effetti non troppo stringente e si è impegnato nell'individuazione di criteri selettivi, dando adeguatamente conto – nella *Relazione illustrativa* – delle ragioni delle scelte operate; in questa prospettiva è da ritenere che le scelte del legislatore delegato siano legittimo e ragionevole esercizio della discrezionalità legislativa delegata e, quindi, difficilmente censurabili dalla Consulta; (ii) l'art. 550, comma 2, lett. b e f, cpp inserisce nel catalogo dei reati perseguibili con citazione diretta a giudizio alcuni delitti del testo unico immigrazione e in materia di armi per i quali, però, il legislatore ha già previsto che si proceda con giudizio direttissimo; è il caso di osservare che tali previsioni conservano comunque una loro funzione semplificatoria: esse consentiranno di procedere con citazione diretta a giudizio per le ipotesi in cui – giusta o sbagliata che sia stata la valutazione dell'organo di accusa – non si è proceduto con rito direttissimo.

scontata l'evoluzione in giudizio dibattimentale con udienza pubblica, sì da assicurare la tutela dell'accusato dallo *strepitus fori*; si assicura celerità e snellezza di forme), con la presenza necessaria del pubblico ministero, dell'imputato e del suo difensore.

È in esordio all'udienza di comparizione predibattimentale – cui l'imputato è citato a comparire nelle forme “più garantite” codificate dall'art. 157-ter cpp – che il giudice dovrà verificare la sussistenza dei presupposti per eventualmente procedere in sua assenza; in difetto, emetterà sentenza di non doversi procedere ex art. 420-*quater* cpp (essendo la disciplina dell'assenza integralmente richiamata dall'art. 554-*bis* cpp).

Nel caso sia necessario procedere alla rinnovazione degli avvisi, delle citazioni, delle comunicazioni e della notificazione di cui dichiara la nullità, il giudice vi provvede direttamente, evitandosi così regressioni del procedimento¹¹.

Nel corso dell'udienza di comparizione predibattimentale deve – a pena di decadenza – costituirsi la parte civile (art. 79, comma 1, cpp). In relazione a tale ipotesi di decadenza potrebbe porsi un dubbio interpretativo: l'art. 79, comma 1, cpp impone la costituzione di parte civile in udienza preliminare o, quando essa manca – come è nel caso in esame –, «fino a che non siano compiuti gli adempimenti previsti dall'articolo 484 o dall'articolo 554-*bis*, comma 2, c.p.p.», potrebbe indurre alla conclusione per cui sia possibile per la parte civile costituirsi in giudizio anche *dopo* l'udienza predibattimentale: l'uso della disgiuntiva «o» sembrerebbe porre su un piano di equivalenza i due momenti entro i quali imporre la costituzione a pena di decadenza. In senso contrario, si può però osservare che il dettato del successivo comma 3 dell'art. 554-*bis* cpp impone che le questioni indicate dall'art. 491, comma 1, cpp – e tra esse, come noto, figurano le questioni concernenti la costituzione di parte civile – «sono precluse se non sono proposte subito dopo compiuto per la prima volta l'accertamento della costituzione delle parti». Il che sembra indicare in modo chiaro che – dopo il superamento della “barriera ideale” dettata dall'art. 491, comma 1, cpp (richiamato dall'art. 554-*bis*, comma 3) – non vi è più spazio per discutere della costituzione delle parti.

Nessuna modifica è stata invece introdotta alla disciplina della costituzione delle altre parti private (come, ad esempio, il responsabile civile): il che potrà creare qualche problema interpretativo o, comunque, seppur in un numero limitato di casi, frustrare le intenzioni acceleratorie perseguite dal legislatore.

Immediatamente dopo gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti, debbono essere eccepite

(o rilevate) le questioni preliminari indicate nell'art. 491, commi 1 e 2, cpp. Il catalogo è noto: si tratta delle questioni relative alla costituzione di parte civile, alla citazione o all'intervento del responsabile civile e della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e all'intervento degli enti e delle associazioni previsti dall'art. 91 (su questo tema, vds. *supra*); delle nullità indicate nell'art. 181, commi 2 e 3, cpp (nullità di atti relativi alle fasi precedenti o degli atti preliminari al dibattimento; sulle nullità concernenti il decreto che dispone il giudizio, vds. oltre); le questioni di competenza per territorio (art. 21, comma 2, cpp); le questioni relative all'omessa celebrazione dell'udienza preliminare (art. 550, comma 3, cpp); il difetto di attribuzioni del giudice monocratico (art. 33-*quinquies* cpp); le questioni concernenti il contenuto del fascicolo per il dibattimento; le questioni relative alla riunione o separazione dei giudizi (salvo che la possibilità di proporle sorga soltanto nel corso del dibattimento).

Il giudice è chiamato ad assumere decisioni nell'immediatezza: dette questioni sono decise immediatamente e – a mente del secondo periodo dell'art. 554-*bis*, comma 3, cpp – «non possono essere riproposte nell'udienza dibattimentale» (dato testuale che conforta l'osservazione sopra sviluppata sull'essere la costituzione di parte civile adempimento da curare a pena di decadenza nel corso dell'udienza predibattimentale).

Una nota sulla previsione del secondo periodo dell'art. 554-*bis*, comma 3, cpp. Il fatto che il giudice dell'udienza predibattimentale decida e che l'esito della decisione non possa essere rimesso in discussione dal giudice del dibattimento non determina una situazione priva di tutela: le decisioni sulle questioni preliminari potranno comunque essere oggetto di censura ai sensi dell'art. 586 cpp. Certo è che – in casi marginali – il giudice del dibattimento (ove non condivida le decisioni assunte dal giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale) – vivrà un qualche imbarazzo di coscienza a non potervi porre rimedio... ma, prevedibilmente, si tratterà di casi statisticamente marginali (ragionevolmente soccombenti rispetto alla necessità di cristallizzare tutte le questioni processuali *prima* che si giunga alla fase istruttoria).

In ordine alle questioni preliminari, è solo opportuno aprire un breve inciso su un dato di significativa novità inserito nel tessuto del codice di procedura penale. Si allude allo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione per la decisione sulla competenza per territorio (art. 24-*bis* cpp). L'intenzione del legislatore è quella di limitare il rischio che una questione di competenza possa, una volta giunto il

11. Si tratta di una previsione che codifica un risultato interpretativo già raggiunto dalla giurisprudenza (Cass., sez. unite, n. 28807/2002).

processo in sede di legittimità e *ivi* accolta, vanificare il lavoro svolto in ben due gradi di giudizio.

Con lo strumento del rinvio pregiudiziale, il legislatore intende proprio scongiurare che si determini questo secco spreco di risorse umane e di tempo. L'art. 24-*bis* cpp prevede, pertanto, che entro il termine previsto dall'art. 491, comma 1, cpp il giudice (d'ufficio o su istanza di parte) possa rimettere alla Corte di cassazione la decisione sulla questione concernente la competenza per territorio. Poche notazioni sul tema.

Il giudice non ha il *dovere* di rimettere la questione di competenza alla Corte di cassazione; nel caso la questione gli sembri sufficientemente chiara, potrà "fare da sé" e decidere autonomamente. Nel caso la questione sia stata eccepita da una parte e il giudice abbia "fatto da sé", decidendo senza investire la Corte di cassazione, la questione di competenza non potrà comunque essere riproposta (se non in un caso: quando la parte che ha eccepito l'incompetenza per territorio ha *contestualmente* chiesto la rimessione della decisione alla Corte di cassazione; art. 24-*bis*, comma 7, cpp).

Nel caso il giudice rimetta – d'ufficio o su istanza – la questione sulla competenza per territorio alla Corte di cassazione, il processo non sarà comunque sospeso (nulla dicendo sul punto l'art. 24-*bis* cpp); si tratta di soluzione che, del resto, risulta coerente con l'esplicita previsione legislativa per i casi di conflitto di competenza (*cf.* art. 30, comma 3, cpp). La decisione della Corte di cassazione sarà ovviamente vincolante nel seguito del giudizio (art. 25 cpp). Laddove il processo (non sospeso) sia proseguito in pendenza della decisione della Corte di cassazione e questa abbia poi dichiarato l'incompetenza del giudice procedente, le prove acquisite conservano comunque efficacia, quantomeno nei limiti previsti dall'art. 26 cpp.

3.2. Igiene dell'imputazione

La seconda funzione che il legislatore ha attribuito all'udienza di comparizione predibattimentale è quella legata alla necessità di cristallizzare in modo il più stabile possibile il perimetro del giudizio. L'esigenza di "definire l'oggetto del giudizio" assolve diverse funzioni: anzitutto, una funzione di garanzia per l'accusato, essendo suo diritto confrontarsi e contraddire con una imputazione conforme alle prescrizioni dell'art. 552, comma 1, lett. c; in secondo luogo, l'esatta definizione del perimetro dell'imputazione (in punto di fatto e in punto di diritto) previene il rischio che, all'esito del giudizio, possano rendersi necessari provvedimenti di restituzione atti al pubblico ministero *ex* art. 521, comma 2, cpp; in terzo luogo, si persegue l'obiettivo di evitare che si determini durante il dibattimento la

necessità di procedere a modifiche dell'imputazione ai sensi degli artt. 516 e 517 cpp (con l'allungamento dei tempi processuali che ne consegue).

Di qui gli interventi dettati dall'art. 554-*bis*, commi 5-7, cpp relativi alla formulazione dell'imputazione.

Il comma 5 e il comma 6 – seppure presentino analogie di disciplina (in uno con delle diversità) – hanno ad oggetto fenomeni diversi.

L'art. 554-*bis*, comma 5, cpp considera l'ipotesi in cui – nell'imputazione – il fatto non sia enunciato «in forma chiara e precisa, con indicazione delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con l'indicazione dei relativi articoli di legge»; come noto, si tratta di una nullità che riguarda il decreto che dispone il giudizio (art. 552, comma 1, lett. c, cpp). A differenza delle altre ipotesi di nullità che riguardano il decreto che dispone il giudizio – da eccepire entro i termini previsti dall'art. 491, comma 1, cpp – per tale specifica ipotesi di nullità, il legislatore ha previsto una disciplina *ad hoc*: in tal caso, il giudice anche d'ufficio, sentite le parti, invita il pubblico ministero a riformulare l'imputazione. Si tratta di una cristallizzazione normativa del metodo "dialogico" già caldeggiato dalla giurisprudenza di legittimità a partire dalla nota decisione delle sezioni unite *Battistella* (n. 5307/2007). Si badi: l'iniziativa può essere anche officiosa, ma, ovviamente, il giudice deve sollecitare – sul punto – il contraddittorio delle parti. Il superamento del vizio di nullità – in coerenza con la fisionomia del processo accusatorio (e del rito a citazione diretta in particolare) – è legata a un'iniziativa del pubblico ministero che, laddove condivide i rilievi del giudice dell'udienza predibattimentale, provvede a «riformulare l'imputazione», sanando così il vizio dell'originario atto d'accusa. Ove l'organo requirente non provveda (magari ritenendo l'imputazione sufficientemente chiara e precisa), il giudice, a questo punto, dichiara con ordinanza la nullità dell'imputazione e dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero.

L'art. 554-*bis*, comma 6, cpp disciplina invece un fenomeno diverso, prossimo al tema delle modifiche dell'imputazione: nel caso considerato dal comma 6, non ci si trova di fronte a un'imputazione nulla – per mancata esposizione del fatto in forma chiara e precisa –, ma a un'imputazione che, per qualche suo aspetto, il giudice (che ha a sua disposizione il fascicolo del pm) ritiene non collimante con gli atti. Anche in questo caso, il giudice abbandona il ruolo di passivo spettatore e – anche di ufficio, seppur stimolando il contraddittorio delle parti – sollecita il pubblico ministero «ad apportare le necessarie modifiche» (anche in questo caso si positivizza il metodo dialogico tracciato in via pretoria a partire dalla sentenza delle sezioni unite n. 5307/2007). Anche in questo caso il

dominus della modifica dell'imputazione resta il pubblico ministero – si tratta, nella sostanza, dello “sdoganamento” positivizzato, delle modifiche all'imputazione cd. patologiche (poiché fondate non su nuove emergenze, ma su atti già presenti nel fascicolo del pubblico ministero).

Anche in questo caso, ove l'organo requirente non “riformuli” l'imputazione, si provvederà alla restituzione degli atti al pm.

Nel caso, invece, che il pubblico ministero provveda alla riformulazione dell'imputazione, si pone il tema della contestazione dell'imputazione riformulata all'imputato. Nessun problema se egli è presente (in aula o mediante collegamento a distanza); se, invece, egli non è presente, allora il verbale contenente la modifica dell'imputazione deve essere notificato all'imputato (nelle forme ordinarie, *ex art. 157-bis* cpp e non in quelle più garantite previste dall'*art. 157-ter* cpp).

Se a seguito di modifica dell'imputazione sorgono questioni sul difetto di attribuzioni del giudice monocratico, o sulla necessità di udienza preliminare, l'imputato presente dovrà formulare immediata eccezione sul punto; nel caso l'imputato sia non presente, invece, l'eccezione dovrà essere sollevata alla successiva udienza prima del compimento di ogni altro atto (*art. 544-bis*, comma 7, cpp).

La disciplina dettata dai commi 5-7 merita due ulteriori – per quanto brevi – notazioni.

C'è un'asimmetria di disciplina tra le ipotesi disciplinate dal comma 5 (riformulazione dell'imputazione nulla, per cui non è prevista la notifica del verbale in favore dell'imputato assente) e le ipotesi del comma 6 (modifica dell'imputazione per non aderenza della stessa agli atti; modifica da notificare all'imputato non presente). Si potrebbe immaginare di applicare le garanzie informative previste dall'*art. 554-bis*, comma 6, secondo periodo, cpp anche alle ipotesi disciplinate dal comma 5; si tratta di ipotesi forse anche sostenibile; essa, però, dal punto di vista testuale e sistematico – data la formulazione e collocazione delle garanzie disegnate dal comma 6 – risulta decisamente problematica. Ci si può limitare qui a segnalare questa asimmetria di disciplina, affidando agli interpreti di vagliarne la ragionevolezza.

In secondo luogo, si deve osservare che – in caso di modifica dell'imputazione (ai sensi del comma 6)

– non è prevista, in funzione evidentemente acceleratoria, la possibilità per le parti private di ottenere un termine a difesa (come invece prevede l'*art. 519* cpp, in caso di modifica dell'imputazione).

La mancata possibilità di poter usufruire di un termine a difesa renderà necessaria un'accurata riflessione sotto il profilo della ragionevolezza del diverso regime che si ha in caso di modifiche dell'imputazione *ex art. 519* cpp e di modifiche dell'imputazione *ex art. 554-bis*, comma 6, cpp: infatti, se in udienza predibattimentale è escluso che il termine a difesa possa rivelarsi funzionale alla richiesta di nuove prove, è però certo che esso potrebbe essere funzionale per ben ponderate riflessioni dell'imputato sull'opportunità o meno di avanzare richiesta di definizione del procedimento con riti alternativi a fronte della modifica dell'accusa¹².

4. Gli esiti dell'udienza di comparizione predibattimentale

L'*art. 554-ter* cpp delinea – anche icasticamente – la funzione di “filtro” dell'udienza predibattimentale: il comma 1 disciplina la sentenza di non luogo a procedere; il comma 2 considera la definizione del giudizio con riti alternativi; il comma 3 declina l'ipotesi che – negli auspici del riformatore – dovrebbe assumere carattere quasi residuale (ossia: la prosecuzione del giudizio davanti al giudice dibattimentale).

4.1. Le definizioni alternative al giudizio dibattimentale

Partendo dalle definizioni processuali con riti alternativi, si deve anzitutto evidenziare che le richieste di definizione con riti alternativi (patteggiamento, giudizio abbreviato, sospensione del processo con messa alla prova, oblazione) debbono essere formulate a pena di decadenza entro il termine previsto dall'*art. 554-ter*, comma 2, cpp, cioè prima della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere.

L'estensione delle ipotesi in cui l'imputato potrà ottenere la sospensione del processo con messa alla prova promette effetti di deflazione processuale, così come altri interventi effettuati sulla disciplina del patteggiamento e del giudizio abbreviato.

12. La Corte costituzionale – intervenendo sulla possibilità di chiedere la sospensione del processo con messa alla prova in caso di modifica di una sola imputazione in processo oggettivamente cumulativo – ha, tra i vari argomenti utilizzati, evidenziato che «la scelta del rito deve, in effetti, poter essere effettuata dall'imputato – assistito dal proprio difensore – con piena consapevolezza delle possibili conseguenze sul piano sanzionatorio connesse all'uno o all'altro rito, in relazione ai reati contestati dal pubblico ministero; sicché, di fronte a un mutamento dell'imputazione, ragioni di tutela del suo diritto di difesa e del principio di eguaglianza impongono che sia sempre consentito all'imputato rivalutare la propria scelta alla luce delle nuove contestazioni» (Corte cost., sent. n. 146/2022, *considerato* in diritto n. 2.2). Se questo è il “valore” assegnato allo *spatium deliberandi* sulle scelte relative al rito, è da interrogarsi sulla ragionevolezza di un regime che, a fronte di modifiche dell'imputazione, non favorisce meditate riflessioni e, per altro verso, tratta diversamente i casi considerati dall'*art. 554-bis*, comma 6, da quelli considerati dagli artt. 516 ss. cpp.

Con riferimento all'applicazione pena su concorde richiesta delle parti, si osserva che tale rito risulterà più appetibile in ragione dell'ampliamento del catalogo di benefici ad esso conseguenti.

Con riferimento al giudizio abbreviato, potrà rivelarsi particolarmente incisiva – in chiave di deflazione del dibattimento – la modifica apportata all'art. 438, comma 5, cpp in materia di abbreviato condizionato: esso dovrà essere ammesso quando l'integrazione probatoria sia «*necessaria*» e se «il giudizio abbreviato realizza comunque una *economia processuale*, in relazione ai prevedibili tempi dell'istruzione dibattimentale». I termini di confronto – rispetto al giudizio abbreviato condizionato previgente – sono significativamente modificati: ieri, la necessità dell'approfondimento istruttorio e la compatibilità con le finalità di economia processuale tipiche del rito; oggi, invece, una valutazione dell'economia processuale che si potrà realizzare in caso di ammissione del giudizio abbreviato condizionato (il che – si osserva per inciso – imporrà, però, al giudice una doppia prognosi: una sulla possibile *entità* dell'impegno istruttorio di un futuro dibattimento, in un momento in cui ancora non sono note le richieste di prova delle parti; l'altra sul risparmio che il giudizio abbreviato condizionato potrebbe assicurare). In ogni caso, è da ritenere che la modifica delle condizioni di ammissione del giudizio abbreviato potrà ridurre il numero di dibattimenti da celebrare, concentrando l'attività di assunzione di prove costituente a ciò che *davvero* è utile e necessario acquisire nel contraddittorio delle parti. Esempio: se in un dibattimento dovessero essere esaminati dieci testi (otto dei quali, però, chiamati a deporre su circostanze non particolarmente controverse), è evidente che l'assunzione di due sole testimonianze (su circostanze che, invece, l'imputato ritiene controverse e intende sottoporre a contraddittorio pieno) realizza un'economia processuale. Ove presa sul serio, l'indicazione del legislatore in tema di giudizio abbreviato condizionato potrà realizzare un'autentica deflazione senza imporre gravose compressioni del diritto al contraddittorio.

È inoltre il caso di aggiungere che tanto il giudizio abbreviato, quanto il patteggiamento contemplan

la possibilità che – con tali sentenze – si debbano irrogare all'imputato delle pene sostitutive.

In questo caso – quando non è possibile decidere immediatamente – potrà trovare applicazione lo schema *bifasico* tratteggiato dall'art. 545-*bis* cpp¹³. Con specifico riferimento al patteggiamento e all'applicazione di pene sostitutive, sebbene siano state anche ventilate opinioni contrarie¹⁴, sembra preferibile ritenere che il combinato disposto degli artt. 448, comma 1-*bis*, e 545-*bis*, comma 2, cpp autorizzi la possibilità di proporre al giudice dell'udienza predibattimentale una prima ipotesi di accordo sull'applicazione della pena sostitutiva e, quindi, all'esito degli approfondimenti effettuati *ex art.* 545-*bis*, comma 2, cpp, “perfezionare”, modificare e perfino abortire il progetto di accordo inizialmente prospettato nella “prima” udienza. Del resto, il progetto di accordo formulato alla “prima” udienza – e prima degli approfondimenti istruttori – non poteva che essere un accordo delineato in termini “generalisti”¹⁵. Sembra dunque preferibile ritenere che – sino a che il giudice non abbia recepito l'accordo – ciascuna delle parti possa modificare la propria originaria posizione, revocando il consenso inizialmente manifestato o adoperandosi per stipulare un nuovo accordo. A quel punto, il giudice potrà rigettare la richiesta (con le conseguenze delineate dall'art. 448, comma 1, cpp) o ratificare l'accordo, applicando la pena sostitutiva.

4.2. La sentenza di non luogo a procedere

Laddove il processo non sia stato definito con riti alternativi, il giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale si troverà a dover decidere su un'alternativa “secca”: o emissione di una sentenza di non luogo a procedere o fissazione di un'udienza per la prosecuzione del giudizio davanti al (diverso) giudice del dibattimento.

La sentenza di non luogo a procedere è dovuta in presenza delle consuete cause di proscioglimento: si allude alle cause di proscioglimento “in rito”, di norma relative alla (in senso lato) procedibilità dell'azione penale (per cause originarie o sopravvenute)¹⁶ e

13. Su cui si rimanda a quanto scritto da Riccardo De Vito in questo fascicolo (vds. anche *infra*).

14. In dottrina, altra opinione rispetto a quella qui proposta nel testo ritiene che, una volta raggiunto l'accordo sull'applicazione della pena principale, nell'ipotesi in cui si riveli – all'esito degli approfondimenti – impraticabile la sua sostituzione, il giudice debba emettere sentenza di applicazione della pena principale inizialmente concordata – vds. P. Di Geronimo, *Procedimenti speciali*, in A. Bassi e C. Parodi (a cura di), *La riforma del sistema penale*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 189.

15. Come esplicitamente ammesso nella stessa *Relazione illustrativa*, p. 242.

16. Ad esempio: difetto di querela; estinzione del reato per remissione di querela (vds. anche art. 554-*bis*, comma 4) – si noti che non si applica, a questa fase del procedimento, la disciplina della remissione tacita di querela per mancata comparizione del querelante: essa si applica solo al caso della mancata comparizione del querelante citato a comparire come testimone per l'udienza dibattimentale –; cause estintive *ex artt.* 162-*bis* e 162-*ter* cp; prescrizione; azione penale che non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita (ad esempio: sopravvenuta – e irreversibile – incapacità dell'imputato *ex art.* 72-*bis* cpp); in tali casi sarà comunque necessaria una verifica dell'assenza di requisiti previsti per il proscioglimento nel merito *ex art.* 129 cpp; al riguardo, e per i relativi oneri motivazionali, vds. Cass., sez. unite, n. 35490/2009.

alle consuete cause di proscioglimento nel merito (tra esse, anche l'assoluzione per essere il fatto non punibile per particolare tenuità *ex art. 131-bis cp*).

Anche la gerarchia delle formule di proscioglimento nel merito deve essere interpretata in modo coerente con la giurisprudenza tradizionale (che accorda priorità alle formule più "liberatorie").

A tali prescrizioni – che poco aggiungono al sistema – si associa l'ulteriore precisazione contenuta nell'ultimo periodo dell'art. 554-*ter*, comma 1, cpp: «il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti non consentono una *ragionevole previsione di condanna*».

È il caso di notare che si tratta della stessa regola di giudizio che deve essere seguita per l'archiviazione del procedimento pendente in indagini preliminari e che deve essere perseguita per l'emissione di sentenza di non luogo a procedere in udienza preliminare.

Il riferimento alla ragionevole previsione di condanna intende superare la tradizionale interpretazione che la giurisprudenza aveva dato della regola di giudizio dell'udienza preliminare (sull'idoneità degli elementi raccolti a sostenere l'accusa in giudizio), interpretazione che postula che il proscioglimento in udienza preliminare possa trovare giustificazione solo all'esito di una valutazione che – ammoniva la giurisprudenza di legittimità – deve soffermarsi su valutazioni di ordine squisitamente processuale (la sostenibilità dell'accusa) e non di merito (la plausibilità o meno dell'ipotesi accusatoria). Si tratta di un orientamento giurisprudenziale consolidato e solo raramente messo in discussione¹⁷.

Il riferimento alla *ragionevole prognosi di condanna*¹⁸ impone – al pm prima e al giudice predibattimentale poi – di operare «una valutazione prognostica ragionevole sul risultato dell'azione»¹⁹.

Non ci si può soffermare, in questa sede, sul valore sistematico di tale importante novità legislativa. Su essa, peraltro, sarà la giurisprudenza a trovare punti di equilibrio capaci di contemperare le esigenze di rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale con quelle di *sostenibilità* di tale principio (in termini di limitazione dei processi celebrati nei confronti di persone destinate a essere assolte, con conseguente sovraccarico giudiziario). Sarà inevitabilmente la prassi giurisprudenziale a dare corpo e interpretazione alla mutata regola di giudizio. Del resto – scriveva Franco Cordero, a proposito del «banale

americanismo» della colpevolezza «al di là di ogni ragionevole dubbio», introdotto nel 2006 – che «la misura della probabilità sufficiente alla condanna non è codificabile, meno che mai in numeri: *tipico argomento da clinica processuale*; rende pessimi servizi il legislatore che vi metta becco»²⁰.

Con riferimento alla disciplina dell'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere emessa all'esito dell'udienza di comparizione predibattimentale, non si presentano novità particolarmente degne di nota. Il legislatore delegato ha infatti disegnato la disciplina sostanzialmente ricalcando la falsariga dell'attuale disciplina dell'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere emessa dal gup all'esito dell'udienza preliminare. Si pongono, pertanto, temi già largamente esplorati dalla giurisprudenza.

Con riferimento ai presupposti per emettere sentenza di non luogo a procedere, si debbono affrontare poche ulteriori questioni che, però, assumono rilievo sul piano dei principi coinvolti.

Sebbene gli artt. 554-*bis* e 554-*ter* cpp non lo esplicitino, è da ritenere che – sul tema della ragionevole prognosi di condanna ai fini dell'emissione della sentenza di non luogo a procedere – le parti debbano interloquire, rassegnando le rispettive conclusioni. Una diversa interpretazione – pur trapelata in alcune opinioni circolate sul punto – sarebbe davvero singolare: ipotizzare che il tema della ragionevole prognosi di condanna possa non essere oggetto di discussione determinerebbe il singolare caso in cui un'udienza a partecipazione necessaria delle parti – con le parti che debbono poter interloquire su questioni preliminari *et similia* – vedrebbe quelle stesse parti rimanere silenti di fronte a uno dei temi cruciali che l'udienza predibattimentale è chiamata ad affrontare. Irragionevole e, molto probabilmente, lesivo del diritto delle parti al contraddittorio.

Va poi considerato un altro tema, di particolare delicatezza sul piano dei principi implicati. La regola di giudizio della «ragionevole prognosi di condanna» è la stessa utilizzata dal legislatore per indicare i casi in cui disporre l'archiviazione del procedimento pendente in indagini preliminari e che deve essere utilizzata per l'emissione di sentenza di non luogo a procedere in udienza preliminare.

Data questa premessa, è inevitabile registrare una vistosa asimmetria: allorché sono chiamati a valutare al metro della regola di giudizio della *ragionevole*

17. Tra essi, a commento di una sentenza di legittimità meno ortodossa, *cfr.* L. Semeraro, *Con viva e vibrante soddisfazione*, in *Questione giustizia online*, 14 dicembre 2015 (www.questionegiustizia.it/articolo/con-viva-e-vibrante-soddisfazione_14-12-2015.php).

18. Sulla cui interpretazione si concentrano Ezia Maccora e Giuseppe Battarino nel contributo pubblicato in questo fascicolo.

19. Csm, delibera del 22 settembre 2022, parere su «Schema di decreto legislativo recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari», p. 37.

20. F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2006 (VIII ed.), p. 1001.

previsione di condanna, il gip (per le richieste di archiviazione) e il gup (per valutare la sussistenza di ragioni per prosciogliere l'imputato in udienza preliminare) hanno una qualche possibilità di interferire sulla cd. piattaforma probatoria: il gip può respingere la richiesta di archiviazione, indicando le «ulteriori indagini» che ritenga «necessarie» (art. 409, comma 4, cpp); il gup, per parte sua, può: 1) emettere ordinanza con cui, rilevata l'incompletezza delle acquisizioni sino ad allora raccolte, fissa un termine per il compimento di ulteriori indagini (art. 421-bis cpp), ovvero, 2) provvedere direttamente all'«assunzione di nuove prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere» (art. 422 cpp). Viceversa, il giudice dell'udienza predibattimentale non ha alcuna possibilità di interferire con il perimetro degli atti da porre a sostegno della decisione. Il che – nel caso non siano state avanzate richieste di definizione con rito alternativo – pone il giudice dell'udienza predibattimentale di fronte a un'alternativa secca: emettere sentenza di non luogo a procedere oppure far proseguire il giudizio (anche quando la prognosi di condanna appare tutt'altro che ragionevole). Il tema – all'evidenza – è molto delicato e denso di implicazioni di rilievo costituzionale: il controllo del giudice sull'eventuale *inazione* del pubblico ministero (in questo caso manifestatasi con un'azione penale poco curata nel momento inquirente) costituisce uno dei fattori di presidio dell'effettività del precetto scolpito nell'art. 112 Cost. Il fatto che il giudice dell'udienza predibattimentale sia l'unica figura giurisdizionale privata di questa possibilità di controllo non può che suscitare qualche riserva.

4.3. La fissazione dell'udienza per la prosecuzione del giudizio

Nel caso in cui – nel corso dell'udienza di comparizione predibattimentale – non vengano formulate richieste di definizione con riti alternativi né vi sia il proscioglimento per assenza di una ragionevole prognosi di condanna, il giudice non potrà che disporre

la “prosecuzione del giudizio”, fissando udienza davanti a un “giudice diverso”.

La previsione per cui il giudice del dibattimento debba essere «diverso» da quello che ha celebrato l'udienza predibattimentale (e che, dunque, ha formulato la ragionevole prognosi di condanna) è, sul piano dei principi, del tutto condivisibile. Non si può tuttavia non evidenziare – ancora una volta – il fatto che una simile previsione farà sorgere – soprattutto nei tribunali di piccole dimensioni – serie criticità sotto il profilo organizzativo. Esse sono state efficacemente e crudamente messe in luce da R. Ianniello, in occasione del commento alla legge delega pubblicato su questa Rivista²¹, e imporranno di adottare importanti accorgimenti organizzativi da parte di chi, dovendo distribuire le risorse all'interno dei tribunali, ha la responsabilità di dirigere gli uffici giudiziari.

Da segnalare una piccola questione anche se, verosimilmente, il suo impatto pratico sarà prossimo allo zero. La prescrizione normativa sulla necessaria diversità del giudice dibattimentale rispetto a quello che in sede predibattimentale ha formulato una prognosi “pregiudicante” (la ragionevole prognosi di condanna) è di doverosa osservanza (art. 124 cpp); tuttavia, la sua (eventuale) violazione non sembra assistita da una sanzione: il caso non rientra tra quelli di incompatibilità testuale (art. 34 cpp) né sembra riconducibile a una delle ipotesi in cui il giudice è ricusabile (art. 37 cpp). Eppure, il caso presenta serie analogie con quelli che, viceversa, sono incontrovertibilmente ritenuti casi di incompatibilità. Si tratta, probabilmente, di una svista del legislatore delegato. Non resta dunque che segnalare la lacuna, evidenziando che, in caso di mancato rispetto della regola sulla necessaria diversità del giudice dibattimentale rispetto a quello predibattimentale, non si potrà che sollevare incidente di legittimità costituzionale, evocando come parametri costituzionali potenzialmente compromessi – ricavabili dalle precedenti decisioni della Consulta – gli artt. 3, 24, comma 2, e 111, comma 2, Cost.²².

La scelta del legislatore di concepire il dibattimento come “prosecuzione” dell'udienza predibattimen-

21. Cfr. R. Ianniello, *Osservazioni critiche in merito alla udienza filtro per i procedimenti a citazione diretta*, in questa Rivista trimestrale, n. 4/2021, pp. 156-158 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/996/4-2021_qg_ianniello.pdf).

22. In Corte cost., sent. n. 16/2022, la Consulta ha ricordato che: «per costante giurisprudenza di questa Corte, le norme sulla incompatibilità del giudice, derivante da atti compiuti nel procedimento, sono poste a tutela dei valori della terzietà e della imparzialità della giurisdizione, presidiati dagli artt. 3, 24, comma 2, e 111, comma 2, Cost., risultando finalizzate ad evitare che la decisione sul merito della causa possa essere o apparire condizionata dalla forza della prevenzione – ossia dalla naturale tendenza a confermare una decisione già presa o mantenere un atteggiamento già assunto – scaturente da valutazioni cui il giudice sia stato precedentemente chiamato in ordine alla medesima *res iudicanda* (*ex plurimis*, sentenze n. 183/2013, n. 153/2012, n. 177/2010 e n. 224/2001)». In Corte cost., sent. n. 18/2017, la Consulta ha precisato inoltre che: «affinché possa configurarsi una situazione di incompatibilità – nel senso dell'esigenza costituzionale della relativa previsione, in funzione di tutela dei valori della terzietà e dell'imparzialità del giudice – è necessario che la valutazione “contenutistica” sulla medesima regiodicanda si collochi in una precedente e distinta fase del procedimento, rispetto a quella di cui il giudice è attualmente investito» (vds. Corte cost., sentt. nn. 18/2017 e 66/2019).

tale ha un effetto di semplificazione non marginale, poiché solleva dall'onere di dovere nuovamente procedere a notificazioni e ricerche dell'imputato. Non si applica dunque l'art. 157-ter cpp; nemmeno si allude alla necessità di notificare il decreto di prosecuzione all'imputato non presente all'udienza predibattimentale (nemmeno ai sensi dell'art. 157-bis cpp). Non si tratta di una "diminuzione" di garanzie per l'imputato. Esse sono compiutamente assicurate "a monte" dal rafforzamento delle modalità di notifica dell'atto introduttivo dell'udienza predibattimentale e dal più rigoroso vaglio imposto al giudice nel valutare la sussistenza dei presupposti per procedere in assenza dell'imputato.

Nel fissare l'udienza dibattimentale, il giudice dell'udienza predibattimentale trasmetterà al giudice deputato alla celebrazione dell'istruzione dibattimentale il fascicolo del dibattimento (già formato dal pm), restituendo invece il fascicolo del pubblico ministero all'organo requirente (art. 554-ter, comma 3, cpp). L'art. 554-ter, comma 4, cpp prevede un termine dilatorio non inferiore a venti giorni tra la data del provvedimento di fissazione dell'udienza dibattimentale e l'udienza stessa.

Nel lasso di tempo compreso tra l'udienza predibattimentale e quella dibattimentale, il giudice del dibattimento potrà, laddove se ne presentino le condizioni, adottare i provvedimenti previsti dall'art. 469 cpp²³.

Nel lasso di tempo intercorrente tra udienza predibattimentale e udienza dibattimentale, le parti già costituite nell'udienza predibattimentale hanno facoltà di depositare le liste testi previste dall'art. 468 cpp.

5. L'istruzione dibattimentale

Una volta "superato" il filtro dell'udienza preliminare o dell'udienza predibattimentale, trovano applicazione le regole dettate dal codice di procedura per la celebrazione del dibattimento (art. 470 ss. cpp; si evidenzia che esse si applicano anche al procedimento introdotto con citazione diretta ex art. 552 cpp, in forza della previsione dettata dall'art. 559 cpp). Le modifiche che interessano l'istruzione dibattimentale – dal punto di vista quantitativo – non sono particolarmente numerose.

5.1. Ammissione delle prove e calendario del processo

Seguendo il filo cronologico lungo il quale si dipanano le varie scansioni processuali, occorre anzitutto evidenziare che risulterà notevolmente semplificata la fase che riguarda gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti (in larga parte già decisi in udienza preliminare o in udienza predibattimentale e da espletare per lo più nell'ipotesi di dibattimento che si "apre" a seguito di emissione di decreto che dispone il giudizio immediato).

Sicché, al giudice dibattimentale non resterà che aprire il dibattimento e raccogliere le richieste di prova.

Il legislatore è intervenuto sul tema modificando l'art. 493 cpp e prevedendo che, nel formulare le richieste di prova, le parti debbano offrire al giudice («illustrare») gli argomenti per cui esse possono essere considerate ammissibili ai sensi degli artt. 189 e 190 cpp. Si è paventato che la riforma possa rappresentare una reintroduzione della (abrogata) «esposizione introduttiva». In realtà tale timore non sembra condivisibile: l'enfasi posta dal legislatore sullo stretto perimetro consegnato alle parti per illustrare le richieste di prova (esclusivamente sull'ammissibilità) sembra scongiurare i timori di chi paventa la surrettizia reintroduzione della «esposizione introduttiva», con costituzione di una posizione di "svantaggio" per le parti private e con rischio di pregiudicare la necessità di «mantenere il giudice psichicamente neutrale». A ben vedere, dunque, la novella si limita a responsabilizzare le parti nella fase di formulazione delle richieste di prova (nella prassi formulate in modo stancamente rituale); ciò al fine di consegnare al giudice strumenti che gli consentano di provare a governare sin dall'inizio l'istruzione dibattimentale, nella prospettiva di comprendere quanto – nel perimetro tracciato dalle parti processuali – sia davvero rilevante per la dimostrazione dei temi di prova e quanto, viceversa, sovrabbondante o, peggio, non pertinente. Ove ciò avvenisse davvero, potrebbero esservi intuitive ricadute positive sui tempi processuali.

Una volta assunte le decisioni sulle richieste di prova, il giudice ha la possibilità di avere un quadro di quale potrà essere l'impegno che l'istruzione dibattimentale comporrà.

E qui viene in rilievo una seconda modifica impressa alla disciplina del dibattimento. Il legislatore,

23. Al riguardo, la *Relazione illustrativa* evidenzia: «è solo il caso di precisare che non si è, invece, espressamente collocata nell'udienza predibattimentale la disciplina dell'art. 469 c.p., allo scopo di continuare a consentire l'operatività di quell'istituto anche nel rito a citazione diretta, anche per il caso in cui gli eventi lì indicati sopravvengano all'udienza predibattimentale, nella quale, invece, i medesimi esiti sono espressamente previsti e disciplinati. Il tutto in continuità con il rapporto esistente tra pronuncia ex art. 425 c.p.p. e ex art. 469 c.p.p. nei giudizi con udienza preliminare» (p. 154).

modificando l'art. 477 cpp, ha previsto che il giudice «dopo la lettura dell'ordinanza con cui provvede sulle richieste di prova, sentite le parti, stabilisce il calendario delle udienze, assicurando celerità e concentrazione e indicando per ciascuna udienza le specifiche attività da svolgere».

Si tratta di previsione che recepisce buone prassi già in uso presso quegli uffici che sono nelle materiali condizioni di metterle in campo. Si tratta, dunque, di una modifica che si limita a modificare la *qualità* di un provvedimento organizzativo adottato dal giudice ad inizio dibattimento che, originariamente indicato come eventuale, diventa oggi l'esercizio di un dovere di organizzazione del giudizio da parte del giudice. La norma non pone particolari questioni interpretative. Ci si limita ad osservare che non sembrano previste sanzioni processuali per il caso di mancata calendarizzazione del giudizio, né sono esplicitate conseguenze nel caso in cui – fissato un calendario – il giudice poi non lo rispetti. Al netto dell'ovvia considerazione in base alla quale le prescrizioni di legge debbono essere rispettate (art. 124 cpp), è ragionevole interrogarsi sulle possibili conseguenze derivanti dalla deviazione dal calendario fissato. Il principio di tassatività delle cause di nullità (art. 177 cpp) sembra escludere che possano determinarsi vizi per i casi di mancato rispetto del programma originariamente calendarizzato, a meno che non si ritenga possibile ricondurre il mancato rispetto del calendario di udienza con la programmazione delle attività da svolgere a un'ipotesi di mancato rispetto dei diritti di assistenza dell'imputato e del suo difensore, sussumibile nel perimetro applicativo dell'art. 178, comma 1, lett. c, cpp. Quello appena segnalato è un dato problematico che – in questa prima lettura – ci si permette di consegnare, senza la pretesa di offrire risposte.

5.2. L'assunzione delle prove

Molto si è discusso – in concomitanza con la pandemia, prima, e con i commenti sulla legge delega, poi – in ordine alla prevista possibilità di assumere prove

di natura dichiarativa mediante esame a distanza²⁴. Orbene, con l'introduzione del comma 2-*bis* nel corpo dell'art. 496 cpp, è oggi previsto che il giudice possa disporre, «con il consenso delle parti, che l'esame dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici, delle persone indicate nell'articolo 210 e delle parti private si svolga a distanza».

Si tratta, evidentemente, di un'innovazione che non sembra pregiudicare l'oralità e l'immediatezza nell'assunzione della prova, né compromettere il diritto a esercitare il contraddittorio nell'assunzione della prova; essa, poi, consentirà di ridurre i disagi per molte persone che oggi – per rendere una testimonianza (magari breve) – si trovano costrette ad attraversare l'Italia, con intuitivi disagi e costi.

Tralasciando le questioni tecniche (pur rilevanti), si svolgono qui solo poche notazioni: è evidente che l'assunzione di una prova in presenza offre una gamma di “informazioni” – magari anche solo inconsciamente percepite – che l'esame a distanza non sempre può offrire²⁵. Tuttavia, talora, il contatto immediato con il testimone non offre un autentico valore aggiunto; e, in questi casi, la testimonianza assunta da remoto può effettivamente costituire una semplificazione di non poco momento. È in questa prospettiva che il legislatore ha rimesso alla discrezionalità delle parti la scelta sulla possibilità di esaminare fonti di prova dichiarativa con esame da remoto: per l'assunzione a distanza è indispensabile il consenso delle parti; il provvedimento è legato a una valutazione discrezionale del giudice (che, anche in presenza di consenso delle parti, può ritenere opportuno che l'assunzione della prova avvenga in presenza e non da remoto), di cui deve dare conto con decreto motivato (art. 133-*ter*, comma 1, cpp). Per l'assunzione dell'atto “a distanza” assume rilievo il dettato dell'art. 133-*ter* cpp. Quanto alle modalità di documentazione, si prevede, in caso di assunzione della prova da remoto, che essa – come anche le prove assunte “in presenza” – sia documentata con registrazione, mediante mezzi di riproduzione audiovisiva (*cf.* artt. 133-*ter*, comma 3, e 510, comma 2-*bis*, cpp)²⁶.

24. Sul tema, si rimanda a M. Guglielmi e R. De Vito, *Lontano dagli occhi, lontano dal cuore? Il remoto e la giustizia*, in *Questione giustizia online*, 24 aprile 2020 (www.questionegiustizia.it/articolo/lontano-dagli-occhi-lontano-dal-cuore-il-remoto-e-la-justizia-24-04-2020.php), ove sono raccolti altri contributi, non solo penalistici. Nella loro riflessione, Guglielmi e De Vito, muovendo dal postulato per cui il «recupero di efficienza e di qualità» della giurisdizione non possa essere «mai indifferente ai suoi valori», ricordano che «in alcuni snodi essenziali della giurisdizione sia indispensabile “guardare in faccia” le persone, guardarsi in faccia tra diversi protagonisti della scienza giudiziaria».

25. «Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato (...) abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico», dovendosi intendere il riferimento al giudice come «al giudice investito del potere di condannare»; tale esigenza si spiega anche «con ragioni epistemiche, legate alla corretta ricostruzione dei fatti: è noto quanto siano importanti per valutare la credibilità del teste, i tratti prosodici del discorso che escono pienamente valorizzati solo nel diretto contatto del giudice con la fonte probatoria»: così, P. Ferrua, *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento* (vol. I), Giappichelli, Torino, 2017, p. 124. Da segnalare che l'Autore non ritiene il contatto diretto del giudice con la fonte probatoria surrogabile con altrettanta efficacia dalla videoregistrazione.

26. In base al dettato dell'art. 94 d.lgs n. 150/2022, le disposizioni in materia di videoregistrazioni si applicano decorsi sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto (vale a dire dal 30 giugno 2023).

Da notare che è previsto che – una volta documentata l'assunzione della prova costituenda mediante mezzi di registrazione audiovisiva – la trascrizione dell'atto con cui è stata assunta la prova possa essere disposta solo su richiesta di parte (art. 510, comma 3, cpp).

Quest'ultima previsione sembra “tradire” una certa sfiducia nei confronti degli organi decidenti, sul presupposto che essi – una volta in camera di consiglio – possano pigramente adagiarsi sulla lettura delle trascrizioni. Si tratta di una previsione che può ulteriormente aggravare il lavoro dei giudici di appello (che potrebbero essere costretti a esaminare ore di videoregistrazione senza potersi giovare delle trascrizioni). Il negativo impatto di tale previsione – in termini di efficienza – è evidente, ma sdrammatizzato dal fatto che, a richiesta di parte (e, dunque, anche del pm, ma, incomprensibilmente, non per effetto di decisione del giudice), la trascrizione può essere comunque disposta.

Con riferimento all'assunzione di prove costituende, occorre ancora dare conto delle novità relative all'esame dei consulenti e dei periti. Come noto, intervenendo sul testo dell'art. 501 cpp, il legislatore ha previsto che – nel caso debbano essere esaminati a dibattimento – i periti e/o i consulenti tecnici debbano depositare in cancelleria la relazione scritta «almeno sette giorni prima dell'udienza fissata» per il loro esame. Già commentando la legge delega, si era evidenziato che taluno ha paventato che una simile previsione rischia di pregiudicare la “verginità” del giudice e, al tempo stesso, di snaturare il momento dell'esame di periti e consulenti (che, nella sistematica del codice, è una prova orale, esposta ai tentativi di falsificabilità connaturali alla *cross-examination*)²⁷. Come già notato commentando la legge delega, ci si limita a ribadire che vi sono ragioni che portano a guardare con favore a tale previsione. In primo luogo, essa non impedirà – a chi sappia farlo e ne abbia gli argomenti – di procedere, durante la successiva *cross-examination*, alla *falsificazione* della ricostruzione scientifica proposta negli elaborati scritti, di cui sia stato anticipato il deposito. In secondo luogo, è necessario abbandonare un'idea eccessivamente in-

genua sul cosa debba essere la “verginità” del giudice: è fin troppo noto che, oramai, viviamo in un mondo sempre più complesso in cui l'accertamento giudiziario impone di accedere a saperi specialistici a elevato tasso di specializzazione, con approdi scientifici sempre più spesso esposti a controversia (non sempre disinteressata); in questo scenario, è inimmaginabile che l'organo che deve presiedere a un dibattimento – valutando l'ammissibilità di domande, ponendone a sua volta, in funzione di una decisione che graverà sulle sue stesse spalle – debba assistere all'esame di periti e consulenti senza aver avuto la preliminare possibilità di giungere adeguatamente informato delle prospettazioni (anche scientifiche) delle parti.

Si impongono sul tema solo due ulteriori notazioni.

A una prima lettura, sembrerebbe darsi un'antinomia tra le previsioni ora codificate all'art. 501, commi 1-bis e 1-ter (sul deposito degli elaborati scritti) e il dato testuale dell'art. 511, comma 3, cpp (che, immutato, dispone che «la lettura della relazione peritale è disposta solo dopo l'esame del perito»). Si tratta, però, di un'antinomia forse solo apparente. Il riferimento operato dall'art. 511, comma 3, cpp alla “lettura” della relazione scritta solo dopo l'esame del perito è da intendersi effettuato alla lettura come acquisizione probatoria (e conseguente utilizzabilità ai fini della decisione). La “lettura-acquisizione” che fa riferimento all'utilizzabilità come elemento di prova è da distinguere rispetto alla lettura che, dopo il deposito della relazione scritta ex art. 501 cpp, le parti e il giudice potranno fare in vista del proficuo svolgimento dell'esame dibattimentale del perito o del consulente. Si tratta, dunque, di fenomeni diversi. Il preventivo deposito degli elaborati scritti predisposti dagli ausiliari del giudice o delle parti consentirà al giudice (e alle altre parti processuali) di esaminare preventivamente le argomentazioni di carattere tecnico-scientifico ritenute pertinenti rispetto al *thema probandum* da consulenti tecnici e/o periti. Ciò senza snaturare la natura di prova orale dell'esame di periti e consulenti²⁸.

Occorre, in secondo luogo, considerare che il legislatore non ha chiarito quali siano le conseguenze che possono darsi in caso di mancato deposito preventivo

27. Si è concentrata sul secondo aspetto S. Quattrocolo, nel corso dell'audizione del 5 novembre 2020 davanti alla Commissione giustizia della Camera dei deputati in relazione all'analogia previsione già presente nel ddl Bonafede (AC 2435 - resoconto stenografico: [XVIII Legislatura - Lavori - Resoconti delle Giunte e Commissioni \(camera.it\)](#)). La Relatrice ha, per esempio, rimarcato che la perizia e la consulenza tecnica nell'attuale codice di rito sono prove orali, non scritte, che si formano nell'escussione dibattimentale del perito e del consulente tecnico; la “prova” dunque non sarebbe la relazione dell'esperto, bensì l'esame dibattimentale dell'esperto. In definitiva – pur reputando utile il deposito anticipato degli elaborati –, Quattrocolo ha evidenziato il rischio di trasformare le perizie e la consulenza tecnica in una prova scritta.

28. Da ciò consegue che – come già nel sistema previgente – il mancato esame orale del perito o dei consulenti determinerà una nullità di ordine generale a regime intermedio (a meno che le parti non abbiano concordemente rinunciato all'esame orale), posta la mancata possibilità per una delle parti di contro-esaminare il perito o i consulenti delle altre parti sull'esercizio del diritto di difesa, e assume dunque rilievo ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. c, cpp (in tal senso Cass., sent. n. 35497/2016).

(o deposito intempestivo) degli elaborati scritti – se, cioè, tale deviazione dal modello legale abbia o meno conseguenze sulla validità della prova assunta a dibattimento a seguito di esame orale. Nella *Relazione illustrativa* si chiarisce che «si è scelto (...) di non introdurre alcuna sanzione per il tardivo od omesso deposito della relazione tecnica, ritenendo che lo stesso non possa pregiudicare la validità dell'esame orale del perito o del consulente tecnico». In altri termini: se l'esame di periti e consulenti conserva la natura di mezzo di prova dichiarativa, è da escludere che il mancato assolvimento del dovere informativo condizioni la validità del risultato probatorio che si ottiene a seguito dell'esame dibattimentale (che è e resta il mezzo di prova prediletto dal codice). L'inosservanza del termine per il deposito della relazione, in questa prospettiva riduttiva, avrebbe quale unica risposta un richiamo, spesso di stile, al dettato dell'art. 124 cpp.

Ci si può chiedere se al nuovo testo dell'art. 501 cpp non possa essere attribuito un significato più pregnante. Appare non discutibile che il diritto al contraddittorio possa e debba essere esercitato anche sulla prova scientifica; appare altresì chiaro che la facoltà di esercitare il diritto al contraddittorio sulla prova scientifica postuli la facoltà di farsi assistere anche da consulenti tecnici (del resto, l'art. 225 cpp riconduce la facoltà di nomina al concetto di assistenza della parte privata). Posta questa premessa, e una volta preso atto che il codice di rito prevede che la relazione scritta debba essere depositata nella cancelleria del giudice almeno sette giorni prima dell'udienza fissata per l'esame, occorre allora interrogarsi sulla funzione che assolve il termine dilatorio. Si è detto che – secondo una ragionevole lettura – il preventivo deposito (e, con esso, il rispetto del termine dilatorio) è funzionale a consentire a tutte le parti processuali (e al giudice) di preparare in modo adeguato l'esame incrociato di periti e consulenti. Se questa è la funzione del termine dilatorio, il mancato rispetto dello stesso potrebbe riverberarsi in una lesione del diritto dell'imputato e delle parti private all'assistenza in giudizio (intesa come effettiva possibilità del difensore e di un eventuale consulente di parte di poter effi-

cacemente prendere in esame l'altrui prospettazione scientifica nel termine che la legge ha stabilito essere «congruo»). Se questa lettura fosse plausibile, il deposito tardivo della relazione scritta potrebbe allora integrare una lesione del diritto di difesa sotto il profilo della lesione del diritto all'assistenza in giudizio, determinando un vizio riconducibile al dettato dell'art. 178, comma 1, lett. c, cpp (ossia nullità di ordine generale a regime intermedio da dedurre dalla parte che vi ha interesse, prima del compimento dell'esame orale del perito/consulente ex art. 182, commi 1 e 2, cpp; nullità che, ovviamente, è suscettibile di sanatoria ai sensi dell'art. 183 cpp). Non si hanno certezze sulla plausibilità di tale ricostruzione ermeneutica, che ci si limita qui a proporre come dato problematico. In un simile scenario interpretativo, occorre dunque chiedersi quali possano essere i possibili rimedi capaci di scongiurare l'ipotizzata nullità in caso di tardivo deposito dell'elaborato scritto. Si possono ipotizzare tre possibili percorsi: da un lato, si potrebbe ipotizzare la reintegrazione del diritto delle parti a fruire del termine dilatorio, rinviando l'esame del perito/consulente a un momento in cui il termine dilatorio di sette giorni potrà dirsi rispettato (e si tratta della via più lineare); dall'altro lato, potrebbe ipotizzarsi che il perito o il consulente incorso nel ritardo non possa utilizzare – nel corso dell'esame orale – l'elaborato tardivamente depositato (del resto, l'art. 501, comma 2, come novellato, consente di consultare durante l'esame orale «le relazioni depositate ai sensi dei commi 1-bis e 1-ter»), ossia quelle depositate nel termine di sette giorni); da ultimo (con un aggiustamento in linea di prassi), si potrebbe ipotizzare una sorta di rimedio restitutorio, consistente nell'attribuzione alla parte che vi ha interesse di riesaminare il perito o il consulente (dopo che è stato celebrato l'esame all'udienza originariamente fissata), una volta che abbia avuto modo e tempo di esaminare la relazione scritta.

La riforma – intervenendo sul testo dell'art. 495 cpp – ha anche affrontato il tema sensibile del diritto alla riassunzione della prova in caso di mutamento del giudice. Si dà per noto l'assetto interpretativo raggiunto sul “vecchio” testo dell'art. 495 cpp²⁹. Il

29. Ci si limita qui solo a dar conto – come di un dato di fatto – dei principi di diritto raggiunti dalle sezioni unite nella cd. sentenza *Bajrami*. Le sezioni unite hanno affermato:

1) «Il principio di immutabilità di cui all'art. 525 c.p.p. richiede che il giudice che provvede alla deliberazione della sentenza sia non solo lo stesso che ha assunto la prova ma anche quello che l'ha ammessa, fermo restando che i provvedimenti sull'ammissione della prova emessi dal giudice diversamente composto conservano efficacia se non espressamente modificati o revocati»; 2) «La facoltà per le parti di richiedere, in caso di mutamento del giudice, la rinnovazione degli esami testimoniali presuppone la necessaria previa indicazione, da parte delle stesse, dei soggetti da riesaminare nella lista ritualmente depositata di cui all'art. 468 c.p.p.»; 3) «L'intervenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere sia prove nuove sia, indicandone specificamente le ragioni, la rinnovazione di quelle già assunte dal giudice di originaria composizione, fermi restando i poteri di valutazione del giudice di cui agli artt. 190 e 495 c.p.p. anche con riguardo alla non manifesta superfluità della rinnovazione stessa»; 4) «In caso di rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice, il consenso delle parti alla lettura degli atti già assunti dal giudice di originaria composizione non è necessario con riguardo agli esami testimoniali la cui ripetizione non abbia avuto luogo perché non richiesta, non ammessa o non più possibile» (Cass., sez. unite, n. 41736/2019).

legislatore delegato ha in parte confermato e, in altra – significativa – parte, superato gli assetti raggiunti dalla giurisprudenza di legittimità con l'autorità della legge.

Le conferme, anzitutto: (1) viene confermata la necessità che il giudice che procede alla deliberazione sia lo stesso giudice che ha ammesso e assunto le prove nel corso del giudizio; (2) viene confermato, inoltre, che le prove già assunte sono validamente assunte e utilizzabili ai fini della decisione; (3) viene altresì confermato che il diritto alla nuova assunzione di prove già assunte dal giudice nella precedente composizione è condizionato da una esplicita richiesta probatoria formulata in tal senso dalle parti processuali che ne abbiano interesse.

Il superamento – non di poco conto – cade su un aspetto cruciale: laddove la parte processuale chieda di assumere nuovamente una prova dichiarativa già raccolta, il diritto alla riassunzione della prova soffre limitazioni meno stringenti: in tal caso, la parte «ha diritto di ottenere l'esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni nel medesimo dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate».

Quindi, il criterio di ammissibilità della prova dichiarativa da riassumere: (1) non sarà condizionato all'indicazione delle «specifiche ragioni» che sorreggono la richiesta (come affermato nella sentenza *Bajrami*); (2) sarà condizionato dalla mera presenza di una richiesta di assunzione della prova dichiarativa che risulti non vietata dalla legge o «non manifestamente» superflua o irrilevante. In tal caso, il diritto della parte a ottenere la riassunzione della prova è un diritto pressoché potestativo (ovviamente all'interno del perimetro delle prove ammissibili secondo gli ordinari criteri di valutazione).

Un temperamento all'ampiezza di tale diritto alla riassunzione della prova si ha nel caso in cui il precedente esame sia stato documentato integralmente mediante mezzi di riproduzione audiovisiva. In questo caso, il diritto alla riassunzione della prova non è più incondizionato (e si ritorna, nella sostanza, all'assetto *Bajrami*). È da evidenziare che la modalità di documentazione audiovisiva delle prove dichiarative diventerà modalità elettiva di documentazione della prova (ma solo a decorrere dal 30 giugno 2023). Il che porta a ritenere che il diritto alla riassunzione della prova dichiarativa già assunta – allorché la riforma e l'apparato tecnologico che l'accompagna saranno pienamente operativi – saranno comunque un'evenienza residuale.

È solo il caso di evidenziare che il legislatore (art. 93-bis dl n. 162/2022) è intervenuto dettando un regime transitorio sull'applicazione della nuova previsione di legge che solleva qualche perplessità sotto il profilo della ragionevolezza³⁰. Infatti, esso prevede che il nuovo testo dell'art. 495, comma 4-ter, cpp si applicherà solo con riferimento alle prove testimoniali assunte dopo il 1° gennaio 2023 (con la precisazione che la registrazione audiovisiva delle testimonianze si avrà solo a decorrere dal 30 giugno 2023).

E dunque: (i) in caso di mutamento del giudice, con prove assunte prima del 1° gennaio 2023, si applicherà il previgente testo dell'art. 495 cpp, come interpretato dalla sentenza *Bajrami*; (ii) in caso di mutamento del giudice, con prove assunte dopo il 1° gennaio 2023, si applicherà il vigente testo dell'art. 495, comma 4-ter, cpp, così superando la regola *Bajrami* (secondo le indicazioni sopra tratteggiate).

Qualche perplessità suscita il fatto che – in tal modo – si crea un disallineamento tra la disciplina che “impone” il dovere di documentazione audiovisiva (dal 30 giugno 2023) e l'entrata in vigore della nuova disciplina prevista dall'art. 495, comma 4-ter, cpp (dal 1° gennaio 2023), che presuppone la modalità di documentazione audiovisiva dell'assunzione della prova. L'effetto è quello di introdurre un diverso regime di garanzie per imputati in situazioni in qualche misura paragonabili: (i) per gli imputati in processi in cui sono state assunte prove prima del 1° gennaio 2023 (quando non vigeva il dovere di documentazione audiovisiva dell'assunzione della prova) si applica il “vecchio testo” dell'art. 495 cpp e la regola *Bajrami*; (ii) per gli imputati in processi in cui sono state assunte prove nel periodo compreso tra il 1° gennaio 2023 e il 30 giugno 2023 (quando comunque non v'è ancora il dovere di documentazione audiovisiva dell'assunzione della prova) si applica il “nuovo testo” dell'art. 495, comma 4-ter, cpp (con parziale superamento della regola *Bajrami*).

5.3. Le modifiche all'imputazione

Gli interventi riformatori sul testo dell'art. 423 cpp e l'introduzione dell'art. 554-bis, commi 5-6, cpp dovrebbero limitare l'evenienza che – nel corso del giudizio – si renda necessario procedere a modifiche dell'imputazione. Nondimeno, tale evenienza non può essere esclusa e, pertanto, il legislatore delegato è intervenuto sul testo degli artt. 519 e 520 cpp. La disciplina relativa alle “nuove contestazioni” (sintagma che usiamo qui per comodità descrittiva

30. Art. 93-bis dl n. 150/2022 (come modificato dal dl n. 162/2022): «1. La disposizione di cui all'articolo 495, comma 4-ter, del codice di procedura penale, come introdotta dal presente decreto, non si applica quando è chiesta la rinnovazione dell'esame di una persona che ha reso le precedenti dichiarazioni in data anteriore al 1° gennaio 2023».

e che comprende le modifiche *ex artt.* 516-517 cpp) non incide sui presupposti che autorizzano le “nuove contestazioni”. Sicché sul punto nulla è cambiato (né con riguardo alle “nuove contestazioni” fisiologiche, né con riferimento a quelle *cd. tardive* o patologiche).

Le modifiche, piuttosto, investono sia il profilo delle informazioni dovute all'imputato in caso di modifica dell'imputazione, sia il profilo dei diritti che competono alle parti in tale evenienza.

Sotto il profilo informativo, non si pongono novità di rilievo in caso di presenza (anche a distanza) dell'imputato al momento della modifica dell'imputazione. Nel caso, invece, l'imputato non sia presente, la modifica dell'imputazione dovrà essergli notificata (seppur con notifica dell'atto al difensore *ex art.* 157-*bis* cpp e non nelle forme previste per gli atti introduttivi del giudizio *ex art.* 157-*ter* cpp)³¹.

In caso di modifica dell'imputazione *ex artt.* 516 ss. cpp, l'imputato ha diritto a richiedere il termine a difesa (a differenza di quanto previsto nel caso di modifica dell'imputazione in udienza predibattimentale) e il diritto – immediatamente o alla successiva udienza – di chiedere l'assunzione di nuove prove³² o di definire il processo con richieste di riti alternativi.

In caso di modifica dell'imputazione, l'imputato – immediatamente o in caso di richiesta di termine a difesa, a pena di decadenza, entro l'udienza successiva – ha diritto di chiedere di definire il giudizio con riti alternativi. La novella recepisce dunque tutti gli interventi manipolativi operati negli anni dalla Consulta. Si può dunque chiedere di definire il giudizio con sentenza di patteggiamento, rito abbreviato, messa alla prova e oblazione. Resta però sul tappeto

un'importante questione interpretativa. Il diritto ai riti alternativi è “assegnato” per la sola imputazione oggetto della modifica (o della nuova contestazione)? O – in caso di processo oggettivamente cumulativo – è assegnato per tutte le imputazioni?

È noto l'orientamento tradizionale affermato dalla giurisprudenza di legittimità e da quella costituzionale. Le sentenze additive della Consulta intervenute sull'art. 517 cpp hanno sinora (e con una sola eccezione per il caso della messa alla prova) attribuito all'imputato il diritto a chiedere di definire il giudizio con sentenza di patteggiamento o nelle forme del giudizio abbreviato «relativamente al fatto diverso o al reato concorrente contestato in dibattimento»³³.

Vi sono, però, alcuni dati che possono portare a mettere in discussione questo approdo interpretativo, si da ipotizzare che – a seguito della riforma – in caso di modifica dell'imputazione in un processo oggettivamente cumulativo sia assegnata all'imputato la possibilità di chiedere la definizione del giudizio con riti alternativi.

Un primo dato di novità è rappresentato dall'importante sentenza della Consulta in caso di possibile richiesta di sospensione con messa alla prova del processo (oggettivamente cumulativo) in cui la modifica dell'imputazione abbia riguardato solo una delle imputazioni (Corte costituzionale sentenza n. 146 del 2022). In quella decisione, la Consulta – senza sconfessare la propria giurisprudenza e segnalando come il caso della MAP sia diverso dagli altri riti alternativi (per le finalità più marcatamente risocializzanti in essa coinvolte) – ha infatti usato un argomento che, sul piano dei principi, non può essere trascurato. La

31. È ragionevole questa diversità di regime? Rispetto alla modifica dell'imputazione sembrano porsi esigenze conoscitive paragonabili a quelle che si danno in caso di notifica del decreto che dispone il giudizio... Per altro verso, occorre tuttavia considerare che la riforma rafforza il momento di valutazione sulla sussistenza dei presupposti per procedere in assenza – *cf. supra*, nota 5.

32. La modifica sopprime il riferimento all'art. 507 cpp. Il diritto all'ammissione di nuove prove in relazione alle “nuove contestazioni” non è condizionato alle più ristrette condizioni dettate dall'art. 507 cpp (cioè: quando è «assolutamente necessario»), essendo solo soggetto agli ordinari criteri di ammissibilità della prova (risultando cioè inammissibili le sole richieste di prova «vietate dalla legge, manifestamente superflue o irrilevanti»; art. 190 cpp). L'intervento recepisce sul piano delle fonti il risultato cui si era già giunti nel 1992 a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 519, comma 2, cpp (Corte cost., sent. n. 241/1992). Sennonché il legislatore delegato ha trascurato un'altra decisione della Consulta, che con la sentenza n. 50/1995 aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 519, comma 2, cpp – per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. – «nella parte in cui, in caso di nuova contestazione effettuata a norma dell'art. 517 (...), non consente al pubblico ministero e alle parti private diverse dall'imputato di chiedere l'ammissione di nuove prove». Sul piano delle fonti, pertanto, il legislatore delegato ha ribadito una lacuna a suo tempo censurata dalla Consulta (e da questa colmata con una sentenza additiva). Due possibili scenari interpretativi (che implicano ragionamenti sulla teoria delle fonti che qui non si possono approfondire): (i) si potrebbe ritenere che – semplicemente – persista una lacuna nell'ordinamento che, però, era già stata “colmata a monte” dalla Consulta con la sentenza n. 50/1995; il che potrebbe autorizzare un'interpretazione costituzionalmente orientata che porti a ritenere la lacuna già colmata dal precedente intervento additivo della Consulta; (ii) si potrebbe – per contro – ritenere insoddisfacente una simile ricostruzione e interpellare la Consulta (che «giudica su norme ma pronuncia su disposizioni» – Corte cost. n. 84/1996). In questo caso, allora, si dovrebbe ritenere necessario, per restituire il diritto alla prova al pm e alle altre parti private, sollecitare nuovamente la Consulta evocando gli stessi parametri (artt. 3 e 24 Cost.) a suo tempo valorizzati da Corte cost., n. 50/1995 (sul presupposto che al legislatore è precluso approvare disposizioni che riproducano norme già dichiarate illegittime dalla Consulta – tra le altre, Corte cost., sentt. nn. 72 e 73 del 2013 e n. 245/2010).

33. Tanto con riferimento alle “nuove contestazioni” fisiologiche quanto con riferimento a quelle patologiche; *cf. – per esempio e con riferimento alle declaratorie di illegittimità costituzionale dell'art. 517 cpp in caso di nuove contestazioni di reato concorrente – Corte cost., nn. 265/1994, 333/2009, 237/2012, 139/2015.*

Consulta ha infatti evidenziato che «la scelta del rito deve, in effetti, poter essere effettuata dall'imputato – assistito dal proprio difensore – con piena consapevolezza delle possibili conseguenze sul piano sanzionatorio connesse all'uno o all'altro rito, in relazione ai reati contestati dal pubblico ministero; sicché, di fronte a un mutamento dell'imputazione, ragioni di tutela del suo diritto di difesa e del principio di eguaglianza impongono che sia sempre consentito all'imputato rivalutare la propria scelta alla luce delle nuove contestazioni»³⁴. L'argomento – esplicitamente usato per il caso della MAP richiesta dopo la modifica di un'imputazione in processo oggettivamente cumulativo – sembra poter assumere rilievo anche nel caso di richieste di definizione con riti alternativi diversi dalla MAP.

Vi è, poi, un secondo – rilevante – elemento di novità, questa volta rilevabile dal dato legislativo. La modifica dell'art. 519 cpp è stata effettuata in forza della delega attribuita dal legislatore delegante con l'art. 1, comma 10, lett. *f* della l. n. 134/2021; quest'ultima disposizione chiedeva al legislatore delegato di attribuire all'imputato la possibilità di «chiedere la definizione *del processo* ai sensi degli artt. 444 e seguenti e 458 e seguenti» (*considerato*: «i principi stabiliti dal delegante costituiscono non solo il fondamento e il limite delle norme delegate ma anche un criterio interpretativo delle stesse»)³⁵.

In questa prospettiva, dunque, a fronte di un dato testuale (artt. 519 e 520 cpp) non incompatibile con interpretazioni diverse da quella sinora affermata in giurisprudenza, è forse possibile valorizzare come criterio interpretativo il riferimento del legislatore delegante alla possibilità di definizione con riti alternativi di tutto il giudizio e non solo limitatamente alle imputazioni modificate (come chiaramente segnalato dal riferimento alla «definizione del processo»).

6. La decisione e i riflessi sulla cautela

Prima di concludere queste note sulle trasformazioni impresse al giudizio di cognizione con la riforma, occorre soffermarsi brevemente sul momento della decisione.

Come è noto, l'innesto delle «nuove» pene sostitutive ha portato il legislatore a inserire nell'ordinamento un articolato meccanismo di *sentencing*, introducendo l'art. 545-*bis* cpp. Il tema è oggetto di un'articolata riflessione di Riccardo De Vito, pubblicata su questo stesso fascicolo³⁶. Nel dividerne gli argomenti, non si può qui che rimandare a quel contributo.

La seconda notazione investe, invece, le interconnessioni che si possono dare tra la possibile applicazione di pene sostitutive e il mantenimento di misure cautelari. L'art. 1, comma 17, lett. *c*, l. n. 134/2021 ha delegato il Governo a «prevedere che le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi possano essere applicate solo quando il giudice ritenga che contribuiscano alla rieducazione del condannato e assicurino, anche attraverso opportune prescrizioni, la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati». Il principio direttivo ora in considerazione – con il riferimento alle opportune prescrizioni volte a prevenire il pericolo di commissione di altri reati – impone dunque di prendere atto che il legislatore delegante riconosce la possibilità concreta che siano applicate pene sostitutive a una persona colpita da una prognosi di sussistenza di pericolo di recidivanza. Ciò comporta che non si può escludere che una persona sottoposta a una misura cautelare coercitiva in corso di esecuzione chieda e ottenga l'applicazione di una pena sostitutiva. Il legislatore delegato si è fatto dunque carico di disciplinare questa eventualità³⁷. La scelta è stata quella di ritenere compatibile la persistenza di un regime cautelare nel caso in cui sia stata applicata una pena sostitutiva; ciò sul presupposto che l'art. 57, comma 1, secondo periodo, l. n. 689/1981 dispone che «per ogni effetto giuridico, la semilibertà sostitutiva, la detenzione domiciliare sostitutiva e il lavoro di pubblica utilità sostitutivo si considerano come pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena sostituita»³⁸.

L'intervento del legislatore delegato – oltre ad ammettere la persistenza di un regime cautelare in caso di applicazione di pene sostitutive – ha però introdotto un canone di proporzione tra misure cautelari in atto e pene sostitutive applicate (art. 300,

34. Corte cost., n. 146/2022, *considerato* in diritto 2.2.

35. Così, tra le altre, Corte cost., n. 15/1999.

36. La cui pubblicazione è già stata anticipata in *Questione giustizia online*: R. De Vito, *Le pene sostitutive: una nuova categoria sanzionatoria per spezzare le catene del carcere*, 21 febbraio 2023 (www.questionegiustizia.it/articolo/pene-sostitutive), part. par. 4.3., ora in questo fascicolo.

37. L'esercizio del potere normativo da parte del legislatore delegato trova copertura nella delega – conferita dall'art. 1, comma 3, legge n. 134 del 2021 – ad adottare «norme di attuazione (...) e di coordinamento», intervenendo su aspetti procedurali che – ancorché «non direttamente investit[i] dai principi e criteri direttivi di delega» – richiedono un intervento regolatore.

38. Al netto di quanto si dirà *infra* sulla compatibilità tra mantenimento di misure coercitive in caso di applicazione di pena pecuniaria sostitutiva.

comma 4-bis, cpp)³⁹. Il legislatore ha, cioè, previsto che il mantenimento della custodia cautelare in carcere sia possibile solo in caso di applicazione della pena della semilibertà sostitutiva; in caso di detenzione domiciliare sostitutiva, la misura cautelare di massima afflittività consentita sarà quella degli arresti domiciliari; le misure coercitive non custodiali, invece, sono compatibili con qualsiasi pena sostitutiva; ciò seppur al netto di alcune perplessità sulla compatibilità tra misure coercitive e condanna a pena pecuniaria sostitutiva: la pena pecuniaria «si considera sempre come tale» (art. 57, comma 2, l. n. 689/1981); il che pone un problema di compatibilità tra mantenimento di misure coercitive in caso di applicazione di pena pecuniaria sostitutiva, alla luce del dettato dell'art. 280 cpp. Il problema – sul piano empirico – sarà verosimilmente sdrammatizzato dal fatto che ben difficilmente capiterà che il giudice ritenga di irrogare una pena pecuniaria sostitutiva a una persona colpita da una prognosi negativa in ordine al pericolo di recidivanza.

Nulla, ovviamente, vieta che il giudice possa decidere di sostituire le misure in atto con altre meno gravi (e financo di disporre la revoca). In tema di cautela, occorre solo evidenziare tre ulteriori aspetti.

In primo luogo, occorre rilevare che il legislatore non è intervenuto sulla fisionomia delle misure cautelari. Le pene sostitutive consentono “spazi di libertà” non coerenti con la (più rigida) compressione della libertà personale tipica delle misure cautelari (si pensi ai contenuti della semilibertà sostitutiva rispetto alla custodia cautelare in carcere o alla detenzione domiciliare sostitutiva rispetto agli arresti domiciliari). Il disallineamento è verosimilmente legato al fatto che un intervento sulla fisionomia delle misure cautelari avrebbe comportato il rischio di incorrere in un eccesso di delega ed è forse anche spiegabile con la diversa funzione che assolvono le (diverse) misure privative della libertà personale: le misure coercitive debbono assicurare efficace tutela rispetto alle esigenze cautelari sussistenti nel caso concreto; le pene sostitutive, invece, adempiono il “mandato” costituzionale (e del legislatore) di contemperare le istanze retributive con quelle di reinserimento sociale (e si giovano di un corredo di prescrizioni e di programmi trattamentali che non è, invece, previsto per le misure cautelari). Si tratta di un tema che, in vista di futuri interventi riformatori, potrebbe essere opportunamente meditato.

In secondo luogo, occorre considerare un altro aspetto: nell'introdurre il canone di proporzione codificato dall'art. 300, comma 4-bis, cpp, il legislatore ha previsto che il giudice possa eventualmente applicare misure cautelari meno gravi. Nulla ha stabilito in ordine alla possibilità di aggravamento del regime cautelare, in caso di violazioni delle prescrizioni connesse alle misure ancora in atto. Si potrebbe ipotizzare che – in assenza di interventi sul punto – il legislatore abbia contemplato la possibilità per il giudice di disporre aggravamenti del regime cautelare in caso di aggravamento delle esigenze cautelari (art. 299 cpp) o di violazioni delle prescrizioni connesse alle misure in atto (art. 276 cpp). Tuttavia, tale interpretazione è problematica alla luce di un dato sistematico: l'art. 300, comma 4-bis, cpp introduce, come detto, un canone di proporzione che sembra imporre un limite alla risposta cautelare in presenza di determinate pene sostitutive. Orbene: non si può trascurare che – negli altri casi in cui il legislatore ha dettato canoni di proporzione – vi è stata una esplicita previsione di *derogabilità* di quel canone di proporzione, con indicazione dei casi in cui esso è derogabile (si pensi all'art. 275, comma 2-bis, secondo periodo, e all'art. 280, comma 3, cpp, i quali, nel dettare dei limiti al potere cautelare, prevedono esplicitamente la derogabilità degli stessi in casi tassativamente disciplinati).

In terzo luogo, si rende necessaria un'ultima notazione: la possibilità che al momento della decisione l'imputato sia ancora sottoposto a misura cautelare e che si possa comunque attivare il meccanismo di *sentencing* ha reso necessario un intervento sulla disciplina dei termini di fase, con l'introduzione dell'art. 304, comma 1, lett. c-ter, cpp, che prevede che, nell'ipotesi prevista dall'art. 545-bis cpp, il termine di custodia cautelare sia sospeso per la durata massima di sessanta giorni. La previsione, opportunamente, “contiene” la durata del periodo di sospensione a un periodo massimo di sessanta giorni, onde non far gravare sull'imputato sottoposto a misura cautelare i casi di mancato rispetto del termine ordinatorio previsto dall'art. 545-bis cpp. La causa di sospensione dei termini pare applicabile solo alle misure cautelari di carattere custodiale⁴⁰ e non alle ipotesi in cui il rinvio del procedimento sia disposto per verificare la possibilità di applicare una pena sostitutiva su concorde richiesta delle parti ex art. 448, comma 1-bis, cpp⁴¹.

39. Su cui vds. ancora R. De Vito, *Le pene sostitutive*, op. cit., par. 4.4.

40. Essendo richiamati solo i termini di custodia previsti dall'art. 303 cpp e non i termini previsti dall'art. 308 cpp. In senso conforme, sul dettato dell'analogo istituto disciplinato dall'art. 304, comma 1, lett. c, cpp, cfr. Cass., sez. IV, 25 giugno 2013, n. 30294, Rv. 255902 - 01.

41. L'art. 304, comma 1, lett. c-ter, cpp contiene dati testuali che rendono infatti problematica l'interpretazione che vorrebbe detta ipotesi di sospensione dei termini di custodia applicabile anche in caso di patteggiamento. L'art. 304, comma 1, lett. c-ter, cpp indica infatti che la sospensione del termine è prevista «durante il tempo intercorrente tra la lettura del dispositivo indicato [dall'art. 545-bis, comma 1] e l'udienza fissata per la decisione sulla eventuale sostituzione della pena». Il riferimento alla lettura del dispositivo (che, nel caso previsto dall'art. 448, comma 1-bis, cpp, non vi è ancora stata) e il richiamo operato dall'art. 304 al solo dettato dell'art. 545-bis, comma 1, cpp

7. Un cambio di occhiali

Occorre concludere queste note. La riforma non stravolge l'impianto del giudizio di cognizione. Tuttavia – come detto in esordio –, le modifiche apportate alla disciplina del giudizio imporranno a tutti gli attori processuali di avere piena consapevolezza delle nuove responsabilità di cui ciascuno è investito.

Cambiano i meccanismi di verifica della consapevolezza dell'imputato sulla pendenza del processo. Cambia l'approccio delle parti (e del giudice) sulle scelte relative ai riti. Il giudice dovrà abbandonare pigre prassi sanzionatorie e interrogarsi seriamente – e sui singoli casi concreti – su senso e qualità delle pene. I difensori sono investiti di nuove responsabilità (non solo la difesa dal merito dell'imputazione, ma anche l'attività di supporto all'imputato già condannato, per aiutarlo ad ottenere una “giusta pena”; anche così si sta dalla parte dell'inquisito).

Si tratta di prospettive radicalmente nuove – su cui non si può che rimandare, ancora una volta, al contributo di Riccardo De Vito sulle pene sostitutive.

Ma queste note sarebbero monche se non si confrontassero nuovamente con una domanda (già affrontata al tempo del commento della legge delega, con riflessioni che qui non possono che essere riba-

dite): con il mutamento della regola di giudizio (la ragionevole previsione di condanna), il dibattimento sarà ancora il luogo ove «*difendersi provando*», o diventerà il luogo ove «*provare a difendersi*»?

È un timore che trapela dalle opinioni di diversi accademici, sentiti nel corso delle audizioni parlamentari svoltesi a partire dal deposito del ddl Bonafede; il mutamento della regola di giudizio – di cui si censura anche l'ambiguità semantica – costituirebbe infatti per l'imputato giunto a dibattimento «un'ipoteca molto seria»⁴², perché caricherebbe il decreto che dispone il giudizio «di un significato accusatorio enorme», in conseguenza del quale l'imputato giungerebbe a dibattimento «con un macigno sulle spalle», con il rischio di porre in discussione la stessa presunzione di innocenza, costituzionalmente presidiata dall'art. 27 Cost.⁴³. Ma le critiche non si fermano a questo aspetto: il mutamento della regola di giudizio, infatti, finirebbe anche con lo svilire l'idea del contraddittorio nella formazione della prova come tecnica di accertamento del fatto che la stessa Costituzione, all'art. 111, ha inteso identificare come la tecnica di accertamento «più affidabile»⁴⁴.

Si tratta, evidentemente, di osservazioni estremamente acute e da prendere in seria considerazione. Tuttavia, ogni analisi e valutazione della novella che

(che, viceversa, non è richiamato dall'art. 448, comma 1-*bis*, cpp) portano a ritenere che una stretta interpretazione letterale della causa di sospensione del termine ora in esame non operi in caso di applicazione concordata di una pena sostitutiva con le scansioni previste dall'art. 448, comma 1-*bis*, secondo periodo, cpp.

42. Così F. Caprioli, nel corso dell'audizione del 12 novembre 2020 davanti alla Commissione giustizia della Camera dei deputati (resoconto stenografico: [XVIII Legislatura - Lavori - Resoconti delle Giunte e Commissioni \(camera.it\)](#)): «certamente irrigidendo in questo modo la regola di giudizio, cioè conformandola alla prognosi di condanna, il successivo dibattimento ne risulterebbe molto pregiudicato; cioè l'imputato arriverebbe al dibattimento con un'ipoteca molto più seria di quella che oggi gli deriva dal fatto che un giudice all'udienza preliminare ha ritenuto sostenibile l'accusa in giudizio».

43. Così, per esempio, S. Quattrococo, nel corso dell'audizione del 5 novembre 2020 davanti alla Commissione giustizia della Camera dei deputati (resoconto stenografico: [XVIII Legislatura - Lavori - Resoconti delle Giunte e Commissioni \(camera.it\)](#)).

44. Così F. Caprioli, nel corso dell'audizione del 4 novembre 2020 davanti alla Commissione giustizia della Camera dei deputati (resoconto stenografico: [XVIII Legislatura - Lavori - Resoconti delle Giunte e Commissioni \(camera.it\)](#)): «Non dimentichiamo che il dibattimento è il luogo di formazione della prova nel contraddittorio delle parti. E non dimentichiamo che il contraddittorio non è solo una garanzia individuale ma è una tecnica di accertamento dei fatti che il nostro legislatore ha adottato e che poi la Costituzione, con la riforma dell'articolo 111, ha consacrato come la tecnica di accertamento più affidabile dei fatti di reato. (...) Quand'è che si va a giudizio? Quand'è che si va a dibattimento? Quando il dibattimento, grazie alle superiori risorse cognitive attivabili con l'impiego del contraddittorio nella formazione della prova, apporterebbe elementi rilevanti ai fini della decisione del merito. Questo è il criterio, che correttamente applicato non significa affatto, per citare la relazione del disegno di legge, “esperienze processuali destinate fin dall'origine a esiti assolutori”. Non c'è nulla di scontato; c'è una situazione dubbia che il dibattimento può risolvere, in un senso o nell'altro. Io faccio sempre un esempio ai miei studenti quando parlo di questo argomento. Nella vita le cose non vanno mai così semplicemente: immaginiamo tuttavia che al termine di un'indagine ci siano due testimonianze d'accusa da parte di persone informate sui fatti, credibili, lucide, disinteressate, coerenti nella loro ricostruzione dei fatti, ma ci siano anche due testimonianze d'alibi apparentemente allo stesso modo coerenti, disinteressate, precise. Qualcuno mente o qualcuno si sta sbagliando, o ricorda male. In una situazione come questa noi non diremmo che è probabile la condanna; diremmo il contrario, casomai. Potremmo dire che è superfluo il dibattimento. Ma non abbiamo sempre detto che è a questo che serve il dibattimento, che è a questo che serve l'esame incrociato, per capire tramite l'esame e il controesame qual è il testimone che dice la verità e qual è il testimone che mente, oppure che ricorda male? Se c'è un dibattimento non superfluo è proprio questo. Eppure, non possiamo fare una prognosi di condanna».

Anche E. Marzaduri, nel corso dell'audizione del 17 novembre 2020 (resoconto stenografico: [XVIII Legislatura - Lavori - Resoconti delle Giunte e Commissioni \(camera.it\)](#)) davanti alla Commissione giustizia della Camera dei deputati, osserva che, sul piano sistematico, il mutamento della regola di giudizio può determinare uno “spostamento” del peso della fase delle indagini preliminari, a detrimento del luogo privilegiato di formazione e valutazione della prova, con il rischio di sminuire il principio del contraddittorio nella formazione della prova tutelato dall'art. 111 Cost.

si intende introdurre sarebbe riduttiva senza offrirsi al confronto con la realtà.

E la realtà è che la regola di giudizio oggi vigente – quella della “sostenibilità dell'accusa in giudizio” – ha sostanzialmente fallito nella sua funzione di filtro di accesso al giudizio dibattimentale.

La fotografia che la *Relazione illustrativa* redatta per la presentazione del progetto della Commissione Lattanzi tratteggia è un'immagine in cui, a prevalere, sono le tinte fosche; ivi si constata «l'inefficacia dell'udienza preliminare a svolgere il ruolo filtro attribuito dalla sistematica del codice del 1988»; così prosegue la *Relazione*: «nonostante i plurimi interventi di modifica, dopo trent'anni i dati statistici sono impietosi e dimostrano che, nei casi in cui l'udienza preliminare si conclude con un rinvio a giudizio (ossia nel 63% dei casi), essa genera un aumento di durata del processo di primo grado di circa 400 gg. Complessivamente, l'udienza preliminare filtra poco più del 10% delle imputazioni per i processi nei quali è prevista e non incide peraltro in modo significativo sul tasso dei proscioglimenti in dibattimento. Va segnalato che, anche in Inghilterra, dove è nata come sbarramento delle imputazioni azzardate del privato, essa è stata trasformata in contraddittorio cartolare e infine abbandonata, in favore di un filtro, a richiesta, davanti allo stesso giudice del *trial*».

Su tale fallimento ha, evidentemente, inciso l'interpretazione estremamente riduttiva che la prassi giurisprudenziale ha dato del dettato dell'art. 425, comma 3, cpp; interpretazione che postula che il proscioglimento in udienza preliminare possa trovare giustificazione solo all'esito di una valutazione che – ammonisce oggi la giurisprudenza di legittimità – deve soffermarsi su valutazioni di ordine processuale (la sostenibilità dell'accusa) e non di merito (la plausibilità o meno dell'ipotesi accusatoria).

Si tratta di un orientamento giurisprudenziale consolidato e solo raramente messo in discussione⁴⁵. E della persistenza di tale *diritto vivente* il legislatore ha inteso prendere atto, provando a farsi carico – per ovviarvi – delle disfunzioni che da esso discendono.

Del resto – a richiedere un intervento sull'efficacia del filtro che seleziona l'accesso ai giudizi dibattimentali – sono esigenze di primario rilievo, anche costituzionale: altrimenti, oltre all'ingolfamento dei dibattimenti e al numero elevato di assoluzioni (che, oltre certi limiti, è sintomatico o di innocenti mandati a giudizio o di azioni penali male esercitate) si finirebbe – in nome dell'obbligatorietà dell'azione penale – con il favorire un elevato tasso di assoluzioni

dibattimentali (destinate a diventare irrevocabili), in luogo di sentenze di non luogo a procedere in udienza preliminare (potenzialmente suscettibili di revoca, ove emergano nuovi elementi utili a corroborare ipotesi accusatorie).

Ma non ci si può sottrarre alle due questioni sollevate da chi critica la modifica della regola di giudizio nei termini ora in esame.

Prima questione: davvero il mutamento della regola di giudizio imprime una trasformazione del sistema processuale, marginalizzando il dibattimento fino a porsi in frizione con l'art. 111 Cost.?

Non credo. Il sistema che si intende introdurre mi sembra voglia perseguire un risultato: il contraddittorio nella formazione della prova è – e deve restare – il metodo ottimale per l'accertamento del fatto; esso, tuttavia – come tutte le risorse scarse –, deve essere utilizzato nei casi in cui sia davvero necessario e in grado di accrescere il livello di conoscenze (tant'è che si tratta di un metodo – che è anche una garanzia – che è rinunciabile con il consenso dell'imputato).

Anche in ambito scientifico, determinati esperimenti di laboratorio – che hanno dei costi (in termini di denaro, tempo, anni di studio e mesi di preparazione) – vengono effettuati solo nel caso in cui le ipotesi scientifiche da sottoporre a sperimentazione siano connotate da una certa plausibilità.

Così nel giudiziario: a fronti di ipotesi accusatorie che, all'esito di indagini preliminari informate al principio di completezza, risultano già intrinsecamente deboli, appare poco ragionevole esporre l'imputato alla sofferenza del processo, impegnando al tempo stesso una risorsa scarsa che rappresenta – e deve poter rappresentare efficacemente – un bene comune per il Paese.

Seconda questione: davvero il mutamento della regola di giudizio porrà un macigno sulle spalle dell'imputato? Davvero si introduce un'ipoteca seria, che pone a repentaglio la presunzione di innocenza dell'accusato?

La risposta è: dipende. Dipende dalla professionalità (e dalla deontologia) del giudice; dipende dalla professionalità di pubblico ministero e difensori. Anche dopo l'approvazione della riforma, le parti – ad onta di ciò che è stato deciso a monte (dal pm, dal gup o dal giudice dell'udienza filtro) – conservano, nel giudizio dibattimentale, la piena possibilità di confutare ipotesi accusatorie, introdurre elementi di prova, suggerire argomentazioni che spostino la iniziale prognosi di successo della prospettazione accusatoria sino alla soglia del dubbio ragionevole.

45. Tra essi, a commento di una sentenza di legittimità meno ortodossa, cfr. L. Semeraro, *Con viva e vibrante soddisfazione*, op. cit.

Non è un'impresa impossibile e, alle parti, non sono sottratti gli strumenti per “giocare il gioco”.

È certamente innegabile la difficoltà di *definire* con esattezza i *momenti del giudizio*; la semantica non sempre è una scienza esatta. Come già detto, sarà

allora (e inevitabilmente) l'esperienza giudiziaria – la viva prassi giurisprudenziale – a dare corpo e interpretazione alla mutata regola di giudizio; di cui – qui ed ora – è però importante cogliere il segno e la direzione.

La riforma penale e il giudizio di appello

di Anna Mori

L'articolo analizza i mutamenti più rilevanti della riforma relativi al procedimento d'appello, mettendo in luce alcune indubbe criticità, taluni profili di dubbia legittimità costituzionale, ma anche le potenzialità della nuova normativa.

Per funzionare appieno, quest'ultima richiederà però, da un lato, un mutamento di approccio da parte del giudice di secondo grado e, dall'altro, un potenziamento di alcune strutture (in particolare dell'Uepe) e un maggiore raccordo operativo tra gli uffici coinvolti.

1. Premessa: come cambia l'appello. Prime riflessioni sulla “riforma Cartabia” / 2. La presentazione dell'impugnazione: forme, termini e casi di appello; in particolare: nuove cause di inammissibilità / 3. L'azione civile; l'improcedibilità dell'azione penale; riflessi sull'azione civile e sulla confisca / 4. Le notifiche e l'assenza / 5. Il giudizio d'appello / 6. Il concordato in appello / 7. La modifica dell'art. 603 cpp; la rinnovazione istruttoria / 8. La messa alla prova e le sanzioni sostitutive / 9. Alcune modifiche sostanziali rilevanti nel giudizio d'appello

1. Premessa: come cambia l'appello. Prime riflessioni sulla “riforma Cartabia”

In linea generale, nel settore delle impugnazioni, e in particolare dell'appello, la riforma si muove su più direttrici: il gravame è sempre più “atto della parte” e non del difensore; si cerca di rendere il relativo giudizio più rapido ed efficiente, ad esempio rendendo definitiva l'alternativa tra processo orale e cartolare sperimentata nella fase dell'emergenza Covid; si crea un filtro nuovo all'ammissibilità dell'impugnazione agendo sul suo contenuto, e in particolare positivizzando il principio già espresso dalla sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione in tema di specificità dei motivi (sez. unite, 27 ottobre 2016, n. 8825, dep. 22 febbraio 2017, *Galtelli*, Rv. 268822 – 0).

Al contempo, l'oggetto del giudizio d'appello viene significativamente ampliato: anche in questo grado è possibile l'applicazione delle pene sostitutive e – quantomeno nella fase transitoria – l'ammis-

sione dell'imputato alla messa alla prova; viene poi modificata anche la disciplina del concordato ex art. 599-bis cpp.

Come tutte le novelle normative, anche quella in esame presenta luci e ombre, e starà anche alla sensibilità dell'interprete potenziare le prime e ridurre le seconde. In altre e meno auliche parole: cercare di fare funzionare la riforma, pur con tutte le sue innegabili criticità.

Detto questo, veniamo alle modifiche più rilevanti.

2. La presentazione dell'impugnazione: forme, termini e casi di appello; in particolare: nuove cause di inammissibilità

Quanto alla presentazione dell'appello, l'art. 582 cpp, che è norma generale applicabile a tutte le impugnazioni, prevede due modalità, l'ultima delle quali azionabile solo dalle parti private.

Ove il gravame sia presentato dal difensore, esso deve essere necessariamente depositato in forma telematica con le modalità previste dall'art. 111-*bis* cpp.

La parte privata può invece scegliere tra tale modalità e il deposito presso la cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, anche a mezzo di soggetto a ciò incaricato.

In quest'ultimo caso, è necessario chiedersi in quale forma detto incarico debba essere conferito, e in particolare se la sottoscrizione del delegante debba essere autenticata (*ad esempio, dal difensore*), soluzione a mio avviso preferibile perché, data la rilevanza dell'atto oggetto di deposito, l'identità dell'appellante e la sua volontà di impugnare devono risultare con certezza.

Non è invece più possibile né presentare l'impugnazione nel luogo ove l'appellante si trova, o presso un agente consolare all'estero, né spedirlo (*il comma 2 dell'art. 582 cpp e l'art. 583 cpp sono stati abrogati*).

La *ratio* di tali abrogazioni deve, ad avviso di chi scrive, collegarsi da un lato alla possibilità di depositare l'atto di impugnazione con modalità telematica e, dall'altro lato, anche al termine di improcedibilità di cui all'art. 344-*bis* cpp.

Come è noto, detto termine decorre non dal momento in cui l'appello viene presentato o alla data nella quale viene ricevuto dalla Corte competente, ma dalla scadenza del novantesimo giorno successivo allo spirare del termine di deposito della motivazione della sentenza.

È infatti intuibile che la presentazione dell'appello presso un'autorità diversa da quella che ha emesso il provvedimento impugnato potrebbe allungare i tempi, imponendo la trasmissione del gravame a quest'ultima, e ciò comporterebbe un ulteriore accorciamento di un termine come quello di improcedibilità, che per come è costruito è già ora sottratto, quanto al *dies a quo*, a qualunque controllo da parte del giudice di secondo grado.

E qui si impone l'apertura di una parentesi.

Il rispetto del termine di improcedibilità non dipende solo dalla celerità del giudizio di secondo grado, ma anche e soprattutto dal tempestivo adempimento di tutte le formalità di ricezione e trasmissione dell'impugnazione da parte della cancelleria competente.

Sarà dunque necessario potenziare i relativi uffici, al fine di evitare che gli atti d'appello sostino presso le cancellerie del primo grado per un tempo eccessivo, sottratto a quello a disposizione della Corte per decidere il processo in ottemperanza a quanto prescritto dall'art. 344-*bis* cpp.

Nel mio distretto, che è quello di Bologna, i tempi di trasmissione dell'appello da parte delle cancellerie degli uffici di primo grado sono molto variabili, e in passato è accaduto che presso alcuni uffici i gravami

restassero giacenti anche per oltre un anno; un simile ritardo, peraltro poco accettabile anche prima, rischia di divenire addirittura drammatico a fronte della novella normativa.

Dunque sarebbe auspicabile che i presidenti delle corti d'appello, nell'adottare i provvedimenti organizzativi volti a monitorare i termini di durata massima dei giudizi di impugnazione previsti dall'art. 165-*ter* disp. att. cpp, agissero in raccordo con i presidenti dei tribunali del distretto al fine di garantire celerità nella trasmissione degli atti d'appello al giudice di secondo grado.

Altra modifica riguarda il termine per proporre impugnazione, che viene aumentato di 15 giorni in caso di giudizio di primo grado celebrato in assenza dell'imputato, e solo per il difensore di quest'ultimo.

La *ratio* è intuibile, e collegata alla necessità che l'appello contenga, a pena di inammissibilità, l'elezione di domicilio della parte che impugna e, in caso di imputato assente, specifico mandato a impugnare rilasciato dopo la pronuncia della sentenza (art. 581 cpp): è infatti evidente che, in caso di processo di primo grado *in absentia*, al difensore dovrà essere concesso il tempo necessario per rintracciare il proprio assistito e farsi rilasciare gli atti di cui sopra.

Non così per le altre parti private, l'assenza delle quali in primo grado non presenta alcuna rilevanza.

La riforma restringe anche i casi di appello, prevedendo, in conformità con quanto disposto dalla legge delega, l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento o non luogo a procedere relative a reati puniti con pena pecuniaria o pena alternativa, nonché, oltre che delle sentenze di condanna alla pena della sola ammenda, anche di quelle di condanna alla pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, e infine delle sentenze di proscioglimento relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria.

Come anticipato, la riforma introduce poi due nuove cause di inammissibilità dell'appello, entrambe rilevanti.

La prima (*art. 581, comma 1-bis, cpp*) scatta quando per ogni richiesta non sono enunciati in forma puntuale ed esplicita i rilievi critici in relazione alle ragioni di fatto o di diritto espresse nel provvedimento impugnato, con riferimento ai capi e punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione.

Tale omissione comporta dunque una mancanza di specificità dei motivi.

Si tratta, come anticipato, di un assunto al quale la giurisprudenza di legittimità era già approdata attraverso un'interpretazione ampia dell'ipotesi di cui alla lettera *a* della medesima norma, la quale richiedeva e tuttora richiede l'*indicazione specifica dei capi o dei punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione*.

In varie pronunce¹, la Corte suprema aveva poi specificato che tale causa di inammissibilità si realizza anche quando il gravame non si confronta con la motivazione della sentenza appellata, e anziché spiegare le ragioni per le quali il primo giudice ha errato non fa che reiterare le argomentazioni già confutate nel provvedimento impugnato.

Ad esempio, il primo giudice ha spiegato per quali ragioni ritiene di dover negare le attenuanti generiche nonostante l'imputato sia giovane e incensurato, richiamando le modalità del fatto, rivelatrici di una buona pratica criminale a dispetto della formale incensuratezza, e il comportamento processuale molto negativo, posto che lo stesso non si è limitato a negare l'addebito, ma ha accusato falsamente altre persone.

Il gravame, anziché confutare tali ultime affermazioni, o spiegare per quali ragioni esse risulterebbero comunque soccombenti rispetto ai dati di segno contrario, non fa che nuovamente richiamare l'età e l'incensuratezza, senza argomentare sulle ragioni in forza delle quali tali elementi dovrebbero essere valutati diversamente rispetto a quanto evidenziato dal giudice *a quo*.

Si tratta di una situazione nella quale il giudice d'appello si trova pressoché quotidianamente e, dunque, la previsione espressa di un'ipotesi di inammissibilità siffatta potenzialmente presenta una sua significativa potenzialità deflattiva.

Dico *potenzialmente* perché poi, di fatto e come già osservato da Giovanna Ichino nel commento alla legge delega, la verifica di una simile omissione, che raramente è percepibile *ictu oculi*, comporta una lettura attenta sia della sentenza di primo grado, sia del gravame, difficilmente realizzabile in sede di spoglio preliminare, soprattutto quando la carenza motivazionale non riguarda solo la pena, ma ad esempio investe anche profili di merito relativi all'affermazione di responsabilità, che richiedono dunque una ricostruzione del fatto².

E se tale accertamento viene demandato al Collegio, l'evidenziata potenzialità deflattiva si riduce a poca cosa.

Sta di fatto che, per produrre appieno i propri effetti, la norma in esame richiede anche da parte dei

giudici di primo grado l'adozione di uno *standard* motivazionale completo ed esauriente: è infatti chiaro che, in tanto si potrà rimproverare all'appellante di non essersi confrontato con la motivazione del provvedimento impugnato, in quanto quest'ultima esista e sia completa, requisiti non sempre soddisfatti, soprattutto nei punti e capi relativi al trattamento sanzionatorio.

Un nuovo requisito di inammissibilità rilevabile immediatamente e *ictu oculi* è invece quello, più volte già richiamato, del deposito, contestualmente al gravame, della dichiarazione o elezione di domicilio (*comma 1-ter dell'art. 581 cpp*) e di specifico mandato a impugnare se l'appellante è stato giudicato in assenza in primo grado (*comma 1-quater*).

Si tratta di disposizioni produttive di effetti assai rilevanti.

Ad oggi, soprattutto se il processo viene celebrato in assenza, molti difensori propongono appello personalmente senza alcun previo contatto con il proprio assistito, che a volte neppure sa che è stata presentata impugnazione.

Con le disposizioni in esame, come pure già detto, l'appello diviene atto della parte privata, perché l'indicazione del domicilio ove notificare il decreto di citazione e, ancor più, lo specifico mandato sopra richiamato presuppongono che il difensore contatti il proprio assistito e valuti unitamente a costui l'opportunità di proporre impugnazione.

Quest'ultimo, inoltre, sarà sempre pienamente a conoscenza del giudizio di secondo grado, con conseguente impossibilità di esperire nelle fasi successive eventuali rimedi restitutori e rescissori; proprio quest'ultima sottolineatura sembra fugare i dubbi di chi paventa la possibilità che i difensori possano "simulare" il conferimento dello specifico mandato ad appellare da parte dell'imputato assente, strumentalizzando precedenti procure speciali rilasciate "in bianco" prima della pronuncia della sentenza di primo grado; a prescindere dal fatto che un simile dubbio si fonda su un'ipotesi di grave deviazione dai propri doveri professionali da parte dell'avvocato, ci si limita ad osservare che tale prassi finirebbe con l'essere non vantaggiosa per lo stesso imputato, come

1. In particolare, la Corte di cassazione, quantomeno a partire dalla sentenza a sezioni unite del 27 ottobre 2016, n. 8825 (cit. *supra*, in *Premessa*), ha statuito che:

«dal combinato disposto degli artt. 581, comma 1, lettera c), 591, comma 1, lettera c), e 597, comma 1, cod. proc. pen., emerge che l'ultima di tali disposizioni – nello stabilire che la cognizione del procedimento è attribuita al giudice d'appello limitatamente ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti – non può essere interpretata nel senso che sia sufficiente, ai fini dell'ammissibilità dell'appello, che i motivi si riferiscano semplicemente a "punti della decisione". (...) Infatti l'espressione "si riferiscono", contenuta nella disposizione, deve essere riempita di contenuto proprio sulla base dell'art. 581, comma 1, lettera c); con la conseguenza che essa non può che significare "indicano specificamente le ragioni di diritto e gli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta", in relazione ai punti della sentenza e, dunque, in relazione alla motivazione della sentenza che sorregge tali punti» (*ivi*, par. 7.2.).

2. G. Ichino, "Riforma Cartabia" e processo d'appello, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2021, pp. 159 ss., part. p. 164 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/997/4-2021_qg_ichino.pdf).

detto privato dei rimedi restitutori e rescissori; in questo scenario è poco ragionevole che un difensore intraprenda un simile – peraltro illecito – percorso.

Infine, tale previsione garantisce, in un'ottica di razionalizzazione del giudizio, che la notifica del decreto di citazione vada sempre a buon fine, evitando la necessità di disporre defatiganti ricerche, senza peraltro in alcun modo menomare i diritti dell'appellante, il quale, come già osservato, è a piena conoscenza del giudizio di secondo grado, la cui instaurazione è frutto anche e soprattutto di una sua scelta e non di un'autonoma iniziativa del suo difensore.

Ciò spiega la *ratio* della disposizione del comma 1 dell'art. 589-ter cpp (che si esaminerà oltre), la quale prevede che, se le notificazioni sono regolari, l'imputato appellante che non presenzi all'udienza viene sempre considerato assente, anche al di fuori dei casi di cui all'art. 420-bis cpp.

Occorre infine evidenziare che l'art. 87-bis, introdotto in sede di conversione del dl n. 162/2022, introduce in fase transitoria ulteriori ipotesi di inammissibilità dell'impugnazione nel caso in cui l'atto non sia sottoscritto digitalmente dal difensore, sia trasmesso da un indirizzo di posta elettronica certificata non compreso nel registro generale di cui al comma 1 della norma, ovvero a un indirizzo non riferibile all'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato.

Il richiamato comma 1, il quale prevede la possibilità di deposito in forma telematica mediante invio all'indirizzo di posta elettronica compreso nel registro di cui al dm n. 44 del 21 febbraio 2011, si applica peraltro fino al quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione dei regolamenti previsti dai commi 1 e 3 dell'art. 87, ovvero fino al diverso termine previsto dal comma 3 di quest'ultima norma.

3. L'azione civile; l'improcedibilità dell'azione penale; riflessi sull'azione civile e sulla confisca

Preliminarmente, occorre osservare che la legge delega (art. 1, comma 13, lett. d) imponeva di disciplinare i rapporti tra azione civile esercitata in sede penale e azione penale, nonché tra declaratoria di improcedibilità e confisca, senza peraltro indirizzare in alcun modo il legislatore delegato, il quale era dunque libero di adottare la soluzione ritenuta più giusta.

E ancora, ai fini che interessano, occorre tenere conto della sentenza della Corte costituzionale n. 182 del 2021, la quale, nel definire l'ambito applicativo dell'art. 578, comma 1, cpp con riferimento al potere del giudice penale nella decisione sulla domanda risarcitoria, ha statuito che quest'ultimo non deve accertare la responsabilità penale dell'imputato, ma

solo l'integrazione della fattispecie civilistica dell'illecito aquiliano, e segnatamente la lesione di una situazione giuridica soggettiva civilmente sanzionabile con il risarcimento del danno.

Nella stessa sede si è evidenziato che, ove il reato sia estinto per prescrizione, ciò non preclude il diritto del danneggiato a vedere giudizialmente accertati i presupposti della propria pretesa, anche se al contempo si deve tenere conto della presunzione di innocenza dell'imputato.

Dunque, l'accertamento dovrà svolgersi nel perimetro dell'illecito aquiliano e non del reato, con tutti i problemi che questo può porre nella pratica, atteso che tali istituti possono spesso sovrapporsi.

Ciò posto, la riforma prevede, al comma 1-bis dell'art. 573 cpp, la competenza del giudice o della sezione civile nel caso in cui «la sentenza è impugnata per i soli interessi civili».

La disposizione è applicabile al caso di impugnazione della parte civile o del responsabile civile avente ad oggetto le statuizioni risarcitorie.

Infatti, la diversa ipotesi in cui il reato si sia prescritto nelle more del giudizio d'appello, e dunque sopravviva unicamente quella parte del *devolutum* avente ad oggetto le disposizioni civilistiche, è oggetto della diversa disciplina di cui all'art. 578, comma 1, cpp.

Il comma 1-bis dell'art. 573 cpp prevede, innanzitutto, un vaglio di ammissibilità dell'impugnazione che deve essere effettuato dal giudice penale, al quale dunque dev'essere in prima battuta indirizzato il gravame.

Se quest'ultimo supera indenne la verifica, viene trasmesso per competenza al giudice civile.

Si tratta di una disciplina che mira a sgravare il giudice penale di competenze che gli sono estranee, posto che il *thema decidendum* è esclusivamente risarcitorio.

La norma prevede ancora che il giudice civile decida utilizzando «le prove acquisite nel processo penale e quelle eventualmente acquisite nel processo civile».

Le prime sono le prove acquisite nel dibattimento di primo grado, le seconde quelle eventualmente acquisite nel grado d'appello civile, nei limitati casi in cui ciò è consentito, ovvero quando la parte prova di non averle potute tempestivamente dedurre in primo grado (art. 345 cpc).

Quanto al canone probatorio applicabile dal giudice civile, si ritiene che esso debba uniformarsi al principio del «più probabile che non» e non a quello della «prova oltre ogni ragionevole dubbio», in conformità a quanto statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza richiamata; dunque, la verifica deve avere ad oggetto non la responsabilità penale dell'imputato (che anche in questa fase si presume innocente), ma solo

«la lesione di una situazione giuridica soggettiva civilmente sanzionabile con il risarcimento del danno».

La disciplina dell'art. 578 cpp riguarda, invece, il caso in cui il reato si estingua per amnistia o prescrizione, o divenga improcedibile per superamento del termine di cui all'art. 344-*bis* cpp.

Anche in questo caso sopravvivono solo le statuizioni civilistiche della sentenza impugnata, ma la risposta del legislatore è più articolata.

Nel primo caso, infatti, la disciplina rimane immutata: la cognizione resta al giudice penale, il quale continuerà a decidere sull'impugnazione ai soli fini degli interessi civili entro i parametri delineati dalla Corte costituzionale e appena richiamati.

Si tratta di un'ipotesi che sarà sempre meno frequente, in quanto – essendo oramai scomparsi dall'esperienza penale i provvedimenti di amnistia – occorre tenere conto del fatto che la disciplina della prescrizione è stata significativamente modificata e avrà un impatto soprattutto con riferimento ai procedimenti relativi ai reati commessi fino al 31 dicembre 2021, soggetti al regime di prescrizione previgente.

Ciò nonostante, la scelta di mantenere in questo caso la competenza del giudice penale non sfugge ad alcuni rilievi critici.

I procedimenti pendenti avanti alle corti d'appello e aventi ad oggetto reati nel frattempo estinti per prescrizione, ma con statuizioni civili, sono infatti molto numerosi e sarà necessario un tempo non breve per smaltirli.

Posto che la tendenza del legislatore è quella di affidare al giudice civile la trattazione dei processi nei quali sono sopravvissute solo le disposizioni risarcitorie, ben poteva essere prevista tale competenza anche nel caso in esame, la cui *ratio* (ovvero *prevedere l'intervento di un giudice fisiologicamente attrezzato alla trattazione delle questioni civili*, ancor più necessario dopo il richiamato intervento della Corte costituzionale) è del tutto analoga.

A ciò deve aggiungersi che il citato comma 1 dell'art. 578 cpp prevede la competenza del giudice penale anche in caso di estinzione del reato per amnistia, e dunque in un'ipotesi che, seppure non frequente, non è tuttavia – quantomeno in astratto – destinata a venire meno alla fine della fase transitoria.

Nel caso, invece, di improcedibilità a norma dell'art. 344-*bis* cpp, la novella prevede che gli atti vengano trasmessi al giudice civile competente, il quale anche in questo caso utilizzerà le prove assunte nel giudizio penale e in quello civile, con un meccanismo del tutto analogo a quello previsto dal comma 1-*bis* dell'art. 573 cpp.

È da rilevare che la disposizione in esame si applica non solo a fronte di una condanna, ma in ogni caso di impugnazione della sentenza anche per gli

interessi civili, quindi anche in assenza di una pronuncia di condanna al risarcimento.

Anche tale scelta tiene conto di quanto statuito dalla Corte costituzionale in merito al diritto del danneggiato ad ottenere un accertamento della fondatezza della propria pretesa.

In sostanza, in caso di declaratoria di improcedibilità *ex art. 344-*bis* cpp*, anziché prevedere una competenza del giudice penale a decidere sulla domanda risarcitoria, ovvero prevedere che il danneggiato riproponesse *ex novo* la domanda al giudice civile, il legislatore ha scelto una strada mediana, prevedendo la prosecuzione del giudizio nella sede che gli è propria, analogamente al caso in cui l'impugnazione abbia *ab origine* ad oggetto le sole statuizioni civilistiche.

Il comma 1-*ter* dell'art. 578 cpp prevede, poi, che gli effetti dell'eventuale sequestro conservativo disposto a garanzia delle obbligazioni civili permangono fino al passaggio in giudicato della sentenza che decide il merito.

In sostanza, la linea di tendenza del legislatore è quella di prevedere una competenza del giudice civile ogni qual volta le statuizioni penali vengano meno e residuino solo quelle risarcitorie, salva l'ipotesi di amnistia o prescrizione.

Disposizioni particolari sono poi previste dall'art. 578-*ter* cpp, introdotto dalla novella, in merito alla sorte della confisca ove il reato sia stato dichiarato improcedibile *ex art. 344-*bis* cpp*. Se obbligatoria, essa viene comunque disposta. Altrimenti, viene disposta con ordinanza la trasmissione degli atti al procuratore della Repubblica presso il capoluogo del distretto o al procuratore nazionale antimafia per la proposizione di eventuale istanza *ex d.lgs n. 159/2011*, con perdita di efficacia del sequestro se entro 90 giorni dall'ordinanza non si provvede ai sensi di quest'ultima normativa.

La *ratio* di tale disposizione trova fondamento nella circostanza che l'improcedibilità è un istituto di carattere processuale, e come tale ostativo a qualunque prosecuzione del giudizio, laddove la confisca (*salvo il caso in cui sia obbligatoria*) presuppone una condanna, e dunque una verifica della responsabilità in questa fase radicalmente preclusa.

La trasmissione degli atti al procuratore ha dunque la finalità di azionare una procedura del tutto autonoma e distinta, nonché fondata su presupposti del tutto differenti, al fine di verificare se la misura ablativa non più sostenibile in ambito penale possa invece trovare fondamento in quello di prevenzione, applicando i principi che lo connotano, senza peraltro operare più, neppure *incidenter tantum*, alcuna verifica della responsabilità penale.

La persistenza del sequestro, e la sua inefficacia trascorsi 90 giorni dalla trasmissione degli atti, rispondono invece alla necessità di coordinare le procedure ed evitare la dispersione dei beni.

4. Le notifiche e l'assenza

Anche sul punto in esame occorre premettere che, a norma dell'art. 89 d.lgs n. 150/2022, le nuove norme si applicano ai procedimenti nei quali non si sia già disposto procedersi in assenza.

La disciplina di cui all'art. 598-ter cpp, che regola l'assenza dell'imputato in appello, deve peraltro leggersi in parallelo alle norme sulle notificazioni e al requisito di cui ai commi 1-ter e 1-quater dell'art. 581 cpp (*elezione di domicilio e mandato ad impugnare quali nuovi requisiti di ammissibilità del gravame* – vds. *supra*).

La norma disciplina in modo radicalmente diverso il caso dell'imputato appellante da quello in cui l'impugnazione non sia presentata da quest'ultimo.

Nel primo caso, se la notifica è regolare e il pre-detto non si presenta viene, come già rilevato, sempre considerato assente.

La *ratio* è chiarissima: l'imputato appellante non può non sapere della pendenza del giudizio di secondo grado, perché ha eletto domicilio per tale fase e, se assente in quella precedente, ha conferito al proprio difensore specifico mandato ad impugnare.

Occorre però, ai fini che interessano, tener conto anche dell'art. 156 cpp come novellato, il quale, al comma 1, prevede che le notificazioni all'imputato detenuto anche successive alla prima vengano sempre eseguite nel luogo di detenzione mediante consegna alla persona.

La giurisprudenza di legittimità formatasi sotto la vigenza della normativa precedente aveva statuito che tale norma si applica anche ove l'imputato abbia eletto domicilio³. Salvo eventuali futuri mutamenti di orientamento, deve dunque ritenersi che, anche dopo la novella, in caso di imputato appellante detenuto la notifica debba essere effettuata con le modalità previste dall'art. 156 richiamato, indipendentemente dall'elezione di domicilio.

Ciò premesso, in ogni modo, se la notifica al pre-detto è regolare, saranno sempre ravvisabili i requisiti per dichiararlo assente.

Più complesso è il caso dell'imputato non appellante.

In realtà, di fatto la norma verrà applicata alla sola ipotesi di sentenza impugnata solo o anche dal pm, perché – come già evidenziato – se appellante è la sola parte civile, gli atti verranno trasmessi al giudice civile a norma dell'art. 573 cpp.

Innanzitutto, nel caso in esame, la notifica all'imputato dovrà essere effettuata a norma degli artt. 148 cpp ss., come novellati.

Se la notifica è formalmente regolare, ma l'imputato è assente all'udienza di discussione orale pubblica, la corte di appello dovrà accertare la sussistenza delle condizioni per procedere egualmente a norma dell'art. 420-bis, commi 1, 2 e 3 cpp.

In caso negativo, verranno disposte nuove ricerche e nel frattempo il processo verrà sospeso.

Analogamente si provvederà anche nell'udienza a trattazione cartolare, se si ritiene che non siano soddisfatte le condizioni per procedere in assenza.

Diversamente da quanto previsto per il primo grado, però, la sospensione viene disposta con ordinanza e non con sentenza, dunque con un provvedimento che non diverrà irrevocabile.

Ciò comporterà innanzitutto che, se l'imputato non viene reperito, quel processo non verrà definito, così alimentando la pendenza – seppure si possa immaginare un impatto circoscritto di tale disfunzione (essendo più ridotti i volumi di giudizi di appello non promossi dall'imputato), il fenomeno non può essere escluso.

In secondo luogo, se la sentenza appellata è assolutoria, come avviene nella stragrande maggioranza dei casi di impugnazione presentata da una parte diversa, la disciplina di cui sopra rischia, paradossalmente, di pregiudicare l'imputato non appellante, perché quella statuizione a lui favorevole non acquisirà mai autorità di cosa giudicata.

L'assenza dell'imputato, in questo caso dichiarata in primo grado, rileva in appello anche sotto un altro profilo.

L'art. 604 cpp prevede, infatti, alcune cause di nullità della sentenza di primo grado.

In particolare, al comma 5-bis è previsto che, nell'ipotesi in cui l'assenza sia stata dichiarata al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 420-bis, commi 1, 2 e 3, cpp, salvo che risulti che l'imputato era a conoscenza della pendenza del processo e in grado di comparire in giudizio prima della pronuncia della sentenza appellata, quest'ultima è nulla.

Si tratta di un'ipotesi già prevista dalla legislazione previgente; la novità è però che la nullità in esame deve essere eccepita nell'atto d'appello e, in caso contrario, è sanata.

Posto che, però, il gravame deve contenere il mandato ad impugnare, è evidente che tale eccezione potrà essere avanzata solo se nel frattempo il difensore è riuscito ad avere un contatto con l'assistito, ingiustamente dichiarato assente.

Altra e peculiare nullità è prevista dal successivo comma 5-ter nel caso in cui l'imputato non abbia potuto esercitare una facoltà, dalla quale è dunque decaduto:

3. Cass., sez. unite, 27 febbraio 2020, n. 12778 (dep. 22 aprile 2020), Rv. 278869 – 01.

a) per essersi trovato nell'assoluta e incolpevole impossibilità di comparire in tempo utile per esercitare tale facoltà, nonché di comunicare tempestivamente l'impedimento;

b) nei casi di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 420-bis cpp, per non avere incolpevolmente avuto conoscenza della pendenza del processo e non essere potuto intervenire tempestivamente per esercitare la facoltà dalla quale è decaduto (*si tratta dei casi nei quali l'assenza è stata dichiarata perché il giudice ha ritenuto che l'imputato fosse a conoscenza del processo, si fosse volontariamente sottratto allo stesso, oppure in caso di latitanza*).

La prova di tali situazioni deve ovviamente essere fornita dall'interessato.

Occorre allora delimitare la differenza tra l'ipotesi prevista dal comma 5-bis (assenza dichiarata senza i presupposti) e quella riportata alla lettera b di cui sopra, posto che in entrambe le situazioni emerge che l'imputato non era a conoscenza del giudizio senza sua colpa.

Si ritiene che nel primo caso siano carenti *ab origine*, e sulla base di una valutazione *ex ante*, i presupposti per procedere in assenza, e dunque essi siano stati erroneamente valutati dal primo giudice.

Nel caso di cui al comma 5-ter lett. b, invece, la declaratoria di assenza era rituale sulla base dei dati conoscitivi che il giudice *a quo* aveva a disposizione, ma da elementi sopraggiunti emerge che la mancata presenza dell'imputato era incolpevole.

Dunque, la dichiarazione di assenza era regolare, ma il processo deve comunque retrocedere alla fase nella quale l'interessato non ha potuto esercitare la facoltà omessa.

Le ipotesi di cui sopra pure concretano una causa di nullità della sentenza che impone la trasmissione degli atti al primo giudice, salvo che la facoltà non esercitata abbia ad oggetto l'applicazione della pena, l'oblazione o la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale; in questi casi provvede il giudice d'appello.

Come meglio si vedrà, quest'ultimo non ha un ampio margine discrezionale in merito all'ultima ipotesi, posto che la norma prevede che il giudice "disponga" la rinnovazione, in assenza di alcuna valutazione sulla rilevanza, salvo che nel caso in cui l'imputato in primo grado sia stato dichiarato assente ai sensi del comma 3 dell'art. 420-bis cpp; in questa ipotesi, infatti, la prova viene assunta ai sensi dell'art. 190-bis cpp, ovvero previa valutazione della rilevanza.

È allora opportuno domandarsi cosa si intenda per "rinnovazione istruttoria": se una prova nuova che l'interessato è stato impossibilitato a richiedere in primo grado, ovvero anche la ripetizione di una prova già assunta, ad esempio perché il difensore non era stato in grado di formulare alcune domande nel cor-

so del controesame, non avendo potuto previamente conferire con il proprio assistito.

Questa nozione più ampia sembra preferibile, posto che la *ratio* della norma è quella di restituire all'interessato la possibilità di azionare tutte le facoltà delle quali era stato incolpevolmente privato nel grado precedente.

Infine, la novellata disciplina dell'assenza prevede anche una nuova ipotesi di restituzione nel termine per impugnare, disciplinata all'art. 175, comma 2.1, cpp, laddove nel caso previsto dall'art. 420-bis, commi 2 e 3 (esclusa dunque l'ipotesi di certezza legale disciplinata dal comma 1), l'imputato dimostri di non avere avuto conoscenza effettiva del processo e di non aver potuto proporre impugnazione senza sua colpa.

Se l'istanza viene accolta, il termine di improcedibilità dell'appello è sospeso fino alla notifica all'interessato del provvedimento che accoglie la richiesta.

5. Il giudizio d'appello

Molte, e rilevanti, le modifiche relative alla fase in esame.

Si deve peraltro premettere che l'art. 5-duodecies della legge di conversione del dl n. 162/2022 prevede che per le impugnazioni proposte fino al 30 giugno 2023 si continui ad applicare la previgente normativa di cui all'art. 23-bis l. n. 176/2020.

Ciò posto, innanzitutto (art. 598-bis cpp) il rito ordinario è quello cartolare, come del resto già previsto dalla legislazione emergenziale, ed è disciplinato dal comma 1 della norma, nel quale si prevede un termine (15 giorni prima dell'udienza) entro il quale il procuratore generale presenta le proprie richieste e tutte le parti possono presentare motivi nuovi e memorie; un ulteriore termine (cinque giorni prima) è previsto per la presentazione di memorie di replica.

Il termine di 15 giorni appena richiamato è previsto anche per formulare istanza di concordato in appello.

La trattazione orale può essere richiesta entro quindici giorni dalla notifica del decreto di citazione o dell'avviso della data fissata per il giudizio e può essere presentata solo dall'appellante e, in ogni caso, dall'imputato o dal suo difensore.

Dunque, il procuratore generale, la parte civile e il responsabile civile possono formulare la richiesta solo se appellanti.

Sulle modalità dell'istanza, ad avviso di chi scrive, la norma si presta a possibili censure di incostituzionalità.

Il comma 2 dell'art. 598-bis cpp prevede infatti, quanto alle parti private, che l'istanza possa essere presentata solo a mezzo del difensore.

Orbene, se tale disposizione non crea particolari problemi ove detta parte sia libera, non così quanto all'imputato detenuto; lo stesso infatti potrebbe, soprattutto in tempo di pandemia, avere difficoltà a contattare il proprio legale e a incaricarlo di presentare l'istanza. Meglio sarebbe stato prevedere la possibilità, almeno per l'imputato detenuto, di presentarla personalmente.

Altra rilevante novità è la possibilità, prevista al comma 3, che la corte di appello disponga d'ufficio la trattazione orale per la «rilevanza delle questioni sottoposte al suo esame».

Si tratta di decisione insindacabile e dal contenuto amplissimo, posto che la nozione di "rilevanza delle questioni" può comprendere una vasta gamma di situazioni, dal procedimento che presenta questioni in diritto complesse, a quello che ha ad oggetto fattispecie di particolare delicatezza (ad esempio, reati lesivi della libertà sessuale) o delitti puniti con pene molto elevate.

Non sembra che la statuizione debba essere motivata al di là del richiamo alla rilevanza, anche perché si tratta, come evidenziato, di decisione non impugnabile in alcun modo.

La trattazione orale è poi sempre disposta in caso di rinnovazione istruttoria, e ciò per garantire la formazione della prova nel contraddittorio.

Non sembra, peraltro, che la decisione della corte di appello sul punto sia soggetta ad alcun termine: raffrontando il comma 3 dell'art. 598-bis cpp con il comma 2 dell'art. 601 emerge infatti che, se la statuizione in esame viene adottata prima del decreto di citazione a giudizio, viene in quest'ultimo esplicitata, come si vedrà; essa può essere però adottata anche successivamente (ad esempio, in esito all'esame di memorie presentate dalle parti) e in questo caso, disciplinato dal comma 3 dell'art. 598-bis cpp, la corte di appello provvederà con autonomo provvedimento a comunicare la propria decisione al procuratore generale e al difensore.

La trattazione in presenza delle parti può avvenire in udienza pubblica, ovvero ai sensi dell'art. 127 cpp, disposizione quest'ultima sempre applicabile quando si procede con rito abbreviato, ovvero quando si discute unicamente della specie o misura della pena (anche con riferimento al giudizio di comparazione o alla concessione delle attenuanti generiche), di pene sostitutive o di doppi benefici – in alte parole, quando non si discute l'affermazione di responsabilità.

In tali casi si procederà in camera di consiglio, anche quando il primo grado è stato celebrato in udienza pubblica.

Occorre allora ricordare che l'art. 127 cpp è stato modificato dalla novella, la quale ha previsto al comma 3 cpp la modalità di partecipazione dell'imputato

detenuto il quale abbia richiesto di essere presente in udienza.

Se lo stesso è ristretto in luogo compreso nella circoscrizione del giudice procedente, dovrà essere disposta la traduzione per garantirne la presenza all'udienza.

In caso contrario, la norma prevede due modalità: una, disciplinata anche dalla normativa previgente, che consiste nell'audizione dell'interessato dal magistrato di sorveglianza il giorno prima dell'udienza.

La novità è che, però, tale ipotesi diviene residuale, perché si applica solo se l'imputato non acconsente al collegamento a distanza, il quale diviene dunque la normale modalità di partecipazione del soggetto ristretto al di fuori della circoscrizione dell'autorità giudiziaria procedente.

L'art. 601 cpp disciplina il decreto di citazione a giudizio modificando, al comma 3, il termine a comparire (giorni 40 e non più 20) e prevedendo al comma 2 che, se la corte intende procedere con udienza in presenza, deve darne espressa menzione, indicando altresì se l'appello sarà deciso in udienza pubblica o ex art. 127 cpp.

In caso contrario, la corte di appello darà avviso alle parti che si procederà senza la loro partecipazione, fatta salva la possibilità che i soggetti a ciò legittimati richiedano la trattazione in presenza nel termine sopra indicato.

In quest'ultimo caso, sempre che la richiesta sia ammissibile, la corte di appello (art. 598-bis, comma 2, cpp) dispone la trattazione in presenza con provvedimento comunicato al procuratore generale e notificato ai difensori (e non alle parti personalmente).

Da quanto sopra evidenziato emerge dunque che, se la richiesta di trattazione in presenza viene formulata da un soggetto diverso dall'imputato (parte civile o procuratore generale appellante) o decisa dalla corte di appello, il relativo avviso viene notificato al solo difensore e non anche all'interessato, salvo il caso previsto dall'art. 601, comma 2, cpp.

Sarà dunque onere del legale rendere nota al proprio assistito la relativa statuizione, così da consentirgli di partecipare all'udienza se lo ritiene opportuno.

Riassumendo, la scansione che emerge dalle norme in esame è la seguente:

- il decreto di citazione in appello viene notificato alle parti almeno 40 giorni prima dell'udienza; già in quella sede, l'autorità giudiziaria può disporre che l'udienza si svolga in presenza;
- analoga decisione può essere adottata dalla corte di appello anche successivamente, e in tal caso viene comunicata al procuratore generale e notificata ai difensori;
- entro 15 giorni dalla notificazione, l'appellante, l'imputato e il suo difensore possono chiedere la

trattazione in presenza; se l'istanza è ammissibile, la corte di appello dispone in conformità con comunicazione al procuratore generale e notificazione ai difensori;

- fino a 15 giorni prima dell'udienza, il procuratore generale può formulare le sue richieste e tutte le parti presentare memorie e motivi nuovi, nonché richieste di concordato *ex art. 599-bis cpp*;
- fino a 5 giorni prima dell'udienza si possono presentare memorie di replica.

6. Il concordato in appello

Altre modifiche di rilievo riguardano il concordato in appello.

Del termine perentorio di 15 giorni s'è già detto; il comma 3 della norma, come novellato, prevede poi che, se la corte di appello ritiene di non poter accogliere la richiesta, dispone la trattazione in presenza, anche in questo caso indicando se si procede *ex art. 127 cpp* o in pubblica udienza.

È da notare che, diversamente dalle altre ipotesi nelle quali si dispone la trattazione in presenza successivamente all'emissione del decreto di citazione, in questo caso il provvedimento è comunicato al procuratore generale e «notificato alle altre parti» e non solo «ai difensori».

Si ritiene, dunque, che in tale ipotesi il provvedimento in esame debba essere notificato all'imputato appellante nel luogo ove ha eletto domicilio, e all'imputato non appellante nelle forme previste per le notificazioni.

All'udienza fissata per la trattazione, le parti possono riproporre la richiesta (ovviamente in termini diversi).

Quando, invece, è già stata disposta l'udienza in presenza (d'ufficio dalla corte di appello o su istanza di parte), se l'autorità giudiziaria precedente ritiene l'istanza non accoglibile, fissa la prosecuzione del giudizio.

Ci si chiede se anche in quest'ultimo caso la richiesta possa essere riproposta. Una risposta negativa sembra, ad avviso di chi scrive, lesiva di parametri di ragionevolezza.

Non si vede infatti per quale ragione, se l'istanza è stata formulata nell'ambito di una procedura cartolare, divenuta orale solo perché la corte di appello non ne condivide il contenuto, essa possa essere riformulata all'udienza di trattazione, mentre se è stata presentata in un procedimento nel quale la parte ha chiesto la trattazione in presenza tale possibilità debba precludersi.

Il comma 3-*ter* prevede, infine, che l'accordo non abbia alcun effetto se la corte di appello decide in modo difforme dallo stesso.

7. La modifica dell'art. 603 cpp; la rinnovazione istruttoria

Come è noto, il comma 3-*bis* dell'art. 603 cpp richiedeva, in caso di giudizio d'appello promosso dal pm avverso una pronuncia assolutoria, la rinnovazione istruttoria ove il gravame avesse ad oggetto motivi attinenti alla valutazione di una prova dichiarativa.

La giurisprudenza di legittimità aveva via via ampliato l'ambito applicativo della norma, affermando in varie pronunce che essa era applicabile anche al giudizio abbreviato, all'appello della parte civile, alla perizia.

La novella invece ne restringe l'operatività, prevedendo espressamente che detta disposizione si applichi solo in caso di prove dichiarative assunte in udienza dibattimentale, ovvero avanti al giudice del rito abbreviato *ex art. 438, comma 5, e 441, comma 3, cpp*, così superando l'orientamento giurisprudenziale⁴ che ne aveva esteso l'applicazione a tutte le prove assunte nel giudizio abbreviato *tout court*.

In sostanza la norma, nella nuova formulazione, si applica a tutti i casi di prove dichiarative acquisite avanti a un giudice, e nel contraddittorio delle parti.

Si ritiene allora che la norma debba essere estesa anche alle prove assunte in incidente probatorio, non espressamente richiamate, posto che la *ratio* è la medesima, trattandosi di un segmento dibattimentale anticipato alla fase precedente.

In assenza di un'espressa esclusione, si ritiene poi che conservi validità il principio elaborato dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento all'applicabilità del comma 3-*bis* in esame anche alla perizia, mentre nell'ipotesi dell'appello presentato dalla sola parte civile il tema è di fatto superato dal comma 3-*bis* dell'art. 573 cpp, che come già rilevato prevede in tale caso la competenza della sezione civile, la quale applicherà le regole proprie di tale rito.

La riforma prevede inoltre, al comma 3-*ter*, la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale quando l'imputato ne faccia richiesta ai sensi dell'art. 604, commi 5-*bis* e 5-*ter*, cpp di cui sopra.

Come sopra già osservato, la lettera della norma («il giudice dispone») non sembra in questa ipotesi lasciare alcun margine discrezionale al decidente, anche perché invece, nel caso in cui si sia proceduto in assenza dell'imputato *ex art. 420-bis, comma 3, cpp*, la rinnovazione è disposta ai sensi dell'art. 190-*bis* cpp, dunque quando ritenuta necessaria.

4. *Cfr.* Cass., sez. unite, 19 gennaio 2017, n. 18620 (dep. 14 aprile 2017, ric. *Patalano*), Rv. 269786 – o.

Ci si chiede, peraltro, se il giudice sia tenuto a disporre l'integrazione anche quando, ad esempio, sulla base del materiale probatorio già acquisito ritenga di poter accogliere il gravame riformando la sentenza, senza procedere all'assunzione di alcuna nuova prova, così allungando indebitamente i tempi del processo in violazione dell'art. 111 Cost.

La domanda è tanto più doverosa, tenendo conto che il comma in esame è inserito in una disposizione, come quella dell'art. 603 cpp, che – pur con gli ampliamenti esaminati – disciplina un'eccezione all'ordinario svolgimento del giudizio d'appello, celebrato avanti a un cd. "giudice di carta" che decide sulla base delle prove già assunte in precedenza.

Deve dunque ritenersi che, ove il giudice di secondo grado ritenga che il gravame sia immediatamente accoglibile, non sia obbligato ad accogliere la richiesta difensiva, analogamente a quanto accade relativamente all'applicazione del comma 3-bis, ipotesi quest'ultima nella quale, ove il giudice del gravame ritenga di dover confermare la sentenza assolutoria emessa in primo grado senza procedere ad alcuna integrazione, non è tenuto a disporre alcuna integrazione.

8. La messa alla prova e le sanzioni sostitutive

Per quanto riguarda la messa alla prova (map), la novella vede con evidente favore tale strumento, che è al contempo sostanziale e processuale, nonché rieducativo e deflattivo, ed ha conseguentemente – e significativamente – ampliato l'ambito applicativo dell'istituto e apportato alcune rilevanti modifiche alla sua disciplina processuale.

Innanzitutto, è stato allargato il novero dei reati a citazione diretta ex art. 550 cpp, con conseguente ampliamento anche di quelli per i quali è possibile richiedere l'ammissione alla map.

La relativa istanza può essere proposta anche dal pm e l'art. 90 del decreto, valorizzando la natura sostanziale dell'istituto, disegna un regime transitorio che assegna la possibilità, ove si proceda per un illecito che anteriormente alla novella non ne consentiva l'applicazione, di formulare *ex novo* la richiesta, anche in appello, nel termine perentorio della prima udienza successiva all'entrata in vigore della normativa se fissata nei 45 giorni, ovvero entro quest'ultimo termine se l'udienza è fissata successivamente.

L'istanza deve essere presentata dall'interessato, ovvero da un suo procuratore speciale, e non è applicabile il comma 3 dell'art. 75 cpp, salva la possibilità per la parte civile di far valere in quest'ultima sede le proprie pretese.

L'istituto in esame è pertanto, come già osservato, applicabile anche in grado d'appello qualora se ne ravvisino i presupposti, e ciò renderà necessario un vero e proprio cambio di approccio da parte del "giudice di carta", analogamente a quanto avverrà per le sanzioni sostitutive.

L'organo giudicante del secondo grado, infatti, è culturalmente orientato a valutare, salvo le eccezioni previste dalle singole norme, un patrimonio di dati già acquisito e a muoversi nel perimetro fissato dal procedimento *a quo*; con la novella, egli sarà invece chiamato a valutazioni del tutto nuove e a gestire esiti processuali alternativi al binomio conferma/riforma.

L'applicazione in appello della map sarà sicuramente uno dei banchi di prova della nuova normativa, perché dall'atteggiamento di apertura o di chiusura adottato dal giudice precedente dipenderà il concreto ampliamento dell'istituto o, viceversa, una prassi di fatto abrogativa di tale possibilità.

Analoghe argomentazioni valgono per le pene sostitutive, disciplinate dall'art. 20-bis cp, lo spazio applicativo delle quali è pure stato significativamente ampliato.

In particolare, la norma prevede i seguenti limiti:

- quattro anni per la semilibertà e la detenzione domiciliare;
- tre anni per il lavoro di pubblica utilità;
- un anno per la pena pecuniaria.

Nei primi due casi, la durata della pena sostitutiva coincide con quella della pena sostituita; nell'ultimo, i criteri sono fissati dall'art. 56-*quater* l. n. 689/1981.

Come stabilito dall'art. 58, comma 1 della stessa legge, nel valutare la sostituzione il giudice deve tener conto, anche alla luce di quanto previsto dall'art. 133 cp, della migliore idoneità della sanzione alla rieducazione e dell'esigenza di prevenzione della commissione di ulteriori reati, oltre alla prognosi circa l'ottemperanza da parte del sottoposto alle prescrizioni.

Nella scelta della pena, invece, si avrà riguardo solo all'idoneità rieducativa.

In sostanza, il giudice può anche decidere di non sostituire la pena inflitta a fronte di una valutazione di particolare pericolosità dell'interessato, e dunque di inidoneità della pena sostitutiva a fronteggiarla, ma una volta che ha optato per la sostituzione, non potrà più fare riferimento a questo parametro per negare, ad esempio, la pena pecuniaria applicandone invece una di natura detentiva, dovendo avere riguardo solo alla funzionalità rieducativa delle singole tipologie di sanzione.

Non solo, ma i commi 3 e 4 della norma sanciscono una preferenza per le pene non detentive (*lavoro di pubblica utilità o pena pecuniaria*), per cui, se queste ultime sono astrattamente applicabili, il giudice precedente dovrà spiegare anche per quale ragione intenda invece applicare la sanzione detentiva.

La norma impone anche di tener conto di alcune condizioni del sottoposto indicate al comma 4, ovvero condizioni di età e salute, maternità o paternità e AIDS o immunodeficienza grave nei casi di cui all'art. 47-*quinquies* o.p., certificato disturbo da sostanze, da ludopatia o abuso di alcol.

L'art. 59 prevede infine una serie di preclusioni, alcune assolute e altre relative unicamente alla scelta della misura; tra le prime, è richiamata l'ipotesi di imputato di un reato ostativo ex art. 4-*bis* o.p., salvo che operi l'attenuante di cui all'art. 323-*bis*, comma 2, cp.

Quest'ultima esclusione presenta alcuni profili di criticità.

Si pensi, ad esempio, a un soggetto condannato per rapina commessa in concorso, e dunque aggravata, reato pure rientrante nella previsione del citato art. 4-*bis* anche quando in concreto l'offensività del fatto è modesta (emblematica è l'ipotesi del *furto in supermercato ad opera di due soggetti trasmodato nel reato più grave perché, ad esempio, uno dei due ha minacciato o dato una spinta al sorvegliante che cercava di bloccarli*).

Premesso che, ad avviso di chi scrive, desta perplessità che in questi casi non sia possibile sospendere l'ordine di esecuzione della pena, la perplessità è destinata ad aumentare a fronte dell'impossibilità di sostituire la reclusione con, ad esempio, la semilibertà sostitutiva o la detenzione domiciliare sostitutiva, pur a fronte di una condotta che in concreto non presenta una gravità significativa.

Meglio sarebbe stato, dunque, prevedere in questi casi al più una restrizione del novero delle pene sostitutive applicabili, anche perché la preliminare valutazione del giudice circa l'idoneità di queste ultime sul fronte della prevenzione avrebbe comunque evitato di applicarle a soggetti connotati da una pericolosità elevata.

Ciò detto sotto un profilo sostanziale, la procedura applicativa delle sanzioni sostitutive sarà, anche in appello, quella prevista dall'art. 545-*bis* cpp.

Innanzitutto, la sostituzione può essere richiesta dall'interessato, ovvero proposta dal giudice; in questo secondo caso, salva l'ipotesi di sostituzione con la pena pecuniaria, è sempre necessario il consenso dell'imputato (manifestato personalmente o a mezzo di procuratore speciale).

Nel primo caso, il giudice avvisa le parti della possibilità di sostituire la pena dopo la lettura del dispositivo.

Il giudicante dunque sente il pm e, se non può decidere immediatamente, sospende il processo e fissa una nuova udienza entro 60 giorni, dandone avviso alle parti e all'Uepe, al quale può richiedere sia tutte le informazioni necessarie a decidere, sia un programma di trattamento; l'autorità giudiziaria precedente può acquisire anche le certificazioni relative allo stato di tossicodipendenza.

All'udienza fissata *ad hoc* il giudice può confermare il dispositivo, dandone lettura, ovvero disporre la sostituzione, indicando le eventuali prescrizioni.

Alcune notazioni.

È necessario chiedersi se, a fronte di una pena astrattamente sostituibile, il giudice sia comunque tenuto a sospendere il processo e a fissare l'udienza di decisione su punto, ovvero possa già *ab initio* ritenere l'insussistenza dei presupposti, ad esempio sotto il profilo dell'idoneità preventiva della pena sostitutiva.

La seconda questione sorge dalla circostanza che la sentenza che afferma la responsabilità e infligge la pena sostitutiva è comunque impugnabile, con il rischio che il programma, in quella fase elaborato tenendo conto delle condizioni di vita dell'interessato al momento in cui la statuizione viene adottata, non sia più idoneo al momento in cui la pronuncia diviene irrevocabile.

Si tratta di una questione rilevante, poiché l'istituto attribuisce all'Uepe ulteriori competenze e si corre il rischio di esercitare un'attività in vista di un risultato non più adeguato al contesto nel quale la pena sarà di fatto applicata; dunque, un'attività sostanzialmente inutile, assegnata a un ufficio già molto gravato di competenze.

Come anticipato, la modifica in esame deve comunque a mio avviso essere valutata con favore, poiché attribuisce anche al giudice di cognizione la possibilità di scegliere il trattamento sanzionatorio più adatto al recupero dell'imputato, al contempo garantendo l'esigenza di prevenzione e tutela sociale.

Per funzionare appieno, è però necessario, anche in questo caso, un profondo mutamento anche culturale del giudice di cognizione, in particolare di quello di secondo grado, che dovrà essere disponibile a valutare elementi (*quali la condizione di vita dell'interessato, la potenzialità rieducativa concreta della sanzione e, al contempo, l'idoneità preventiva*) che finora raramente entravano nel suo angolo visuale (*l'ipotesi di sostituzione di pene in appello era, infatti, assai poco frequente*).

In caso contrario, si rischia una prassi abrogativa dell'istituto, e la conseguente perdita di un'importante occasione di adeguare il nostro sistema sanzionatorio ai principi costituzionali.

9. Alcune modifiche sostanziali rilevanti nel giudizio d'appello

La prima riguarda la *procedibilità a querela di numerosi reati*, ad oggi procedibili d'ufficio.

Il testo originario dell'art. 85 d.lgs n. 150/22 disponeva che, per i reati commessi prima dell'entrata in vigore della riforma, il giudice dovesse informare la parte lesa della possibilità di presentare querela,

anche disponendo ricerche se la stessa non è reperibile. Come è noto, l'attribuzione di un simile onere informativo all'autorità giudiziaria è stata oggetto di ripensamento in sede di conversione del dl n. 162/22, che ha posticipato l'entrata in vigore della riforma. In quella sede, infatti, il testo dell'art. 85 d.lgs n. 150/22 è stato modificato prevedendo che «per i reati perseguibili a querela della persona offesa in base alle disposizioni del presente decreto, commessi prima della data di entrata in vigore dello stesso, il termine per la presentazione della querela decorre dalla predetta data, se la persona offesa ha avuto in precedenza notizia del fatto costituente reato» (art. 85, comma 1, d.lgs n. 150/22, come modificato dal dl n. 162/22); conseguentemente, il legislatore prevede che sia onere della persona offesa attivarsi per proporre querela.

Evidente la diminuzione del carico di lavoro per gli uffici giudiziari e l'aumento di un onere di attivazione per le persone offese che intendano coltivare la pretesa punitiva (con il rischio, però, che queste ultime - magari per ignoranza - possano non essere concretamente informate dell'esistenza di un simile onere). Resta, tuttavia, assegnato all'autorità giudiziaria il dovere di informare la persona offesa da un reato "divenuto" perseguibile a querela nel caso in cui vi siano misure cautelari personali in corso di esecuzione; in questo caso, «l'autorità giudiziaria effettua ogni utile ricerca della persona offesa, anche avvalendosi della polizia giudiziaria»; è però previsto che le misure cautelari perdano efficacia «se, entro venti giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, l'autorità giudiziaria che procede non acquisisce la querela».

A prescindere dalla disciplina transitoria, occorre mettere in evidenza alcuni problemi.

In appello, un primo problema si pone con riferimento alla stessa verifica circa la sussistenza di un atto di querela. *Nulla quaestio* se si procede con rito abbreviato, perché in questo caso il giudice ha a disposizione il fascicolo del pm, con conseguente immediata possibilità di verificare la presenza, o meno, della condizione di procedibilità in esame.

Il problema - eminentemente pratico, ma non per questo da trascurare - si pone invece con riferimento al rito ordinario, perché in questo caso il giudice ha a disposizione solo il fascicolo del dibattimento, oltre ai verbali di udienza del giudizio di primo grado, e in quel fascicolo di regola la querela non è inserita, essendo il reato procedibile d'ufficio.

A volte la presenza di una querela emerge dallo stesso tenore dell'istruttoria dibattimentale (*ad*

esempio, la presentazione della stessa viene confermata in sede testimoniale dalla persona offesa, o utilizzata per le contestazioni). Se ciò non accade, potrebbe allora rendersi necessario richiedere al pm di verificare se nel proprio fascicolo la querela sia o meno presente, anche nelle more dell'interpello della persona offesa.

Altra norma immediatamente applicabile è l'art. 131-bis *cp* nella nuova formulazione. Nella *Relazione illustrativa*, si evidenzia che «trattandosi di un istituto sostanziale, [è] pacifica l'applicabilità dell'art. 2 c.p.; con la conseguenza che l'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 131 bis c.p. a nuove figure di reato ha effetto retroattivo, come anche il parametro di valutazione della tenuità dell'offesa alla luce della condotta susseguente al reato. Viceversa, alla luce del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole all'agente (art. 25, co. 2 Cost.), le modifiche alla disciplina dell'art. 131 bis c.p., che escludono dall'ambito di applicazione dell'istituto talune figure di reato, in quanto sfavorevoli all'agente, avranno effetto solo per i fatti commessi dopo l'entrata in vigore della riforma. Si tratta di soluzioni costituzionalmente obbligate».

L'ovvia conseguenza è che la valutazione dell'impatto della riforma in materia di particolare tenuità del fatto rientrerà tra i doveri decisori della corte di appello. È solo il caso di evidenziare che la richiesta di declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto, per i reati che anteriormente alla novella non rientravano nell'alveo applicativo della norma, potrà essere formulata anche in appello, sia pure come motivo nuovo, dunque soggetto al relativo termine.

Concludendo, come anticipato, la riforma presenta luci e ombre; profili di criticità e, al contempo, significative opportunità.

Il suo buon funzionamento dipenderà, in larga parte, dalle risorse che verranno stanziare per renderla attuabile (penso, ad esempio, al necessario potenziamento dell'Uepe) e dall'adozione di soluzioni organizzative adeguate all'interno dei singoli uffici.

Ma ciò dipenderà, a mio avviso, anche dalla disponibilità dei magistrati - in particolare di quelli di secondo grado, per le ragioni già esplicitate - ad ampliare il proprio angolo visuale e l'oggetto dell'attività giurisdizionale, facendovi rientrare anche profili (quali quelli da ultimo richiamati) finora toccati solo di striscio dalla cognizione del giudice d'appello, e tuttavia di fondamentale importanza in un ordinamento ispirato a principi di risocializzazione e recupero.

Le novità in tema di giudizio di legittimità. Cenni sulla revisione europea

di Raffaello Magi

La riforma del sistema delle impugnazioni penali (d.lgs n.150 del 2022), seppur con efficacia differita al 31 dicembre del 2023, tende a responsabilizzare gli attori del processo, specie sul terreno delle modalità di trattazione del giudizio. La funzione di controllo della decisione, anche in sede di legittimità, risulta affidata essenzialmente al contraddittorio cartolare, con le opportune eccezioni. L'Autore esamina le diverse forme procedurali e si sofferma sul nuovo istituto della cd. revisione europea.

1. Ambito della riflessione / 2. Le modalità di trattazione del ricorso per cassazione / 3. Il rapporto tra improcedibilità e confisca / 4. Cenni sulla revisione europea

1. Ambito della riflessione

Il presente contributo mira, in prima battuta, a mettere in evidenza le variazioni apportate dal d.lgs n. 150 del 2022 alla disciplina legislativa della trattazione del giudizio di legittimità, e a spendere qualche prima riflessione sull'inedito istituto della cd. "revisione europea". Nondimeno, in esordio, è utile introdurre qualche sintetica notazione su alcune modifiche che investono temi di portata generale in materia di impugnazioni.

Come è noto, è stato modificato il testo dell'art. 581 cpp (forma dell'impugnazione). Orbene, pur trattandosi di disposizione sistematicamente inserita nel corpo delle disposizioni generali che regolano la disciplina delle impugnazioni, è da ritenere che le modifiche inerenti alle disposizioni generali in tema di modalità di redazione e deposito dell'atto di impugnazione (art. 581, commi 1-bis, 1-ter e 1-quater, cpp) non siano applicabili con certezza al giudizio di legittimità.

Di certo non lo è il comma 1-bis, dedicato in modo espresso alla ipotesi di inammissibilità dell'atto di appello per genericità dei motivi (con traduzione dei principi elaborati in sede di legittimità). Di dubbia applicazione sono le altre due disposizioni (in tema

di elezione di domicilio e mandato *ad hoc* conferito dall'assente), posto che le previsioni di legge fanno riferimento, in chiave di strumentalità, alla notifica del decreto di citazione a giudizio. Ora, non solo nel giudizio di cassazione non vi è alcuna "citazione a giudizio", ma in presenza di nomina fiduciaria (*ex art. 613 cpp*) il domicilio *ex lege* delle parti è presso i rispettivi difensori, destinatari degli avvisi, il che determina una sensibile inutilità della disposizione in parola. Solo in ipotesi di difensore di ufficio l'imputato è destinatario dell'avviso, il che rende funzionale il contenuto delle citate disposizioni a tale limitata ipotesi.

Altra questione di carattere generale – che introduce temi potenzialmente rilevanti tanto per il giudizio di appello quanto per quello di legittimità – è relativa all'attribuzione del potere di decidere sui contenuti dell'impugnazione proposta per i soli interessi civili (art. 573, comma 1-bis, cpp).

Qui, la scelta del legislatore è stata quella di attribuire – previa la sola verifica di ammissibilità – la trattazione del giudizio di impugnazione al giudice o alla sezione civile competente, che decide sulle questioni civili utilizzando le prove acquisite nel processo penale e quelle eventualmente acquisite nel giudizio civile.

La competenza, a parere di chi scrive, va rapportata al grado in cui si trova il procedimento e, pertanto, la corte di appello penale, previa verifica di ammissibilità dell'atto di impugnazione, trasmetterà il fascicolo alla omologa sezione civile, così come la Corte di cassazione. Si tratta di un'opzione che mira, da un lato, ad alleggerire il carico degli uffici penali di secondo grado (e di legittimità); dall'altro, a realizzare un equilibrio di sistema correlato al fatto che il giudizio resta vivo per esclusiva volontà del titolare dell'azione civile, con attribuzione dei poteri valutativi sui contenuti dell'impugnazione al giudice civile (rendendo vieppiù concreto il contenuto della decisione Corte cost., n. 182/2021, intervenuta a delimitare l'ambito dei poteri decisori in riferimento all'ipotesi di cui all'art. 578, comma 1, cpp).

È il caso di segnalare che, in difetto di disposizioni transitorie, sin dalle prime applicazioni della disposizione citata si è registrato – in sede di legittimità – un contrasto, circa l'individuazione del regime intertemporale, tra coloro che ritengono la norma di immediata applicazione, anche in riferimento a sentenze emesse prima della vigenza del d.lgs n. 150/2022, non riguardando l'an del potere di impugnare (che resta garantito) ma il *quomodo*, ossia la trattazione del giudizio (in tal senso, sez. IV, sent. 11 gennaio 2023, n. 2854), e coloro che ritengono la disposizione applicabile alle sole decisioni emesse dopo il 31 dicembre 2022, trattandosi di variazione di assetto del giudizio tale da rientrare nell'ambito applicativo del principio di diritto espresso da sez. unite, lista del 2007 (in tal senso, sez. V, 20 gennaio 2023, n. 3990). Circa tale aspetto, è stata rimessa la soluzione del contrasto interpretativo alle sezioni unite penali.

Ciò che, però, desta maggiori perplessità sul piano sistematico, è – in ogni caso – la scissione tra valutazione sulla «ammissibilità» dell'atto di impugnazione (attribuita al giudice del procedimento penale) e «prosecuzione» del giudizio (attribuita al giudice civile), che realizza un inedito frazionamento dei poteri giurisdizionali tra giudici dell'impugnazione diversi.

È verosimile ritenere che la specificazione sul «controllo di ammissibilità» in capo al giudice penale originariamente investito dalla parte impugnante sia figlia di una volontà di equiparazione tra l'ipotesi in trattazione e quella prevista in caso di improcedibilità per superamento dei termini di durata del giudizio d'impugnazione (vds. art. 578, comma

1-bis, cpp). In tale seconda ipotesi, tuttavia, il richiamo legislativo al previo controllo di ammissibilità dell'impugnazione (proposta avverso una decisione di condanna) ha un indubbio significato «politico» di prevalenza dell'opzione dogmatica che antepone la verifica di ammissibilità del ricorso per cassazione (sulla falsariga dei principi affermati da sez. unite, 2000, ric. *De Luca*, e successive sul tema) alla «presa d'atto» dell'improcedibilità, aspetto che non si rinviene nell'ipotesi in cui l'impugnazione sia *ab initio* proposta per i soli interessi civili.

2. Le modalità di trattazione del ricorso per cassazione

Al netto della premessa sviluppata nel paragrafo che precede, occorre affrontare ora le novità che – più da vicino – interessano lo *svolgimento* del giudizio di legittimità.

Il *novum* normativo prende spunto – in tutta evidenza – dalle semplificazioni introdotte nel periodo di emergenza pandemica, con valorizzazione della trattazione scritta anche nei casi in cui la tipologia di atto impugnato rende possibile la discussione orale, cercando di armonizzare l'assetto complessivo dei diversi «riti» che ormai affollano il giudizio di cassazione.

È dunque opportuno specificare cosa cambia e cosa resta inalterato, sì da realizzare una sorta di «mappa» delle possibili opzioni e modalità di trattazione del ricorso.

Va precisato, anzitutto, che nessuna variazione è intervenuta in riferimento a quanto previsto dall'articolo 610 del codice di rito.

Resta ferma, pertanto, la generale previsione per cui, se in sede di «verifica preliminare» del fascicolo il presidente della Corte di cassazione (o il magistrato a ciò delegato) individua una possibile causa di inammissibilità del ricorso, lo assegna ad apposita sezione (individuata tabellarmente nella sezione VII).

Come è noto, l'assegnazione alla sez. VII avviene sulla base dell'individuazione di una specifica ipotesi di inammissibilità, comunicata almeno trenta giorni prima dell'udienza camerale (fissata dal presidente di sezione) al procuratore generale e ai difensori.

Si avvia, pertanto, un procedimento semplificato di contraddittorio cartolare, nell'ambito del quale possono essere prodotte memorie¹.

1. Non sono ritenute necessarie, per detta udienza camerale, le conclusioni scritte del procuratore generale. Sul punto, il quinto periodo dell'art. 610, comma 1, compie un generico riferimento al comma 1 dell'art. 611, nel cui ambito si prevede tuttora il deposito delle conclusioni scritte del procuratore generale (così come nella disciplina previgente), ma il riferimento è stato sinora inteso – data la snellezza del procedimento in questione – esclusivamente alla modalità di esame del ricorso da parte del collegio. Sul punto, vds. ord. sez. VII, n. 22168/2015, rv 263624, secondo cui la partecipazione del procuratore generale al procedimento in camera di consiglio davanti all'apposita sezione istituita ai sensi dell'art. 610, comma 1, cpp è *facoltativa*, non avendo egli l'obbligo di formulare le conclusioni, in quanto trattasi di procedura caratterizzata da un contraddittorio cartolare in cui sono eventuali le memorie delle parti e la requisitoria del pubblico ministero.

Dall'assegnazione preliminare alla sez. VII non deriva vincolo alcuno quanto alla "sorte" del ricorso, posto che il collegio può dissentire dall'opinione espressa in sede di prima verifica e trasmettere gli atti – con mero provvedimento interno - alla sezione tabellarmente competente².

2.1. Ma quello testé richiamato non è l'unico procedimento semplificato attivabile in sede di verifica preliminare del ricorso, posto che l'art. 610, al comma 5-bis (introdotto dalla l. n. 103/2017) prevede – tuttora – specifiche ipotesi che determinano una trattazione "super-semplificata" di taluni ricorsi³.

In tal caso, la cancelleria non è tenuta a dare avviso alle parti, la trattazione *de plano* avviene in camera di consiglio (è indifferente se presso la sez. VII o quella competente in via ordinaria) e l'ordinanza decisoria è impugnabile con ricorso straordinario ai sensi dell'art. 625-bis cpp.

2.2. Operate tali doverose premesse, e precisato che la riforma – salvo un limitato aspetto⁴ – non incide: a) sulla tipologia dei casi di ricorso; b) sulla cognizione della Corte di cassazione; c) sulla descrizione delle opzioni decisorie, può essere illustrata la parte innovativa, correlata essenzialmente alle modalità di trattazione dei ricorsi⁵.

Al novellato articolo 611 viene rafforzato lo statuto "speciale" dell'udienza di legittimità (per i ricorsi trattati *non* presso la sez. VII e *non de plano*), solo in apparenza modellato su altre previsioni codicistiche⁶.

Il modello "di base" è quello della cd. "udienza camerale non partecipata" (art. 611, comma 1), che prevede:

a) la fissazione dell'udienza con avviso dato alle parti almeno trenta giorni prima della data di trattazione;

b) il contraddittorio meramente cartolare, con deposito della requisitoria del procuratore generale fino a quindici giorni prima dell'udienza e deposito di motivi nuovi e memorie nel medesimo termine; le memorie di replica sono ammissibili se depositate fino a cinque giorni prima;

c) l'assenza delle parti all'udienza di trattazione.

Quali le deroghe a simile modello?

La prima è correlata alle ipotesi di udienza sempre camerale, ma eventualmente partecipata (art. 611, comma 1-bis, lett. a).

Nelle ipotesi in cui la legge prevede la trattazione del ricorso «con l'osservanza delle forme previste dall'art. 127»⁷, la disciplina è differente:

a) quanto ai termini, posto che l'avviso di fissazione è comunicato o notificato almeno venti giorni prima dell'udienza (comma 1-*quinquies*);

b) quanto alle modalità partecipative, posto che è consentita la richiesta del ricorrente di intervenire in udienza, entro cinque giorni – a pena di decadenza – dalla ricezione dell'avviso di fissazione;

c) ove la richiesta sia tempestiva, l'udienza si terrà nella forma della camerale partecipata (con avviso trasmesso dalla cancelleria alle parti) mentre, in caso contrario (mancata richiesta o rigetto della medesima)⁸, il contraddittorio sarà meramente cartolare, con deposito della requisitoria scritta del procuratore generale entro i dieci giorni antecedenti l'udienza e memorie di replica entro i tre giorni;

d) residua il potere officioso della Corte⁹ di disporre la trattazione camerale partecipata per la

2. La quale, a sua volta, si determina senza vincolo alcuno rispetto alla delibazione compiuta dal collegio della sezione VII – vds. sez. VI, sent. 8 ottobre 2015, n. 1073, dep. 2016, rv 266727.

3. Si tratta dei ricorsi affetti da particolari ipotesi di inammissibilità (difetto di legittimazione, non impugnabilità del provvedimento, erronea presentazione, tardività, rinuncia) o proposti avverso definizioni concordate (artt. 444 e 599-bis cpp). Anche in tal caso il collegio non è vincolato alla valutazione preliminare del magistrato addetto.

4. Si tratta della particolare ipotesi di cui all'art. 623, comma 4, lett. b-bis, introdotta al fine di coordinare la disciplina dell'annullamento della sentenza impugnata con lo statuto dell'assenza.

5. Menzione separata merita l'ipotesi di cui all'art. 578-ter cpp, cui si farà cenno *infra* (par. 3).

6. Il richiamo all'articolo 127 cpp (che disciplina in via generale il procedimento in camera di consiglio) non implica l'osservanza piena delle disposizioni in esso contenute (ampiamente derogate dall'art. 611, norma speciale), ma serve a identificare le ipotesi in cui, nei diversi momenti del procedimento, è prevista la ricorribilità (in tal modo) per cassazione del provvedimento emesso, e attribuisce alle parti la *facoltà di chiedere di partecipare* all'udienza camerale (vds., ad esempio, la nuova disciplina in tema di rinvio pregiudiziale per la decisione sulla competenza per territorio ai sensi dell'art. 24-bis, comma 3; la risoluzione del conflitto di giurisdizione o competenza ai sensi dell'art. 32; la decisione in tema di rimessione ai sensi dell'art. 48; il ricorso in tema di misure cautelari personali o reali ai sensi degli artt. 311 e 324).

7. Vds. nota 8.

8. Una questione interpretativa riguarda la titolarità del potere di delibazione della richiesta della difesa del ricorrente o del pg. La lettera della legge – «*la Corte (...)*» – pare alludere a una deliberazione collegiale, ma è ragionevole ritenere che l'*intentio legis* sia quella di attribuire la particolare competenza, quantomeno in fase preliminare, al presidente di sezione, sulla falsariga di quanto previsto in via generale dall'art. 610, comma 3, cpp. Ciò non toglie che diversa determinazione, rispetto alla decisione provvisoria presidenziale, potrà essere assunta in udienza dal collegio.

9. Si ritiene, quanto alla titolarità del potere, di proporre la medesima soluzione di cui alla nota che precede.

rilevanza delle questioni sottoposte al suo esame, ai sensi del comma 1-*quater*.

La seconda ipotesi di udienza camerale riguarda la trattazione dei ricorsi avverso le sentenze di secondo grado emesse in camera di consiglio, non partecipata ai sensi del nuovo art. 598-*bis*, salva l'ipotesi in cui l'appello abbia avuto ad oggetto la specie o la misura della pena (vds. art. 611, comma 1-*bis*, lett. *b*).

In tal caso, tuttavia, resta ferma la notifica dell'avviso nel termine ordinario di trenta giorni, con possibile richiesta di "trattazione in presenza" nel termine di dieci giorni dalla ricezione dell'avviso di fissazione.

All'ipotesi, inoltre, di trattazione in presenza disposta *ex officio*, per la rilevanza delle questioni oggetto del ricorso, va aggiunta la possibilità di disporre la trattazione partecipata (qui è da ritenersi, esclusivamente, con deliberazione collegiale)¹⁰ nel caso in cui la Corte ritenga di dare al fatto (oggetto del giudizio di merito) una definizione giuridica diversa, ai sensi del comma 1-*sexies*.

La terza deroga a quello che abbiamo definito il modello "ordinario" riguarda la eventuale trattazione in udienza pubblica per i ricorsi proposti avverso: a) le sentenze emesse in dibattimento; b) le sentenze emesse all'esito di rito abbreviato.

In questo caso si prescinde, è bene dirlo, dai punti della decisione oggetto di contestazione nel ricorso e la disciplina è correlata alla tipologia di decisione.

La richiesta di trattazione orale – qui in udienza pubblica – può avvenire entro dieci giorni, a pena di decadenza, dalla ricezione di avviso di fissazione¹¹. In mancanza della richiesta o di sua inammissibilità, l'udienza rientra nel modello ordinario (art. 611, comma 1), salva l'ipotesi di fissazione in pubblica udienza dovuta all'esercizio dei poteri ufficiali (rilevanza delle

questioni o possibilità di una diversa qualificazione del fatto).

2.3. Si tratta, come può notarsi a prima lettura, di una ragionata "messa a regime" delle disposizioni emesse durante l'emergenza pandemica, il cui impatto applicativo – quanto all'invocato recupero di efficienza – dipenderà, in larga misura, da scelte discrezionali dei diversi soggetti processuali.

Altamente condivisibile, in chiave di rispetto dei principi generali del giusto processo, appare l'ampia facoltà *ex officio* di fissazione in udienza pubblica di ricorsi tesi a "contestare" la regolarità dell'affermazione di responsabilità penale, con formula normativa (rilevanza delle questioni) opportunamente elastica. Si evoca il "giusto processo" perché la manifestazione esterna e percepibile dell'indipendenza e imparzialità della giurisdizione si inverte anche attraverso la pubblicità delle udienze. In questa prospettiva, appare condivisibile la scelta per cui la trattazione in udienza pubblica possa anche prescindere dalla richiesta di una delle parti, trattandosi di aspetto che – ferma restando la particolare natura del giudizio di legittimità – realizza una delle condizioni di legittimazione democratica dell'intera giurisdizione. Sul punto, va evidenziato che se, da un lato, la garanzia della pubblicità si rapporta, anche secondo le decisioni della Corte di Strasburgo, essenzialmente alla fase del giudizio di primo grado (ove si elabora la prova), dall'altro l'esigenza di trasparenza e adeguata ponderazione degli argomenti introdotti negli atti di impugnazione determina l'opportunità di una trattazione "aperta" in tutte le occasioni in cui la complessità dell'affare trattato e le ricadute della decisione sollecitino l'attenzione dell'opinione pubblica¹².

10. Si tratta, a differenza delle ipotesi di mera presa d'atto della tempestività o meno della domanda di trattazione orale (cfr. le note che precedono), di una valutazione che non può che fondarsi su l'esame del ricorso e della decisione impugnata e che implica l'esercizio di prerogative tipicamente collegiali. Si rende necessario il contraddittorio preventivo sull'ipotesi di diversa qualificazione del fatto, in aderenza alle pronunzie della Corte Edu.

11. La formulazione della norma porta a ritenere non ammissibile una domanda di trattazione orale proposta prima della ricezione dell'avviso di fissazione, indicato come *dies a quo* della domanda medesima. Ovviamente si tratta di una riflessione a prima lettura, trattandosi di un aspetto su cui dovrà formarsi la prassi applicativa.

12. È il caso di evidenziare che, secondo la Corte costituzionale (sent. n. 80/2011), è ragionevole che la pubblicità del giudizio venga modellata dal legislatore in rapporto all'oggetto del giudizio, posto che anche per la Corte Edu le restrizioni nelle fasi delle impugnazioni non si pongono in contrasto con i canoni del giusto processo: «Tale orientamento si esprime segnatamente nell'affermazione per cui, al fine della verifica del rispetto del principio di pubblicità, occorre guardare alla procedura giudiziaria nazionale nel suo complesso: sicché, a condizione che una pubblica udienza sia stata tenuta in prima istanza, l'assenza di analogo udienza in secondo o in terzo grado può bene trovare giustificazione nelle particolari caratteristiche del giudizio di cui si tratta. In specie, i giudizi di impugnazione dedicati esclusivamente alla trattazione di questioni di diritto possono soddisfare i requisiti di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione, nonostante la mancata previsione di una pubblica udienza davanti alle corti di appello o alla Corte di cassazione (*ex plurimis*, sentenza 21 luglio 2009, *Seliwiak contro Polonia*; Grande Camera, sentenza 18 ottobre 2006, *Hermi contro Italia*; sentenza 8 febbraio 2005, *Miller contro Svezia*; sentenza 25 luglio 2000, *Tierce e altri contro San Marino*; sentenza 27 marzo 1998, *K.D.B. contro Paesi Bassi*; sentenza 29 ottobre 1991, *Helmers contro Svezia*; sentenza 26 maggio 1988, *Ekbatani contro Svezia*). La valenza del controllo immediato del *quisque de populo* sullo svolgimento delle attività processuali, reso possibile dal libero accesso all'aula di udienza – uno degli strumenti di garanzia della correttezza dell'amministrazione della giustizia – si apprezza, difatti, secondo un classico, risalente ed acquisito principio, in modo specifico quando il giudice sia chiamato ad assumere prove, specialmente orali-rappresentative, e comunque ad accertare o ricostruire fatti; mentre si attenua grandemente allorché al giudice compete soltanto risolvere questioni interpretative di disposizioni normative».

Al contempo, va ricordato che il giudizio di legittimità attribuisce alla Corte suprema la cognizione del procedimento limitatamente ai motivi proposti (ferme restando le ipotesi di intervento *ex officio* cui all'art. 609, comma 2) e nessuna brillante discussione orale può rimediare a un ricorso privo di argomenti concreti. È dunque sperabile che le richieste di trattazione in presenza da parte dei ricorrenti – ove previste dalla legge – siano figlie di un responsabile esercizio di un potere teso a valorizzare il momento dialettico dell'argomentazione – in diritto – su ciò che è stato introdotto tramite il ricorso.

In chiave sistematica, la tendenza alla marginalizzazione della “presenza delle parti” nel momento di discussione dei ricorsi risulterebbe allora portatrice di un equo temperamento tra le esigenze di efficienza e quelle di ponderazione delle questioni, in un contesto che, come è noto, vede il supremo organo nomofilattico assediato da sopravvenienze annuali di notevolissima entità numerica¹³.

Sarà il futuro a dire quale sia il punto di equilibrio che la prassi applicativa saprà trovare tra esigenze – talora in frizione tra loro – di efficienza (cui si accompagna sempre il rischio di burocratizzazione) e di pubblicità delle forme di esercizio della funzione nomofilattica.

3. Il rapporto tra improcedibilità e confisca

Merita un cenno, in conclusione, la disciplina introdotta all'articolo 578-ter cpp in tema di rapporti tra improcedibilità e confisca¹⁴.

La soluzione adottata in sede di attuazione del criterio di delega¹⁵ prevede, in caso di sopravvenuta improcedibilità per superamento dei termini di cui all'art. 344-bis e in presenza di statuizione di confisca in primo grado:

a) il mantenimento della confisca nei (soli) casi in cui la legge la prevede obbligatoriamente, anche quando non sia stata pronunciata condanna¹⁶;

b) la trasmissione degli atti – in tutti i restanti casi – ad alcuni dei soggetti titolari del potere di proposta in sede di misure di prevenzione patrimoniali, con mantenimento di efficacia del sequestro in sede penale limitato a novanta giorni dall'emissione dell'ordinanza.

Si tratta di un segmento della riforma che realizza un'inedita “trasmigrazione” della misura reale (con pretesa ablativa ritenuta fondata in primo grado e implicante l'accertamento di responsabilità penale) dal procedimento penale al procedimento di prevenzione e che, ferma restando le innegabili affinità tra i due sistemi, non appare di semplice lettura.

La matrice della soluzione adottata è facilmente rinvenibile nella volontà del legislatore delegato di evitare, da un lato, la reimmissione nel circuito economico di beni di probabile derivazione illecita (essendo intervenuta condanna e confisca in primo grado); dall'altro, l'attribuzione al giudice dell'impugnazione (una volta verificatasi l'improcedibilità dell'azione penale) di poteri valutativi penetranti sul merito delle questioni controverse (data l'esistenza di una critica al primo giudizio su punti correlati alla statuizione di confisca, che resta non valutata).

Si è ritenuto, in particolare, di differenziare il funzionamento concreto dell'improcedibilità rispetto alla

13. Le sopravvenienze in ambito penale, dopo la flessione del 2020 dovuta all'emergenza pandemica, sono di nuovo ritornate intorno alla quota dei 50.000 procedimenti annuali. Nel corso dell'anno solare 2022 risultano depositate (comprensive di motivazioni) ben 49.800 decisioni (dato che comprendono sia le sentenze che le ordinanze dichiarative di inammissibilità emesse presso la sez. VII). La media algebrica per ogni consigliere si posiziona intorno ai 450 provvedimenti depositati per anno. Non vi è dubbio alcuno circa la permanente necessità di intervenire non tanto e non solo sul rito, attraverso la flessibilità dei moduli procedurali (come sinora avvenuto), quanto sul ruolo complessivo della Corte suprema e sulla sua collocazione ordinamentale, attraverso un ripensamento delle “condizioni di accesso” al giudizio di legittimità. Si tratta di un tema di estrema delicatezza, su cui sviluppare riflessioni più ampie in chiave di sostenibilità (o meno) di un controllo attivabile su *ogni* decisione che – in rapporto ai numeri di cui sopra – rischia di divenire formale.

14. «Il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare l'azione penale improcedibile ai sensi dell'articolo 344-bis, dispongono la confisca nei casi in cui la legge la prevede obbligatoriamente anche quando non è stata pronunciata condanna.

2. Fuori dai casi di cui al comma 1, se vi sono beni in sequestro di cui è stata disposta confisca, il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare l'azione penale improcedibile ai sensi dell'articolo 344-bis, dispongono con ordinanza la trasmissione degli atti al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto o al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo competenti a proporre le misure patrimoniali di cui al titolo II del Libro I del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

3. Il sequestro disposto nel procedimento penale cessa di avere effetto se, entro novanta giorni dalla ordinanza di cui al comma 2, non è disposto il sequestro ai sensi dell'articolo 20 o 22 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159».

15. Va segnalato che il testo della disposizione non corrisponde a quello della proposta elaborata dal Tavolo di lavoro istituito presso l'Ufficio legislativo del Ministero della giustizia, ove si prevedeva la prosecuzione del giudizio di impugnazione, con termine di durata *ad hoc*, ai soli fini del giudizio sulla misura patrimoniale.

16. È da ritenersi che la disposizione si riferisca alle sole ipotesi di cui all'art. 240, comma 2, n. 2, cp (cose la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato), data la locuzione utilizzata.

sopravvenienza della prescrizione del reato nel giudizio di impugnazione¹⁷ (posto che l'art. 578-*bis*, come è noto, resta immutato e prevede la sopravvivenza del potere decisorio del giudice dell'impugnazione «ai soli effetti della confisca»), non soltanto con esclusione di uno *spatium deliberandi* limitato alla domanda patrimoniale (in capo al giudice dell'impugnazione penale), ma anche con la radicale trasformazione della fisionomia del nuovo giudizio post-improcedibilità: gli atti vanno trasmessi al titolare di una “diversa” azione patrimoniale, che dovrà avviare *ex novo* il giudizio (di prevenzione) di primo grado.

Gli aspetti problematici, qui solo da proporre come temi di discussione, sono essenzialmente i seguenti:

a) se l'improcedibilità, una volta dichiarata, sottrae *in toto* il potere di valutazione al giudice dell'impugnazione circa i contenuti della decisione impugnata, risulta incoerente la previsione che fa salvo il potere di disporre la confisca delle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisce reato;

b) a fronte di un primo giudizio già celebrato in ambito penale, l'attribuzione del potere di valutare i contenuti dell'atto d'impugnazione, stante la improcedibilità penale, ben poteva essere realizzata verso un giudice di secondo grado, trattandosi di statuire su una critica, lì dove la disposizione citata impone la trattazione di un nuovo “primo grado” di giudizio;

c) la disposizione non chiarisce quale sia la formazione legale del potere decisorio del giudice cui può essere attribuita la cognizione del nuovo procedimento. L'assenza di indicazioni espresse porta, in prima battuta, a ritenere applicabili le sole regole tipiche del procedimento di prevenzione di cui al d.lgs n. 159/2011¹⁸. Da ciò la considerazione per cui l'esito della nuova procedura ben potrebbe essere quello di “assenza delle condizioni” per procedere all'ablazione patrimoniale, in ragione del fatto che la base legale è ontologicamente diversa, pur essendovi, nelle due partizioni ordinamentali (penale/prevenzione), istituti che rispondono alla medesima finalità di recupero del profitto illecito derivante da reato¹⁹.

Si tratta di questioni dal rilevante impatto sia teorico che pratico, data l'elevata incidenza delle confische sul terreno della politica criminale sviluppatasi negli ultimi vent'anni, il cui sviluppo dipenderà tanto dalla messa in opera della riforma che da possibili, ulteriori interventi legislativi.

4. Cenni sulla revisione europea

Con l'introduzione dell'articolo 628-*bis* cpp si conclude (almeno sul piano del paradigma normativo) un percorso storico lungo e controverso, aperto dalla Corte di cassazione con la storica decisione sul caso *Dorigo* (del 2006)²⁰ e caratterizzato da una forte

17. Anche rispetto alla nuova disciplina della improcedibilità in caso di statuizioni civili emesse nel grado precedente, posto che in tali casi, come si è notato (art. 578, comma 1-*bis*), la trasmigrazione del giudizio avviene al giudice civile del *medesimo grado* e vi è espressa menzione della previa verifica di ammissibilità del ricorso, aspetto che non viene qui ribadito. È tuttavia preferibile, sul piano sistematico, ritenere che, anche nell'ipotesi di improcedibilità di cui si parla nel testo, la verifica di ammissibilità del ricorso sia prioritaria (in quanto l'atto inammissibile determina una pendenza solo apparente del giudizio d'impugnazione, fino a quando il titolare del potere di rilevare la inammissibilità non provvede a dichiararla) e impedisca la declaratoria di improcedibilità. Si tratta, tuttavia, di questione interpretativa aperta, posto che la declaratoria di inammissibilità, come è noto, si spinge in sede di legittimità anche alla verifica di manifesta infondatezza del ricorso, aspetto che indubbiamente implica una valutazione dei suoi contenuti. Nel senso indicato in precedenza, in motivazione, vds. sez. VII, ord. n. 43883/2021.

18. In tale direzione, con considerazioni critiche, F. Menditto, *La riforma penale (l. n. 134/2021): le disposizioni in materia di sequestro e confisca dello schema di decreto delegato presentato dal Governo*, in *Sistema penale*, 14 settembre 2022.

19. L'ambito ristretto della presente trattazione non consente di sviluppare le questioni poste nel testo. Di certo, l'applicazione della confisca di prevenzione non può dipendere da logiche sanzionatorie (il che porta ad escludere la possibilità di disporre in tal sede le ipotesi di confisca per equivalente, data la natura giuridica sanzionatoria riconosciuta a tale forma di ablazione) ed esige il previo inquadramento tipico della pericolosità soggettiva, secondo le indicazioni legislative e giurisprudenziali (vds. Corte cost., sent. n. 24/2019) maturate negli ultimi anni e relative al recupero di tassatività in tale settore dell'ordinamento.

20. Nella sentenza emessa, il 1° dicembre 2006, dalla I sezione penale della Corte di cassazione (caso *Dorigo*), con ritenuta applicabilità dell'art. 670 del codice di rito, venne con forza evidenziata la «sofferenza sistematica» derivante dal fatto che, a fronte dell'accertata violazione del diritto fondamentale riconosciuto dalla Convenzione, non era stato introdotto nell'ordinamento interno uno strumento giuridico idoneo a determinare la riapertura del giudizio di cognizione, con piena elusione dell'art. 46 della Convenzione europea (come modificato dal Prot. 13 maggio 2004, n. 14, ratificato con l. 15 dicembre 2005, n. 280). Conviene, per la particolare efficacia della prosa utilizzata, rievocare uno stralcio di tale decisione (pres. Fazzioli; rel. Silvestri): «Eppure resta urgente e non più differibile la necessità di un intervento legislativo che renda azionabile il diritto al nuovo processo anche nei casi nei quali l'accertata violazione della Convenzione riguarda non la questione della partecipazione al processo (risolta ormai con la disciplina del novellato art. 175 c.p.p. sulla restituzione nei termini nei processi contumaciali), ma la lesione di garanzie di ordine sostanziale, accertata da una decisione della Corte europea, che abbia avuto influenza decisiva sull'esito del giudizio. Proprio l'assenza di un mezzo processuale per la rinnovazione del processo ha indotto la Corte di Appello di Bologna, chiamata ad esaminare la richiesta di revisione del *Dorigo*, a ritenere non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., lett. a), nella parte in cui esclude dai casi di revisione l'impossibilità che i fatti posti a fondamento della sentenza o del decreto di condanna si concilino con la sentenza definitiva della Corte

presa di posizione del giudice delle leggi intervenuta nell'anno 2011²¹.

Al di là degli aspetti di tecnica interpretativa, si tratta di uno dei passaggi “valoriali” di maggiore importanza dell'intera riforma del 2021/2022, trattandosi di regolamentare le ricadute – sul piano interno – di una violazione dei diritti fondamentali della persona riconosciuti dalla Convenzione europea del 1950, accertata dalla Corte di Strasburgo. In ciò si rafforza la dimensione sovranazionale, attraverso l'osservanza dei trattati, dei principi di legalità e democrazia, e si realizza uno strumento di adeguamento effettivo²² del sistema interno ai contenuti di una decisione che accerta la violazione di uno dei diritti o delle libertà riconosciute dalla Convenzione.

Viene promosso, sia pure con le modalità che verranno descritte in seguito – tese a condizionare l'esito della procedura all'effettiva incidenza della violazione sulla decisione interna – il diritto alla *restitutio in integrum*, al di là della valutazione operata dalla Corte

di Strasburgo medesima circa le conseguenze della propria decisione²³.

4.1. La collocazione dell'istituto in un apposito capo del libro IX e la stessa – ampia – rubrica della disposizione («*Richiesta per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei Protocolli addizionali*») paiono tese a sottolineare l'autonomia del particolare rimedio *de quo*, che si rivolge avverso decisioni necessariamente definitive in forza del principio di sussidiarietà espresso dall'articolo 35 della Convenzione²⁴ e che può essere solo “assimilato” alle impugnazioni straordinarie (viene da dire “tipiche”) della revisione (art. 630 cpp) o della rescissione del giudicato (art. 629 cpp).

In comune con l'istituto della revisione vi è – di certo – la possibilità data al soggetto condannato²⁵ di “travolgere” il giudicato²⁶, ma la fonte di tale

europea che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, per contrasto con gli artt. 3, 10 e 27 Cost. L'incidente di costituzionalità, volto a provocare una sentenza additiva, non è stato ancora deciso, sicché persiste il vuoto normativo segnalato e, a distanza di oltre otto anni dalla pronuncia della decisione della Corte europea, non è stata adottata alcuna misura legislativa che consenta al Dorigo di esercitare il diritto alla rinnovazione del processo, nonostante le ricorrenti raccomandazioni e risoluzioni del Comitato dei Ministri e dell'Assemblea Parlamentare precedentemente ricordate. Nell'ordinanza impugnata l'impossibilità di dichiarare ineseguibile la sentenza di condanna è stata esplicitamente fatta derivare anche dalla mancanza di un mezzo processuale che renda realizzabile la rinnovazione del giudizio. L'argomento non può non ritenersi fallace e privo di pregio se si considera che la prolungata inerzia dell'Italia corrisponde alla trasgressione dell'obbligo previsto dall'art. 46 della Convenzione di conformarsi alla sentenza definitiva della Corte europea e, quindi, costituisce una condotta dello Stato italiano qualificabile come “flagrante diniego di giustizia” (“*detti de justice flagrant*”). Ne segue che la tesi accolta dal giudice dell'esecuzione si risolve, in buona sostanza, nell'ammettere che la persistenza della detenzione del Dorigo possa trarre titolo dal conclamato inadempimento degli obblighi sanciti dalla Convenzione, vincolanti anche nell'ordinamento interno, e che l'esecuzione della pena possa cessare soltanto se e quando verrà meno l'illecito diniego di giustizia. È evidente, tuttavia, che i principi di legalità, di coerenza e di razionalità, dai quali è permeato l'intero ordinamento, rendono assolutamente inaccettabile una siffatta proposizione, che ha finito per capovolgere diametralmente l'esatta prospettiva interpretativa col disconoscere la precettività delle norme della Convenzione e la forza vincolante della decisione della Corte per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

21. Con la sentenza n. 113 del 2011 la Corte costituzionale ha, come è noto, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 cpp, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1 della Cedu, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte Edu.

22. Ai sensi dell'articolo 46, comma 1 della Convenzione, le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti.

23. Richiamando la giurisprudenza della Corte Edu, così la citata decisione n. 113/2011 della Corte costituzionale: «La finalità delle misure individuali che lo Stato convenuto è tenuto a porre in essere è, per altro verso, puntualmente individuata dalla Corte europea nella *restitutio in integrum* in favore dell'interessato. Dette misure devono porre, cioè, «il ricorrente, per quanto possibile, in una situazione equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stata una inosservanza della Convenzione» (*ex plurimis*: Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, punto 151; 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*, punto 55; 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*, punto 86). In quest'ottica, lo Stato convenuto è chiamato anche a rimuovere gli impedimenti che, a livello di legislazione nazionale, si frappongono al conseguimento dell'obiettivo: «ratificando la Convenzione», difatti, «gli Stati contraenti si impegnano a far sì che il loro diritto interno sia compatibile con quest'ultima» e, dunque, anche a «eliminare, nel proprio ordinamento giuridico interno, ogni eventuale ostacolo a un adeguato ripristino della situazione del ricorrente» (Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, punto 152; Grande Camera, 8 aprile 2004, *Assanidzé c. Georgia*, punto 198).

24. La Corte di Strasburgo non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne (sempre che risultino adeguate ed effettive) entro sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva. Del resto, la qualità soggettiva che deve essere prospettata in sede di ricorso individuale alla Corte di Strasburgo è quella di “vittima” di una violazione ricollegabile all'agire della parte contraente.

25. La disposizione si dirige al “condannato” e al soggetto “sottoposto a misura di sicurezza”. Sinora, nelle applicazioni giurisprudenziali posteriori a Corte cost., n. 113/2011, si è ritenuta pacifica l'esperibilità di domande di *restitutio in integrum* anche da parte dei soggetti cui è stata applicata in via definitiva una misura di prevenzione, vittoriosi in un giudizio correlato a Strasburgo (vds. Cass., sez. V, n. 4463/2012, ric. *Labita*).

26. La revoca della sentenza o del decreto penale di condanna è uno dei possibili epiloghi del particolare procedimento introdotto dalla domanda del soggetto che ha visto “accertata” la violazione.

epilogo è ben diversa dalla sopravvenienza di *nova* dimostrativi dell'ingiustizia della condanna, né può rifarsi alla categoria giuridica della inconciliabilità di giudicati.

Del resto, nella stessa pronuncia del giudice delle leggi (Corte cost., n. 113/2011) la scelta sistematica di incidere – con sentenza additiva – sull'istituto codificato della revisione fu dichiaratamente “imposta”, all'epoca, dalla... inesistenza di altra e più idonea *sedes* dell'intervento additivo.

La fonte è esclusivamente rappresentata da una decisione²⁷ emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che accerti la violazione di uno dei diritti riconosciuti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli.

Il catalogo è pertanto molto ampio, posto che in ambito penale possono venire in rilievo non soltanto le “tradizionali” ipotesi disciplinate dagli artt. 6 (diritto all'equità del processo) e 7 (principio di legalità) della Convenzione, ma anche altri diritti o libertà riconosciuti, a mero titolo di esempio, dagli artt. 3 (proibizione della tortura), 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza), 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 9 (libertà di pensiero, coscienza e religione), 10 (libertà di espressione), 11, (libertà di riunione e associazione), 1 Prot. 1 (protezione della proprietà) e 2 Prot. 4 (libertà di circolazione). Il processo penale e l'eventuale sanzione possono lambire o comprimere – a vario titolo – ciascuno di tali aspetti, con modalità che esigono adeguata base legale e proporzionalità.

4.2. La titolarità del potere di promuovere il “rimedio”, in ossequio ai chiari contenuti della legge delega n. 134/2021²⁸, è stata riconosciuta solo in capo al soggetto che ha ottenuto il riconoscimento della violazione in sede di trattazione del proprio ricorso presso la Corte Edu.

Ciò pone il primo, serio problema di tenuta costituzionale del nuovo istituto in riferimento alle situazioni “tendenzialmente conformi”, vissute da soggetti

che non hanno esperito il ricorso individuale di cui all'art. 34 della Convenzione.

La condizione, in altre parole, dei cd. *fratelli minori* (i soggetti che, pur avendo vissuto un trattamento analogo, ritenuto dalla Corte di Strasburgo lesivo di un diritto riconosciuto dalla Convenzione, non hanno esperito il ricorso individuale) resta caratterizzata, in negativo, dall'assenza di uno strumento processuale teso a promuovere (ove realizzabile) l'estensione degli effetti di una pronuncia resa *inter alios*.

È evidente, tuttavia, che la possibilità di rivalutazione del giudicato in simili casi nasce da una obiettiva esigenza di parità di trattamento di situazioni analoghe (art. 3 Cost.) e si ricollega alla “tipologia” di violazione individuata dalla Corte di Strasburgo.

Ove si tratti di un “vizio sistemico” ricollegato al particolare assetto della legislazione interna, è verosimile ipotizzare che la stessa Corte di cassazione (cui è opportunamente affidato il vaglio della richiesta del soggetto vittorioso) promuova (come è accaduto nel noto caso *Scoppola*) le iniziative giuridiche²⁹ idonee a raggiungere l'obiettivo di estensione della tutela.

4.3. Al di là delle formalità in rito, il secondo punto interpretativo di sicura complessità, su cui dovrà intervenire la concretizzazione giurisprudenziale³⁰, è correlato alla conformazione legislativa del potere di valutazione della domanda attribuito alla Corte di cassazione³¹.

A fronte di domanda formalmente ammissibile, la Corte accoglie la richiesta (di eliminazione degli effetti pregiudizievoli) quando la violazione accertata per *natura e gravità* ha avuto un'incidenza effettiva sulla decisione interna.

La direzione della verifica – al di là delle diverse possibili forme di prosecuzione del giudizio – non pare dunque orientata a realizzare l'espressione di un “argomentato dissenso” dai contenuti della decisione definitiva emessa dalla Corte di Strasburgo (i

27. Alla decisione definitiva è equiparata la cancellazione del ricorso dal ruolo ai sensi dell'art. 37 Cedu, dovuta al riconoscimento unilaterale della violazione da parte dello Stato. In simili casi, sarebbe stato irragionevole escludere l'effetto di “necessario adeguamento” solo in riferimento alla diversa modalità di definizione del ricorso individuale (vds. Cass., sez. V, n. 16226/2022).

28. Nella parte di interesse: «*introdurre un mezzo di impugnazione straordinario davanti alla Corte di cassazione al fine di dare esecuzione alla sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, proponibile dal soggetto che abbia presentato il ricorso*».

29. Come l'incidente di legittimità costituzionale della disposizione legislativa interna da cui è derivato il pregiudizio.

30. Già nei primi mesi di vigenza della nuova disposizione, posto che la disposizione transitoria rende esperibile il rimedio anche in riferimento alle decisioni emesse dalla Corte di Strasburgo prima del 31 dicembre 2022 (vds. art. 91 d.lgs n. 150/2022), con proponibilità della domanda entro 90 giorni da tale data.

31. L'attribuzione dei poteri valutativi all'organo nomofilattico deriva dalla necessità di consentire l'apprezzamento – in modo adeguato alla delicatezza dei temi – della tipologia e delle ricadute della violazione riscontrata dalla Corte Edu, sì da evitare la proliferazione di decisioni contrastanti. Del resto, l'avvenuta introduzione e formalizzazione di uno strumento processuale “tipizzato” rende non più proponibile, in prima battuta, il mero incidente di esecuzione di cui all'art. 670 cpp.

quali appaiono, pertanto, vincolanti)³², quanto piuttosto ad apprezzare il nesso causale tra “punto” della vicenda censurato dalla Corte Edu e integrità della decisione emessa.

Ciò appare diretta conseguenza dell’ampiezza del catalogo dei diritti potenzialmente violati, che non riguardano esclusivamente i profili dell’ingiustizia del processo (art. 6 Cedu) o della precarietà della base legale (art. 7 Cedu), ma si estendono ad aspetti che potrebbero aver riguardato una fase incidentale del giudizio, su cui la riparazione pecuniaria potrebbe risultare sufficiente.

Al contempo, anche la violazione di taluni profili

in rito (si pensi al tema dell’udienza pubblica non tenuta) potrebbe essere ritenuta non già “grave” (tutte le violazioni di un diritto fondamentale tendono ad esserlo) quanto non incidente sulla decisione finale, lì dove non venga allegato un pregiudizio concreto all’idoneità della difesa comunque realizzata.

Sta di fatto che, tramite l’attivazione dello strumento tipico di adeguamento – molto atteso –, viene ad essere realizzato un reticolato normativo che non potrà che contribuire a migliorare, attraverso i casi concreti, il livello di quel “dialogo” tra le corti, che rappresenta il fronte avanzato della tutela dei diritti fondamentali della persona.

32. Interessante, sul punto, notare che anche il richiamo contenuto nell’ottavo comma della disposizione in commento, ove si conferma l’esperibilità del rimedio anche lì dove la violazione accertata riguardi il diritto dell’imputato di partecipare al processo, testimonia la prevalenza dell’opinione espressa dalla Corte di Strasburgo, posto che, in forza del principio del previo esaurimento dei rimedi interni, l’imputato condannato in assenza – vittorioso a Strasburgo – dovrà aver previamente esperito, con esito negativo, il rimedio interno della rescissione.

Le pene sostitutive: una nuova categoria sanzionatoria per spezzare le catene del carcere

di Riccardo De Vito

Un primo commento alla disciplina delle pene sostitutive. Questioni interpretative, problemi pratici al banco del giudice e riflessioni politiche.

1. Un cambiamento radicale / 2. La pena detentiva breve e le pene sostitutive: nuove categorie / 3. Dalle misure alternative alle nuove pene sostitutive / 3.1. La semilibertà sostitutiva (art. 55 l. n. 689/1981) / 3.2. La detenzione domiciliare sostitutiva (art. 56) / 3.3. Il lavoro di pubblica utilità sostitutivo (art. 56-bis) / 3.4. La pena pecuniaria sostitutiva (art. 56-quater) / 3.5. Le prescrizioni comuni alle pene-programma / 4. Il momento applicativo ed esecutivo / 4.1. I presupposti soggettivi / 4.2. Il potere discrezionale del giudice e i criteri guida / 4.3. La discrezionalità in movimento: il procedimento di applicazione / 4.4. La fase esecutiva / 4.5. La revoca e la conversione delle pene sostitutive / 4.6. Cumulo, rapporto con altre pene, sospensioni / 5. La disciplina transitoria e i rapporti con altri settori ordinamentali / 6. Lo spettro del carcere: aspetti critici della riforma / 7. I punti di forza

1. Un cambiamento radicale

Il 30 dicembre 2022 è iniziata la scommessa. La nuova categoria delle *pene sostitutive* – semilibertà, detenzione domiciliare, lavoro di pubblica utilità, pena pecuniaria – ha sospinto fuori dall’ordinamento penale le tradizionali (e inutilizzate) *sanzioni sostitutive* della semidetenzione e della libertà controllata, con il definitivo obiettivo di riservare il carcere ai responsabili dei reati più gravi. Abbiamo già osservato, sulle pagine di questa rivista¹, che non si è trattato di

maquillage, ma di una svolta copernicana: il momento di applicazione della pena fuoriesce dal monopolio del giudice di cognizione per diventare perno di una fase processuale partecipata anche dall’imputato e dal difensore. Un mutamento di paradigma nella direzione di un *sentencing* che chiama sia il giudice (più defilata la posizione del pubblico ministero) sia il difensore a uno sforzo di rinnovamento del bagaglio culturale e dell’approccio metodologico².

La posta in palio è spezzare definitivamente l’equazione “pena uguale carcere”, ridurre i numeri

1. R. De Vito, *Fuori dal carcere? La “riforma Cartabia”, le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2021, p. 28 (www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/fuori-dal-carcere-la-riforma-cartabia-le-sanzioni-sostitutive-e-il-ripensamento-del-sistema-sanzionario).

2. Per una tempestiva e approfondita valutazione sull’idoneità della riforma a rivitalizzare le pene sostitutive, cfr. E. Dolcini, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive. Note a margine dello schema di d.lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 agosto 2022*, in *Sistema penale*, 30 agosto 2022. Prima ancora che la delega si condensasse in uno schema di decreto, ne sottolineava occasioni e rischi D. Bianchi, *Il bilancio delle pene sostitutive nella legge-delega “Cartabia”: una grande occasione non priva di rischi*, in *Sistema penale*, 21 febbraio 2022. Rimane fondamentale G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia”*, *ivi*, 15 ottobre 2021.

delle presenze nei penitenziari italiani e, soprattutto, riuscire a modellare un sistema sanzionatorio penale idoneo a reintegrare i condannati. Per conseguirla, occorre dimostrarsi da subito consapevoli di alcuni limiti intrinseci di questa riforma, frutto dei condizionamenti politici che ne hanno accompagnato la genesi. Il carcere, come i castelli incantati delle fiabe nere, rimane una presenza nell'ombra, non evidente ma minacciosa, e il mancato inserimento dell'affidamento in prova nel catalogo delle pene sostitutive inocula una pericolosa contropinta all'appetibilità del meccanismo sostitutivo.

Per entrare nel vivo dell'analisi della disciplina – un intervento a ventaglio sui capi III e V della legge 24 novembre 1981, n. 689, sul codice penale, di rito e su varie leggi speciali, in gran parte contenuto nell'art. 71 del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, entrato in vigore il 30 dicembre 2022 – occorre partire dall'usuale sforzo di classificazione.

2. La pena detentiva breve e le pene sostitutive: nuove categorie

Merita di essere subito messo in risalto il mutamento di vocabolario. Approdano nel codice penale – nuovo art. 20-bis – le «pene sostitutive delle pene detentive brevi». Niente più sanzioni sostitutive.

La modifica non è ispirata da intenzioni di mera cosmesi nominalistica, ma dalla volontà di chiarire, attraverso un uso preciso e performativo del linguaggio, che le pene sostitutive non sono alternative a basso costo a una pena che, anche per pigrizia lessicale, è stata sempre fatta coincidere con il *Moloch* della pena carceraria.

L'espressione «pene detentive brevi», viceversa, pur comparando già nell'originario art. 53 l. n. 689/1981, muta il suo spettro semantico, finendo per ricomprendere, in luogo delle condanne fino a due anni, tutte le pene detentive che il giudice ritiene di dover determinare entro il limite di quattro anni (art. 20-bis cp e novellato art. 53 l. n. 689/1981).

La soglia della pena sostituibile, dunque, finisce per coincidere con il limite edittale della pena sospensibile in sede esecutiva ai sensi dell'art. 656, comma 5, cpp – integrato dalla sentenza 2 marzo 2018, n. 41 della Corte costituzionale – e con quello entro il quale può essere ottenuta la misura di comunità dell'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47, comma 3-bis, o.p.).

Il nuovo perimetro delle pene detentive brevi, oltre ad assumere un'importanza baricentrica per l'interprete, traccia un confine tra una pena a bassa intensità, nella quale è possibile un'espiazione integralmente extra-carceraria, e una pena ad alta intensità, nella quale l'ingresso in carcere – salvo fattori eccezionali esterni (età, figli minori, percorsi terapeutici, salute) – rimane obbligatorio. Sembra importante sottolineare che una tale distinzione può essere assecondata sotto il profilo concettuale e culturale soltanto a condizione di non derivarne, in futuro, una minor attenzione al bisogno di riforma che i circuiti dell'espiazione penitenziaria continuano a urlare.

Delimitato il campo di applicazione, si possono ora esaminare tipologia e caratteristiche delle pene sostitutive, mettendone in chiaro il *range* applicativo (sempre artt. 20-bis cp e 53 l. n. 689/1981): la pena detentiva determinata entro l'intervallo di un anno potrà essere sostituita con la pena pecuniaria, il lavoro di pubblica utilità, la semilibertà e la detenzione domiciliare; entro l'intervallo compreso tra un anno e un giorno e tre anni, con il lavoro di pubblica utilità, la semilibertà e la detenzione domiciliare (scompare la possibilità della pena pecuniaria); entro l'intervallo di tre anni e un giorno e quattro anni, con le sole semilibertà e detenzione domiciliare (viene meno anche l'opzione dei lavori di pubblica utilità). Ai fini della determinazione dei limiti di pena entro i quali è possibile pervenire alla sostituzione, si tiene conto della pena aumentata ai sensi dell'art. 81 cp (art 53, comma 3, l. n. 689/1981). Ciò significa, come sottolineato dalla relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo, che «il giudice potrà sostituire la pena detentiva solo se, dopo aver determinato l'aumento di pena per il concorso formale o la continuazione dei reati, la pena detentiva risulti irrogata in misura non superiore a quattro anni»³. La previsione sembra di sfavore rispetto al precedente regime – in cui era possibile tener conto soltanto della pena da infliggere per il reato più grave, con conseguente possibilità di applicare pene sostitutive anche nel caso di successivo aumento massimo (il triplo) per il concorso formale o la continuazione –, ma rappresenta l'inevitabile portato dell'estensione sino a quattro anni della pena detentiva breve: un conto era sostituire sei anni (due anni per il reato più grave aumentato del triplo), un conto sarebbe ora sostituire una pena potenzialmente di dodici anni. Pena detentiva breve, dunque, si conferma quella entro il limite massimo dei quattro anni, comprensivi degli aumenti ex art. 81 cp.

3. *Relazione illustrativa* dello «Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari», pp. 190 ss. (www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1660058175_testo-relazione-illustrativa-riforma-processo-penale-cartabia.pdf).

È bene precisare che tra le pene sostitutive non sussiste un ordine gerarchico tipizzato dal legislatore e che l'applicazione dell'una o dell'altra, come si vedrà, rientra nella discrezionalità del giudice.

Presupposto perché operi il meccanismo sostitutivo, inoltre, è che il giudice decida di non sospendere la pena quando la stessa sia irrogata entro la misura prevista dall'art. 163, commi 1-3, cp.

Tra sospensione condizionale della pena e applicazione di pene sostitutive si stabilisce ora un regime di incompatibilità: se la pena è sospesa non può essere sostituita; se la pena è sostituita non può essere sospesa (art. 61-bis l. n. 689/1981). Chiaro che tale incompatibilità è favorita dal disallineamento tra limiti di pena necessari per ottenere la sospensione (due anni) e quelli (quattro anni) in relazione ai quali è possibile ottenere la sostituzione. Tuttavia, la previsione che fa esplicito divieto di sospendere la pena sostitutiva, quando la medesima è applicata entro il limite editale in cui concorre con l'istituto di cui all'art. 163 cp, si rivela determinante per un'effettiva rivitalizzazione del meccanismo sostitutivo, sino ad oggi paralizzato anche dalla sospensione condizionale.

Rimane comunque, per il condannato a pena sostitutiva, la possibilità di ottenere la non menzione della condanna negli stessi limiti temporali previsti dall'art. 175 cp. Opzione tanto saggia da un punto di vista rieducativo quanto imposta dalla ragionevolezza: impensabile che lo stigma della menzione, con i suoi connotati desocializzanti, non operi nei confronti del condannato a pena detentiva e colpisca invece un condannato ritenuto meritevole di sostituzione.

Il definitivo ingresso nel codice penale della pena detentiva breve e la sua coincidenza con la pena sospendibile ai sensi dell'art. 656, comma 5, cpp induce a una riflessione critica sulla sottrazione di un punto del delicato settore delle misure cautelari all'azione riformatrice della legge delega. L'intenzione non è di piangere sul latte versato, ma di provare a richiamare l'attenzione del legislatore futuro su almeno un profilo rilevante. L'art. 275, comma 2-bis, cpp sancisce il divieto – salve le dovute eccezioni (categorie di reati particolarmente allarmanti, trasgressioni alle prescrizioni) – di applicazione della custodia cautelare in carcere nei casi in cui il giudice ritenga che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni. Le norme, introdotta nel 2014, palesava la *ratio* di evitare il più possibile la misura custodiale quando era prevedibile che, all'esito della condanna, l'ordine di esecuzione sarebbe stato sospeso ai sensi dell'art. 656, comma 5, cpp. Benché il legislatore abbia successivamente innalzato a quattro anni la soglia editale per ottenere la misura dell'affidamento, la sospensione dell'ordine di esecuzione è rimasta possibile entro il limite di tre anni ed è sta-

to necessario l'intervento interpolatore della Corte costituzionale (la già citata sentenza n. 41/2018) per elevare a quattro anni la soglia editale di sospensione dell'ordine di esecuzione. Nel sistema, tuttavia, è rimasta una sfasatura evidente: il divieto di applicazione della custodia è rimasto legato alla prevedibilità di irrogazione di una pena inferiore a tre anni. La legge delega – che, come visto, ha definitivamente riparametrato il concetto di pena detentiva breve, tarandolo sulla pena sospendibile in sede esecutiva – avrebbe potuto offrire l'occasione per un riallineamento anche della disciplina dell'art. 275, comma 2-bis, cpp, creando un miglior coordinamento tra procedimento cautelare, meccanismo della sostituzione, fase esecutiva. È constatazione empirica, peraltro, che dalle misure cautelari arrivino i pericoli maggiori per i numeri del carcere.

3. Dalle misure alternative alle nuove pene sostitutive

La semplice lettura dell'elenco delle pene sostitutive, riportato all'inizio di questo approfondimento, lascia immediatamente intuire come la riforma anticipi all'esito del giudizio di cognizione le alternative al carcere. Le discipline della semilibertà e della detenzione domiciliare, non a caso, sono in gran parte mutuata dalle disposizioni riguardanti le omologhe misure alternative (artt. 47-ter e 48 o.p.).

Come sopra precisato, tuttavia, l'art. 20-bis cp ri-nomina specificamente tali misure (così come il lavoro di pubblica utilità e la pena pecuniaria), facendo seguire al nome di ognuna di essa l'aggettivo «sostitutiva/o».

Anche in questa ipotesi non è un'operazione meramente terminologica, perché a nomi diversi si accompagnano sostanze differenti per aspetti non trascurabili. La detenzione domiciliare sostitutiva, ad esempio, assume caratteristiche assai differenti dalla detenzione domiciliare prevista dall'ordinamento penitenziario e si dimostra di gran lunga più appetibile. Discorso analogo vale per la semilibertà e per il lavoro di pubblica utilità, il quale ultimo, pur essendo ricalcato sulle norme di cui al d.lgs 28 agosto 2000, n. 274, assume una più marcata fisionomia di pena-programma.

Un ragionamento a parte merita la pena pecuniaria: l'unica superstite delle "antiche" sanzioni sostitutive, infatti, viene vestita dalla riforma con abiti europei e all'altezza della prospettiva risocializzante, in direzione della quale anche la sanzione patrimoniale deve essere incanalata.

Una descrizione delle pene sostitutive è ora indispensabile, sia pure limitata agli aspetti più significativi. L'analisi dettagliata procederà dalla più alla

meno afflittiva, seguendo l'ordine logico di trattazione sotteso al testo normativo.

3.1. La semilibertà sostitutiva (art. 55 l. n. 689/1981)

Si tratta, come noto, dell'unica pena sostitutiva che comporta la permanenza in carcere per una parte della giornata. Due dati normativi, che verranno in seguito scrutinati – il riferimento al minor sacrificio della libertà personale tra i criteri che guidano la discrezionalità del giudice e l'obbligo motivazionale rafforzato che assiste la decisione in favore della più afflittiva delle pene sostitutive –, inducono a ritenere che la semilibertà si configuri come opzione da perseguire soltanto quando le misure meno afflittive non siano in grado di contemperare in modo adeguato il progetto di risocializzazione del condannato con le esigenze di sicurezza e prevenzione. Sarà importante verificare che la prassi giudiziaria, troppo spesso assorbita dai *cliché* del dibattito sulla paura della criminalità⁴, mantenga la semilibertà del campo delle opzioni residuali, al fine di non vanificare la *mission* di decarcerizzazione delle pene brevi che accompagna la riforma e di non affollare i già insufficienti reparti dedicati ai semiliberi, situati oltre il muro di cinta del carcere (a tutto svantaggio, peraltro, di chi raggiunge la semilibertà quale tappa del percorso di riduzione dell'ergastolo).

Mentre l'art. 48 dell'ordinamento penitenziario, nel prescrivere il contenuto della misura alternativa, fa generico riferimento a una parte della giornata da trascorrere in carcere, l'art. 55 precisa che l'obbligo di permanenza in carcere deve essere di almeno otto ore al giorno. In altri termini, il giudice può ridurre a otto ore la componente detentiva della "giornata tipo" del semiliberi, stabilendo che la residua parte, fino a sedici ore, sia occupata dallo svolgimento di attività di lavoro, di studio, di formazione professionale o comunque utili alla rieducazione e al reinserimento sociale secondo un programma di trattamento predisposto dall'Ufficio di esecuzione penale esterna (Uepe).

La formulazione del programma di trattamento da parte dell'Uepe costituisce, assieme alle altre di cui si dirà, innovazione non trascurabile, segnando anche un ulteriore profilo di discriminazione dalla misura alternativa applicabile dal tribunale di sorveglianza. L'art. 101 del DPR 30 giugno 2000, n. 230 (meglio noto come regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario), applicabile alla pena sostitu-

tiva in quanto compatibile, prescrive che l'ordinanza di ammissione alla semilibertà venga inviata in copia alla direzione dell'istituto penitenziario e che sia poi il direttore, entro cinque giorni, a formulare il programma di trattamento, anche in via provvisoria, destinato a essere approvato dal magistrato di sorveglianza. La disciplina della pena sostitutiva, al contrario, in un'ottica più marcatamente risocializzante, sottrae alle direzioni la formulazione del programma per affidarla all'Uepe e, di fatto, inverte la scansione temporale: prima il programma dell'Uepe e poi l'ordinanza di ammissione da parte del giudice, se necessario corredata da ulteriori e opportune prescrizioni. Siamo di fronte, dunque, a un vero e proprio esperimento e le prassi maturate nei tribunali di sorveglianza sorreggeranno soltanto fino a un certo punto l'avvio della riforma. Una conferma la si trova nella circostanza, sottolineata dalla relazione illustrativa, che nel 2021 le persone ammesse alla misura alternativa della semilibertà direttamente dalla libertà sono state soltanto 94. Un numero irrisorio se paragonato a quello degli affidamenti in prova (17.961) e delle detenzioni domiciliari (8088) nello stesso anno. Non vi è dubbio, pertanto, che in questo campo la prassi sia chiamata a costruirsi quasi *ex novo*.

A connotare in termini risocializzanti la pena sostitutiva in questione è il principio di territorialità che deve sostenerla. È specificamente previsto, infatti, che i condannati alla semilibertà sostitutiva siano assegnati in appositi istituti (o sezioni autonome di istituti ordinari) situati nel comune di residenza, di domicilio, di lavoro o di studio del condannato o, comunque, in un comune vicino. La prossimità spaziale dell'istituto penitenziario ai luoghi ove si svolge la vita all'esterno del condannato – al *centre of main interests*, verrebbe da dire mutuando il concetto dalla disciplina della crisi e dell'insolvenza – attutisce di gran lunga l'aspetto di isolamento e separazione che connota la componente detentiva di tale pena.

Chi conosce le vicende esecutive della semilibertà, inoltre, sa quanto sia importante che il condannato riesca quotidianamente a spostarsi sul territorio con una certa facilità. È particolarmente felice, pertanto, la scelta di escludere l'applicazione dell'art. 120 del codice della strada a questa categoria di semiliberi (così come alle altre pene sostitutive), i quali non si vedono privati della possibilità di conseguire e mantenere la patente di guida. Non è un privilegio: avere la patente (e una vettura a disposizione) significa avere la possibilità di coprire più spazio in meno tempo e di non precludersi opportunità lavorative soltanto

4. Per un recente e approfondito esame dei riflessi della paura sul diritto penale, cfr. R. Cornelli, *La paura nel campo penale*, in *Questione giustizia online*, 7 settembre 2016 (www.questionegiustizia.it/articolo/la-paura-nel-campo-penale_07-09-2016.php).

perché collocate oltre una certa distanza o perché necessitanti la patente di guida come preconditione. Un passo avanti nella prospettiva dell'integrazione da esportare anche in altri terreni dell'esecuzione, coraggioso in quanto non incline a compiacere i peggiori sentimenti pubblici di pervicace stigmatizzazione dei condannati.

Ai fini del ragguaglio, ovviamente, un giorno di semilibertà equivarrà a un giorno di pena detentiva.

3.2. La detenzione domiciliare sostitutiva (art. 56)

Anche in questo caso l'aggettivo «sostitutiva» non è irrilevante. Esistono differenze consistenti tra le ipotesi previste dall'ordinamento penitenziario a titolo di misura alternativa e questa detenzione domiciliare. Valutata attentamente, la pena sostitutiva presenta un elevato grado di attitudine risocializzante, merito di un impegno legislativo diretto a specificare meglio il contenuto della misura (lasciando meno spazio ad alcuni inutili rigorismi creati al banco del giudice) e, almeno a livello astratto, a sancirne la fruibilità anche da parte di condannati privi di risorse. Insomma, poveri e marginali – la maggior parte di coloro che compiono reati puniti con pena detentiva breve e, soprattutto, la maggior parte di coloro che vengono condannati – potrebbero aspirare alla misura, se si saprà dare seguito alla promessa normativa in base alla quale «se il condannato non ha la disponibilità di un domicilio idoneo, l'ufficio di esecuzione penale esterna predispone il programma di trattamento, individuando soluzioni abitative anche comunitarie adeguate alla detenzione domiciliare». Si tratta, come rimarcato dalla relazione illustrativa, di una soluzione tratta dalle norme in materia di esecuzione penale minorile (art. 2, comma 11, d.lgs n. 121/2018), fortemente ispirata dal principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 cpv della Carta e che, debitamente implementata nella prassi – in questo senso sarebbe auspicabile sviluppare le esperienze ormai più che embrionali attivate dalla Direzione generale esecuzione penale esterna e da Cassa ammende nel periodo pandemico –, potrà sottrarre all'inutile esecuzione carceraria di pene brevi una significativa parte dalla cd. «detenzione sociale».

Chissà, inoltre, che la sperimentazione non semini idee per una nuova visione (filosofica, politica, architettonica) del modello penitenziario: dalla casa circondariale e di reclusione alla comunità abitativa.

Il contenuto detentivo della pena in oggetto, come anticipato, è in parte delimitato dal legislatore. La pena comporta l'obbligo di rimanere nella propria abitazione (o nei luoghi assimilabili descritti dalla norma e ripresi dalle disposizioni di ordinamento

penitenziario) per non meno di dodici ore al giorno, determinato dal giudice tenuto conto di comprovate esigenze familiari, di studio, di formazione professionale, di lavoro e di salute del condannato e sulla base del programma di trattamento formulato dall'Uepe. A garanzia del condannato è previsto anche il limite minimo di permanenza fuori dal domicilio: si prevede che il detenuto possa lasciare il domicilio per almeno quattro ore al giorno, anche non continuative, per provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita e di salute. Possiamo dire, dunque, di trovarci di fronte a un equilibrato messaggio tra tipizzazione legislativa, in chiave garantista (il limite minimo di permanenza all'esterno), e flessibilità del contenuto da plasmare in aula in funzione delle mutevoli esigenze del condannato. Così costruita la misura è senz'altro attraente per chi voglia evitare l'alea del giudizio di sorveglianza: la pena sostitutiva che si può ottenere con ragionevole probabilità (certezza in caso di patteggiamento) immediatamente dopo la condanna è assai più simile a quell'affidamento in prova di quanto non riveli il *nomen iuris* della pena.

Rimandando alla lettura della norma per la disciplina di dettaglio (con aspetti importanti riguardanti la tutela della persona offesa, la possibilità anche in questo caso di mantenere la patente di guida, il divieto di applicazione della pena in domicili occupati abusivamente), preme mettere l'accento sulla previsione che, analogamente a quanto stabilito in materia di arresti domiciliari cautelari e misura alternativa, consente al giudice, quando lo ritenga necessario per prevenire il pericolo di recidiva o tutelare la persona offesa, di adottare procedure di controllo a distanza, come il cd. braccialetto elettronico. Si registra, peraltro, un'importante inversione di tendenza rispetto alle ultime e insoddisfacenti scelte del legislatore in questo delicato ambito. Come noto, il decreto ristori subordinava l'applicazione della detenzione domiciliare prevista per il periodo pandemico (art. 30 decreto n. 137/2020) alla effettiva disponibilità del braccialetto. Le cose cambiano per la pena sostitutiva, dal momento che si è saggiamente sancito che l'eventuale indisponibilità del mezzo di controllo elettronico non può ritardare l'inizio dell'esecuzione della pena.

Il parametro di ragguaglio è pacificamente quello che equipara un giorno di detenzione a un giorno di pena detentiva.

3.3. Il lavoro di pubblica utilità sostitutivo (art. 56-bis)

Per la prima volta nel nostro ordinamento, il lavoro di pubblica utilità (LPU) viene previsto quale pena sostitutiva generale in caso di condanna a pene detentive non superiori a tre anni. Come noto, il LPU ha

già dato buona prova di sé sul terreno delle contravvenzioni legate alla guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, nonché nell'ambito della messa alla prova (di cui è elemento contenutistico obbligatorio).

A differenza della semilibertà e della detenzione domiciliare, il LPU non presenta alcun aspetto detentivo e la disciplina dettata dal decreto legislativo, come detto, è derivata dall'omologa pena principale irrogata dal giudice di pace (art. 54 d.lgs n. 274/2000), a partire dalla definizione: il LPU altro non è che attività non retribuita in favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le Regioni, i Comuni o presso enti e organizzazioni di assistenza sociale e volontariato. Chiaro, pertanto, che la sua applicazione necessita di consenso o mancata opposizione del condannato per evitare il conflitto con il divieto convenzionale di lavori forzati (art. 4 Cedu).

Sono molteplici i tratti differenziali che diversificano la pena sostitutiva da quella principale applicata dal giudice di pace, e sono in gran parte ascrivibili alla maggior durata della pena sostitutiva, chiamata a surrogare pene detentive fino a tre anni (il meccanismo sanzionatorio previsto dall'art. 54 d.lgs n. 274/2000 ha durata massima di sei mesi). È stato così previsto che il lavoro sostitutivo comporti la prestazione di non meno di sei ore e di non più di quindici ore settimanali, da svolgere con modalità e tempi che non compromettano, oltre che le esigenze di studio, famiglia e salute, anche i tempi del lavoro libero e retribuito del condannato. Disposizione rivelatrice, quest'ultima: se il lavoro di pubblica utilità rimane qualcosa che si aggiunge alle ordinarie attività di risocializzazione, potendo addirittura pregiudicarle, è evidente che esso si muova in una logica che replica, umanizzandola, quella del castigo.

A richiesta specifica del condannato, quest'ultimo può essere ammesso a prestare lavoro per più di quindici ore, ma la durata giornaliera della prestazione non può eccedere le otto ore giornaliere. Viene comunque confermato, ai fini di ragguaglio alla pena detentiva sostituita, che un giorno di lavoro di pubblica utilità consiste nella prestazione di due ore lavorative (come da esempio contenuto nella relazione illustrativa, pertanto, 30 giorni di reclusione o arresto corrisponderanno a 60 ore lavorative).

Un profilo interessante della disciplina è da correlarsi al fatto che, in caso di decreto penale di condanna e patteggiamento, il positivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, se accompagnato dal risarcimento del danno o dall'eliminazione delle conseguenze dannose del reato, ove possibili, «comporta la revoca della confisca eventualmente disposta, salvi i casi di confisca obbligatoria, anche per equivalente, del prezzo, del profitto o del prodotto del reato ovve-

ro delle cose la cui fabbricazione, uso e porto, detenzione o alienazione costituiscano reato». La norma è chiaramente ispirata alla disciplina del LPU in materia di contravvenzioni stradali, nella quale la revoca della confisca ha contribuito al successo applicativo della pena sostitutiva. Nel caso della pena sostitutiva generale, tuttavia, la revoca della confisca è associata esclusivamente alla scelta dei riti alternativi – decreto penale o patteggiamento – il cui utilizzo, nel suo complesso, la riforma mira a incentivare per ridurre i tempi del processo penale. All'atto pratico, tuttavia, è lecito dubitare di un numero elevato di confische facoltative irrogate a richiesta delle parti.

Nell'ipotesi di LPU, l'obiettivo di deflazione processuale è perseguito anche attraverso l'inappellabilità della sentenza che commina tale pena, aspetto che, come si vedrà, pare imporre al consenso dell'imputato requisiti di forma.

Per la disciplina minuta, comprensiva della possibilità di mantenere la patente di guida (decisiva anche per lo svolgimento di alcuni lavori), si rinvia al nuovo art. 56-bis.

3.4. La pena pecuniaria sostitutiva (art. 56-quater)

Unica sopravvissuta delle originarie sanzioni sostitutive previste dalla legge n. 689/1981, la pena pecuniaria sostitutiva cambia pelle. Due gli elementi di novità in grado di rivitalizzarla, renderla effettiva e, allo stesso tempo, risocializzante: il raddoppio del limite massimo di pena sostituibile – da sei mesi a un anno – e, più di ogni altra cosa, la modifica del valore giornaliero applicabile al condannato. Sotto quest'ultimo profilo, la norma conferma che «per determinare l'ammontare della pena pecuniaria sostitutiva il giudice individua il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l'imputato e lo moltiplica per i giorni di pena detentiva»: sin qui una previsione in linea con il sistema a quote giornaliero tipico dei principali Paesi europei e già introdotto nel nostro ordinamento in riferimento alle sanzioni sostitutive con la l. n. 134/2003. La percezione dell'effettivo cambiamento, tuttavia, si ottiene continuando nella lettura della norma, nella quale viene fornita una definizione del concetto di «valore giornaliero» più calibrata sulle esigenze di vita del condannato e precisato un limite minimo e massimo del valore stesso. Si stabilisce, infatti, che il valore continui a corrispondere come in passato alla quota di reddito giornaliero che può essere impiegata per il pagamento della pena pecuniaria, ma debba essere ora determinato tenendo conto delle complessive condizioni non solo economiche, ma anche patrimoniali e di vita dell'imputato e del suo nucleo familiare. Inoltre, si fissa un valore minimo pari

a euro 5 – il massimo rimane 2.500 euro per giorno di pena detentiva – in maniera del tutto indipendente dall'art. 135 cp.

Per cogliere la portata innovativa di quest'ultima prescrizione – che recepisce le indicazioni della Corte costituzionale (sentt. nn. 15/2020 e 28/2022) sulla inevitabile compressione del ricorso al meccanismo sostitutivo da parte dei non abbienti con un valore minimo pari a euro 250 – è sufficiente rifarsi all'esempio tratto dalla stampa di marzo 2015 e contenuto nella relazione illustrativa dello schema di decreto: un pensionato, responsabile di furto dai banchi di un supermercato di una salsiccia di valore inferiore a due euro, era stato condannato a 45 giorni di reclusione, poi sostituiti con la multa di euro 11.250. La nuova disposizione risponde a esigenze realmente avvertite: rendere la sostituzione della pena pecuniaria un meccanismo percorribile da chi, condannato per reati di modesto allarme sociale – un solo anno di pena detentiva è il limite in cui opera la sostituzione –, prima d'ora non poteva neppure sognarsi di pagare una pena ragguagliata agli esosi parametri di cui all'art. 135 cp, oppure era costretto a mettere già in conto di non pagarla. La pena pecuniaria sostitutiva prima della riforma, a guardarla da vicino, non aveva attitudine rieducativa – costringendo al carcere chi non poteva permettersela – né efficacia deterrente, scalfendo di poco la capacità patrimoniale del ricco. Se il pensionato tornasse a commettere quel reato ora, sottolinea ancora la relazione, supponendolo indigente, potrebbe vedersi sostituiti i 45 giorni di pena detentiva con una proporzionata multa di euro 225.

Occorre mettere in risalto un ulteriore aspetto, più strettamente collegato all'intento di deflazione penale: la pena detentiva fino a un anno può ora essere sostituita anche in sede di decreto penale di condanna e, in questo caso, il limite massimo del valore giornaliero è pari a euro 250. Senza dubbio, un incentivo teso a scongiurare impugnazioni del decreto.

Quale ulteriore meccanismo di individualizzazione del trattamento sanzionatorio pecuniario, viene conservata la facoltà di concedere il pagamento rateale ai sensi dell'art. 133-ter cp. Anche qui corre l'obbligo di segnalare novità importanti, posto che anche l'art. 133-ter subisce modifiche: aumenta il numero di rate – dai sei a sessanta in luogo dell'attuale forchetta da tre a trenta, da valutarsi anche alla luce delle condizioni patrimoniali e non solo di quelle economiche – e non sono dovuti interessi sugli importi rateizzati.

Preme immediatamente rilevare, anticipando qui alcuni cenni relativi all'esecuzione della sola pena pecuniaria sostitutiva, che le modifiche normative che hanno interessato quest'ultima si accompagnano a un'incisiva e rigorosa riforma del generale sistema di esecuzione e conversione delle pene pecuniarie (art. 660 cpp). La faticosa domanda relativa a cosa possa accadere in caso di mancato pagamento di multa e ammenda, anche sostitutive, trova ora una risposta meno farraginoso e fiacca di quella che si poteva offrire sino al 30 dicembre 2022⁵.

Il nuovo testo dell'art. 660 cpp (da leggere unitamente alla riformata formulazione dell'art. 136 cp e degli artt. 71, 102 e 103 l. n. 689/1981) scandisce sequenze chiare: quando deve essere eseguita una pena pecuniaria, anche sostitutiva, il pubblico ministero emette ordine di esecuzione – contenente una serie di informazioni che spaziano dall'imputazione e ammontare della pena al dispositivo della decisione, dalla facoltà di chiedere la restituzione nel termine per impugnare in caso di processo in assenza alla facoltà di accedere a programmi di giustizia riparativa e alla possibilità di chiedere il pagamento rateale non disposto in sede sentenza o decreto irrevocabile – con il quale ingiunge al condannato il pagamento nel termine di 90 giorni (30 giorni per il pagamento della prima rata in caso di rateizzazione); accanto all'intimazione di pagamento deve comparire l'avviso che, in caso di mancato pagamento, la pena pecuniaria principale sarà convertita in semilibertà sostitutiva ovvero, in caso di insolvibilità, in quella del lavoro di pubblica utilità sostitutivo o della detenzione domiciliare sostitutiva, mentre la pena pecuniaria sostitutiva sarà convertita in quella della semilibertà sostitutiva o della detenzione domiciliare sostitutiva, salvo i casi di insolvibilità, per i quali è prevista la conversione in lavoro di pubblica utilità o detenzione domiciliare sostitutiva; in caso di pagamento, il pubblico ministero accerta e dichiara l'esecuzione della pena pecuniaria, mentre in caso di mancato pagamento nei termini trasmette gli atti al magistrato di sorveglianza per la conversione da disporre attraverso la snella procedura di cui all'art. 667, comma 4, cpp. Contro l'ordinanza di conversione è ammesso ricorso che sospende l'esecuzione e, a conversione effettuata, oltre ad essere sempre ammesso il pagamento con revoca immediata della pena sostitutiva, è anche prevista la possibilità di chiedere nuovo pagamento rateale, con sospensione dell'esecuzione della pena conseguente alla conversione dopo la verifica del pagamento della prima rata.

5. È sufficiente pensare, come specificato nella *Relazione finale* della Commissione Lattanzi, che la percentuale delle pene eseguite tramite riscossione nel periodo compreso tra il 2015 e il 2018 è pari a circa l'1-2% delle pene pecuniarie complessivamente irrogate, al netto della sospensione condizionale.

Un procedimento lineare, dunque, caratterizzato – come è stato osservato – da una spiccata propensione verso la «politica dei ponti d'oro»⁶ all'adempimento spontaneo (in quest'ottica va letta, oltre alla disciplina sostanziale, la consistente estensione delle opportunità di pagamento rateale), unita a un rigore in sede di conversione che, comunque, tende a evitare lo spettro del carcere. Non è sancita, infatti, la conversione immediata nella pena detentiva corrispondente o sostituita (possibilità non esclusa dalla legge delega e invece obliterata dal decreto legislativo), sanzione che è prevista soltanto in caso di mancata esecuzione della pena conseguente alla conversione ovvero di violazione grave delle prescrizioni (con ulteriore prodromica possibilità, tuttavia, di ulteriore conversione nella pena sostitutiva più grave).

È significativo notare, per sottolineare l'insistita ricerca dell'effettività del pagamento, che la conversione come sopra descritta è prevista non soltanto in caso di mancato pagamento incolpevole (insolubilità), ma anche nell'ipotesi di mancato pagamento colpevole (insolvenza), vale a dire nei confronti di chi non si trovi nelle condizioni economiche tali da rendere impossibile il pagamento. La differenziazione, a livello di tipologia di pena in cui operare la conversione, è segnata dall'esclusione dell'applicazione della semilibertà sostitutiva in caso di mancato pagamento incolpevole. Non si può far a meno di osservare, tuttavia, che un particolare rigorismo è rinvenibile nel nuovo art. 103-bis l. n. 689/1981, il quale preclude l'applicabilità di tutte le misure alternative alla detenzione al condannato alla semilibertà sostitutiva o alla detenzione domiciliare sostitutiva derivanti dalla conversione della pena pecuniaria impagata. Se una tale soluzione può al limite essere giustificata nei confronti di chi non ha *voluto* pagare, un qualche dubbio di costituzionalità lo pone in relazione a chi si vede convertita in detenzione domiciliare una pena pecuniaria per non aver *potuto* pagare.

Analizzato per sommi capi il vasto quadro della nuova pena pecuniaria sostitutiva e prima di approfondire il procedimento applicativo, si deve tracciare una veloce sintesi di alcune prescrizioni comuni alle pene-programma.

3.5. Le prescrizioni comuni alle pene-programma

La semilibertà, la detenzione domiciliare e il lavoro di pubblica utilità costituiscono delle vere e proprie pene-programma, imperniate come sono non soltanto su obblighi di astensione e divieti, ma su pre-

scrizioni positive che sarà il giudice, all'esito del contraddittorio e basandosi sul progetto di trattamento dell'Uepe, a dover immaginare e calibrare. È uno dei profili di maggior pregio dell'intera disciplina.

Il nuovo art. 56-ter l. n. 689/1981, comunque, offre un'intelaiatura comune a tutte le pene sopra descritte e lo fa stabilendo prescrizioni indefettibili, che devono essere applicate «in ogni caso»: divieto di detenere e portare a qualsiasi titolo armi, munizioni ed esplosivi; divieto di frequentare abitualmente, senza giustificato motivo, pregiudicati o persone sottoposte a misure di sicurezza o di prevenzione o che comunque espungano al pericolo di recidiva, salvo si tratti di familiari o conviventi; obbligo di permanere nell'ambito territoriale stabilito dal giudice in sede di applicazione o esecuzione della pena; ritiro del passaporto e sospensione della validità ai fini dell'espatrio di documenti equipollenti; obbligo di conservare e portare con sé il provvedimento applicativo, nonché di esibirlo a richiesta degli organi di polizia.

Saranno questi ultimi, nel dare esecuzione al provvedimento applicativo, a fornire concreta attuazione ad alcune di queste misure – ritiro del passaporto, ad esempio – e a vigilare sul puntuale adempimento delle altre (insieme all'Uepe).

Può essere anticipata in questa sede la trattazione di un altro profilo che, benché caratterizzi la fase esecutiva, è comune alle tre misure.

Ai condannati alle pene sostitutive della semilibertà e della detenzione domiciliare possono essere concesse licenze, entro il limite massimo di 45 giorni all'anno, per giustificati motivi attinenti alla salute, al lavoro, alla formazione, alla famiglia o alle relazioni affettive. In caso di trasgressioni, la licenza può essere revocata indipendentemente dalla revoca della misura, ai sensi dell'art. 52, comma 3, o.p. Per gli stessi motivi di cui sopra, anche il lavoro di pubblica utilità può essere sospeso in misura non eccedente a 45 giorni l'anno.

L'estensione delle licenze – tradizionale istituto che l'ordinamento penitenziario riserva ai semiliberi – alla detenzione domiciliare sostitutiva offre la misura di quanto quest'ultima sia istituito diverso dalle corrispondenti misure alternative.

4. Il momento applicativo ed esecutivo

4.1. I presupposti soggettivi

L'ambito applicativo delle pene sostitutive viene ampliato non solo sul piano oggettivo dell'entità della

6. In questo senso, F. Fiorentin, *Sull'effettività delle "pecuniarie" pesa la valutazione patrimoniale. L'esecuzione penale*, in *Guida al diritto*, n. 44/2022, p. 48.

pena sostituibile, ma anche sul versante delle condizioni soggettive per la sostituzione della pena detentiva (art. 59 l. n. 689/1981). È un passaggio decisivo per implementare il raggio di applicazione della riforma del sistema sanzionatorio, della cui importanza il legislatore delegato, a fronte di un criterio di delega generico⁷, si è dimostrato ben consapevole. Scompaiono, così, le preclusioni collegate a precedenti condanne – altra sostanziale differenza rispetto alla previgente disciplina delle sanzioni sostitutive – e le nuove ipotesi di esclusioni soggettive sono essenzialmente collegate, oltre che ai tradizionali automatismi previsti dall'art. 4-bis o.p. (art. 59, lett. d), a una cattiva sperimentazione del condannato in una precedente pena sostitutiva. In questo senso, la pena detentiva non potrà essere sostituita nei confronti di chi ha commesso il reato per cui si procede entro tre anni dalla revoca di precedente pena sostitutiva (semilibertà, detenzione domiciliare o lavoro di pubblica utilità), ovvero di coloro che hanno commesso delitto non colposo durante l'esecuzione delle medesime pene sostitutive (art. 59, lett. a). Va osservato che la preclusione non è assoluta, posto che il giudice di cognizione potrà sempre optare per l'applicazione di una pena sostitutiva più afflittiva di quella revocata.

Nello stesso ordine di ragionamenti, con riferimento alla pena pecuniaria sostitutiva, è previsto che la medesima non possa essere applicata a chi nei cinque anni precedenti è stato condannato alla pena della multa o dell'ammenda, anche sostitutive, e non le ha pagate, ad eccezioni dei casi di conversione per insolvibilità (art. 59, lett. b).

Un'ulteriore esclusione soggettiva è poi connessa alla pericolosità sociale dell'imputato nei cui confronti deve essere applicata una misura di sicurezza personale, salvo i casi di parziale incapacità di intendere e di volere (art. 59, lett. c).

Come si vedrà, la nuova disciplina delle preclusioni soggettive è del tutto coerente con i criteri che devono sorreggere il potere discrezionale del giudice nella sostituzione (art. 58).

Un approfondimento deve essere dedicato alla classica tematica dell'art. 4-bis o.p., anche alla luce della normativa che ha posticipato al 30 dicembre 2022 l'entrata in vigore del decreto legislativo nella parte oggetto del presente commento.

È chiaro che il divieto di sostituzione nei confronti di condannati per reato di cui all'art. 4-bis o.p. sia

volto a evitare titaniche contraddizioni di sistema: impensabile che si possa ottenere la sostituzione al banco del giudice di cognizione per poi, sia pure con i temperamenti introdotti dal d.lgs n. 150/2022, entrare nel recinto delle ostatività davanti al tribunale di sorveglianza. Tuttavia, va specificato che la nuova preclusione (art. 59, lett. d) prevede che non si possa pervenire a sostituzione «nei confronti dell'imputato di uno dei reati di cui all'art. 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, salvo che sia stata riconosciuta la circostanza attenuante di cui all'art. 323-bis, secondo comma, del codice penale». Così concepito, il meccanismo ostativo tendeva a ricalcare la formulazione dell'art. 4-bis o.p. successivo alla l. n. 3/2019 (cd. "spazzacorrotti"). Si tratta ora di capire se la norma debba essere oggetto di un'interpretazione che la coordini con la nuova disciplina dell'art. 4-bis o.p. offerta dalla l. 30 dicembre 2022, n. 199, di conversione del dl 31 ottobre 2022, n. 162, la quale ha escluso dall'elenco dei reati ostativi alla concessione dei benefici penitenziari i delitti contro la pubblica amministrazione, eliminando al contempo ogni riferimento alla collaborazione ai sensi dell'art. 323-bis cp.

Non paiono esistere ragioni sostanziali e sistematiche che impediscano, tenendo conto della suaccennata *ratio* della norma di cui all'art. 59, di considerare il rinvio all'art. 4-bis o.p. quale rinvio alla fonte e a tutte le successive modifiche della stessa: anche ai delitti contro la pubblica amministrazione, pertanto, pare possa applicarsi il meccanismo della sostituzione, purché ovviamente il giudice ritenga di dover determinare la pena entro i quattro anni⁸.

4.2. Il potere discrezionale del giudice e i criteri guida

A guidare la discrezionalità nell'applicazione e nella scelta delle pene sostitutive è la disciplina del nuovo art. 58 l. n. 689/1981, in base al quale il giudice, tenuto conto dei criteri indicati nell'art. 133 cp, può disporre pene sostitutive «quando risultano più idonee alla rieducazione del condannato e quando, anche attraverso opportune prescrizioni, assicurano la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati». Non può pervenirsi a sostituzione «quando sussistono fondati motivi per ritenere che le prescrizioni non saranno adempiute dal condannato»: il divieto, come anticipato, si lega alla materia delle preclusioni soggettive.

7. L'art. 1, comma 17, lett. d della legge delega si limitava a impartire il criterio di «ridisciplinare opportunamente le condizioni soggettive per la sostituzione della pena detentiva».

8. In questa direzione sembra orientarsi la *Relazione* n. 2/2023 dell'Ufficio del massimario della Corte suprema di cassazione sulla riforma Cartabia, del 5 gennaio 2023, per la quale «la questione relativa all'applicazione delle pene sostitutive in relazione ai reati di cui all'art. 4-bis e della necessità di un coordinamento con la relativa disciplina, sembra essere superata dalla intervenuta modifica del cit. art. 4-bis, ad opera della legge 30 dicembre 2022» (p. 201 – www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1673352536_relazione-massimario-2-2023.pdf).

È importante mettere in luce che l'applicazione delle pene sostitutive – lo si approfondirà trattando del rapporto con le misure cautelari – non è incompatibile con il pericolo di recidiva, ma solo con quel tasso di recidiva che il giudice non reputa di poter azzerare o ridurre attraverso l'adozione di particolari prescrizioni e, naturalmente, tenendo conto del fatto che il condannato a cui non si applica il meccanismo sostitutivo si avvia a divenire (salvo misure custodiali) libero sospeso. Al giudice di cognizione, pertanto, viene affidato un compito prognostico che deve essere tarato anche sul potere di ritagliare misure idonee a prevenire pericoli di reiterazioni. Dalla prospettiva binaria – sospensione condizionale o meno – si passa a un ventaglio di possibilità che impongono al giudice, per citare un caposaldo della penalità alternativa, di «cambiare lenti»⁹.

Tra le diverse pene, il giudice sceglie «quella più idonea alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato con il minor sacrificio della libertà personale, indicando i motivi che giustificano l'applicazione della pena sostitutiva e la scelta del tipo».

L'obbligo motivazionale è rafforzato quando il giudice applica le pene maggiormente restrittive, ovvero la semilibertà e la detenzione domiciliare, venendo necessariamente meno a quel criterio di minor sacrificio della libertà personale che, come nel procedimento applicativo delle misure cautelari, impone (dovrebbe imporre) una rigorosa residualità delle opzioni più severe. In questo caso, verificabile nella sola ipotesi in cui si tratti di sostituire pene fino a tre anni, occorre indicare le specifiche ragioni per cui la pena pecuniaria e quella del lavoro di pubblica utilità si ritengono inidonee nel caso concreto. Nella scelta tra detenzione domiciliare, semilibertà e lavoro di pubblica utilità, poi, il giudice tiene conto di condizioni soggettive legate all'età, alla salute fisica o psichica, alla maternità o paternità, nonché di eventuali disturbi da uso di sostanze stupefacenti, alcoliche o da gioco d'azzardo certificati – significativa la rilevanza ordinamentale finalmente attribuita al cd. "GAP" (gioco d'azzardo patologico) – e di condizioni di immunodeficienza altrettanto certificate.

I parametri chiamati a indirizzare la discrezionalità rivelano molto del nuovo lavoro a cui è chiamato il giudice di cognizione e, di conseguenza, il difensore.

Il finalismo rieducativo diviene la chiave di volta non soltanto di una corretta dosimetria e della scelta in favore della sostituzione e del tipo di pena, ma anche del progetto di un trattamento sanzionatorio let-

teralmente costruito dal giudice e dalle parti. Corredare le pene di «opportune prescrizioni», infatti, altro non significa che modellare, plasmare un programma di trattamento individualizzato che sia il più possibile idoneo a contemperare esigenze di risocializzazione e di difesa sociale. Decisivo, in questo senso, sarà il ruolo svolto dagli uffici penali di esecuzione esterna, ma anche la capacità della difesa di sfruttare sino in fondo le potenzialità dell'art. 187 cpp e di costruire da subito temi di prova che abbiano ad oggetto i fatti che attengono alla determinazione della pena.

4.3. La discrezionalità in movimento: il procedimento di applicazione

Come detto, la riforma del sistema sanzionatorio penale si coagula in un'articolata opera di incisione della l. n. 689/1981, del codice penale e, per i profili processuali, del codice di rito.

È proprio il nuovo art. 545-bis del codice di procedura penale ad adottare, con riferimento al momento applicativo, «soluzioni altamente innovative anche in sede processuale di cognizione»¹⁰, le quali, sono dettate dall'esigenza di dare forma e cadenze al suaccennato potere discrezionale del giudice, chiamato a scegliere e sagomare pene sostitutive tipizzate solo a livello essenziale. Questo nuovo lavoro del giudice di cognizione, per il quale sono necessari saperi ulteriori rispetto a quelli impiegati nell'accertamento della responsabilità, è stato incanalato all'interno di uno schema processuale bifasico: prima la decisione sulla responsabilità, con la pubblicazione del dispositivo mediante lettura ai sensi dell'art. 545 cpp, poi l'eventuale sostituzione della pena detentiva, mediante integrazione del dispositivo rimandata (sempre che non sia possibile effettuarla nell'immediatezza) a un momento processuale successivo all'acquisizione delle informazioni dagli uffici di esecuzione penale esterna e dalle difese degli imputati.

Le scansioni processuali dello schema, praticabile soltanto ove il giudice non sospenda la pena, prevedono che, subito dopo la lettura del dispositivo, il giudice, se ritiene sussistenti i presupposti per la sostituzione, «né dà avviso alle parti»; a questo punto, l'imputato – personalmente o a mezzo di procuratore speciale – deve prestare il consenso alla sostituzione con una pena sostitutiva diversa dalla pecuniaria. Il giudice, ottenuto il consenso dell'imputato o preso atto della possibilità di sostituire la pena detentiva con la pena pecuniaria, sentito il pubblico ministero, si trova di fronte

9. È l'espressione utilizzata da Howard Zher per dare un nome al cambiamento di prospettiva offerto dalla giustizia riparativa: *Id., Changing Lenses. A New Focus for Crime and Justice*, Herald Press, Harrisonburg (Virginia), 1990.

10. Sono le espressioni della *Relazione illustrativa*, cit., p. 252.

a due opzioni: decidere immediatamente, avendo già a disposizione un sufficiente bagaglio informativo, oppure fissare «una apposita udienza non oltre sessanta giorni, dandone contestuale avviso alle parti e all'Ufficio di esecuzione penale esterna; in tal caso il processo è sospeso».

È in questa fase che scatta, da parte dell'Uepe e del giudice, un lavoro di acquisizione di informazioni, esterne alla stretta sfera di cognizione, che riguardano anche «le condizioni di vita, personali, familiari, sociali, economiche e patrimoniali dell'imputato».

Sono informazioni fondamentali per costruire il programma di trattamento della semilibertà, della detenzione domiciliare e del lavoro di pubblica utilità – programma che il giudice può chiedere direttamente all'Uepe e che, come visto, è comprensivo di ipotesi terapeutiche – e il giudicante non è chiamato a cercarle in splendida solitudine: decisivo, come detto, è il ruolo dell'Uepe, ma anche quello delle difese, che possono depositare documentazione agli stessi Uepe e, fino a cinque giorni prima dell'udienza, presentare memorie in cancelleria. Il progetto della pena sostitutiva sarà tanto più sottratto al monopolio del giudicante quanto più aumenteranno i contributi informativi dell'Uepe e, soprattutto, delle parti. È questa, forse, la vera gemma dell'intera riforma, ritagliata sull'esigenza di costruire fin da subito, a poca distanza temporale dal fatto, un trattamento il più possibile individualizzato e conforme alle esigenze del singolo condannato.

L'art. 545-*bis* lascia intendere che il ricorso all'Uepe potrebbe non essere necessario nella fase applicativa della pena sostitutiva. Il meccanismo sospensivo, infatti, è facoltativo e al giudice è accordata la possibilità di decidere immediatamente dopo il consenso delle parti. Inoltre, la stessa norma evidenzia che il giudice, anche in caso di sospensione, può richiedere all'Uepe il programma di trattamento delle pene-programma, così automaticamente stabilendo che tale potere rientra in una discrezionalità valutabile dal giudice. Pare sostenibile, pertanto, che la sostituzione con la pena della detenzione domiciliare – quella che di norma esige meno approfondimento delle condizioni personali – possa nella generalità dei casi essere disposta anche in assenza di programma dell'Uepe, la cui formulazione (necessaria ai fini della presa in carico) può essere rimandata a un momento successivo a quello dell'applicazione¹¹. Non sembra che questa soluzione sia impedita dalla previsione dell'art. 56, comma 2, l. n. 689/1981, la quale stabilisce che «il

giudice dispone la detenzione domiciliare sostitutiva tenendo conto anche del programma di trattamento elaborato dall'ufficio di esecuzione penale esterna, che prende in carico il condannato e che riferisce periodicamente sulla sua condotta e sul percorso di reinserimento sociale». La disposizione, interpretata nel senso dell'obbligatorietà del programma per disporre la sostituzione con la detenzione domiciliare, entrerebbe in rotta di collisione con quella di cui all'art. 545-*bis* cpp, che soltanto facoltizza il giudice al ricorso all'Uepe nella fase applicativa. La scelta di omettere il passaggio all'Uepe – in caso di sussistenza di tutti i presupposti per poter decidere la sostituzione – risponde anche a esigenze di celerità processuale e di minor aggravio del lavoro degli Uepe, con aumento delle possibilità di successo dell'intervento riformatore a regime.

La scelta di effettuare il *sentencing* sostitutivo dopo la lettura del dispositivo è un bene, non solo per avere piena contezza delle possibilità di sostituzione (entità della pena, assenza di preclusioni), ma anche per salvaguardare la bontà epistemologica del giudizio sul fatto: anticipare il momento di acquisizione delle informazioni sulle condizioni di vita dell'imputato e il coinvolgimento dell'Uepe a un momento antecedente la decisione avrebbe fatto correre il rischio, magari anche a livello di residuo alogico, di giudizi basati sulla personalità dell'autore oltre che sul fatto, con aggiramento del presidio offerto dall'art. 220 cpp.

Prima di andare avanti nell'esposizione del modello, è importante soffermarsi su due aspetti: l'avviso del giudice che attiva il *sentencing* sostitutivo; le modalità del consenso dell'imputato.

L'art. 545-*bis* cpp, come visto, prevede che subito dopo la lettura del dispositivo, il giudice, se ricorrono le condizioni per sostituire la pena detentiva, ne dia avviso alle parti. La disposizione, caratterizzata da insolita asciuttezza rispetto alla diffusa minuzia dell'intervento riformatore, lascia aperto lo spazio per un dubbio: nel giudizio sulla sussistenza delle condizioni per sostituire la pena detentiva deve essere ricompreso soltanto il vaglio sulla presenza dei presupposti oggettivi (limite edittale) e sull'assenza di quelli soggettivi assoluti (condanna per reato di cui all'art. 4-*bis*) ovvero anche la valutazione sui fondati motivi per ritenere che il condannato non rispetterà le prescrizioni? Detto in altri termini: il giudice, a fronte della compresenza di tutti i presupposti obiettivi della sostituzione, può omettere di dare avviso alle parti per aver ritenuto un pericolo

11. È quanto accaduto in Gip Milano, 18 gennaio 2023 (est. Maccora), il cui testo è rinvenibile in G.L. Gatta, *Il giudice di cognizione torna ad essere giudice della pena: una prima condanna alla detenzione domiciliare sostitutiva*, in *Sistema penale*, 24 gennaio 2023 e in *Spazio aperto, sanzioni sostitutive, prassi operative*, a cura di Esecutivo di Magistratura democratica, 20 gennaio 2023 (www.magistraturademocratica.it/articolo/spazio-aperto-sanzioni-sostitutive-prassi-operative).

di recidiva incompatibile con l'attivazione del meccanismo sostitutivo? La domanda non pare un'inutile complicazione, posto che è strettamente correlata alla verifica se, nel caso appena detto, il mancato avviso possa costituire un autonomo (e vittorioso) profilo di impugnazione in rito per omesso contraddittorio.

Un'interpretazione conforme alla complessiva *ratio* della riforma – basata sul consenso dell'imputato per attivare la sostituzione con le pene-programma (quella officiosa è prevista per la sola pecuniaria) – dovrebbe indurre a preferire una soluzione che imponga al giudice di dare avviso alle parti sulla base dei soli presupposti obiettivi e in fase anteriore alla decisione sull'idoneità della misura a prevenire il pericolo di recidiva. Una volta dato l'avviso, il giudice potrà decidere immediatamente anche in senso negativo nei seguenti casi: l'imputato non presta il consenso (o non è in grado di prestarlo perché il difensore non è munito di procura speciale); l'imputato presta il consenso, ma il giudice, dopo l'interlocuzione delle parti, reputa del tutto inidonee le pene sostitutive. Ovvio che, in quest'ultimo caso, l'impugnazione sarà solo sui profili di merito che hanno indotto il giudicante alla decisione negativa. Una tale interpretazione pare tenere assieme l'esigenza di non investire l'Uepe in casi superflui (suscitando del pari aspettative nell'imputato) e di garantire il più ampio contraddittorio.

Con riferimento al consenso, viceversa, occorre porre attenzione alle caratteristiche formali del medesimo. La norma esige che sia espresso personalmente o a mezzo procuratore speciale: siamo nel campo, come evincibile anche dalla relazione illustrativa, degli atti personalissimi. Inevitabile che sia così, per le diverse conseguenze personali che la scelta comporta. Il consenso al lavoro di pubblica utilità, oltre a essere imposto dal già ricordato divieto convenzionale di lavoro forzato (art. 4 Cedu), è strettamente collegato all'inappellabilità della sentenza di condanna a tale pena. La pena sostitutiva del lavoro non comporta alcun profilo detentivo; il legislatore ha così potuto accelerare sul terreno della deflazione processuale. L'opzione, tuttavia, non può prescindere dal consenso dell'imputato, che pare dover assumere le stesse forme della rinuncia all'impugnazione (art. 589 cpp nella nuova formulazione)¹².

Il consenso personale (o a mezzo procuratore speciale) ed esplicito alla sostituzione con semilibertà e detenzione domiciliare si regge su ragioni altrettanto valide: le sentenze di condanna a quelle

pene sostitutive, una volta irrevocabili, diverranno immediatamente esecutive e non saranno sospese ai sensi dell'art. 656, comma 5, cpp. L'immediata esecutività si correla alla necessità di dare subito corso al progetto di risocializzazione contenuto nelle pene sostitutive, senza gli intervalli temporali che i liberi sospesi devono attendere per vedere esaminata da un tribunale di sorveglianza la propria domanda di misura alternativa. Con il consenso, inoltre, l'imputato accetta che, in caso di semilibertà e detenzione domiciliare, l'affidamento in prova possa essere chiesto soltanto dopo l'espiazione di metà della pena (art. 47, comma 1-ter, o.p.).

Ciò detto, vediamo cosa succede nell'udienza calendarizzata al fine di decidere sulla sostituzione. Acquisiti gli atti, i documenti e le informazioni di cui si è detto, sentite le parti presenti, il giudice, se sostituisce la pena detentiva, integra il dispositivo indicando la tipologia di pena con le relative prescrizioni; in caso contrario, conferma il dispositivo. Del dispositivo integrato o confermato è data lettura in udienza ai sensi e per gli effetti dell'art. 545 cpp. Nessun dubbio, dunque, che sia questo il momento da cui calcolare i termini per il deposito della motivazione – estesa ai criteri che hanno guidato la scelta sostitutiva – e per eventuali impugnazioni. In caso di motivazione contestuale, ovviamente, quest'ultima è differita al momento della lettura del secondo dispositivo e può essere sostituita da un'esposizione riassuntiva.

Va precisato che analoghi meccanismi di sospensione sono previsti nel patteggiamento (art. 448, comma 1-bis, cpp) e nel procedimento per decreto quando, in quest'ultimo caso, si debba pervenire, entro gli stessi limiti di sostituzione con la pena pecuniaria (un anno), alla sostituzione con lavoro di pubblica utilità (art. 459, comma 1-ter, cpp). Come in parte anticipato, la possibilità della sostituzione in sede di decreto penale di condanna e di patteggiamento potenzia tali riti alternativi. Si assiste a un ampliamento dell'area di operatività del procedimento per decreto in ragione del raddoppio del limite di pena detentiva sostituibile e della possibilità di applicare il lavoro di pubblica utilità in tale sede; allo stesso tempo, aumenta la forza attrattiva del patteggiamento, che ora consente l'applicazione di una pena sostitutiva sino a quattro anni con certezza di evitare il carcere.

Una disciplina *ad hoc* (art. 554-ter cpp), inoltre, è stata introdotta per conciliare, nei giudizi a citazione diretta, la disciplina della sostituzione con quella della nuova udienza predibattimentale.

12. Sembra optare per la sufficienza della mancata opposizione, in caso di sostituzione con il lavoro di pubblica utilità, F. Fiorentin, *Al giudice penale e alla sorveglianza un nuovo "ventaglio" di competenze. L'applicazione delle pene sostitutive*, in *Guida al diritto*, n. 44/2022, p. 34.

4.4. La fase esecutiva

Richiamato il principio di immediata esecutività delle pene sostitutive, occorre ora vedere quali forme assuma l'esecuzione. La disciplina è contenuta nel novellato art. 661 cpp, che per l'esecuzione della semilibertà e della detenzione domiciliare richiama il riformato art. 62 l. n. 689/1981, per il lavoro di pubblica utilità fa riferimento all'art. 63 della medesima legge e, infine, per la pena pecuniaria, al già descritto meccanismo di cui all'art. 660 cpp.

L'esecuzione della semilibertà e della detenzione domiciliare sostitutive, assimilabili alle omologhe misure alternative, spetta al magistrato di sorveglianza competente sulla base del luogo di domicilio del condannato. Sarà il pubblico ministero a trasmettere la sentenza al magistrato di sorveglianza, il quale, previa verifica dell'attualità delle prescrizioni dettate dal giudice penale, entro 45 giorni dalla ricezione e all'esito di procedimento camerale non partecipato, dovrà emettere ordinanza con la quale confermare o, se necessario, modificare le modalità di esecuzione e le prescrizioni della pena sostitutiva al fine di adeguarle alle mutate esigenze di fatto.

Non è previsto, ed è da considerarsi escluso, che il magistrato di sorveglianza possa modificare la pena sostitutiva, eventualmente applicandone una ritenuta più confacente alle mutate esigenze rieducative del condannato: la pena sostitutiva comminata dal giudice non è misura alternativa.

È evidente che il successo o l'impasse della riforma si misurerà anche sul tempo che intercorre tra lettura del dispositivo applicativo della misura e trasmissione della sentenza definitiva al magistrato di sorveglianza: più l'intervallo si dilaterà – in ragione, ad esempio, dei tempi per decidere sulle impugnazioni –, più si correrà il rischio di mutamenti delle condizioni di fatto sottese alla scelta del giudice, con la necessità di un più lungo e approfondito lavoro istruttorio del magistrato di sorveglianza e un conseguente ampliamento della forbice temporale tra la decisione sulla pena e la concreta esecuzione della medesima.

Non interessa soffermarsi, in questa sede, sulla fase successiva all'emissione dell'ordinanza da parte del magistrato di sorveglianza: si tratta di scansioni all'incirca simili a quelle previste per le misure alternative e che prevedono la trasmissione della decisione all'ufficio di pubblica sicurezza del comune in cui è residente il condannato – in assenza, al comando dei carabinieri territorialmente competente – per gli adempimenti prescritti dall'art. 62 sopra citato.

A differenza di quanto prescritto in riferimento alle pene sostitutive afflittive della libertà personale, l'esecuzione del lavoro di pubblica utilità è rimessa allo stesso giudice che lo ha applicato: sarà la cancelleria di

quest'ultimo a trasmettere all'ufficio di pubblica sicurezza la sentenza o il decreto penale esecutivo.

Di notevole interesse è capire cosa accade, in attesa dell'esecuzione, al condannato a pena sostitutiva che si trovi in misura cautelare, in particolar modo custodia in carcere e arresti domiciliari.

Misure cautelari detentive e meccanismo sostitutivo sono infatti compatibili, in ragione dell'estensione del limite di pena sostituibile. Come sottolineato nella relazione, «la condanna a pena sostitutiva è compatibile con una quota residua di pericolo di reiterazione di condotte delittuose, ai sensi dell'art. 274, co. 1. lett. c) c.p.p., posto che la stessa legge delega prevede che il giudice detti "opportune prescrizioni" che assicurino la prevenzione del pericolo di commisione di altri reati».

Il destino delle misure cautelari è scritto nella norma di nuova introduzione di cui all'art. 300, comma 4-bis, cpp e può essere così riassunto:

- incompatibilità della prosecuzione delle misure custodiali in caso di sostituzione con la pena pecuniaria o con il lavoro di pubblica utilità: «Quando, in qualsiasi grado del processo, è pronunciata sentenza di condanna o sentenza di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444, ancorché sottoposta a impugnazione, alla pena pecuniaria sostitutiva o al lavoro di pubblica utilità sostitutivo (...) non può essere mantenuta la custodia cautelare»;

- incompatibilità della prosecuzione della sola custodia cautelare in carcere con la condanna alla pena sostitutiva della detenzione domiciliare, potendo dunque il condannato rimanere in regime di arresti domiciliari: «Negli stessi casi, quando è pronunciata sentenza di condanna o sentenza di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen. alla pena della detenzione domiciliare sostitutiva, non può essere mantenuta la custodia cautelare in carcere»;

- compatibilità della prosecuzione della custodia cautelare in carcere con l'applicazione della pena sostitutiva della semilibertà.

È fatto esplicitamente salvo (né poteva essere diversamente) il potere del giudice di sostituire, ai sensi dell'art. 299 cpp, la misura in essere con altra misura meno grave di cui ricorrano i presupposti.

Due ultimi brevi cenni sulle misure cautelari. Il primo riguarda il fatto che l'adozione del modello bifasico – sospensione del processo e rinvio a ulteriore udienza per acquisire informazioni dall'Uepe – ha comportato la necessità di introdurre una nuova causa di sospensione dei termini di durata massima della custodia, sancita dall'art. 304 cpp e non eccedente il termine di 60 giorni. Si potranno ben dare casi – e si daranno, stante il superlavoro cui saranno costretti gli Uepe – che il giudice non riesca a decidere sulla sostituzione nei 60 giorni stabiliti dall'art. 545-bis

cpp, ma la causa di sospensione, a garanzia del condannato, rimarrà rigorosamente ancorata al termine massimo di 60 giorni. La seconda notazione concerne la circostanza che, ovviamente, il tempo trascorso in misura custodiale deve considerarsi a tutti gli effetti pena espiata. Con riferimento alla fungibilità, inoltre, l'art. 657 cpp rimette in capo al condannato la scelta in ordine alla possibilità di chiedere al pubblico ministero – al giudice, in caso di lavoro di pubblica utilità – che i periodi di custodia cautelare o di pena detentiva espiata, previo ragguaglio, vengano scomputati dalle pene sostitutive.

4.5. La revoca e la conversione delle pene sostitutive

La fase patologica dell'esecuzione è regolata dal nuovo testo dell'art. 66 l. n. 689/81. La disciplina è in parte ispirata a quella prevista dall'art. 51-ter o.p., come riscritto dal d.lgs 2 ottobre 2018, n. 123, e detta criteri per limitare il più possibile il ricorso alla revoca della misura: soltanto la mancata esecuzione della pena sostitutiva e la violazione grave o reiterata degli obblighi e delle prescrizioni determinano la revoca e la conversione della parte residua da espiare nell'originaria pena detentiva sostituita o, ancora, in altra pena sostitutiva più grave. Ogni violazione degli adempimenti deve essere comunicata senza indugio da parte degli ufficiali di polizia giudiziaria, del direttore dell'istituto (in caso di semilibertà) o dal direttore dell'Uepe al giudice competente sull'esecuzione della pena (magistrato di sorveglianza per semilibertà o detenzione domiciliare, giudice di cognizione per lavoro di pubblica utilità). Il giudice competente, compiuti eventuali accertamenti, deciderà sulla revoca e sulla conversione sempre all'esito di udienza camerale partecipata ex art. 666 cpp.

Non pare possa essere messo in dubbio che la norma costruisca il carcere come ultimo rimedio, offrendo criteri abbastanza sicuri per governare i poteri del giudice che riceva notizia di violazione delle prescrizioni: lo spettro dei provvedimenti adottabili va dalla semplice ammonizione (se necessario, preceduta dalla convocazione) alla rimodulazione delle prescrizioni nei casi di inadempimenti puntuali e occasionali, per abbracciare, nelle ipotesi di violazioni reiterate o gravi e di sottrazione all'esecuzione, la conversione in pena più grave (dalla detenzione domiciliare alla semilibertà, ad esempio) o il ritorno alla pena detentiva. In quest'ultima evenienza, nessuna possibilità di richiedere misure alternative se non dopo l'espiazione di metà pena, salvo il caso di condannati minorenni (art. 67 l. n. 689/1981).

L'art. 72 l. n. 689/1981 disciplina le ipotesi di responsabilità penale di chi si trova in esecuzione di pena sostitutiva.

La punibilità per il reato di cui all'art. 385 cp scatta, nei confronti del semilibero e del detenuto domiciliare, soltanto in caso di assenza dall'istituto o di allontanamento dal domicilio protratti per oltre dodici ore, con applicazione della diminuzione di cui all'ultimo comma del medesimo articolo 385. La soluzione è quella già adottata in sede di misure di comunità per la detenzione domiciliare di cui all'art. 47-quinquies o.p., sostanzialmente approvata dalla Corte costituzionale con riferimento alla detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter o.p. (Corte cost., n. 177/2009). Rimane chiaramente aperta la strada della revoca della misura o della conversione in caso di allontanamenti inferiori alle dodici ore. Il condannato a lavoro di pubblica utilità che, senza giustificato motivo, non si reca sul luogo di lavoro o lo abbandona rimane punibile per violazione di tali obblighi soltanto ai sensi dell'art. 56 d.lgs n. 274/2000. La condanna per evasione o per violazione degli obblighi determina la revoca della pena, ma rimane aperta la finestra della salvezza se il fatto è di lieve entità.

Anche la condanna a pena detentiva per delitto non colposo, commesso durante l'esecuzione della pena sostitutiva, non comporta automaticamente la revoca e la conversione in pena detentiva: la cancelleria del giudice che ha pronunciato tale condanna informa senza indugio il magistrato di sorveglianza o il giudice di cognizione competenti sull'esecuzione della pena sostitutiva e questi ultimi procederanno alla revoca quando la condotta tenuta appare incompatibile con la prosecuzione della pena. L'eventuale revoca, pertanto, dovrà essere motivata su questo specifico punto.

Il complessivo trattamento normativo della fase patologica dell'esecuzione è pervaso da una logica di rigore temperato, mirata a circondare la conversione in pena detentiva originaria di particolari e stringenti obblighi motivazionali. Per questo motivo, merita un posto d'onore tra i parametri ermeneutici della riforma.

4.6. Cumulo, rapporto con altre pene, sospensioni

In caso di pronuncia di più sentenze (o decreti penali di condanna) a pena sostitutiva nei confronti della medesima persona si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli da 71 a 80 del codice penale e quella di cui all'art. 663 cpp. L'art. 70 l. n. 689/1981, tuttavia, specifica che se il cumulo delle pene detentive sostituite non eccede complessivamente la durata di quattro anni, si applicano le singole pene distintamente, con possibilità di sfiorare i limiti per la pena pecuniaria e il lavoro di pubblica utilità. Quest'ultimo, ad esempio, potrà superare il limite di tre anni (non di quattro) se risulta il portato

di diverse sentenze, ciascuna delle quali lo applica nel limite di tre anni. Se il cumulo supera i quattro anni, si applica per intero la pena sostituita, salvo il caso che il residuo da espiare non superi i quattro anni.

Nel rispetto del principio di prevalenza, in fase esecutiva, delle pene principali, è stato stabilito che l'esecuzione della pena sostitutiva rimanga sospesa in caso di notifica di un ordine di carcerazione o consegna, nonché in caso di fermo, arresto o applicazione di misura di sicurezza detentiva al condannato a pena detentiva. Spetta al giudice che ha in carico l'esecuzione della pena sostitutiva determinare l'entità residua, che riprenderà il suo corso – salvo non venga disposta la revoca – dal giorno successivo a quello della cessazione della pena detentiva.

Al contrario, l'ordine di esecuzione di pene sostitutive non sospende l'esecuzione della pena detentiva, il corso della custodia cautelare e quello delle misure di sicurezza detentive.

Di particolare pregio, inoltre, appare la possibilità di applicare gli istituti di cui agli artt. 146 e 147 cp alle pene sostitutive, lavoro di pubblica utilità compreso. Sono pene che comportano prospettive di impegno per l'essere umano, incompatibili, ad esempio, con una situazione di infermità. Importante, dunque, anche la previsione esplicita di applicazione dell'art. 684 cpp. La decisione in tema, comunque, è rimessa al magistrato di sorveglianza, il quale dovrà anche fissare il termine per rivalutare le condizioni del condannato.

5. La disciplina transitoria e i rapporti con altri settori ordinamentali

Non si può fare a meno di accennare alla disciplina transitoria. È pacifico che le norme in tema di sistema sanzionatorio abbiano natura sostanziale e siano soggette al principio di retroattività in quanto favorevoli all'imputato o al condannato, salvo il limite del giudicato. Ma cosa accade se il condannato a pena detentiva inferiore a quattro anni si trova in pendenza di giudizio di legittimità? La riforma non lascia spazio a ipotesi creative: si faccia istanza al giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 666 cpp entro 30 giorni dall'irrevocabilità della sentenza.

Semidetenzione e libertà controllata in esecuzione al momento dell'entrata in vigore della riforma continuano a essere regolate dalla disciplina previgente, salva la possibilità del semidetenuto di chiedere al magistrato di sorveglianza la conversione nell'attuale e più favorevole semilibertà.

La disciplina delle pene sostitutive, compresa quella del lavoro di pubblica utilità, si applica anche ai condannati minorenni, con norme di coordina-

mento alle ipotesi procedurali specifiche e norme di favore in merito, ad esempio, alla possibilità di chiedere comunque la misura alternativa.

In quanto compatibili, si applicano alle pene sostitutive alcune norme dell'ordinamento penitenziario, tra cui la liberazione anticipata, decisiva anche per abbreviare il momento in cui chiedere la misura dell'affidamento in prova ai sensi del già citato art. 47, comma 1-ter, o.p.

6. Lo spettro del carcere: aspetti critici della riforma

Serve un'inversione dell'ordine logico per capire i reali punti di forza dell'impianto riformatore, molti dei quali dovuti alla perizia con cui il legislatore delegato è riuscito non solo a limitare le gravi carenze della delega, ma addirittura ad arricchirne gli aspetti davvero innovativi. Per delineare le effettive potenzialità di trasformazione del sistema sanzionatorio penale, sinora trincerato dietro la centralità del carcere, occorre dunque partire dal lato oscuro della luna, dagli aspetti critici della riforma.

Inutile nascondere. Il pregio dell'intervento – l'introduzione della categoria delle pene sostitutive – costituisce anche il suo limite: siamo al cospetto di meccanismi di sostituzione della pena detentiva nei quali il carcere rimane in agguato come unica minaccia in grado di offrire credibilità all'intero sistema sanzionatorio e garanzia ai sentimenti collettivi di sicurezza. A ben guardare, la pena carceraria, nella quale ogni pena sostitutiva può infine convertirsi in caso di violazione delle prescrizioni, costituisce ancora il punto di fuga prospettico che orienta la struttura del sistema. Per tale ragione, all'inizio di queste riflessioni, si è parlato di una presenza nell'ombra.

Un'autentica rivoluzione culturale imporrebbe di escogitare, per le pene brevi, sanzioni non derivate dal carcere e che facciano a meno di quell'ombra rassicurante.

Qualcosa di simile il sistema penale italiano l'ha sfiorata. La relazione della Commissione presieduta da Francesco Palazzo, istituita a giugno 2013 presso il Ministero della giustizia al fine di elaborare proposte di riforma del sistema sanzionatorio penale, rappresenta un testo prezioso da porre a base dell'impegno in direzione di un diritto penale ancora più mite e, al contempo, più efficace. In quel progetto, solo in parte recepito da una delega poi neppure esercitata, si trovano scolpite pene principali che hanno rescisso i loro legami genetici e finalistici con il carcere: le alternative domiciliari si ergono a pene principali; accanto ad esse compaiono pene prescrittive, "libertà limitata", pene interdittive. La misura dell'allontanamento

dall'imbuto della pena carceraria è testimoniata, in particolare, da un'idea cardine: «In effetti la norma di chiusura e di salvaguardia dell'effettività di queste sanzioni fa unicamente leva sulla minaccia recata dalla (futura) fattispecie incriminatrice, rinunciando a immaginare sistemi di conversione della pena non carceraria violata in altra più grave, direttamente carceraria o secondo un ipotetico sistema scalare. La soluzione adottata è parsa preferibile, non solo per motivi di semplicità del sistema, ma anche perché del tutto coerente con l'idea fondamentale che le nuove pene non carcerarie hanno carattere autonomo ed originario e non già “sostitutivo” della pena carceraria. Con la conseguenza di escludere qualunque meccanismo di conversione, e dunque di sostanziale fungibilità, secondo criteri di ragguaglio»¹³.

Ora, pur non dovendo cedere al rimpianto per l'occasione mancata (meglio: affossata dalla politica) e, tanto meno, sottovalutare l'approdo insperato della riforma Cartabia, quella “sostanziale fungibilità” continua a porre l'esigenza del suo superamento, almeno a chi reputi indispensabile conformare la penalità alla irriducibile complessità della contemporaneità e a un finalismo rieducativo davvero all'altezza.

Accanto a questo limite ontologico, intrinseco, si è posta l'opzione – regressiva rispetto alla proposta della Commissione Lattanzi – di non inserire l'affidamento in prova tra le pene sostitutive ottenibili davanti al giudice di cognizione. Inevitabile, dunque, che si venga a creare una disparità, poco ragionevole, tra chi si vede sostituita la pena e subisce l'immediata esecutività di misure impegnative per l'essere umano (anche carcerarie, come la semilibertà, o comunque detentive) e chi, condannato alla medesima entità di pena edittale e ritenuto non meritevole di sostituzione, ottiene la sospensione dell'ordine di esecuzione, con la facoltà di chiedere al tribunale di sorveglianza tutte le misure di comunità, a partire dall'affidamento in prova. Una disparità lampante, iniqua: i meritevoli inizieranno subito a spiare, sia pure nella certezza di pene poco (semilibertà) o per nulla (detenzione domiciliare e lavoro di pubblica utilità) carcerarie, i “cattivi” beneficeranno della sospensione e della possibilità di chiedere da liberi la più ampia delle misure alternative. L'effetto paradossale è creato dall'equiparazione della soglia edittale della pena detentiva sostituibile a quella della pena suscettibile di sospensione *ex art.* 656, comma 5, cpp, unita alla menzionata obliterazione dell'affidamento dal ventaglio delle pene sostitutive. I profili di irragionevolezza sono aggravati da una

norma che, per provare a centrare lo scopo di alleggerimento del lavoro dei tribunali di sorveglianza (i magistrati di sorveglianza saranno comunque gravati dalle esecuzioni delle semilibertà e delle detenzioni domiciliari sostitutive), impone a coloro che sono in esecuzione di semilibertà e di detenzione domiciliare sostitutive di attendere l'espiazione di metà della pena per chiedere l'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47, comma 1-ter, o.p.).

Il meccanismo che renderebbe tollerabili e non costituzionalmente censurabili tali profili di irragionevolezza, come anticipato nella trattazione del momento applicativo, è costituito dal consenso del condannato. Le pene sostitutive sono, a tutti gli effetti, pene negoziate.

Al di là del dubbio sulla conformità all'art. 27, comma 3, della Costituzione di un consenso spinto fino a disporre della propria rieducazione per il futuro (e a ridurre la finestra temporale legale dell'affidamento), occorre porsi la faticosa domanda: cosa dovrebbe spingere l'imputato, tanti imputati se si mira al successo della riforma, a prestare il consenso?

È proprio qui, analizzando a fondo il decreto legislativo, che si collocano i meriti del legislatore delegato.

7. I punti di forza

Con notevole abilità tecnica e capacità di rimanere fedele ai binari della delega, il legislatore delegato ha saputo forgiare un sistema sanzionatorio sostitutivo che limita il più possibile gli inconvenienti legali alla disparità di trattamento tra condannati alla pena sostitutiva e liberi sospesi. Gli strumenti messi a punto paiono appetibili dai condannati, soprattutto da alcune categorie di essi. Se la prassi saprà dar corso a una nuova concezione del lavoro del giudice e del difensore – una nuova tavola di valori per vagliare le scelte processuali –, gli obiettivi di deflazione processuale potranno essere centrati.

Un esempio può chiarire. Chi presta il consenso alla detenzione domiciliare sostitutiva, come detto, si troverà a spiare immediatamente la pena, senza poter sperare da libero nell'affidamento in prova. Vero. Deve considerarsi, tuttavia, che quella detenzione domiciliare è assai più simile a un affidamento di quanto suggerisca il nome. Fermo il dovere del giudice di munirla di tutte le prescrizioni idonee a prevenire il pericolo di recidiva, è previsto un limite minimo di

13. La citazione è tratta dalla *Relazione* della Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale, istituita con decreto del Ministro della giustizia del 10 giugno 2013, presieduta da Francesco Palazzo, dicembre 2013, p. 8 (https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1392021132Comm_Palazzo.pdf).

permanenza di dodici ore nel domicilio – prevedibilmente coincidente con l'orario serale e notturno –, con possibilità di utilizzare il resto della giornata per svolgere attività risocializzanti fuori dal domicilio. Ne esce lo schema di una pena-programma ad alto contenuto risocializzante e molto prossima all'affidamento in prova disposto dai tribunali di sorveglianza, che generalmente accompagnano la misura di comunità con l'obbligo di permanere nel domicilio in orario notturno (con forbici orarie che, in casi limite, vanno anche dalle otto di sera alle otto di mattina). Rispetto a quella misura di comunità, inoltre, la detenzione domiciliare offre un ulteriore vantaggio: la sicurezza di non dover ripetere in carcere il periodo espiato presso il domicilio in caso di revoca, come può invece accadere in caso di valutazione negativa sull'andamento dell'affidamento. A tutti gli effetti, in caso di revoca, la pena in detenzione domiciliare sostitutiva dovrà essere considerata pena espiata e la conversione in pena sostitutiva varrà soltanto per il residuo.

Anche in punto di revoca e conversione, il legislatore delegato ha lavorato in punta di penna, allontanando il più possibile il ritorno in carcere attraverso il riconoscimento di un'ampia discrezionalità del giudice. Molteplici sono le previsioni tese a garantire la possibilità di convertire la pena sostitutiva oggetto di violazione in altra pena sostitutiva più grave prima di addivenire alla conversione in pena detentiva originaria. Il detenuto domiciliare incapace di autocontrollo nelle ore notturne, ma scrupoloso sul lavoro, potrà vedersi sostituita la pena in semilibertà, prima ancora di trasferirsi notte e giorno in galera.

Tutti gli accennati vantaggi si aggiungono a un dato determinante: le precedenti condanne (salvo, ovviamente, quelle che rappresentano il fallimento di precedenti pene sostitutive) non sono ostative al conseguimento della pena sostitutiva.

Vi è poi da riflettere sul fatto che i liberi sospesi, vale a dire i condannati in attesa di ricevere risposta da un tribunale di sorveglianza sulla domanda di misure alternative, rappresentano oggi un numero di persone quasi equivalente alle presenze carcerarie¹⁴. Di qui il dilatarsi dei tempi di attesa della decisione dei tribunali di sorveglianza, che a volte giunge a molti anni di distanza dalla irrevocabilità della sentenza e ancor di più dal fatto oggetto della condanna. In un lasso temporale così esteso, le condizioni di fatto mutano: in meglio, costringendo a un'esecuzione sia pure extramuraria chi ha dato prova della più ampia risocializzazione; in peggio, mettendo di fronte le porte del carcere a chi è incorso in recidive o in comportamenti precludenti una prognosi positiva sull'espletamento delle misure. Saranno le difese a dover valutare l'alea del giudizio di sorveglianza in base alle caratteristiche dell'imputato, potendo contare, in caso di scelta delle pene sostitutive, sulla seria possibilità di eseguire la pena fuori dal carcere (o limitatamente in carcere); una possibilità che diventa certezza in caso di patteggiamento. Saranno le medesime difese, inoltre, a contribuire alla configurazione in concreto del modello astratto di pena sostitutiva, rendendosi attive nella individualizzazione del trattamento sanzionatorio e nel fornire al giudice i materiali per sagomare una pena celere e realmente rispondente alle esigenze del condannato.

La risposta pratica, dunque, potenziata dalla eventuale adozione di convenzioni mirate a garantire legittimità, prevedibilità e maggior snellezza al momento applicativo¹⁵, potrà far vincere la scommessa di cui si diceva all'inizio: fare delle pene sostitutive non l'ennesima occasione per aumentare il controllo sociale penale, ma uno strumento per diminuire le presenze in carcere e costruire percorsi di risocializzazione più efficaci.

Sarà un passo avanti enorme e una spinta verso l'ulteriore trasformazione del volto della pena.

14. Per i dati sui numeri, cfr. L. Ferrarella, *Come il killer di Sarzana: chi sono i 40 mila condannati ma liberi*, *Corriere della sera* (Milano), 11 giugno 2022, o, con cifre di maggior allarme, V. Manchisi, *Chi sono i "liberi sospesi", 80 mila in attesa di misure alternative per più tempo della pena...*, *Il Riformista*, 25 febbraio 2022.

15. Per le prime indicazioni sul tema, vds. la circolare del Ministero della giustizia, Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità, 26 ottobre 2022, n. 3, commentata da A. Calcaterra, *UEPE: prime indicazioni del Ministero della Giustizia*, in *Sistema penale*, 21 novembre 2022.

Le novità introdotte dalla riforma Cartabia. Le nuove soluzioni sanzionatorie e il rinnovato ruolo dell'avvocatura

di Antonella Calcaterra

La riforma del sistema sanzionatorio pone in discussione il “primato del carcere” e prefigura un diverso punto di equilibrio tra istanze retributive e risocializzanti che coesistono nel momento sanzionatorio. Le nuove pene sostitutive potranno riavvicinare il momento dell'esecuzione penale al momento della condanna e decongestionare il carcere. Perché questa svolta modernizzatrice del sistema penale funzioni sono necessarie risorse e soluzioni organizzative; ma, prima ancora, è necessario un nuovo approccio degli operatori giudiziari: anzitutto, da parte di chi – come l'avvocato – si trova istituzionalmente dalla parte della persona che quella pena dovrà espiare.

1. Le ragioni della riforma: un'esecuzione (più) prossima alla condanna / 2. Le ragioni della riforma: decongestionare il carcere / 3. Un nuovo equilibrio nel programma sanzionatorio / 4. Le nuove pene sostitutive: i giudici e la funzione rieducativa / 5. Le nuove pene sostitutive: il ruolo degli avvocati / 6. Le nuove pene sostitutive: il ruolo dell'Uepe / 7. Nuove responsabilità per gli operatori giudiziari

1. Le ragioni della riforma: un'esecuzione (più) prossima alla condanna

Il sistema penale riacquisterà credibilità se le pene applicate all'esito del processo verranno eseguite in tempi ragionevolmente prossimi alla commissione del reato. Non basta che la durata del processo venga ridotta, come chiede l'Europa; è assolutamente necessario che le sanzioni non siano più eseguite a distanza di anni. In caso contrario, il processo penale, pur se velocizzato, verrà ugualmente meno alla sua funzione essenziale: quella di far sì che, accertata con le dovute garanzie la responsabilità penale, la sanzione intervenga per tempo, onde prevenire la reiterazione di reati e restituire al contesto sociale autori di reato

“risocializzati”; e ciò in concreta e diretta attuazione dei principi previsti dall'art. 27 della Costituzione.

I procedimenti relativi ai “liberi sospesi” pendenti innanzi ai tribunali di sorveglianza sono oramai oltre 60.000. Si tratta di un dato che non può non allarmare gli operatori del diritto e che pone gli avvocati innanzi a rinnovate responsabilità. Per giunta, non va trascurato che ciascun procedimento in attesa di definizione non comporta soltanto l'incognita di *come* la determinanda pena detentiva verrà espiata; il procedimento rappresenta un “sospeso” in grado di condizionare la vita della persona sottoposta a giudizio. La pena in attesa di espiazione comporta, ad esempio, l'impossibilità di recarsi all'estero¹, e spesso le pene accessorie ostacolano i percorsi professionali.

1. Vds. la legge n. 1185 del 1967 che, in materia di divieti al rilascio di passaporto, all'art. 3, lett. d, prevede che non possano ottenere il passaporto «coloro che debbano espiare una pena restrittiva della libertà personale o soddisfare una multa o ammenda, salvo per questi ultimi

I giudici di cognizione possono non sapere (o far finta di non sapere) che le pene da loro applicate verranno eseguite anni dopo l'accertamento del fatto; ma gli avvocati non possono non farsi carico del fatto che la maggioranza dei loro assistiti sarà chiamata a rispondere concretamente dei reati commessi soltanto molto tempo dopo la pronuncia della sentenza – quando la vita dello specifico autore di reato è mutata radicalmente o, talvolta, “fuori tempo massimo” rispetto a un *incedere* delinquenziale che avrebbe richiesto un intervento “risocializzante” più immediato e tempestivo.

2. Le ragioni della riforma: decongestionare il carcere

I tribunali di sorveglianza faticano a gestire le istanze e i reclami dei detenuti, sempre in aumento. Alle domande di misure alternative alla detenzione si affiancano le procedure a tutela dei diritti che i detenuti, spesso a ragione, assumono che sono stati violati. Le condizioni fatiscenti delle carceri e i drammatici disservizi del sistema sanitario impongono interventi sistematici dei magistrati di sorveglianza, già oberati dalle ordinarie numerosissime istanze dell’“universo detentivo” e impossibilitati a esaminare in tempi accettabili le domande aventi ad oggetto le misure alternative dei condannati a pene sospese *ex art.* 656. La conseguenza è che le decisioni sulle istanze dei “liberi sospesi” intervengono a distanza di svariati anni dalla commissione dei fatti reato, in una logica del tutto disfunzionale per le persone, per i contesti familiari e relazionali (che spesso avrebbero bisogno di interventi tempestivi verso gli autori di reato) e per la collettività.

A questo fenomeno va aggiunto quello del cronico sovraffollamento carcerario: al 31 dicembre 2021 erano presenti 11262 detenuti con pene inferiori ai 4

anni, di cui 1173 con pena applicata sino ad 1 anno, 2244 con pena compresa tra 1 e 2 anni, 3754 tra 2 e 3 anni e 4100 tra 3 e 4 anni². Come è evidente, si tratta di pene difficilmente riconducibili, vista l’entità, a reati ostativi (rispetto ai quali non è prevista, *ex art.* 59 l. n. 689/81, la possibilità di sostituire la pena detentiva) e, dunque, ragionevolmente inquadrabili in futuro tra le «*pene sostitutive delle pene detentive brevi*» previste dal nuovo art. 20-bis cp³.

Le pene sostitutive, riducendo le presenze in carcere, potranno decongestionare le strutture carcerarie, incideranno conseguentemente sulla riduzione del carico di lavoro dei tribunali di sorveglianza e anticiperanno rispetto ad oggi l’esecuzione di specifiche pene che si caratterizzano per una notevole duttilità.

3. Un nuovo equilibrio nel programma sanzionatorio

La «*Relazione*» accompagnatoria delle sanzioni sostitutive le definisce «*pene-programma*». Basta leggere, in particolare, in maniera approfondita e priva di pregiudizi, gli artt. 56 e 56-bis, 58 e 59 della legge n. 689/81 per apprezzare le potenzialità di un sistema nuovo, in grado di concepire l’applicazione di misure penali “costruite” intorno alle necessità dei destinatari delle stesse, con apprezzabili spazi di libertà a tutela delle esigenze di lavoro, di cura, di famiglia, di studio. A tale proposito, va ricordato che l’art. 58 l. n. 689/81 sancisce che il giudice è tenuto a individuare la sanzione «*più idonea alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato con il minor sacrificio della libertà personale indicando i motivi che giustificano l’applicazione della pena sostitutiva e la scelta del tipo*».

Il nuovo impianto delle pene sostitutive non si discosta di molto dalle misure alternative previste e

il nulla osta dell’autorità che deve curare l’esecuzione della sentenza, sempre che la multa o l’ammenda non siano già state convertite in pena restrittiva della libertà personale, o la loro conversione non importi una pena superiore a mesi 1 di reclusione o 2 di arresto».

2. I dati sono citati a p. 188 della *Relazione* illustrativa del d.lgs 10 ottobre 2022, n. 150, recante attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134 – «*Delega al Governo per l’efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*».

3. Art. 20-bis cp: «Pene sostitutive delle pene detentive brevi.

1. Salvo quanto previsto da particolari disposizioni di legge, le pene sostitutive della reclusione e dell’arresto sono disciplinate dal Capo III della legge 24 novembre 1981, n. 689, e sono le seguenti:

- 1) la semilibertà sostitutiva;
- 2) la detenzione domiciliare sostitutiva;
- 3) il lavoro di pubblica utilità sostitutivo;
- 4) la pena pecuniaria sostitutiva.

2. La semilibertà sostitutiva e la detenzione domiciliare sostitutiva possono essere applicate dal giudice in caso di condanna alla reclusione o all’arresto non superiori a quattro anni.

3. Il lavoro di pubblica utilità sostitutivo può essere applicato dal giudice in caso di condanna alla reclusione o all’arresto non superiori a tre anni.

4. La pena pecuniaria sostitutiva può essere applicata dal giudice in caso di condanna alla reclusione o all’arresto non superiori a un anno».

regolate dall'ordinamento penitenziario. Contempla, però, alcune innovazioni di rilievo. La *detenzione domiciliare sostitutiva*, disciplinata all'art. 56 l. n. 689/81⁴, prevede la possibilità per la persona condannata di trascorrere fuori casa sino a 12 ore al giorno per comprovate ragioni di necessità. Il *lavoro di pubblica utilità sostitutivo* (art. 56-bis)⁵ impone 2 ore di lavoro quotidiano (e "copre" pene sino a 3 anni) ed esonera da alcuni oneri previsti all'affidato ex art. 47 o.p. – primo fra tutti, quello di trascorrere la notte a casa. La *detenzione domiciliare sostitutiva* (art. 56) e la *semilibertà sostitutiva* (art. 55)⁶, una volta espia-ta la metà della sanzione sostitutiva, potranno essere

declinate in affidamento in prova al servizio sociale previsto dell'art. 47 o.p. a seguito di istanza presentata al tribunale di sorveglianza ai sensi dell'art. 678, comma 1-ter. Tale passaggio è disciplinato all'art. 47-ter, comma 3-ter o.p. Si tratta di una procedura semplificata, che rende agile e rapida la suddetta trasformazione delle pene sostitutive in affidamento in prova nei riguardi del condannato il quale, giunto a metà dell'esecuzione, «abbia serbato un comportamento tale per cui l'affidamento in prova appaia più idoneo alla rieducazione del condannato e assicuri comunque la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati».

4. Art. 56: «Detenzione domiciliare sostitutiva.

La detenzione domiciliare sostitutiva comporta l'obbligo di rimanere nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico o privato di cura, assistenza o accoglienza ovvero in comunità o in case famiglia protette, per non meno di dodici ore al giorno, avuto riguardo a comprovate esigenze familiari, di studio, di formazione professionale, di lavoro o di salute del condannato. In ogni caso, il condannato può lasciare il domicilio per almeno quattro ore al giorno, anche non continuative, per provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita e di salute, secondo quanto stabilito dal giudice.

Il giudice dispone la detenzione domiciliare sostitutiva tenendo conto anche del programma di trattamento elaborato dall'ufficio di esecuzione penale esterna, che prende in carico il condannato e che riferisce periodicamente sulla sua condotta e sul percorso di reinserimento sociale. Il luogo di esecuzione della pena deve assicurare le esigenze di tutela della persona offesa dal reato e non può essere un immobile occupato abusivamente. Se il condannato non ha la disponibilità di un domicilio idoneo, l'ufficio di esecuzione penale esterna predispone il programma di trattamento, individuando soluzioni abitative anche comunitarie adeguate alla detenzione domiciliare.

Il giudice, se lo ritiene necessario per prevenire il pericolo di commissione di altri reati o per tutelare la persona offesa, può prescrivere procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, conformi alle caratteristiche funzionali e operative degli apparati di cui le Forze di polizia abbiano l'effettiva disponibilità. La temporanea indisponibilità di tali mezzi non può ritardare l'inizio della esecuzione della detenzione domiciliare. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 275-bis, commi 2 e 3, del codice di procedura penale.

Si applica, in quanto compatibile, l'articolo 100 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230. Al condannato alla pena sostitutiva della detenzione domiciliare non si applica l'articolo 120 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285».

5. Art. 56-bis: «Lavoro di pubblica utilità sostitutivo.

Il lavoro di pubblica utilità consiste nella prestazione di attività non retribuita in favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le Regioni, le Province, le Città metropolitane, i Comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato.

L'attività viene svolta di regola nell'ambito della regione in cui risiede il condannato e comporta la prestazione di non meno di sei ore e non più di quindici ore di lavoro settimanale da svolgere con modalità e tempi che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del condannato. Tuttavia, se il condannato lo richiede, il giudice può ammetterlo a svolgere il lavoro di pubblica utilità per un tempo superiore. La durata giornaliera della prestazione non può comunque oltrepassare le otto ore.

Ai fini del computo della pena, un giorno di lavoro di pubblica utilità consiste nella prestazione di due ore di lavoro.

Fermo quanto previsto dal presente articolo, le modalità di svolgimento del lavoro di pubblica utilità sono determinate con decreto del Ministro della giustizia, d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281.

In caso di decreto penale di condanna o di sentenza di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, il positivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, se accompagnato dal risarcimento del danno o dalla eliminazione delle conseguenze dannose del reato, ove possibili, comporta la revoca della confisca eventualmente disposta, salvi i casi di confisca obbligatoria, anche per equivalente, del prezzo, del profitto o del prodotto del reato ovvero delle cose la cui fabbricazione, uso e porto, detenzione o alienazione costituiscono reato.

Al condannato alla pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità non si applica l'articolo 120 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285».

6. Art. 55: «Semilibertà sostitutiva.

La semilibertà sostitutiva comporta l'obbligo di trascorrere almeno otto ore al giorno in un istituto di pena e di svolgere, per la restante parte del giorno, attività di lavoro, di studio, di formazione professionale o comunque utili alla rieducazione ed al reinserimento sociale, secondo il programma di trattamento predisposto e approvato ai sensi dei commi seguenti.

I condannati alla semilibertà sostitutiva sono assegnati in appositi istituti o nelle apposite sezioni autonome di istituti ordinari, di cui al secondo comma dell'articolo 48 della legge 26 luglio 1975, n. 354, situati nel comune di residenza, di domicilio, di lavoro o di studio del condannato o in un comune vicino. Durante il periodo di permanenza negli istituti o nelle sezioni indicate nel primo periodo, il condannato è sottoposto alle norme della legge 26 luglio 1975, n. 354, e del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, in quanto compatibili. Nei casi di cui all'articolo 66, il direttore riferisce al magistrato di sorveglianza e all'ufficio di esecuzione penale esterna.

Il semilibero è sottoposto a un programma di trattamento predisposto dall'ufficio di esecuzione penale esterna ed approvato dal giudice, nel quale sono indicate le ore da trascorrere in istituto e le attività da svolgere all'esterno.

L'ufficio di esecuzione penale esterna è incaricato della vigilanza e dell'assistenza del condannato in libertà, secondo le modalità previste dall'articolo 118 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230.

Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni previste dall'articolo 101, commi 1, 2 e da 5 a 9, del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230. Al condannato alla pena sostitutiva della semilibertà non si applica l'articolo 120 del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285».

4. Le nuove pene sostitutive: i giudici e la funzione rieducativa

Il nuovo sistema sanzionatorio, arricchito di soluzioni diverse rispetto alla sola risposta “carcerocentrica”, pone i giudici, gli avvocati e l’Ufficio per l’esecuzione penale esterna di fronte a nuovi e interessanti compiti e, al tempo stesso, chiama tutti i suddetti operatori a un impegno differente.

È convincente di chi scrive che il nuovo sistema sanzionatorio non vada percepito in termini di aggravio di lavoro per i giudici del merito. Le novità normative non disegnano una sorta di “anticipazione” alla fase della cognizione dell’individuazione delle misure alternative alla detenzione, di competenza della magistratura di sorveglianza. A ben riflettere, non si tratta di un trasferimento di competenze, ma di un’effettiva riappropriazione da parte del giudice di cognizione di un compito imprescindibile, qual è quello di declinare la pena in funzione rieducativa; funzione che deve caratterizzare la sanzione sin dal momento della sua applicazione e non solo nella fase dell’esecuzione. Il giudice del merito infatti, sin dal momento genetico della determinazione della pena, è chiamato a svolgere una funzione centrale in ordine al trattamento sanzionatorio, non più circoscritta soltanto alla sua commisurazione quantitativa, ma estesa all’individuazione della sanzione più idonea e alla strutturazione della stessa alla luce della funzione e degli scopi posti esplicitamente dall’art. 27 della Costituzione. Risulta così confermato che il potere discrezionale del giudice nel decidere l’*an* e il *quomodo* della sanzione è espressamente vincolato al perseguimento della finalità rieducativa della pena e alla prevenzione del rischio di recidiva. Tale compito, di rilievo importantissimo, per effetto delle novità legislative in esame, verrà svolto con il supporto degli «Uffici dell’esecuzione penale esterna» (Uepe), destinatari di precise indicazioni operative enucleate dal Ministero della giustizia⁷, e con quello ulteriore e – imprescindibile – degli avvocati.

5. Le nuove pene sostitutive: il ruolo degli avvocati

L’impegno richiesto agli avvocati è ancora maggiore.

Un sano senso di realismo e di responsabilità professionale impone di non voltarsi dall’altra parte a fronte di un sistema che può offrire soluzioni interessanti, rapide ed efficaci. Molto dipende da noi.

5.1. Va rilevato in primo luogo che, come è previsto dall’art. 545-*bis* cpp, è l’imputato che è chiamato a decidere se «acconsentire alla sostituzione della pena detentiva con una pena diversa dalla pena pecuniaria». Il nuovo sistema prevede il consenso dell’imputato non soltanto per il lavoro di pubblica utilità, come già previsto dalla legge delega, ma anche per le ulteriori pene sostitutive.

È evidente, poi, che occorre che l’avvocato sappia accompagnare il proprio assistito in un percorso di seria informazione tecnica, in vista di una scelta che – si auspica – sia approfondita e responsabile, in modo da evitare il rischio di adesioni apparenti o scarsamente consapevoli. Va chiarito, ad esempio, all’assistito che al consenso al lavoro di pubblica utilità consegue l’inappellabilità della sentenza. È importante poi che l’avvocato informi il proprio assistito sui tempi di attesa della decisione del tribunale di sorveglianza in caso di scelta della “strada tradizionale”.

5.2. Sarà compito fondamentale dell’avvocato fornire al giudice di cognizione gli elementi necessari perché quest’ultimo eserciti nel modo più appropriato il potere discrezionale attribuitogli dall’art. 58 l. n. 689/81. Tale disposizione stabilisce che «tra le pene sostitutive il giudice *sceglie* quella più idonea alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato con il minore sacrificio della libertà personale» e che, nella scelta, il giudice deve tener conto «delle condizioni legate all’età, alla salute fisica o psichica, alla maternità, o alla paternità (...) [e] delle condizioni di disturbo da uso di sostanze stupefacenti, psicotrope o alcoliche, ovvero da gioco d’azzardo».

È evidente che è l’avvocato che conoscerà per primo, in prima persona e in modo autentico le necessità dei propri assistiti. Egli è quindi chiamato al compito fondamentale di illustrare e documentare tutte le circostanze di fatto portandole alla conoscenza del giudice, che ne terrà conto nella *scelta* motivata della specifica pena sostitutiva.

5.3. Subito dopo la scelta del giudice, sarà fondamentale far emergere tutti gli elementi indispensabili per la “costruzione” della pena-programma, la più adatta possibile alle esigenze di vita e familiari dell’imputato.

L’art. 545-*bis*, comma 2, cpp elenca il bagaglio di informazioni di cui il giudice tiene conto per «decidere sulla sostituzione della pena detentiva e sulla scelta della pena sostitutiva». Si dispone in proposito che «il giudice può acquisire dall’ufficio di esecuzione penale esterna e, se del caso, dalla polizia giudiziaria,

7. Circolare Ministero della giustizia, Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità, 26 ottobre 2022, n. 3.

tutte le informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita personale, familiare, sociale, economica e patrimoniale dell'imputato (...) [I] giudice può acquisire altresì dai soggetti indicati dall'art. 94 dpr 309/90 la certificazione di disturbo di uso da sostanze o di alcol ovvero di gioco d'azzardo e il programma terapeutico che il condannato abbia in corso o al quale intenda sottoporsi. Le parti possono depositare all'ufficio esecuzione esterna e fino a cinque giorni prima dell'udienza memorie in cancelleria».

Si tratta, con evidenza, di informazioni che il giudice potrà ricevere anche dalle parti. Proprio a questo proposito, conviene porre in rilievo quanto affermato con chiarezza dalla *Relazione*: «nella stessa fase, è previsto anche l'intervento della difesa e del pubblico ministero, che si possono rendere parte diligente, depositando documentazione all'ufficio di esecuzione penale esterna e fino a cinque giorni prima dell'udienza presentando memorie in cancelleria. *La norma è espressione della valorizzazione dell'apporto delle parti, ed in modo particolare della difesa, che vengono chiamate a contribuire alla più adeguata e pertinente risposta sanzionatoria al reato*» (c.vo aggiunto).

5.4. La detenzione domiciliare, se ben costruita secondo i bisogni degli imputati, potrà garantire un regime di apertura molto simile all'affidamento in prova ai servizi sociali e, per giunta, sarà messa in esecuzione in maniera rapida e immediata.

Il processo esecutivo è regolato dall'art. 661 cpp, che va coordinato con il novellato art. 62 l. n. 689/81, disposizione che ha il pregio di assicurare il passaggio della pena sostituita dal giudice di cognizione al magistrato di sorveglianza senza il meccanismo sospensivo previsto dall'art. 656 cpp.

Il provvedimento di esecuzione è notificato anche al difensore, e ciò nell'ottica della massima valorizzazione del contributo della difesa, che può interloquire con il magistrato di sorveglianza fornendo tutti gli aggiornamenti della situazione di fatto o giuridica del proprio assistito.

È all'avvocato che fa capo la responsabilità di decidere se rimandare *sine die* una risposta sanzionatoria nei casi in cui potrebbe essere utile che la pena si ponga in sintonia con un progetto che, nell'immediatezza, miri alla "ristrutturazione" esistenziale di una persona fragile attraverso il coinvolgimento di servizi sanitari e sociali e contesti familiari. Allo stesso modo, si rivela di fondamentale importanza l'indicazione del difensore sulla decisione del suo assistito di aderire o meno alla determinazione di pene sostitutive; a esempio, in caso di imputati in più procedimenti, quando sia prevedibile che le pene detentive irrogate all'esito dei medesimi, cumulandosi, rischino di determinare provvedimenti di esecuzione di pene superiori ai limiti della sospensione dell'esecuzione della pena.

Di grande interesse può rivelarsi, poi, l'utilizzo della detenzione domiciliare sostitutiva nei confronti dei seminfermi di mente, trattandosi di un istituto che può garantire il necessario percorso di cura, inizialmente all'interno della pena sostitutiva e, a seguire, durante l'applicazione della misura di sicurezza della libertà vigilata. E tutto ciò senza soluzione di continuità, evitando le difficoltà e i rischi connessi alla gestione della pena detentiva e delle misure di sicurezza⁸.

5.5. A ciò si aggiunga la possibilità di optare per una sanzione sostitutiva per tutti quei reati – pur non ostativi alla concessione dei benefici, in quanto non inseriti nell'elenco di cui all'art. 4-bis o.p. – per i quali è previsto il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione ai sensi dell'art. 656, comma 9, cpp⁹. In questi casi, la scelta della sanzione sostitutiva si traduce, di fatto, in una vera e propria opportunità: quella di evitare l'ingresso in carcere, optando per un'espiazione della pena con modalità differenti dalla restrizione intramuraria.

5.6. È inoltre fondamentale la comprensione della portata dell'art. 68 l. n. 689/81, che disciplina l'*intercalare esecutivo* delle pene o delle misure cautelari o delle misure di sicurezza detentive e delle pene

8. L'art. 59 l. n. 689/81, tra le condizioni soggettive per la sostituzione delle pene detentive, prevede che la pena detentiva non possa essere sostituita: «c) nei confronti dell'imputato a cui deve essere applicata una misura di sicurezza personale, salvo i casi di parziale incapacità di intendere e volere». Nella *Relazione* è ben spiegata la motivazione: «si è ritenuto di limitare la preclusione ai soggetti pienamente imputabili e di escluderla in caso di parziale incapacità di intendere e volere. Ciò in quanto le pene sostitutive, attraverso programmi di trattamento predisposti in chiave terapeutica, possono normalmente risultare più funzionali del carcere rispetto alle esigenze di cura e di tutela della salute del condannato, anche nella prospettiva di un ragionevole bilanciamento con le esigenze di neutralizzazione della sua pericolosità sociale».

9. L'art. 656, comma 9, cpp, afferma:

«La sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 non può essere disposta:

a) nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, nonché di cui agli articoli 423-bis, 572 secondo comma, 612-bis terzo comma, 624-bis del codice penale, fatta eccezione per coloro che si trovano agli arresti domiciliari disposti ai sensi dell'articolo 89 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni; b) nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovano in stato di custodia cautelare in carcere nel momento in cui la sentenza diviene definitiva».

sostitutive brevi. Il criterio è quello della prevalenza dell'esecuzione carceraria a fronte della quale si ferma o non inizia l'esecuzione delle pene sostitutive, che restano però sospese senza essere revocate. Di non poco conto è, poi, l'apprezzamento della grande flessibilità del meccanismo di revoca/conversione delle pene sostitutive in caso di violazione delle prescrizioni, meccanismo che esclude ogni automatismo e limita gli interventi del magistrato al caso di «violazioni gravi e reiterate degli obblighi di prescrizione ad essa inerenti».

6. Le nuove pene sostitutive: il ruolo dell'Uepe

Il percorso decisorio del giudice dev'essere supportato non solo da una difesa efficiente, ma anche dall'«Ufficio esecuzione penale esterna». Il Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità ha già elaborato le «*prime indicazioni operative*» per orientare il lavoro degli uffici Uepe, sia rispetto alla *messa alla prova* che alla *sostituzione delle pene detentive brevi*. Nel documento è precisato che gli operatori dovranno accompagnare e sostenere l'attività decisoria delle attività giudiziaria fornendo «*indicazioni concrete, realistiche ed accurate rispetto al tema della possibilità di percorrere concretamente ipotesi di traiettorie di vita caratterizzate da una dimensione rieducativa efficace in uno scenario non detentivo*».

Quanto all'impegno richiesto all'Uepe, taluni hanno sostenuto che la riforma avrebbe posto in capo all'Ufficio un carico di lavoro eccessivo e non sostenibile a parità di costi e risorse messe in campo. Tale valutazione rappresenta, a parere di chi scrive, un «falso problema». Ciò che, infatti, sarà richiesto all'Uepe in

sede di applicazione di sanzioni sostitutive è la redazione di un progetto di massima, in base al quale deve declinarsi l'espiazione della pena in regime sostitutivo. Tale compito richiederà un impegno ben diverso, ma certamente minore, rispetto a quello messo in campo in caso di richiesta d'indagine sociale per la concessione di una misura alternativa. Se è vero, dunque, che l'intervento dell'Uepe sarà anticipato rispetto a quello previsto nell'attuale sistema, resta evidente, però, che necessiterà di un minor dispendio di risorse e di tempo da parte dell'Ufficio.

Sarà importantissima, anche con l'apporto prezioso dell'avvocatura, l'elaborazione di linee guida, così come è già avvenuto in occasione dell'entrata in vigore dell'istituto della messa alla prova nel 2014.

7. Nuove responsabilità per gli operatori giudiziari

Il nuovo impianto del sistema sanzionatorio rappresenta una svolta modernizzatrice nel nostro sistema penale. È una riforma con «visione e respiro», e segna un netto passo verso il superamento del primato del carcere. Si tratta di una ristrutturazione che è stata accolta con favore dalla dottrina e dagli studiosi del diritto penale¹⁰.

Agli operatori del diritto resta il compito di darvi seguito, trovando soluzioni e modalità applicative, non perdendosi d'animo di fronte a ulteriori e differenti carichi di lavoro.

Si tratta di un impegno che consentirà di poter raggiungere fini importanti e traguardi irrinunciabili, sia per gli utenti della giustizia che per la collettività. Una riforma di fronte alla quale non possiamo semplicemente voltarci dall'altra parte.

10. D. Bianchi, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in *Sistema penale*, 21 febbraio 2022; E. Dolcini, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive. Note a margine dello schema di d.lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 agosto 2022*, *ivi*, 30 agosto 2022.

La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo

di *Marcello Bortolato*

Con il decreto legislativo in attuazione della legge delega 27 settembre 2021, n. 134 è stata definitivamente approvata la “disciplina organica” della giustizia riparativa.

L’idea di un modello di giustizia fondato essenzialmente sull’ascolto e sul riconoscimento dell’altro, nella sua contrapposizione alla tradizionale giustizia punitiva, ha un che di indubitabilmente rivoluzionario. Nel mettere a sistema le esperienze di giustizia riparativa già presenti nell’ordinamento in forma sperimentale – che stavano mostrando esiti fecondi –, la scelta italiana è stata quella di un percorso “parallelo” volto alla ricomposizione del conflitto: non una giustizia alternativa alla giustizia tradizionale (con superamento del paradigma punitivo), e nemmeno un modello sussidiario, bensì complementare, volto alla ricomposizione del conflitto poiché compito dello Stato è anche quello di promuovere la pacificazione sociale.

Anche il ruolo del giudice muta: egli si mette non sopra il conflitto ma dentro di esso per risolverlo, non si limita ad assolvere o a condannare e, senza perdere la sua neutralità, compie il difficile cammino verso una ricomposizione che riqualifica sia il senso di un processo giusto che il senso stesso della pena inflitta.

Il decreto legislativo in attuazione della legge delega 27 settembre 2021, n. 134 è stato definitivamente approvato anche per quanto riguarda la “disciplina organica” della giustizia riparativa (art. 1, comma 18, lett. a della legge).

Quando parliamo di “giustizia riparativa” parliamo di “diritto”? Una domanda tanto importante quanto più a porsela sono i magistrati che il diritto devono applicare.

Interrogarsi sull’idea di giustizia, cioè su quell’insieme di premesse culturali e di strumenti normativi che sovrintendono all’equilibrio delle relazioni sociali, significa rendere conto dell’idea di giustizia che storicamente circola nel “clima sociale” di un’epoca e che è alimentata dal coinvolgimento culturale ed etico di ciascuno di noi. Allora, se il diritto è prima di tutto una dimensione dell’uomo e poi anche un prodotto sociale performato da quell’insieme di pensieri, sentimenti e impulsi con cui l’uomo orienta le rela-

zioni sociali, possiamo dire che quando parliamo di giustizia riparativa parliamo di diritto.

Oggi un ambizioso senso di onnipotenza scientifico-tecnologico sembra aver pervaso anche i territori del diritto (efficienza, celerità, processi telematici, giustizia predittiva), ma non dobbiamo dimenticare che il diritto è invece sempre intriso di eticità sociale.

Veniamo dunque alla “grande” idea di giustizia riparativa che, grazie a questo intervento normativo, riprende fiato e consistenza, riaffiorando da un antico passato sempre presente. Perché quello che dobbiamo dire, prima di tutto, è che la giustizia riparativa esiste già, è un fatto sociale, non la si può sopprimere (ed anzi, disseminati qua e là, vi sono già nei codici e nelle leggi degli istituti in senso lato ascrivibili alla *restorative justice*) e dunque si tratta solo di regolamentarne gli (eventuali) effetti giuridici nel processo (anche e soprattutto a garanzia dell’imputato, del condannato e della vittima), darvi insomma

una regolamentazione, in qualche modo “istituzionalizzare”. Compito dello Stato è anche quello di promuovere la pacificazione sociale richiedendo a tutti, come recita l’art. 2 Cost., l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà («politica, economica e sociale»), e pacificare i conflitti rientra certamente tra i doveri inderogabili di solidarietà.

Dico subito che l’idea di una giustizia della riparazione, nella sua contrapposizione sostanziale alla tradizionale giustizia punitiva, ha un che di indubbiamente rivoluzionario, in quanto modello di giustizia fondato essenzialmente sull’ascolto e sul riconoscimento dell’altro. Sappiamo, invece, quanto la giustizia tradizionale sia spersonalizzata perché molto lontana – pensiamo proprio alla vittima, marginalizzata nel processo in quanto costretta nel ruolo unico di testimone o di parte civile richiedente un risarcimento in denaro (che ancora non significa riparazione) – da quel groviglio di sentimenti, emozioni, paure e angosce originate dal reato. Se la giustizia riparativa è un modello compiutamente articolato per la trattazione e la soluzione di conflitti sociali, la giustizia punitiva invece quasi mai risolve il conflitto, anzi lo alimenta con quel perverso meccanismo che conosciamo del “raddoppio del male”. In questo, il modello riparativo è rivoluzionario perché non “restituisce il colpo” come la giustizia tradizionale che è dura, punitiva (raffigurata, come sappiamo, con la spada, una giustizia dalla quale bisogna in qualche modo difendersi), ma offre uno spazio di dialogo, rigorosamente volontario, che non toglie il reo dallo sguardo delle vittime. Pensiamo alla pena di morte, l’espressione più estrema di giustizia punitiva: essa toglie del tutto il colpevole dallo sguardo delle vittime e impedisce l’incontro, il contrario della giustizia riparativa.

La giustizia della riparazione introduce nel sistema una dialettica “tripolare”: non c’è più solo lo «Stato-guardiano» (nell’accezione di Massimo Donini), da un lato, che punisce e l’autore del reato, dall’altro, che subisce la pena; c’è anche la vittima, che è sparita dal processo a causa della tradizione del garantismo, ispirato com’è giusto allo scopo di impedire la vendetta privata e che vede bensì la vittima sostituita e protetta dallo Stato ma neutralizzata nel processo, spettatrice e spesso vittima due volte. Merito di una giustizia *restorative* è dunque, innanzitutto, recuperare la vittima e renderla protagonista della possibile riparazione che non si esaurisce, come si è detto, nel risarcimento economico.

Dal lato del reo – e questo è certamente l’aspetto più controverso –, la riparazione può far ripensare la pena, cioè la risposta punitiva, perché sottrae ad essa qualcosa: la pena tendenzialmente non può più essere quella che era originariamente se è intervenuta la riparazione. Diventa quella che Donini chiama «pena

agita», nel senso di una pena che promuove comportamenti attivi. La pena subita, una pena come mezzo che sanziona senza aggiungere nulla, che infligge un male aggiuntivo raddoppiando il male commesso senza preoccuparsi di risanare la frattura prodotta dai comportamenti, rimane invece per chi non vuole avvalersi dei programmi di giustizia riparativa, è una sua scelta, al pari di quella del condannato che rifiuta il trattamento rieducativo perseguendo unicamente il riconoscimento della propria innocenza anche in sede esecutiva ovvero subendo la pena come mera espiazione.

Dobbiamo allora chiederci perché e in che misura lo Stato interviene ponendo una «disciplina organica», come ha imposto la legge delega 27 settembre 21, n. 134.

Interviene perché la riparazione, sebbene resti volontaria e mai imposta, viene favorita, sostenuta e affiancata alla pena anche eventualmente allo scopo – se raggiunta – di sottrarre ad essa qualcosa. In questa ottica vanno letti i timidi tentativi, nel decreto, di collegare all’esito riparativo raggiunto alcuni effetti sulla risposta sanzionatoria (si vedano gli interventi sulle circostanze del reato *ex art. 62 cp*, sulla determinazione della pena *ex art. 133 cp* - seppur solo richiamata nell’ambito dei poteri valutativi del giudice, *art. 58 -*, sulla sospensione condizionale *ex art. 163 cp*, sulla remissione di querela *ex art. 152 cp*). Deve, tuttavia, rimanere chiaro che la giustizia riparativa è una prassi (un fatto sociale) che nasce fuori sia dello Stato sia del processo, che lo Stato può solo regolare e promuovere e di cui giudice, pubblico ministero e difensore sono solo testimoni.

Da quanto detto, emerge già in parte la risposta alla domanda del perché una disciplina organica della giustizia riparativa anche in Italia.

L’importanza di introdurre una normativa in materia è stata espressa una prima volta nelle «Linee programmatiche» della Ministra Cartabia, che raccolgono e sintetizzano le molteplici indicazioni internazionali, vincolanti e di *soft law*: il tempo era ormai maturo per sviluppare e mettere a sistema le esperienze di giustizia riparativa già presenti nell’ordinamento in forma sperimentale, che stavano mostrando esiti fecondi.

Le più autorevoli fonti europee e internazionali (citiamo qui le tre più importanti: la risoluzione Onu n. 12/2002, la raccomandazione del Consiglio d’Europa del 2018 e la cd. “direttiva vittime” 2012/29/UE, queste due ultime richiamate nella stessa legge delega) ormai da tempo hanno stabilito principi di riferimento comuni e indicazioni concrete per sollecitare gli ordinamenti nazionali a elaborare paradigmi di giustizia riparativa che permettano alla vittima e all’autore del reato di partecipare attivamente, se

entrambi vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale (definizione tradotta quasi testualmente nell'art. 42, lett. *a* del decreto). Non mancavano in Italia ampie – benché non sistematiche – forme di sperimentazione di successo e non mancavano neppure proposte di testi normativi (come quello uscito dagli stati generali dell'esecuzione penale del 2015) che si facevano carico di delineare il corretto rapporto di complementarità fra giustizia penale tradizionale e giustizia riparativa.

Ecco, questo è il primo punto: la *complementarità*.

La scelta italiana è stata quella di un percorso “parallelo”, volto alla ricomposizione del conflitto: non una giustizia *alternativa* alla giustizia tradizionale (con conseguente superamento del paradigma punitivo, con “rinuncia” cioè da parte dello Stato alla pretesa sanzionatoria), e nemmeno un modello di *sussidiarietà* (la pena, cioè, si applica solo se non si raggiunge l'esito riparativo, paradigma peraltro sperimentato con successo in alcuni Paesi e in alcuni momenti storici particolari - pensiamo al Sudafrica), entrambi modelli sussumibili sotto l'ampia categoria della *cd. “diversion”*, che risponde, del tutto lecitamente, a un'esigenza di economia della giustizia prevalentemente orientata verso modelli non custodiali, ma applicabile o solo a reati “bagatellari” (quelli della *probation* propriamente detta) o a grandi conflitti politico-sociali (*apartheid*, guerre civili, terrorismo).

Non è stata questa la scelta del legislatore nazionale, e chi pensa che con questo decreto avremo meno carcere e/o più premialità non è sulla buona strada. Il sistema punitivo tradizionale continuerà a costituire il presupposto dei programmi di giustizia riparativa e, del resto, l'imprescindibile volontarietà del ricorso ai programmi comporta inevitabilmente che il sistema penale non possa essere soppiantato dal nuovo modello di giustizia, anche perché le esigenze di prevenzione generale e di prevenzione speciale rimangono intatte.

La complementarità, invece, significa percorso parallelo che deve fare i conti, prima di tutto, con il modello riabilitativo dell'art. 27 Cost. (che, come si sa, opera o dovrebbe operare, compatibilmente con la presunzione di innocenza, fin dalla fase cognitiva) e che ha come obiettivo la ricollocazione sociale del reo, un obiettivo difficile da raggiungere, come è noto, che stride con una giustizia naturalmente più orientata alle vittime quale quella riparativa (ma attenzione: la *restorative* è una giustizia solo *orientata* alle vittime, non una giustizia che abbia la vittima al centro). Tuttavia, il legislatore delegato ha ritenuto, anche quando ha cercato di regolamentarne gli effetti in sede esecutiva, che la giustizia riparativa possa promuovere

indirettamente quell'adesione al precetto – attraverso l'incontro nei programmi riparativi e la riparazione materiale o simbolica – che è, in definitiva, il reale scopo della minaccia di pena. Si prevede una sanzione per imporre l'obbedienza a un precetto, e cioè a quei valori di solidarietà che sono proprio la farina con cui è impastata la giustizia riparativa. Quindi, riparazione e rieducazione in realtà si saldano: l'esperienza ci insegna, del resto, quanto positivi siano nel campo dell'esecuzione della pena gli effetti dei programmi di giustizia riparativa sui percorsi di reinserimento dei condannati.

Ve detto subito che la giustizia riparativa va oltre il modello riparatorio in senso stretto (forme di condotte riparative successive al reato, che portano già degli effetti sostanziali anche nel modello di giustizia tradizionale: d.lgs n. 231/01, oblazione nelle contravvenzioni, indulto tributario, art. 163 cp, indulto urbanistico, sanatorie, etc.). Nel paradigma riparatorio si parla di condotte “prestazionali” in cui hanno un ruolo fondamentale il giudice, il pm e il difensore. Nella giustizia riparativa, invece, che attiene a una riparazione “interpersonale” (cioè senza giudice, senza pm, senza difensore), non è richiesta l'integrale riparazione (nel decreto vi è la definizione di “esito riparativo”), non è una prestazione definita e determinata, è solo l'esito di un percorso. È il passaggio da una pena classica a una “pena interrelazionale” e, così, anche il paradigma rieducativo dell'art. 27 Cost. è rinnovato perché il giudice deve capire che solo la pena agita rieduca veramente.

Anche il ruolo del giudice muta totalmente: egli si mette non sopra il conflitto, ma dentro di esso per risolverlo, non si limita ad assolvere o a condannare. Ciò dà una speranza nuova al suo lavoro quotidiano. Il giudice non perde la sua neutralità, anzi la rafforza, riconoscendo pari dignità ai protagonisti del conflitto, un conflitto che esiste (il processo lo è già) tra chi è «indicato come autore dell'offesa» e la vittima, ma la riparazione “interpersonale”, promossa e non imposta, si svolge fuori dal processo. Nulla che non sia aderente alla libera scelta volontaria degli interessati. Il giudice, all'esito, ne raccoglierà gli effetti, solo se positivi.

Una disciplina organica della giustizia riparativa era indispensabile: a livello *normativo*, consente di adempiere alla direttiva 2012/29/UE; a livello *operativo*, dà impulso alla costituzione di centri di giustizia riparativa sul territorio; a livello di *funzionalità dei programmi di giustizia riparativa*, contribuisce a individuare lo *standard* di formazione degli operatori di giustizia riparativa e di erogazione dei programmi di giustizia riparativa.

Adottare una normativa generale in materia di giustizia riparativa consente, inoltre, di allineare l'Italia a ordinamenti giuridici che hanno già da tempo

optato in tal senso – citiamo, a titolo di esempio, il *Criminal Justice (Victims of Crime) Act 2017* irlandese che, in particolare alla sezione 26 (*Restorative justice*), prevede una norma generale lineare e completa sulla giustizia riparativa.

Introdurre disposizioni puntuali, che aprano canali di accesso ai percorsi di giustizia riparativa nell'ambito di istituti già esistenti, consente inoltre di incoraggiare l'invio dei casi ai centri di giustizia riparativa (appositamente creati con questa legge in tutti i distretti di corte d'appello) e di agevolare la gestione a livello processuale degli esiti dei percorsi *restorative*.

Una disciplina organica esige un ambito definito, che è quello contenuto nell'art. 42 dello schema di decreto. Sono tutte definizioni direttamente ispirate ai principi di giustizia riparativa sanciti dalle fonti internazionali sopra richiamate, così come i principi e gli obiettivi stessi, tutti contenuti nell'art. 43.

Non vi è spazio per illustrare una per una le definizioni, ma val la pena osservare intanto che:

– nella definizione della «*giustizia riparativa*», lungi da ogni idealizzazione e astrattismo, si è fatto riferimento concreto al “programma”, strumento che, da solo, è idoneo a consentire la risoluzione delle questioni derivanti dal reato e dove già si evidenzia il carattere principale della *restorative*, la volontarietà: nulla di imposto, coercitivo, passivo e che non sia aderente alla libera scelta volontaria degli interessati; manca la “spontaneità” (in questo senso, e solo in questo, va letto il potere officioso del giudice di invio ai centri di giustizia riparativa *ex art. 129 bis cpp*). Non si può pensare che lo Stato, per quanto già detto, possa venir meno al suo compito di promozione della risoluzione dei conflitti (la legge delega addirittura sembrava riservare al giudice un potere esclusivo di iniziativa che, viceversa, nell'esercizio della delega è stato eliminato). Non si può pretendere che le parti spontaneamente aderiscano ai programmi anche senza una qualche sollecitazione pubblica (o privata, ben s'intende), che deriva dal generale *favor* per la giustizia riparativa, collocata tra l'altro all'interno di un complessivo disegno di riforma del processo penale volto a rendere più efficiente (leggasi: “più efficace”) la definizione dei procedimenti giudiziari. Non si può trascurare, infatti, il dato oggettivo per cui il raggiungimento di un esito riparativo conformante può determinare effetti favorevoli sulla definizione dei procedimenti penali; bisogna solo prenderne atto. Questo forse può far storcere il naso non solo ai cultori del processo (nella contrapposizione che si sta profilando fra “processualisti” arroccati a una difesa ad oltranza del cognitivismo del processo accusatorio, e dunque contrari a qualunque innesto riparativo, e “sostanzialisti” che sarebbero, invece, meglio disposti nei confronti di un nuovo paradigma che mette in

discussione il concetto tradizionale di sanzione), ma anche ai “puristi” della giustizia riparativa, secondo i quali essa dovrebbe stare lontana dal processo e da ogni rischio di strumentalità. Ma il treno da prendere, peraltro collegato a un massivo investimento economico legato al PNRR, era questo;

– la definizione di «*vittima del reato*» (una novità) discende direttamente dalla norma vincolante contenuta nella direttiva 2012/29/UE e non coincide esattamente con le figure note dell'ordinamento nazionale (persona offesa, danneggiato, parte civile); essa è dunque applicabile solo nell'ambito dei programmi di giustizia riparativa. Da notare subito che l'art. 53, lett. a, estende i programmi riparativi anche alla vittima *cd. “aspecifica”*, la vittima cioè di un reato differente da quello per cui si procede, la quale non è un sostituto della vittima diretta, ma non è meno vittima di questa: essa è la vittima di *un* reato e non *del* reato. La possibilità di offrire la partecipazione a programmi di giustizia riparativa, sussistendone l'interesse, la volontà e il consenso libero e informato, anche alla vittima di *un* reato diverso – magari della stessa specie di quello per cui in ipotesi si procede – è uno specifico valore aggiunto della giustizia riparativa rispetto alla giustizia penale “convenzionale”: un esempio per tutti è la possibilità di coinvolgere in programmi la persona offesa di un reato che resta a carico di ignoti, persona alla quale, di tutta evidenza, la giustizia penale “classica” non ha nulla da offrire (si capisce qui come si tratti sempre di un percorso “parallelo”, indipendente dal processo);

– la definizione di «*persona indicata come autore dell'offesa*»: la scelta lessicale contempera il doveroso rispetto della presunzione di innocenza fino all'eventuale condanna definitiva da un lato e, dall'altro, l'esigenza di mantenere l'uguale considerazione della vittima e di colui che, pur ritenuto responsabile in via definitiva del reato, non sia sminuito per sempre dall'esperienza della colpa e dell'offesa. Essa ricomprende l'ampio ventaglio di soggetti che possono partecipare ai programmi di giustizia riparativa in materia penale, in qualità di: persona sottoposta alle indagini, imputato, persona sottoposta a misura di sicurezza, persona condannata con pronuncia irrevocabile e persona nei cui confronti sia stata emessa una sentenza di non luogo a procedere o non doversi procedere, per difetto della condizione di procedibilità, anche ai sensi dell'art. 344-*bis* cpp, o per intervenuta causa estintiva. Ai fini della disciplina organica della giustizia riparativa, la persona indicata come autore dell'offesa può essere sia una persona fisica sia un ente con o senza personalità giuridica (ciò anche in virtù dell'estensione all'ente delle disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili, ai sensi dell'art. 35 d.lgs 8 giugno 2001, n. 231).

La vocazione organica della disciplina e il divieto di preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità, prescritto dal legislatore delegante, impongono di rendere fruibili i programmi di giustizia riparativa anche agli enti nei casi di responsabilità amministrativa da reato di cui al d.lgs n. 231/2001;

– fondamentale, per gli effetti che avrà nel processo, è la definizione di “*esito riparativo*”, nozione cruciale nell’economia della disciplina organica. Essa si ispira a quella di «*restorative outcome*» fornita dalle Nazioni Unite (par. I.3); la definizione si muove tra due opposte esigenze, non facilmente conciliabili: da un lato, l’esigenza di tassatività, determinatezza e precisione della materia penale; dall’altro, l’esigenza di cogliere nel testo normativo la flessibilità, e financo la creatività, della giustizia riparativa. La definizione ruota attorno ai lemmi «accordo», «riparazione dell’offesa», «riconoscimento reciproco» e «relazione», concetti mutuati dalla scienza della giustizia riparativa, i quali assumono qui la natura di “risultato” del metodo riparativo stesso. La nozione è da correlarsi strettamente con l’art. 56, dove l’esito riparativo è tassativamente disciplinato come esito “simbolico” o “materiale” (o entrambi), nonché con le disposizioni di modifica del codice penale, dell’ordinamento penitenziario e del d.lgs 2 ottobre 2018, n. 121 (ordinamento minorile). Se, in particolare, la “riparazione dell’offesa” è nozione già nota alla dottrina e alla cultura penalistiche, nuova e più ricca è la specifica incurvatura data dal programma di *restorative justice* alle condotte di riparazione, le quali possono essere, appunto, sia materiali che simboliche. Nuovo è, altresì, il riferimento all’idoneità dell’accordo che scaturisce dall’incontro a significare l’avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti: concetti indispensabili a esprimere la tipica vocazione relazionale della giustizia riparativa, necessariamente aperta e flessibile e purtuttavia ricondotta nei confini della materialità, tassatività e determinatezza negli artt. da 56 a 58, dove la formulazione delle disposizioni è particolarmente attenta a tipizzare indicatori concreti, specialmente per le ipotesi in cui essi sono offerti all’apprezzamento dell’autorità giudiziaria per gli effetti processuali e sostanziali previsti dalla disciplina organica. Anche gli obiettivi di cui all’art. 43, comma 2, sono da leggersi nello specchio della nozione di esito riparativo.

Nell’art. 43 sono elencati i principi generali che governano la giustizia riparativa e gli obiettivi verso cui tende. Essi sono:

- la *partecipazione attiva e volontaria* (si è già detto);
- l’*eguale considerazione dell’interesse della vittima e della persona indicata come autore dell’offe-*

sa: è il punto di equilibrio tra il “reocentrismo” della giustizia punitiva tradizionale e l’ “orientamento alle vittime” che è tipico della *restorative justice*; questa è una caratteristica propria della disciplina italiana, che ne costituisce un elemento caratterizzante anche per il rispetto dovuto ai dettami costituzionali (artt. 3 e 27 Cost.); il punto è delicato e, per alcuni, “indigesto”: come si può attribuire pari dignità a reo e vittima? Innanzitutto perché lo impone la Costituzione, che non distingue (art. 3) i cittadini tra colpevoli e innocenti. Poi perché lo stesso processo, assistito dal garantismo, non attribuisce minore dignità all’imputato né al condannato, tant’è che esistono il giudice terzo e il ruolo costituzionale del difensore;

– il *coinvolgimento della comunità* (l’art. 45 consente la partecipazione ai programmi anche dei familiari della vittima e dell’autore del reato, di persone “di supporto”, di enti e associazioni e di enti pubblici e servizi sociali), poiché gli effetti del conflitto spesso si riverberano in ambiti più ampi di quelli reo-vittima;

– il *consenso alla partecipazione* (di cui si è già detto);

– la *riservatezza*: è la condizione indispensabile che assicura, da un lato, la genuinità dei percorsi riparativi (elemento caratterizzante di ogni programma di giustizia riparativa in quanto spazio di dialogo libero, protetto dalla confidenzialità) e, dall’altro, rende compatibile l’esperimento di un programma anche nella fase della cognizione, facendo salva in primo luogo la presunzione d’innocenza che, unita alla inutilizzabilità, assicura la genuina acquisizione della prova sia nella fase delle indagini che nella fase del processo;

– l’*indipendenza dei mediatori* e la loro *equiprosimità* rispetto ai partecipanti: principio cardine delle pratiche di giustizia riparativa. Mentre il giudice è terzo in quanto “neutrale”, il mediatore è terzo in quanto “sta nel mezzo”, né più in alto né più in basso, ma accanto a ogni partecipante (il termine “mediatore” non deve essere inteso come colui che cerca di “mediare” tra le parti in vista di una conciliazione, ma come colui che, appunto, nel conflitto “sta nel mezzo”).

Ritengo importante segnalare infine due importanti criteri che, soprattutto per i magistrati, dovranno guidare i loro interventi:

- 1) l’accesso ai programmi di giustizia riparativa può essere limitato soltanto in caso di *pericolo concreto per i partecipanti derivante dallo svolgimento del programma stesso* (art. 43, comma 4); il principio internazionale di libera accessibilità ai programmi riparativi è tendenzialmente assoluto, ma vede come unico limite il pericolo per l’incolumità dei partecipanti e, dunque, il giudice potrà impedire l’accesso ai centri allorché dalla partecipazione stessa al programma

possa derivare un qualche concreto pericolo all'autore del reato (si veda, in questo senso, anche il nuovo art. 129-bis, comma 3, cpp);

2) la mancata effettuazione del programma, l'interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo *non producono effetti sfavorevoli* nei confronti della persona indicata come autore dell'offesa (art. 58, comma 2); questo significa che, nell'ambito del procedimento penale, solo il raggiungimento di un "esito riparativo" può svolgere alcuni effetti a favore dell'imputato e del condannato, essendo l'intera disciplina organica della giustizia riparativa innestata nel procedimento penale pervasa dal divieto di valutazione *in malam partem* dell'eventuale fallimento del programma, colpevole o incolpevole che possa essere (sia nel senso della mancata partecipazione che nel senso del mancato raggiungimento di un esito riparativo); credo che questa traduzione normativa di un principio fondamentale già a livello sopranazionale renda perfettamente compatibile l'innesto della giustizia riparativa con i principi regolatori del procedimento penale italiano, primo fra tutti quello della presunzione di innocenza.

Vi è poi tutta la disciplina che riguarda i diritti, le garanzie e i doveri dei partecipanti, i doveri dei mediatori, la disciplina sullo svolgimento dei programmi, quella sulla valutazione dell'esito dei programmi da parte dell'autorità giudiziaria, gli innesti processuali e sostanziali, le leggi speciali, la fase esecutiva (con l'introduzione di un nuovo articolo nell'o.p.) e, infine, la formazione e i requisiti dei mediatori esperti.

Restano, in conclusione, due brevi osservazioni.

In primo luogo, con questa disciplina organica possiamo finalmente affermare, chiarendo un diffuso equivoco ancora esistente, che cosa "non è" giustizia riparativa. Non lo sono il risarcimento del danno, i lavori di pubblica utilità, le attività di volontariato sociale (in questi due ultimi casi si tratta, anche nel sentire comune, più di un peso inflitto al condannato per attenuarne il senso di libertà che di un fattivo impegno volto a promuoverne individualmente il senso di responsabilità, e dunque essi si inscrivono oggi ancora in un'ottica retributiva o di coercizione, che sono l'antitesi della giustizia riparativa), la *probation* propriamente detta (quella processuale della messa alla prova e quella *in executivis* dell'affidamento in prova al servizio sociale). La giustizia riparativa non è la retribuzione del terzo millennio né un alleggerimento della risposta sanzionatoria, non è un contrappasso che risponde a una logica tutta retributiva. Dovremo dunque abituarci sempre più alla distinzione terminologica tra "riparativo" e "riparatorio", tenendo presente che se il risarcimento del danno lo può attuare solo chi ha mezzi economici sufficienti, la riparazione invece la può attuare chiunque. Quindi, innanzitutto, la riparazione non è di classe.

Infine il giudice, che da distributore di pene inflitte e subite si colloca, anche grazie alla giustizia riparativa, su un piano diverso, compiendo – senza perdere minimamente la sua neutralità – il difficile e prezioso cammino verso una ricomposizione che riqualifica sia il senso di un processo giusto che il senso stesso della pena inflitta.

Commento al titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 sulla disciplina organica della giustizia riparativa

di *Marco Bouchard*

Uno dei tratti di maggiore novità della riforma Cartabia è dato dall'innesto nel sistema della cd. *giustizia riparativa*. Il contributo ripercorre la disciplina introdotta dalla riforma, si concentra sui necessari chiarimenti definitivi e concettuali, ragiona sulle modalità di funzionamento dell'innesto della giustizia riparativa nel giudizio di cognizione e nella fase esecutiva. Il quadro d'insieme restituisce l'immagine di una riforma che – in potenza – può avvicinare il sistema penale agli obiettivi ad esso assegnati dalla Carta costituzionale; peraltro, si intravedono alcuni rischi di sottovalutazione dei bisogni di tutela delle vittime di reato. Il contributo, poi, non manca di soffermarsi sugli aspetti organizzativi e sull'investimento formativo e di risorse che dovrà necessariamente accompagnare la riforma.

1. Lo stato dell'arte all'alba della riforma / 2. Giustizia riparativa: una riforma nell'interesse delle vittime? / 3. Le definizioni / 3.1. Definizione di giustizia riparativa / 3.2. Definizione di vittima / 4. Cosa s'intende per "riparazione" / 5. L'accesso / 5.1. Il discusso art. 129-bis cpp / 5.2. Il riconoscimento dei fatti / 6. Il diritto all'informazione e l'invio al centro di giustizia riparativa / 7. I programmi di giustizia riparativa / 8. La vittima surrogata / 9. Lo svolgimento degli incontri / 10. Gli esiti / 11. L'organizzazione

1. Lo stato dell'arte all'alba della riforma

Il titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 introduce nel nostro sistema penale una disciplina organica della giustizia riparativa. Occorre rendere merito alla Ministra della giustizia dell'epoca, Marta Cartabia, di aver mantenuto fede – grazie alla sua indubbia determinazione – alla promessa contenuta nelle linee programmatiche dell'azione di governo sulla giustizia nel marzo 2021¹. Tra gli obiettivi c'era, appunto, quello di «mettere a sistema le

esperienze di giustizia riparativa», sparse sul nostro territorio in modo non sistematico e fondate su disposizioni sconnesse e frammentarie, disseminate tra i testi sulla giustizia minorile, sulla giustizia di pace e con qualche bagliore nel procedimento ordinario di cognizione e in sede di esecuzione penale.

A dire il vero, un primo tentativo di sistematizzazione della materia era stato fatto dal Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità con l'adozione di «*Linee di indirizzo in materia di giustizia riparativa e tutela delle vittime di reato*»², tenuto conto che,

1. https://i2.res.240.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE24ORE/QUOTIDIANI_VERTICALI/Online/_Oggetti_Embedded/Documenti/2021/03/19/Cartabia%20Linee%20programmatiche%20marzo%202021%20totale%2018_03%20Senato.pdf.

2. www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?contentId=SPS322404&previousPage=mg_2_5_11.

secondo il riparto di competenze all'interno del Ministero della giustizia, il Dpr 15 giugno 2015, n. 84 e il dm 17 novembre 2015 avevano previsto un coordinamento tra uffici ministeriali per promuovere la giustizia riparativa e, in particolare, la mediazione penale³.

Nonostante una certa enfasi riferita all'esistenza di «ampie (...) forme di sperimentazione di successo», mancano dati precisi sulla consistenza e qualità dei progetti in atto. Solo recentemente è stata pubblicata una ricerca con un minimo di attendibilità, mediante una ricognizione sui programmi di giustizia riparativa realizzati in Italia nel 2019 e nel 2020⁴. Dall'indagine emerge innanzitutto il dato, prevedibile, che assegna alla giustizia minorile un netto primato (60% del totale) nella realizzazione di programmi riparativi⁵, rispetto a quelli omologhi adottati nella giurisdizione ordinaria. Benché vi siano molte incertezze nella catalogazione delle misure riparative, è stata registrata una chiara preferenza per due tipi di programmi: da un lato, le *attività riparative a favore della vittima o della comunità coerenti con il reato* e, dall'altro, la *mediazione penale*. Nell'area minorile ci sono state 710 attività riparative e 800 mediazioni penali; nell'area adulti 550 attività riparative e 320 mediazioni penali. Più contenuti numericamente sono i *gruppi di sensibilizzazione per autori di reato* (che prevalgono tra gli adulti) e la *mediazione allargata/gruppi di discussione*⁶. Da ultimo, si segnalano gli *incontri di ascolto con le vittime di reato* che suscitano un certo interesse tra i minori (400 casi), decisamente scarso (30 casi) tra gli adulti.

La *mediazione penale* nella giustizia minorile contempla nell'80% dei casi l'incontro diretto tra le parti coinvolte, mentre tra gli adulti raggiunge appena il 40% dei casi, il 28% nella forma indiretta (senza contatto diretto tra le parti) e il 20% con il ricorso a una persona offesa da un reato diverso da quello contestato alla persona indicata come autore del fatto.

Un dato estremamente importante riguarda il rapporto tra l'invio disposto dall'autorità giudiziaria

e la reale fattibilità della mediazione: nella giustizia ordinaria tocca il 40% dei casi con un'incidenza preoccupante (non meglio precisata) di esiti negativi⁷.

Ben poco viene detto sulle caratteristiche delle vittime per una carenza di informazioni raccolte.

Qualche notizia più chiara riguarda il contesto procedimentale: i programmi riparativi vengono applicati agli adulti nella maggioranza dei casi nella fase della sospensione del processo con messa alla prova e nel 35% dei casi in fase esecutiva.

Questa premessa statistica appare doverosa per comprendere l'effettivo impatto della riforma sul sistema penale italiano, le potenzialità applicative e le eventuali criticità.

2. Giustizia riparativa: una riforma nell'interesse delle vittime?

Fin dalla presentazione del programma di governo sulla giustizia penale, la Ministra Cartabia ha fatto una precisa scelta di campo a favore di un sistema "riparativo" complementare al processo ordinario. La legge delega e il decreto legislativo hanno disciplinato questa complementarità, il cui fondamento rivela, altresì, la natura della giustizia riparativa. Infatti la giustizia riparativa, per ragioni logico-normative, non potrebbe «assurgere a paradigma autonomo di soluzione dei conflitti aventi rilevanza penale perché laddove le parti non intendano partecipare ad alcun percorso di giustizia riparativa il conflitto rimarrebbe irrisolto e il reato impunito»⁸. Non è pensabile una giustizia riparativa senza il presupposto dell'assoluta volontarietà dell'adesione ai suoi programmi, così come non è pensabile al di fuori dell'obbligatorietà e della coercibilità del diritto penale. Inoltre, la giustizia riparativa non possiede «un autonomo corpo di precetti, alla cui luce applicare i metodi di soluzione dei conflitti su base dialogica»⁹: in altri termini, non può essere disciplinata come branca autonoma del diritto. Non esiste un diritto riparativo.

3. Alcune osservazioni sui compiti "promozionali" del Ministero della giustizia in questa materia erano state sviluppate in questa *Rivista trimestrale*: vds. M. Boucharde e F. Fiorentin, *Sulla giustizia riparativa*, 23 novembre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/sulla-giustizia-riparativa).

4. Mi riferisco al 2° *Rapporto nazionale sulla Giustizia riparativa in area penale*, curato da I. Mastropasqua e N. Buccellato, in *Quaderni dell'Osservatorio sulla devianza minorile in Europa* (Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità - Centro europeo di studi di Nisida), Gangemi, Roma, giugno 2022.

5. *Ivi*, p. 164.

6. *Ivi*, p. 165.

7. *Ivi*, p. 167.

8. G. Mannozi e G.A. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 369.

9. *Ivi*, p. 370.

Questa complementarità non muta, certamente, le finalità del diritto penale e gli scopi del processo penale. Tuttavia, arricchisce il sistema penale di una inedita funzione “riparativa” che, in tesi, si vorrebbe attenta agli interessi delle vittime, senza far venir meno i diritti di garanzia dell'accusato e del condannato.

L'attenzione verso le vittime è uno dei cardini della legge delega, laddove il Governo veniva incaricato di introdurre una disciplina della giustizia riparativa «nel rispetto delle disposizioni della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012», che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. Credo, pertanto, che una seria analisi critica della riforma “riparativa” debba proporsi come obiettivo primario la verifica del “rispetto” dei diritti e degli interessi delle vittime. In altri termini, si tratta di accertare se la disciplina organica voluta dal legislatore delegante assicuri nel percorso normativo della giustizia riparativa pari dignità alla vittima e alla persona indicata come l'autore del reato. Mentre nel procedimento penale prevale la regola garantista a tutela dell'accusato quale soggetto debole nel rapporto con l'autorità pubblica che lo sottopone, contro la sua volontà, agli accertamenti previsti dalla legge¹⁰, il percorso riparativo è fondato sulla volontarietà dell'accesso e sull'equidistanza orizzontale delle parti, entrambi garantiti dall'assenza di giudizio da parte del terzo mediatore.

La prospettiva della vittima è fondamentale per due motivi: uno politico e l'altro giuridico, che si mescolano tra loro. Sul sito del Ministero della giustizia, il 4 agosto 2022, il decreto legislativo appena approvato dal Consiglio dei ministri veniva presentato in questo modo: «*La giustizia riparativa si affianca, senza sostituirsi, al processo penale, nell'interesse delle vittime dei reati*». Autore e comunità non vengono citati. Il messaggio è chiaro: le ragioni della persona accusata o condannata e della comunità sono variamente garantite dalle norme esistenti. La giustizia riparativa offre finalmente alla vittima quello spazio e quelle risposte che il processo non può garantire: e si tratta di uno spazio condiviso con gli altri protagonisti per trovare risposte che rafforzino le relazioni personali e sociali.

L'esigenza proclamata nella legge delega di rispettare le disposizioni della direttiva 2012/29/UE non è, dunque, una mera clausola di stile, ma il segno di un intento di soddisfare bisogni che il processo ordinario non prende neppure in considerazione. Il legislatore, tuttavia, è ben consapevole che la direttiva 2012/29/UE non è la fonte eurounitaria per una

disciplina nazionale della giustizia riparativa, bensì il quadro transnazionale istitutivo di norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. La fonte internazionale più pertinente – per quanto priva di efficacia vincolante – è la raccomandazione del 2018 sulla giustizia riparativa, di cui troviamo frequenti citazioni nella relazione illustrativa del decreto legislativo n. 150.

Penso, però, che un'analisi completa della riforma “riparativa” non possa eludere un interrogativo di fondo: qual è effettivamente la politica nazionale in materia di vittime di reato? Certo: il legislatore delegante non ha incaricato il Governo di provvedere a una disciplina organica per le vittime di reato, per quanto abbia stabilito il principio dell'accesso alla giustizia riparativa «*senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità*» (art. 1, comma 18, lett. c della legge 27 settembre 2021, n. 134). Tuttavia, poiché la giustizia riparativa si prefigge l'obiettivo di risolvere le «questioni derivanti dal reato» – secondo una formula orribile ripresa dal decreto n. 150 – bisognerà pur chiedersi quali sono, secondo lo Stato italiano, le conseguenze del reato per le vittime cui corrispondono degli obblighi per l'autorità pubblica di intervenire positivamente e, in particolare, quali – tra quelle conseguenze – possono essere affrontate mediante i programmi di giustizia riparativa.

È una domanda importante perché – posso anticiparlo – il legislatore delegato ha fatto una scelta particolarmente restrittiva sia nell'individuazione dei programmi che soddisfino i canoni della giustizia riparativa sia nell'escludere la figura del facilitatore tra gli attori delle attività riparative: l'art. 53 del decreto n. 150 prevede solo programmi declinati sul paradigma dell'incontro, della relazione dialogica tra le parti, modellata – a sua volta – sull'archetipo della mediazione diretta, dove il “riparare” si fonda essenzialmente sul lavoro della parola e della possibile comprensione di quanto accaduto. Con la giustizia riparativa non si riparano le altre conseguenze del reato che costituiscono comunque il danno e il pregiudizio subito. È dunque chiaro che, mentre la giustizia ordinaria offre alla vittima un eventuale accertamento dei fatti, un eventuale sanzione e un eventuale ristoro materiale, la giustizia riparativa offre uno spazio di parola fondato sulla possibilità del recupero di una relazione accettabile con l'altro. Tutti gli altri interessi determinati dall'aver subito un'offesa costituente reato rimangono impregiudicati: informazioni, consigli, assistenza in materia di diritti di accesso ai sistemi nazionali di risarcimento e preparazione in vista di un eventuale processo, informazioni e invio presso servizi specialistici, sostegno

10. Secondo L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, p. 329: «*la legge penale è giustificata in quanto legge del più debole, finalizzata alla tutela dei suoi diritti contro la violenza arbitraria*».

emotivo e psicologico, consigli su aspetti finanziari e pratici, consigli sul rischio di vittimizzazione (art. 9 direttiva 2012/29/UE).

È importante precisare questo aspetto perché molti commentatori autorevoli ricorrono a espressioni fin troppo enfatiche nel descrivere la potenza benefica della giustizia riparativa: si parla di «*rigenerazione esistenziale*», di «*rafforzamento del sé*», di «*negazione del sé per fare spazio alle istanze dell'altro*»¹¹; la stessa *Relazione* illustrativa al decreto si avventura ad attribuire al mediatore competenze idonee a garantire «*la rielaborazione di eventi traumatici*»¹², confondendo funzioni cliniche specialistiche con i compiti mediativi, per quanto professionalizzati. In altri termini: c'è il rischio concreto che la giustizia riparativa venga presentata come lo strumento taumaturgico per la soddisfazione di tutte quelle attese che la giustizia ordinaria non può appagare.

La giustizia riparativa in un sistema penale ha una funzione molto circoscritta, per quanto simbolicamente potente, e per preservarne la sua qualità ed efficacia non deve esserne alterata la natura.

Se, però, mettiamo a confronto alcune centinaia di programmi riparativi l'anno con le centinaia di migliaia – se non i milioni – di vittime l'anno, viene abbastanza naturale chiedersi come mai la politica italiana non abbia pensato di privilegiare l'attuazione della direttiva 2012/29/UE che ha, invece, efficacia vincolante; come mai avremo a breve servizi di giustizia riparativa diffusi uniformemente nel nostro Paese e non servizi di assistenza alle vittime che dovrebbero garantire bisogni e necessità ben più complessi ed urgenti e decisivi nel sanare profonde ferite e nel favorire rapporti fiduciosi tra gli offesi e le istituzioni.

Occorre chiedersi come mai la politica abbia deciso di investire strategicamente ed economicamente, nelle circostanze favorevoli offerte dal PNRR, in una riforma destinata a coinvolgere un numero estremamente limitato di persone e di fenomeni marginali della criminalità, come dimostrano le statistiche elaborate dal Dipartimento della giustizia minorile e di comunità e di cui si è dato conto in precedenza. Oltretutto, benché auspicabile, nessun vincolo europeo imponeva al nostro Paese questa disciplina, non solo

organica ma anche piuttosto dettagliata. Da nazione in grave ritardo sul piano della sperimentazione della giustizia riparativa¹³, ora abbiamo la legislazione di gran lunga più articolata. Quali saranno gli effetti per un modello di giustizia che aveva nella sua spinta dal basso, nella sua spontaneità, nella valorizzazione dell'autonomia e della responsabilità delle parti nonché nella sua adattabilità alle situazioni concrete il valore supremo? Non viene il dubbio che, ancora una volta, si siano avverate le parole profetiche del fondatore della giustizia riparativa, Howard Zehr: «*il sistema di giustizia penale sembra essere così impregnato di interesse proprio, così adattativo, che accoglie ogni nuova idea, la modella e la modifica finché non si adatta agli scopi del sistema*»?¹⁴

Ma procediamo a esaminare le norme.

3. Le definizioni

3.1. Definizione di giustizia riparativa

La definizione di giustizia riparativa (art. 42, comma 1, lett. a del decreto n. 150) non pone problemi. Essa rispecchia le definizioni contenute nelle fonti internazionali, compresa quella riportata nell'art. 2, comma 1, lett. d della direttiva 2012/29/UE. Anzi: la arricchisce, valorizzando l'apporto di «*altri soggetti appartenenti alla comunità*» e specificando come il ruolo del terzo imparziale debba essere affidato a persona adeguatamente formata, denominata «*mediatore*». La precisazione del nome “mediatore” intende risolvere ambiguità derivanti dalla figura del “facilitatore”, entrata nel linguaggio corrente dei pratici e avvalorata da una fonte europea come la raccomandazione (2018)8 del Comitato dei ministri agli Stati membri sulla giustizia riparativa in materia penale e dalle linee di indirizzo del Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità del 2019.

La funzione della giustizia riparativa è descritta con la pessima formula della «*risoluzione delle questioni derivanti dal reato*». Dal reato non derivano “questioni”: non siamo di fronte a una disputa. Dal

11. R. Bartoli, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in *Sistema penale*, 29 novembre 2022.

12. Vds. la *Relazione illustrativa al d.lgs 10 ottobre 2022, n. 150*, in *G.U., Supplemento straordinario* n. 5, 19 ottobre 2022, p. 556, commento art. 59 («*Formazione dei mediatori esperti in programmi di giustizia riparativa*»).

13. I primi casi in Europa sono stati registrati negli anni settanta e ottanta del secolo scorso, in Inghilterra, Norvegia e Finlandia, mentre in Italia compaiono agli inizi degli anni novanta.

14. H. Zehr, *Retributive Justice, restorative justice*, in *New perspectives on crime and justice: Occasional Papers of the MCC Canada Victim Offender Ministries Program and the MCC U.S. Office of Criminal Justice*, n. 4/1985 (vds. www.antonioacasella.eu/restorative/Zehr_1985.pdf), t.n.

reato derivano conseguenze. Le più diverse. Ma sempre riferibili al danno patrimoniale o non patrimoniale subito dalla vittima. E le conseguenze si affrontano, non si risolvono. Qui pesa una risalente letteratura che identifica il reato con il conflitto e che, forse, necessita di un qualche approfondimento. Non è questa la sede per farlo. Tuttavia, se si prendono in considerazione le conseguenze di un'offesa costituente reato è più facile capire quali di esse possano essere ragionevolmente affrontate alla luce degli strumenti e delle misure che la giustizia riparativa è in grado di offrire. O meglio: in ragione degli strumenti e delle misure che il nostro legislatore ha messo a disposizione del sistema. Proprio in ragione della scelta restrittiva più volte ricordata, valeva la pena individuare una formula meno asettica e più pertinente al campo operativo dei programmi riparativi descritti nell'art. 53 del decreto n. 150.

3.2. Definizione di vittima

La vittima del reato è la persona fisica che, in conseguenza di un reato, ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale, nonché il familiare della persona fisica deceduta in conseguenza del reato e che lamenta un danno in conseguenza di quella morte (art. 42, comma 1, lett. b). Si è vittima anche a prescindere dalla presentazione di una denuncia e dall'esistenza di un procedimento penale: così è stabilito dall'art. 8, comma 5, direttiva 2012/29/UE. Il che vale ai fini dell'accesso ai servizi di assistenza alle vittime di reato. Il decreto sembra però limitare il diritto di accesso ai servizi di giustizia riparativa, prima che si instauri un procedimento penale, ai casi in cui si tratti di delitti perseguibili a querela (art. 44, comma 3 del decreto). In altri termini, in assenza di un procedimento penale, la vittima di un delitto procedibile d'ufficio potrà accedere presso un servizio di assistenza – ammesso che ve ne sia uno – ma non presso un servizio di giustizia riparativa.

Il decreto n. 150 ha esteso considerevolmente il ruolo del familiare ben oltre il perimetro stabilito dalla direttiva 2012/29/UE che, ovviamente, ha preso in considerazione solo la prospettiva della vittima. Qui c'è un dichiarato interesse di sviluppare dei programmi riparativi capaci di coinvolgere anche il contesto familiare – nel senso più lato del termi-

ne – della persona indicata come autore del fatto. La giustizia riparativa ha fatto tesoro, a livello internazionale, delle prime esperienze in Nuova Zelanda e in Australia, negli anni settanta e ottanta del secolo scorso, quando sono stati valorizzati – soprattutto nel settore minorile – i legami famigliari e comunitari per rafforzare il senso di responsabilità e di appartenenza dei giovani accusati di comportamenti illeciti. Ne parlerò più avanti.

Molto più problematica, soprattutto dal punto di vista concettuale, è l'estensione dei diritti e delle facoltà attribuite alla vittima del reato anche al «soggetto giuridico offeso dal reato» (art. 42, comma 2 del decreto). Questa equiparazione è stata definita, giustamente, «acrobatica» e «stonata»¹⁵ in relazione ai limiti imposti dalla delega, che potranno dirsi rispettati anche in ossequio ai principi della *restorative justice*, che prevedono una partecipazione della comunità non solo come promotrice di interventi reintegrativi, ma anche come soggetto collettivo offeso¹⁶. Credo, invece, al di là dei superabili profili di eccesso di delega, che questa estensione riveli una discutibile forzatura, per estensione, della definizione giuridica di «vittima» contenuta nella direttiva 2012/29/UE. La relazione ha giustificato questa equiparazione alla vittima persona fisica, quanto a diritti e facoltà, per «consentire la partecipazione ai programmi di giustizia riparativa agli enti con o senza personalità giuridica, giusta l'ampiezza del criterio di delega che apre la giustizia riparativa potenzialmente ad ogni reato, quindi anche, per esempio, agli illeciti penali con vittima “sfumata” o diffusa»¹⁷. Parlare di vittime “sfumate” o “diffuse” è, innanzitutto, poco appropriato e un po' irrisuoluto. O si è vittima o non lo si è. Evidentemente, qui si voleva far riferimento a quegli enti esponenziali di diritti e interessi, questi sì, diffusi, in quanto riferibili a una molteplicità di soggetti.

In realtà, l'art. 42, comma 2 del decreto rivela uno slittamento concettuale della nozione di “vittima” su quella di persona offesa e/o danneggiata. Non c'è alcun dubbio che un soggetto giuridico possa ritenersi offeso e/o danneggiato (basti pensare al ricorrente furto in danno di un supermercato) e, in quanto tale, esercitare i diritti e le facoltà riconosciuti alla persona offesa e alla parte civile. E, conseguentemente, aver titolo a partecipare a un programma di giustizia riparativa.

15. V. Bonini, *Una riforma organica della giustizia riparativa tra attese decennali e diffidenze contemporanee. Definizioni, principi e obiettivi (artt. 42-46)*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, Pacini, Pisa, 2022, p. 731.

16. Sulla distinzione della comunità come vittima o danneggiata, come destinatario per il rafforzamento del senso di sicurezza collettivo e come attore sociale, vds. G. Mannozi e G.A. Lodigiani, *La giustizia riparativa*, op. cit., pp. 92 ss.

17. Vds. *Relazione illustrativa*, cit., p. 532.

Ma i diritti e le facoltà della vittima sono disciplinati dalla direttiva 2012/29/UE ed essi fanno esclusivo riferimento alla persona fisica e non a quella giuridica (vittima è «una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato»: art. 2, comma 1, lett. a e i della direttiva). Quei diritti e quelle facoltà che, nel quadro della direttiva, tutelano la vittima nell'accesso ai servizi e nella partecipazione al procedimento penale, sono finalizzati a una valutazione individualizzata dei bisogni e a una diagnosi del rischio di una seconda vittimizzazione esclusivamente riferibili a una persona fisica. La distinzione tra vittima, persona offesa e persona danneggiata, a seguito dell'emanazione della direttiva, è stata fonte di notevoli difficoltà interpretative e applicative. L'individuazione di un soggetto giuridico offeso che diventi titolare degli stessi diritti e facoltà previsti per la vittima persona fisica, complica solo ulteriormente il lavoro esegetico e introduce una nozione di vittima a geometria variabile, a seconda dei servizi o delle procedure alle quali abbia accesso.

4. Cosa s'intende per "riparazione"

Il decreto n. 150 ha individuato dei precisi principi e delle finalità che segnano la profonda alterità della giustizia riparativa rispetto ai principi e alle finalità che governano il diritto e il processo penale. Il diritto penale nasce attraverso la rottura del rapporto bilaterale offeso/offensore e l'instaurazione di un rapporto trilaterale garantito da un giudice terzo imparziale, mentre la *restorative justice* recupera l'originaria radice relazionale, con il coinvolgimento della "comunità", affidando a un terzo mediatore un ruolo attivo, prossimo alle parti e, soprattutto, non giudicante. Radicalmente distanti sono anche le finalità dei due sistemi: il diritto penale è finalizzato alla prevenzione generale dei delitti e alla prevenzione generale delle pene arbitrarie o sproporzionate¹⁸; la *restorative justice* è finalizzata alla promozione del riconoscimento della vittima del reato, alla responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa e alla ricostituzione dei legami con la comunità (art. 43, comma 2 del decreto).

Poiché, però, il legislatore ha optato per un rapporto di complementarità tra i due sistemi, si tratta di comprendere, nel dettaglio, con quali tecniche è stata

garantita quella che l'art. 43, comma 1, lett. b del decreto definisce l'equa considerazione dell'interesse della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa. Si tratta di capire, nelle soluzioni normative, quale equilibrio è stato individuato tra l'aspirazione della vittima a veder soddisfatta l'aspettativa (non di giustizia ma) di riparazione e la legittima pretesa dell'accusato/condannato a non vedere compromessi nella giurisdizione i diritti di garanzia: su tutti la presunzione d'innocenza fino al giudicato irrevocabile e una pena giusta e proporzionata in caso di condanna.

Il procedimento riparativo si presenta, dunque, come una zona e un tempo franco dove operano principi, finalità e regole profondamente diverse da quelle del diritto e del processo penale: benché, paradossalmente, li presuppongano.

Innanzitutto: la partecipazione è volontaria, deve essere attiva e fondata sul consenso informato. A tutela dei diritti giurisdizionali della persona indicata come l'autore del fatto, le dichiarazioni e le attività svolte nel corso del programma riparativo restano riservate e gli esiti – in particolare, gli accordi raggiunti tra le parti – devono essere ragionevoli e proporzionati (art. 43 del decreto).

Ma cosa s'intende esattamente per "riparazione"?

Non è stata seguita la strada, proposta da Massimo Donini, di ripensare la pena in chiave riparativa, fondata su una nuova regola di parte generale individuante il *delitto riparato* come titolo autonomo da collocare a fianco del delitto tentato, e una *cornice autonoma di parte speciale* la cui misura sia tesa a rafforzare la motivazione a risolvere il conflitto¹⁹.

La riforma ha lasciato intatta la pena classica: anzi, la presuppone e la legittima.

La riforma ha preso le distanze anche dagli allargamenti delle maglie definitorie della giustizia riparativa che sono stati registrati nelle prassi di questi decenni, «senza che tali attività prevedessero alcuno scambio dialogico, alcuna messa in relazione (diretta o indiretta) fra le parti»²⁰. Si è osservato come alcune professioni (avvocati, operatori dei servizi della giustizia e del territorio di supporto agli autori come alle vittime di reato) avrebbero provato ad appropriarsi di funzioni riparative nell'esercizio della loro professione senza garantire la terzietà e l'indipendenza propria del mediatore. Non è stata accolta la definizione "lata" riportata dall'art. 59 della raccomandazione (2018)8, secondo cui la giustizia riparativa:

18. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, op. cit., p. 328.

19. M. Donini, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2/2015, p. 246. Ma si vedano le critiche mosse da G. Fiandaca, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *Sist. pen.*, 28 novembre 2020.

20. F. Brunelli, *Programmi di giustizia riparativa*, in G. Spangher (a cura di), *La Riforma Cartabia*, op. cit., pp. 756 ss.

«include approcci innovativi alla riparazione, al recupero della vittima e al reinserimento dell'autore dell'illecito. Ad esempio, programmi riparativi di comunità, consigli di riparazione, restituzioni dirette alla vittima, programmi di supporto alle vittime e ai testimoni, circoli di supporto alle vittime, gruppi terapeutici, corsi di sensibilizzazione per le vittime, educazione di detenuti e autori dell'illecito, tribunali di *problem solving*, circoli di supporto e responsabilità, cerimonie di reinserimento degli autori dell'illecito e progetti che coinvolgono gli autori dell'illecito e le loro famiglie o altre vittime di reato. Tutte queste iniziative, tra le altre, possono essere realizzate in un'ottica riparativa, se vengono svolte in conformità ai principi fondamentali della giustizia riparativa».

Il decreto n. 150 avrebbe, pertanto, operato una scelta – almeno nelle intenzioni – di purezza, dove l'esito riparativo scaturisce dallo scambio dialogico tra le parti, dove verrebbe superata la logica reo-centrica del diritto penale classico, dove le vittime farebbero «qualcosa per se stesse» e dove persino la comunità possa scegliere di essere riparata²¹.

5. L'accesso

L'accesso ai servizi di giustizia riparativa presuppone l'esistenza di un procedimento penale per i delitti procedibili d'ufficio. Qualora si tratti di delitti perseguibili a querela, l'accesso è possibile «*prima che la stessa sia proposta*» (art. 44, comma 3 del decreto). È difficile immaginare che, in questo caso, si attivi la persona indicata da una vittima come autore di reato. Un potenziale querelato che voglia prevenire la presentazione di una querela rivolgendosi a un servizio di giustizia riparativa è un'ipotesi ai limiti dell'impossibile.

È ragionevole, invece, pensare che una persona offesa possa rivolgersi a un mediatore prima di presentare una querela. È una scelta che presuppone un'informazione precisa. Tra i soggetti in grado di fornirla (art. 47, comma 2 del decreto) l'unico che potrà invogliare la vittima a percorrere quella strada è un legale. Difficilmente la polizia giudiziaria – alla quale l'offeso si rivolga – si assumerà la responsabi-

lità di distogliere la vittima dall'intenzione di querelarsi. Indicazioni in tal senso potrebbero essere offerte dai servizi di assistenza alle vittime, difficilmente reperibili sul territorio italiano.

La *Relazione* al decreto ha commentato positivamente questa facoltà per il «*reale effetto deflattivo*»²² della norma. Le maggiori perplessità di questa disposizione riguardano, però, gli sviluppi dell'eventuale accesso al centro di giustizia riparativa da parte della vittima. Come procederà il mediatore? A che titolo potrà convocare colui o colei che non risulta iscritto/a sul registro delle notizie di reato? Come si concluderà l'*iter*? Dell'attività svolta dovrà essere informato qualcuno? La *Relazione* precisa che «*restano estranee all'ambito di applicazione della presente disciplina la giustizia riparativa in ambito sociale (...) e ovviamente le altre forme di mediazione dei conflitti*»²³. Ma, in questo caso, siamo di fronte a una tipica mediazione tra privati, per un dissidio privato, da parte di un organo pubblico in funzione sociale.

Al di fuori di questa ipotesi, la regia per l'accesso al programma di giustizia riparativa spetta all'autorità giudiziaria.

In astratto, non ci sono preclusioni nell'accesso che possano dipendere dalla fattispecie di reato o dalla sua gravità, dallo stato o grado del procedimento, dall'eventuale fase esecutiva della pena o della misura di sicurezza. L'attività riparativa disciplinata dal decreto è possibile anche una volta esaurita l'esecuzione e persino nei casi di improcedibilità per difetto di una delle condizioni, anche ai sensi dell'art. 344-bis cpp, per superamento dei termini di durata massima del giudizio d'impugnazione (art. 44 del decreto).

5.1. Il discusso art. 129-bis cpp

L'innesto del programma riparativo sul procedimento penale è disciplinato dall'art. 129-bis cpp, introdotto dal decreto n. 150. È, probabilmente, l'unica norma ad aver suscitato, nel quadro di una riforma «riparativa» accolta benevolmente, qualche polemica²⁴ nel merito e qualche perplessità sulla collocazione, immediatamente successiva alla previsione codicistica dell'obbligo dell'immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità. La vittima e

21. *Ivi*, pp. 758 e 759. Secondo l'Autrice, verrebbe anche superata la visione vittimo-centrica della direttiva 2012/29/UE. In realtà, la direttiva non ha alcuna visione della giustizia riparativa come non ce l'ha della giustizia ordinaria. La direttiva si limita a stabilire quali siano i diritti delle vittime in ogni contesto con il quale entrano in contatto in conseguenza di un fatto-reato: un'autorità pubblica, non necessariamente giudiziaria, servizi di assistenza o di giustizia riparativa, forze dell'ordine, per fare solo alcuni esempi.

22. *Relazione illustrativa*, p. 538.

23. *Ibid.*

24. Mi riferisco soprattutto ai numerosi interventi, comparsi sul quotidiano *Il Dubbio* nell'estate 2022, di accademici quali Valentina Bonini e Oliviero Mazza, e di avvocati quali Lorenzo Zilletti, Michele Passione e Gianluca Gambogi.

l'imputato, personalmente o per mezzo di un procuratore speciale, possono presentare richiesta di accesso a un programma di giustizia riparativa. L'istanza verrà presentata al pubblico ministero o al giudice a seconda della fase del procedimento penale. Il giudice sente le parti, i difensori nominati e provvede con una ordinanza. Durante le indagini preliminari, il pubblico ministero provvede con decreto: non è chiaro se abbia, anch'egli, l'onere di sentire gli interessati al percorso riparativo. È auspicabile che, provenendo la richiesta dall'indagato, abbia cura di sentire la vittima e viceversa.

Il magistrato è tenuto a una triplice valutazione di ammissibilità. Innanzitutto, il programma riparativo deve essere "utile" «*alla risoluzione delle questioni derivanti dal fatto*»: sarebbe stata opportuna, almeno nella relazione, una maggior limpidezza espositiva con riferimenti più diretti al danno e/o al pregiudizio che costituiscono l'ossatura di una offesa lamentata e alle potenzialità riparative delle tecniche adottate. In secondo luogo, il magistrato dovrà assicurarsi dell'assenza di pericoli per gli interessati. Infine, il percorso riparativo non dovrà pregiudicare l'eventuale successivo accertamento dei fatti.

Il criterio dell'utilità costituisce una chiave di orientamento del magistrato in funzione della congruenza riparativa del mezzo rispetto all'offesa sottoposta al suo esame. Ciò significa che, nonostante l'universalismo della giustizia riparativa, l'adeguatezza dello strumento dovrà essere valutata in relazione a quei fatti concreti che si prestano a essere "trattati" nelle forme comunicative individuate dall'art. 53: la mediazione, il dialogo riparativo e i programmi dialogici. Non solo: nell'analisi dei "rischi" per le parti, l'utilità dovrà essere intesa anche come probabilità di successo dell'attività del mediatore. In questo senso, bisognerebbe far tesoro dei rilevamenti effettuati dal Dipartimento della giustizia minorile e di comunità sulle esperienze del recente passato²⁵, che consigliano molta cautela nell'invio, considerate le sensibili percentuali di impraticabilità del percorso mediativo.

Come intendere, invece, il riferimento al pericolo concreto per gli interessati? Le ipotesi sono infinite, anche se il pensiero corre immediatamente ai rischi di violenza fisica e psicologica che possono scaturire da qualsiasi contatto tra le parti, non adeguatamente pre-

parato. Tuttavia, questa era certamente la sede in cui il legislatore avrebbe dovuto richiamare l'importanza di una valutazione individualizzata dei rischi di seconda vittimizzazione, in tutte le sue manifestazioni considerate dalla direttiva 2012/29/UE: valutazione che non può certo essere rimessa al mediatore, proprio a tutela della sua funzione terza rispetto alle parti.

E, ancora: come intendere il pericolo per l'accertamento dei fatti? Certamente la maggiore preoccupazione riguarda il possibile condizionamento della funzione cognitiva del processo penale: l'alterazione potrebbe derivare da un pregiudizio negativo sulla responsabilità dell'imputato qualora, inviato d'ufficio al centro, non partecipi al percorso riparativo o nel caso in cui il programma termini con un esito fallimentare; l'alterazione potrebbe anche riguardare l'eventuale prova dichiarativa processuale della vittima condizionata dal confronto avuto con l'imputato durante l'incontro con il mediatore²⁶.

Questi ultimi aspetti meritano un approfondimento. Infatti, quando siano le parti a proporre e ad accettare l'invio al centro di giustizia riparativa, i rischi d'insuccesso e di ricaduta negativa per le persone e sull'eventuale seguito processuale sono ridotti al minimo. L'art. 129-bis cpp prevede, però, che l'autorità giudiziaria possa disporre d'ufficio l'invio al centro dell'imputato e della vittima. «*Il giudice che spinge l'imputato a soluzioni riparative viola la presunzione d'innocenza*»²⁷, si è sostenuto. Il timore è «*che, in ogni caso, durante la fase di cognizione, il sottrarsi alla strada individuata unilateralmente nel programma riparativo, dal pm o dal giudice, pregiudichi lo svolgimento del successivo accertamento di responsabilità secondo i canoni del giusto processo e della presunzione d'innocenza*»²⁸.

Ritengo che la previsione di un invio d'autorità dell'accusato persegua un palese obiettivo deflattivo tutte le volte che sia auspicabile una definizione anticipata nell'interesse dell'imputato. Quella norma ha certamente uno spirito paternalistico e, a dirla tutta, non credo piaccia molto neppure ai puristi della giustizia riparativa. È vero: c'è un rischio che il giudice o il pm s'infastiscano se l'imputato non si presenta al centro di mediazione. Potrebbero dispiacersi per non essere riusciti a togliersi di mezzo un fascicolo: ma, se dovessimo prendere in considerazione questi risvolti

25. Come ho ricordato in precedenza, il 2° Rapporto nazionale sulla Giustizia riparativa riferisce percentuali rilevanti di valutazioni di "non fattibilità" della mediazione rispetto agli invii dell'autorità giudiziaria: 25% nell'area minorile; 40% tra gli adulti.

26. Così la *Relazione illustrativa*, p. 578.

27. O. Mazza, *Il decreto attuativo della riforma Cartabia (ignorato dai partiti) ha vizi di costituzionalità*, *Il Dubbio*, 20 agosto 2022, ha definito apertamente la riforma «*un sistema di decisionismo processuale avente carattere anti-cognitivo e potestativo, in cui l'efficienza repressiva è il portato di un sostanzialismo etico*».

28. L. Zilletti, *Nella giustizia riparativa di Cartabia insidie che è difficile minimizzare*, *Il Dubbio*, 27 agosto 2022.

psichici del magistrato, ci inoltreremmo in una spirale inquisitoria senza fine verso i possibili pregiudizi dell'autorità giudiziaria. Atteniamoci, pertanto, alle disposizioni normative (artt. 48, 54 e 58 del decreto), concepite proprio per escludere conseguenze negative derivanti dalla mancata adesione o dal fallimento di quell'invio. Poteva essere più coerente ricalcare il meccanismo utilizzato per la sospensione del processo con messa alla prova, lasciando al solo imputato (e ora anche al pubblico ministero) la facoltà di formulare la richiesta di accedere a un programma riparativo. Si è voluto percorrere la strada dell'incentivo, esportando dall'economia comportamentale e dalla filosofia politica la tecnica del «nudge»²⁹, la «spintarella gentile», che ci ha indicato nuove prospettive nel descrivere i margini effettivi di libertà dell'individuo. Il processo penale dev'essere luogo aperto alle trasformazioni positive. Non è – ammesso che lo sia mai stato – un luogo sacro: «sacro» può esserlo l'imputato o il condannato e non mi pare che questo decreto ne calpesti i diritti. Ma qui la legge processuale si arresta per dare spazio a una parentesi governata da altre regole prive d'impatto negativo sul processo ordinario.

D'altra parte il magistrato, nell'esercizio dei suoi poteri officiosi, non potrà comunque entrare nel merito della formulazione del programma riparativo. Un conto è la valutazione di ammissibilità del percorso riparativo che rientra nelle competenze dell'autorità giudiziaria, altro è la valutazione di fattibilità che appartiene alle competenze dei mediatori e che costituisce un segmento della fase preparatoria del programma «quando – dopo aver conosciuto le parti, aver ascoltato le narrazioni di ciascuna ed eventualmente essersi anche confrontati con i rispettivi legali, e dopo aver raccolto il consenso dei diretti interessati – anche il mediatore opera una propria valutazione»³⁰. Le statistiche offerte dal Dipartimento di giustizia minorile e di comunità segnalano una quota importante di programmi ritenuti non fattibili dai mediatori, soprattutto nella giurisdizione ordinaria. Certamente ci vorrà del tempo perché il linguaggio e la cultura dei magistrati entri in sintonia con il lavoro dei mediatori (e viceversa) e si possa, così, contenere il numero delle «restituzioni»: in ogni caso, occorre assumere l'impossibilità di un percorso riparativo, così come la sua interruzione o il suo esito negativo, non già come uno scacco, un fallimento destinato a ripercuotersi negativamente sul processo o sulla vita

delle persone, bensì come un'occasione che segna gli incontri tra persone e luoghi, lascia tracce, rappresenta un'utilità su cui riflettere e destinata ad appartenere al patrimonio morale della persona. Si tratta di un'occasione che vale la pena sfruttare piuttosto che perdere: così sosteneva uno dei padri della mediazione francese, Jean François Six³¹.

In realtà, se una critica deve essere mossa, essa non attiene tanto alle garanzie dell'accusato quanto alla tutela della vittima. È curioso che, di fronte a una disciplina organica della giustizia riparativa che «*si affianca, senza sostituirsi, al processo penale, nell'interesse della vittima di reati*»³² (comunicato ufficiale del Ministero della giustizia, 5 agosto 2022), nessuno abbia commentato l'art. 129-bis cpp rispetto al ruolo dell'offeso. Il giudice infatti, in vista dell'invio, è tenuto a sentire le parti e i difensori nominati. Non la vittima. Insolita asimmetria, posto che il luogo di destinazione degli inviati presuppone la loro pari dignità. Ancor più preoccupante è la spiegazione offerta dalla *Relazione* allo schema di decreto: «*non appesantire eccessivamente il procedimento onerando il giudice della ricerca della vittima e della sua audizione*»³³: una pietra d'inciampo, certo non un soggetto di diritti. Ci sarà dunque, per questa via, un programma di giustizia riparativa senza vittima? E nell'interesse di chi? Fin dall'*incipit*, questa riforma «riparativa» – contrariamente alle affermazioni di principio – non è stata concepita nel rispetto dell'equilibrio degli interessi in gioco e della pari dignità delle parti sostanziali.

5.2. Il riconoscimento dei fatti

L'esame della regolamentazione dell'accesso ai programmi di giustizia riparativa non sarebbe completo se non si affrontasse la questione «sensibile» del riconoscimento dei fatti quale condizione per la partecipazione al programma di giustizia riparativa.

Le fonti europee sono piuttosto chiare.

Il § 30 della raccomandazione (2018)8 prevede che la partecipazione ai percorsi di giustizia riparativa dovrebbe avere come «*punto di partenza (...) generalmente il riconoscimento a opera delle parti dei fatti principali della vicenda*».

L'art. 12, comma 1, lett. c della direttiva 2012/29/UE stabilisce che la vittima possa avere accesso ai servizi di giustizia riparativa a condizione che «*l'autore del reato [abbia] riconosciuto i fatti essenziali del caso*».

29. R.H. Thaler e C.R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, Feltrinelli, Milano, 2014.

30. F. Brunelli, *Programmi*, op. cit., p. 765.

31. J.-F. Six, *Le temps des médiateurs*, Seuil, Parigi, 2015.

32. Comunicato ufficiale del Ministero della giustizia, 5 agosto 2022.

33. Così la *Relazione illustrativa*, pp. 577-578.

La legge delega e il decreto n. 150 tacciono sul punto. È pacifico che il silenzio sia voluto al fine di garantire la persona indicata come autore del fatto da qualsiasi violazione della presunzione di non colpevolezza nel procedimento penale (art. 27, comma 2, Cost.). Il nostro legislatore, pertanto, non ha inteso accontentarsi di una clausola protettiva come quella sulla inutilizzabilità delle dichiarazioni o delle informazioni emerse nel corso del programma (art. 51 del decreto) o quella sull'improduttività di effetti sfavorevoli del programma nei confronti della persona indicata come autore dell'offesa (art. 58 del decreto). Ha proprio voluto escludere qualunque riconoscimento dei fatti (essenziali o principali) sia da parte dell'autore che da parte della vittima quale condizione per l'accesso alla giustizia riparativa.

Si è osservato come l'oggetto del percorso riparativo non sia «*il fatto reato e la sua ascrizione all'imputato, bensì l'offesa e il superamento delle conseguenze di questa*»³⁴. Qui non si tratterebbe di accertare dei fatti, dunque, ma una vicenda in cui il riconoscimento dell'altro e dei suoi bisogni è piuttosto un orizzonte verso il quale dirigersi e non un presupposto per l'accesso all'incontro tra le parti. Si è aggiunto che il silenzio del legislatore è «teso a rimarcare la separazione tra giustizia riparativa e processo e rafforzare la salvaguardia del principio di presunzione di innocenza»³⁵.

La questione, a mio avviso, va affrontata chiarendo quale sia la natura del procedimento riparativo perché, è di tutta evidenza, non è un procedimento giurisdizionale. Il programma riparativo e le attività che gli sono propri appartengono all'ordine di un servizio pubblico di cura della relazione tra persone, non diversamente da altri servizi di cura relazionale ormai diffusi in diversi settori della sanità e del sociale. Ciò significa che all'interno del procedimento riparativo operano regole non mutuabili da quelle del processo penale. Anzi, operano regole incompatibili con quelle del processo penale: volontarietà, equa considerazione degli interessi tra autore e vittima, consensualità, riservatezza, segretezza.

Ma proprio perché l'oggetto e la finalità del percorso riparativo sono completamente diversi da quelli del processo penale, non possono operare gli stessi principi. Il commento ufficiale alla raccomandazione (2018)8³⁶ ci spiega che, in assenza del riconoscimento dei fatti principali ad opera delle parti, «*la possibili-*

té de parvenir à un accord est limitée et le risque de victimisation augmente». Non è in questione la colpevolezza, non si tratta di responsabilità giuridica. La partecipazione al programma riparativo o le dichiarazioni rese durante il percorso riparativo non possono essere usate come prova della responsabilità penale. L'accesso alla giustizia riparativa è oggetto di una libera scelta che, si ripete, non può avere alcun effetto sfavorevole per l'accusato nel procedimento penale.

Dunque: il regime di complementarità tra procedimento penale e procedimento riparativo deve prevedere il rispetto reciproco di principi differenti affinché non ci sia una contaminazione dannosa tra gli autonomi territori. Così come il processo penale è retto da un principio di pubblicità e di controllo delle garanzie assicurate all'accusato incompatibile con l'intimità della stanza dei mediatori, così il procedimento riparativo è retto da un principio di riservatezza incompatibile con la formazione di prove dichiarative nel pubblico dibattito.

Va qui osservata una differenza non lieve tra il § 30 della raccomandazione (2018)8 e l'art. 12, lett. c della direttiva 2012/29/UE, che forse può aiutarci nell'affrontare il nodo della questione. La raccomandazione (2018)8 fornisce un'indicazione generale che riguarda le parti, affinché il riconoscimento dei fatti principali della vicenda costituisca il «punto di partenza» – non il punto d'arrivo – del percorso riparativo. L'avverbio «generalmente», l'aggettivo «principali» riferito ai fatti e il sostantivo «vicenda», in luogo di «reato» o di «offesa», illustrano perfettamente la preoccupazione di rendere efficace e non meramente formale l'incontro tra i protagonisti dei fatti, stemperando ogni ricorso alle definizioni giuridiche che possano richiamare il contesto penalistico. In altri termini: la raccomandazione (2018)8 vuole assicurare la più ampia libertà e volontarietà nella partecipazione delle parti all'incontro tra loro e con i mediatori e, al tempo stesso, un approccio convergente cognitivo ed emotivo in ordine a quanto accaduto, senza il quale il lavoro dei mediatori sarebbe votato all'insuccesso. Così posta la prospettiva interpretativa, si comprende bene come il riconoscimento dei fatti principali non si pone come presupposto di ammissibilità, bensì di fattibilità del programma riparativo.

Per contro, la direttiva 2012/29/UE concentra la propria attenzione sull'onere che ricade sull'autore del reato (per noi, sulla persona indicata come autore

34. V. Bonini, *Una riforma organica*, op. cit., p. 733.

35. F. Brunelli, *Programmi*, op. cit., p. 772.

36. Vds. *Commentaire à la Recommandation CM/Rec (2018) XX du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la justice restaurative en matière pénale*, Strasburgo, 20 aprile 2018 (<https://rm.coe.int/pc-cp-2017-12-f-rev-5-commentaire-a-la-recommandation-cm-rec-2018-xx-r/16807bcf61>).

dell'offesa) qualora la vittima scelga di partecipare a un procedimento di giustizia riparativa: deve riconoscere i fatti essenziali del caso. A parte le differenze linguistiche («essenziali» in luogo di «principali»; «caso» in luogo di «vicenda»), nella direttiva muta completamente la prospettiva rispetto alla raccomandazione. Mentre per quest'ultima, come si è detto, l'obiettivo è costituito dal risultato auspicabile (il successo dell'incontro e della riparazione), per la direttiva l'obiettivo è costituito dalla tutela dei diritti della vittima, affinché non sia esposta al rischio di «vittimizzazione secondaria e ripetuta, dall'intimidazione e dalle ritorsioni». Poiché l'incontro con chi nega persino la stessa sussistenza di un «caso» o di una «vicenda» comune alle parti o nega la sua partecipazione a «fatti» che riguardino la vittima costituisce un evidente rischio di seconda vittimizzazione, appare del tutto convincente la scelta normativa della direttiva di pretendere questa e altre «garanzie» («Diritto a garanzie» è il titolo dell'art. 12) a tutela della partecipazione della persona offesa al procedimento riparativo.

Qui è importante ricordare che la direttiva non propone una visione vittimocentrica della giustizia riparativa, così come non prende partito a favore di una concezione accusatoria o inquisitoria del procedimento penale o, ancora, di un sistema penale fondato sull'obbligatorietà o discrezionalità dell'esercizio dell'azione penale. La direttiva si limita a preservare la vittima dai rischi di seconda vittimizzazione, qualunque sia il contesto procedimentale nel quale la vittima venga a trovarsi, volontariamente (ad esempio, all'interno di un programma riparativo) o meno (ad esempio, in occasione di una testimonianza).

E, tuttavia, non vi è dubbio che l'art. 12 della direttiva, nella parte in cui pone come condizione per la partecipazione della vittima al procedimento riparativo il riconoscimento dei fatti essenziali del caso da parte dell'autore, sia disposizione *self executing*, non risultando inserito – come stabilito in altre norme della direttiva – il rinvio al diritto nazionale³⁷. Pertanto: tutte le volte che venga coinvolta una vittima diretta dovrà intervenire la garanzia suddetta, fatta salva – ovviamente – un'espressa rinuncia da parte dell'offeso a volersene avvalere.

L'accertamento della sussistenza di tale garanzia dev'essere, però, una prerogativa attribuita ai mediatori e non all'autorità giudiziaria perché costituisce una condizione di fattibilità, come indicato dalla rac-

comandazione (2018)⁸, e non di ammissibilità. Mentre l'ammissibilità del percorso riparativo comporta un controllo di legalità riservato alle competenze del magistrato, la fattibilità – la cui funzione è salvaguardata dal filtro dell'autorità giudiziaria – esige invece competenze specifiche rientranti nell'abilità del mediatore. È vero che tutti i Paesi europei che disciplinano la giustizia riparativa impongono quel presupposto³⁸ e, in alcuni casi, prevedono addirittura l'ammissione dei fatti, la confessione o l'assunzione della responsabilità penale. Se, però, la cultura processualpenalistica italiana si distingue proprio per l'attenzione e la sensibilità particolare alle garanzie dell'accusato, la soluzione che qui si propone mi pare possa felicemente contemperare le chiare indicazioni delle fonti europee con le caratteristiche proprie del nostro ordinamento vivente. Spetterà, dunque, ai mediatori condividere delle linee-guida per meglio definire i criteri di fattibilità dei programmi riparativi.

Sulla base di queste considerazioni è possibile, allora, affermare che:

- 1) il riconoscimento dei fatti costituisce un punto di partenza e non di arrivo per il procedimento riparativo;
- 2) è largamente preferibile che il procedimento riparativo si fondi su questo riconoscimento, ma esso non costituisce un presupposto indispensabile e vincolante, data la molteplicità dei possibili programmi riparativi;
- 3) tuttavia, qualora venga coinvolta la vittima diretta, occorrerà verificare se l'atteggiamento della persona indicata come autore del fatto neghi la sussistenza stessa dei fatti, in senso lato, o la sua partecipazione, esponendo così la vittima a un rischio di vittimizzazione;
- 4) tale verifica rientra nei compiti del servizio di giustizia riparativa nell'ambito della valutazione di fattibilità riservata, appunto, ai mediatori.

6. Il diritto all'informazione e l'invio al centro di giustizia riparativa

Come vittima e persona indicata come autore del reato vengono messe a conoscenza della possibilità di accedere a un programma di giustizia riparativa?

Per la persona offesa, secondo la tradizione formalistica italiana, l'art. 90-bis cpp si arricchisce di

37. S. Allegrezza, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in L. Luparia (a cura di), *Lo Statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, CEDAM-Wolters Kluwer, Milano, 2015, p. 5. In giurisprudenza, Trib. Torino, sez. gip, ord. 28 gennaio 2014, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2014; Corte appello Catania, 15 luglio 2021, in *La Magistratura* (https://lamagistratura.it/giurisprudenza-di-merito/?meta_entegiudicanteeluogo=Corte%20di%20appello%20di%20Catania).

38. F. Dünkler - J. Grzywa-Holten - P. Horsfield, *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach, 2015.

ulteriori due obblighi informativi (oltre ai precedenti quattordici) a carico dell'autorità procedente per segnalare il possibile accesso a programmi di giustizia riparativa: si tratta di obblighi che verranno assolti nella solita comunicazione cartacea. Per la vittima di reato – qualora non coincida con la persona offesa – è stato inserito un apposito art. 90-*bis*.1 cpp.

Per l'accusato, l'indicazione è assicurata dal pubblico ministero attraverso l'informazione di garanzia (art. 369, comma 1-*ter*, cpp), dalla polizia giudiziaria in sede di arresto o fermo (art. 386, comma 1, lett. *i-bis*, cpp), con il decreto di fissazione dell'udienza a seguito di richiesta di applicazione della pena (art. 447 cpp), con il decreto di condanna (art. 460, comma 1, lett. *h-bis*, cpp).

Indagato e persona offesa sono informati attraverso la richiesta di archiviazione (art. 408, comma 3, cpp), con il provvedimento del giudice che non accoglie la richiesta di archiviazione (art. 409, comma 2, cpp), con l'avviso di conclusione delle indagini (art. 415-*bis* cpp), con l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare (art. 419, comma 3-*bis*, cpp), con il decreto che dispone il giudizio (artt. 429, comma 1, lett. *d-bis*, cpp e 552, comma 1, lett. *h-bis*, cpp) e con il decreto di citazione per il giudizio d'appello (art. 601, comma 3, cpp).

Il programma allegato all'istanza di messa alla prova potrà contenere lo svolgimento di programmi di giustizia riparativa (art. 464-*bis*, lett. *c*, cpp).

Il condannato dovrà essere informato della possibilità di ricorrere a programmi di giustizia riparativa con l'ordine di esecuzione delle pene detentive (art. 656 cpp) e delle pene pecuniarie (art. 660 cpp).

Chi dispone l'invio della vittima e della persona indicata come autore dell'offesa al centro di giustizia riparativa?

Il pubblico ministero provvede con decreto nella fase delle indagini preliminari; a seguito del decreto di citazione diretta a giudizio, provvede il giudice delle indagini preliminari fino a quando il fascicolo non sia fisicamente nella disponibilità del giudice del dibattimento. Anche a seguito della sentenza, la regola sulla competenza a decidere è fissata in base alla disponibilità del fascicolo. Durante la pendenza del ricorso in cassazione, decide il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato (art. 45-*ter* disp. att. cpp).

I programmi di giustizia riparativa vengono favoriti nei piani di trattamento tanto per i condannati quanto per gli internati (art. 13 o.p.). La norma è rivolta innanzitutto agli operatori dell'ordinamento penitenziario, ma la *Relazione* al decreto circonda la prospettiva con molte cautele: l'accesso deve essere assoluta-

mente volontario, occorre evitare ricadute negative sul piano dei benefici, soprattutto quando il mancato svolgimento degli incontri dialogici sia dipeso dall'indisponibilità di una delle parti. La giustizia riparativa – si precisa – non deve «*essere confusa con gli strumenti del trattamento penitenziario ma nello stesso tempo obbliga le autorità pubbliche a favorire, proprio nella cornice tracciata dal trattamento, il ricorso libero e spontaneo a percorsi di giustizia riparativa*»³⁹.

Sempre in sede esecutiva, l'autorità giudiziaria di sorveglianza può disporre l'invio di condannati e internati a programmi di giustizia riparativa la cui partecipazione e il cui eventuale esito positivo vengono valutati ai fini dell'assegnazione al lavoro all'esterno, della concessione di permessi premio e delle misure alternative alla detenzione, della liberazione condizionale nonché dell'eventuale esito positivo dell'affidamento in prova (artt. 15-*bis* e 47 o.p.). Una previsione simile è stata introdotta con le modifiche apportate nell'ordinamento giudiziario minorile (artt. 1 e 1-*bis* d.lgs 2 ottobre 2018, n. 121). Secondo la *Relazione*, l'introduzione di un'autonoma disciplina "riparativa" nella fase esecutiva – anziché il mero rinvio alle disposizioni generali – sarebbe giustificata dall'esigenza di condurre dei programmi riparativi «*anche nell'interesse delle vittime*». Quale sia l'interesse del condannato è piuttosto evidente. L'interesse delle vittime – soprattutto in fase di esecuzione della pena – non può essere dato per scontato ed esigerebbe cautele pari a quelle che la *Relazione* riserva al condannato (sia esso detenuto che libero).

Si è sottolineata, nel commento all'art. 129-*bis* cpp, la grave discriminazione tra vittima e persona indicata come autore dell'offesa rispetto all'invio d'ufficio del magistrato nel processo di cognizione. Qui, la consultazione della vittima non è neppure presa in considerazione come eventualità lasciata alla totale discrezionalità del magistrato di sorveglianza. La direttiva 2012/29/UE sparisce completamente dall'orizzonte, per quanto la vittima abbia diritto a essere assistita anche «*per un congruo periodo di tempo dopo il procedimento penale*» (art. 8, comma 1, direttiva 2012/29/UE). Chi valuterà l'interesse dell'offeso a partecipare a un programma riparativo? È consapevole il nostro legislatore del possibile impatto negativo (per non dire traumatico) che una vittima può subire se sollecitata, a distanza di molti anni, a riconsiderare eventi spesso sotterrati e cancellati? Non è compito del mediatore stabilire il contatto con la vittima sia perché il suo intervento presuppone che l'invio ci sia già stato – mentre in questo caso si tratta di valutare l'opportunità e l'interesse della vittima all'invio

39. *Relazione illustrativa*, pp. 591-592.

– sia perché la vittima, in questo caso, non necessita di un terzo ma di un alleato. La giustizia riparativa nella fase esecutiva può far tacere le preoccupazioni garantiste a fronte di un accertamento passato in giudicato, ma ne alimenta di nuove perché la riparazione “interpersonale” – come la definisce Massimo Donini – coinvolge il condannato in luoghi dove sperimenta spesso, a sua volta, una condizione “vittimaria” di cui è causa la stessa istituzione che vorrebbe promuovere comprensione e riparazione. Qui, più che nelle altre fasi, il trascorrere del tempo consolida, dal lato della vittima, il risentimento – come ha osservato Jean Amery –, la rimozione o la positiva elaborazione dell’eventuale trauma: l’attenzione tardiva verso la vittima favorirebbe solo, nella maggior parte dei casi, una inaccettabile riapertura dei sentimenti offesi. In altre parole: per rispetto nei confronti delle giuste aspirazioni del condannato di mitigare la pena a fronte di condotte riparative, i relativi programmi dovrebbero prescindere dalla partecipazione delle vittime e recupererebbero, così, quelle forme spurie da cui il legislatore ha voluto prendere le distanze, in nome di una giustizia dialogica.

È proprio in questa fase che diventa netta la percezione di una riforma riparativa protesa verso un’attenuazione della risposta repressiva anche a costo di calpestare i diritti e gli interessi delle vittime dirette.

La riforma non incide sulle giurisdizioni specializzate se non per aspetti lessicali e organizzativi extraprocessuali, attesa la costituzione dei centri di giustizia riparativa, che sostituiranno o stabilizzeranno le attuali strutture, per lo più private, convenzionate o attivate mediante bandi nazionali o locali.

In particolare, il giudice di pace potrà inviare le parti davanti a un centro di giustizia riparativa (art. 29, comma 4, d.lgs 28 agosto 2000, n. 274) mentre in precedenza il ricorso al mediatore dipendeva dall’eventuale esistenza di centri di mediazione privati o dalla buona volontà di qualche ente pubblico virtuoso, ben poco sfruttati, comunque, da quella giurisdizione. È, però, piuttosto stupefacente che nella *Relazione* non si trovi una riflessione sul fallimento della funzione mediativa e conciliativa di questo giudice onorario, tenuto conto del dichiarato intento – cito letteralmente la *Relazione* di accompagnamento del d.lgs n. 274/2000 – di esaltarne le funzioni attraverso la «sperimentazione, su un terreno particolarmente propizio, degli emergenti schemi di mediazione penale»⁴⁰. Era l’anno 2000.

7. I programmi di giustizia riparativa

Cosa sono i programmi di giustizia riparativa?

L’art. 53 del decreto ne individua tre: a) la mediazione tra la persona indicata come autore dell’offesa e la vittima del reato, con la possibile estensione ai gruppi parentali e con la possibile sostituzione della vittima diretta con altra persona offesa da «*un reato diverso da quello per cui si procede*»; b) il dialogo riparativo; c) ogni altro programma dialogico guidato da mediatori.

I mediatori (la figura del mediatore in azione è necessariamente plurale) incontreranno separatamente i partecipanti per fornire le informazioni precise sui programmi disponibili, sul loro svolgimento, sui potenziali esiti, sulle garanzie e sui rispettivi doveri (artt. 47, comma 3, e 54, comma 1 del decreto).

Non è per nulla chiaro il riferimento ai «gruppi parentali» (evidentemente, tanto *côté* vittima quanto *côté* accusato) nell’attività di mediazione prevista dalla lettera a. Non si comprende se la partecipazione di costoro alla mediazione diretta costituisca un dispositivo “responsabilizzante”, sul lato dell’accusato, rivolto anche al coinvolgimento dei parenti della vittima per una migliore illustrazione e comprensione degli effetti dell’offesa (come avviene nel modello del “*family group conferencing*” di tradizione neozelandese), o se si tratti di un’attività di mediazione volta a trattare anche la conflittualità intergrupuale di cui il reato sia espressione o conseguenza. La *Relazione* illustrativa non aiuta: infatti, nello spiegare le caratteristiche del secondo tipo di programma riparativo – il dialogo riparativo – si fa riferimento all’espressione inglese “*restorative dialogue*” (diretto o indiretto) tra la persona indicata come autore dell’offesa e la vittima, così riproducendo lo schema della mediazione (diretta o indiretta) indicata nella lett. a⁴¹. Di difficile comprensione è anche l’illustrazione offerta dalla *Relazione* al “tipo” residuale di programma riparativo contenuto nella lett. c. Secondo la *Relazione* illustrativa, infatti, esempio tipico di «ogni altro tipo di programma dialogico» sarebbe il cd. “*circle*”, «*metodo che non ha un equivalente terminologico nella lingua italiana ma che indica uno spazio di parola e di ascolto aperto a componenti della comunità*»⁴². Ora: i *circles* sono un istituto operativo nei Paesi di *common law* per permettere alla vittima e/o alla comunità di «*esprimersi non solo sulle questioni che attengono alla richiesta di riparazione o alla quantificazione*

40. Vds. la *Relazione* governativa (www.penale.it/legislaz/rel_dlgs_28_8_00_274.htm#uno).

41. Non si ottiene maggiore chiarezza con Federica Brunelli, *Programmi*, op. cit., pp. 760-761, che fa rientrare il dialogo allargato a gruppi parentali (*family e community group conferencing*) nella lettera b.

42. *Relazione illustrativa*, p. 550.

del risarcimento, ma anche su quelle relative alla determinazione della pena»⁴³. Ma i *sentencing circles* (o *peacemaking circles*) nell'esperienza anglosassone (Canada, Nuova Zelanda, Australia, Stati Uniti) sono delle sessioni, successive alla decisione giudiziaria, cui possono partecipare – oltre alle parti processuali – anche esponenti della comunità e funzionari di servizio sociale, finalizzate alla commisurazione della pena. Non è pensabile, però, che il nostro legislatore abbia potuto introdurre, per questa via, un'innovazione così dirompente rispetto alla funzione giurisdizionale della determinazione della pena sia nella fase di cognizione sia nella successiva fase esecutiva.

Di *circles* (“*restorative circles*” e “*responsive circles*”) si parla anche in relazione a una galassia piuttosto indefinita di interventi volti a promuovere percorsi rieducativi interni al carcere per autori di gravi reati, alla gestione di conflitti in ambito scolastico o al disagio generato da eventi traumatici o luttuosi non necessariamente provocati da azioni illecite⁴⁴.

Non credo sia condivisibile questa incertezza e indeterminatezza nella definizione degli strumenti e delle metodologie dei programmi riparativi. Un conto è la necessaria “flessibilità” per concepire dei programmi individualizzati e riconoscere ai mediatori una certa autonomia⁴⁵; altro è dilatare la scelta apparentemente rigorosa della riparazione interpersonale – fondata sull'archetipo della mediazione diretta *victim-offender* – per approdare a schemi operativi sfuggenti che non risultano neppure elaborati sulla base di una seria ricognizione della sperimentazione compiuta in oltre trent'anni di storia di giustizia riparativa italiana, nei suoi aspetti positivi e in quelli fallimentari.

Credo si debba partire dall'esistente, altrimenti le leggi diventano dei manifesti e non promuovono il cambiamento. In questa prospettiva può essere utile il rilevamento, già citato, del Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità negli anni 2019 e 2020. Quell'analisi ha individuato 6 programmi: 1) mediazione *victim-offender*; 2) gruppi di sensibilizzazione con autori di reato; 3) mediazione allargata/gruppi di discussione; 4) incontri tra vittime e autori di reato analoghi a quello subito; 5) attività riparative coerenti con il reato; 6) incontri di ascolto con le vittime di reato. I risultati del monitoraggio sono piuttosto chiari nell'evidenziare, nonostante la limitatezza del dato quantitativo⁴⁶, la buona appetibilità delle attività riparative coerenti con il reato sia per adulti che per minori, la predilezione del contatto diretto *victim-offender* e dell'ascolto con le vittime nella giustizia minorile, un contenuto interessamento tra gli adulti per gruppi di sensibilizzazione rivolti agli autori di reato e per la mediazione allargata con gruppi di discussione. È lo stesso 2° Rapporto sulla giustizia riparativa a riconoscere che «nel contesto italiano la Giustizia riparativa si declina in forme solo in parte corrispondenti a ciò che nella letteratura internazionale viene definito come tale»⁴⁷. Di qui la proposta di costruire una piattaforma per il rilevamento delle attività riparative che dovrà fare i conti con il catalogo voluto dalla riforma e inserito nell'art. 53 del decreto. La rilevazione dovrebbe fondarsi su tre “macrotipologie” di attività: a) programmi di giustizia riparativa in senso stretto nei quali, però, vengono fatti rientrare i *circles*; b) attività di sensibilizzazione e responsabilizzazione per autori di reato; c) attività a valenza riparativa. Ciò significa, però, ammettere che le attività riparative coerenti con il reato, risultate appetibili per minori e adulti, non rientrano nella definizione di giustizia riparativa in senso stretto voluta dalla riforma e che pone il dialogo tra le parti come base legittimante il programma riparativo.

In conclusione: è possibile affermare, per dare un minimo di concretezza e coerenza al sistema, che i programmi di giustizia riparativa sono solo quelli che contemplano, sempre, il coinvolgimento della vittima e della persona indicata come autore del reato e la presenza del mediatore come facilitatore del dialogo tra le parti; è possibile un allargamento – ma non una sostituzione vicaria – del dialogo riparativo a familiari (in senso lato) e a persone legate da vincoli di parentela; il dialogo riparativo è ammesso anche nella sua forma indiretta, vale a dire senza il contatto diretto, visivo o uditivo, tra le parti. In ogni caso, tali programmi dovranno essere svolti nell'interesse della vittima e della persona indicata come autore. In difetto di interesse di alcuna delle parti, non potrà dirsi integrata la fattispecie del programma riparativo.

Non rientrano tra i programmi riparativi (anche se sono stati censiti come tali dal 2° Rapporto più volte

43. G. Mannozi e G.A. Lodigiani, *La giustizia riparativa*, op. cit., p. 292.

44. *Ivi*, p. 242.

45. F. Brunelli, *Programmi*, op. cit., p. 757.

46. Tra i minori, sono state registrate circa 800 mediazioni *victim-offender*, circa 700 attività riparative coerenti con il reato e circa 400 incontri di ascolto con le vittime di reato. Tra gli adulti, sono state registrate circa 300 mediazioni *victim-offender*, circa 500 attività riparative coerenti con il reato e poco meno di 200 incontri di mediazione allargata/gruppi di discussione. Vds. il più volte citato 2° Rapporto nazionale, p. 165.

47. *Ivi*, p. 169.

citato): le mere prestazioni riparative a favore delle vittime o della comunità, comprese quelle a titolo di volontariato (ancorché coerenti con il reato per cui si procede) e a meno che costituiscano l'esito di un accordo tra le parti; incontri di ascolto per le vittime; gruppi di sensibilizzazione con e tra autori di reato.

8. La vittima surrogata

Un approfondimento merita la figura legale, introdotta dall'art. 53, comma 1, lett. a del decreto, della «vittima di un reato diverso da quello per cui si procede» (cd. «vittima surrogata»)⁴⁸. La possibilità di ammettere tra i programmi riparativi anche la mediazione con una vittima cd. aspecifica è giustificata dalla *Relazione* sulla base del suo riconoscimento da parte dell'*Handbook* delle Nazioni Unite e della letteratura internazionale tra i «quasi-restorative programs». Secondo la *Relazione*, «la vittima del reato differente non è un “sostituto” della vittima “diretta” e non è meno vittima di quest’ultima. Anche la vittima aspecifica, infatti, è vittima, ancorché vittima di un reato e non del reato»⁴⁹. L'interesse da soddisfare non sarebbe più quello della vittima diretta, ma quello della vittima intervenuta in surrogazione. Volontà e consenso andrebbero accertati non presso chi ha subito l'offesa ma saggiando la disponibilità di altra vittima. Questa sostituzione – non vedo come definirla diversamente – sarebbe «uno specifico valore aggiunto della giustizia riparativa rispetto a quella “convenzionale”: un esempio per tutti è la possibilità di coinvolgere in programmi di giustizia riparativa la persona offesa di un reato che resta a carico di ignoti, persona alla quale, di tutta evidenza, la giustizia “classica” non ha nulla da offrire»⁵⁰. Difficile trovare un esempio meno fuorviante e più impertinente. La vittima di un reato commesso da ignoti ha di fronte a sé la prospettiva, del tutto opposta, del possibile incontro con un autore surrogato (o aspecifico). Forse il legislatore avrebbe dovuto, più correttamente, delineare anche il ruolo distopico di sostituto imputato o sostituto condannato. Ma anche a voler ammettere simile mostruosità giuridica, davvero il nostro legislatore pensa alle vittime di reati commessi da ignoti come a un'umanità in cerca di una giustizia dialoghi-

ca, alternativa a quella, ordinaria, che non ha saputo, potuto (e a volte persino voluto, come dimostrano i numerosi processi per depistaggi) accertare i fatti e individuare i responsabili?

Nessuno nega l'importanza, per molte vittime, di affrontare il vuoto di verità, l'impossibile incarnazione dei fantasmi che hanno devastato la loro esistenza, anche attraverso incontri significativi con persone dai trascorsi simili a quelli di coloro da cui sono stati offesi. Nessuno nega l'importanza, per alcune vittime, anche quando sappiano perfettamente chi sono i responsabili, di intraprendere percorsi di comprensione ed elaborazione con altri autori di reato. Ma questa è una aspettativa, un interesse della vittima che, per essere realizzati, non necessitano di alcuna disciplina processuale, come dimostrano diverse esperienze in atto, da tempo già passate al vaglio della magistratura⁵¹.

La vera questione è un'altra. Nel disciplinare l'attività di mediazione e, in generale, i programmi riparativi, il legislatore non può autorizzare nessuno (tanto meno il magistrato o il mediatore) a tralasciare l'interesse, la volontà e il consenso della vittima diretta. La sostituzione, nel dialogo riparativo, del diretto interessato, della sua volontà e del suo consenso – al di fuori di eventuali casi di rappresentazione legale o giudiziale – costituisce un atto autoritario, potenzialmente lesivo della vita privata (art. 8 Cedu). Il mancato rispetto dell'interesse della vittima diretta – e dunque l'omessa consultazione – ai fini di una mediazione con altra vittima, espone la prima a un evidente rischio di seconda vittimizzazione che la direttiva 2012/29/UE impone di accertare e, soprattutto, di evitare.

C'è un principio generale secondo cui nessuno ha diritto a riconciliarsi – o, semplicemente, d'incontrarsi – in nome d'altri e per offese commesse ad altri. C'è un principio di personalità e di autodeterminazione che avrebbe dovuto essere rispettato quantomeno con chiare indicazioni sulla ricerca del consenso della vittima diretta a essere surrogata da un terzo, anche ai fini di una valutazione del rischio di vittimizzazione secondaria.

La previsione della vittima sostitutiva si giustifica solo nella prospettiva del prevalente interesse dell'accusato/condannato, indicando così la possibilità di accedere a un programma di giustizia riparativa

48. Sulla vittima surrogata, vds. M. Bouchard e F. Fiorentin, *Sulla giustizia riparativa*, op. cit., par. 10.

49. *Relazione illustrativa*, p. 532.

50. *Ibid.*

51. Trib. sorv. Venezia, ord. 7 gennaio 2012, n. 5 (pres. Pavarin, imp. M.O.); G. Mannozi, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, in *Dir. pen. proc.*, n. 7/2012, pp. 833 ss., laddove l'incontro del condannato con l'Associazione costituitasi tra le vittime dei reati commessi dagli appartenenti al gruppo criminale di cui il condannato faceva parte e con i genitori di una delle vittime non era stato possibile. In quel caso, aveva dato la propria disponibilità il figlio di un maresciallo ucciso dalle Brigate Rosse.

anche quando la vittima diretta non sia disponibile, sia contraria, sia deceduta, non sia stata reperita. Se davvero si fosse coltivata la prospettiva dell'eguale interesse, vi sarebbe stata un'altra norma che avrebbe previsto per la vittima la possibilità di accedere a un programma di giustizia riparativa anche in caso di indisponibilità, di contrarietà, di decesso o di irreperibilità dell'accusato/condannato. Ma così non è. Si è osservato che, se venisse preclusa la possibilità di coinvolgimento di una vittima aspecifica, si produrrebbero degli effetti discriminatori in danno di imputati o condannati per fattori non dipendenti dalla loro volontà, così privandoli di strumenti utili alla loro risocializzazione⁵². In realtà, ci sono molteplici programmi riparativi alternativi che permettono di evitare il potenziale effetto discriminatorio derivante dall'indisponibilità della vittima diretta. Le domande che dovremmo porci sono: può essere riparativo ciò che non è stato per nulla riparato? Una riparazione unilaterale non è un'aperta violazione del principio affermato in sede di definizione della giustizia riparativa? È giustizia riparativa un percorso nel quale l'adesione della vittima non è stata ottenuta o, il che è lo stesso, sia frutto di una coercizione o di un vizio nella manifestazione della sua volontà?

Sarà pertanto cura dei mediatori e della magistratura garantire quelle cautele e quelle tutele degli interessi della vittima diretta che il legislatore ha ommesso.

9. Lo svolgimento degli incontri

La disciplina dello svolgimento delle attività dei mediatori – si ripete: in formazione plurale nell'attuazione del programma – è estremamente asciutta (artt. 54 e 55 del decreto). Durante la fase preliminare, le parti possono essere assistite dai propri difensori. Durante lo sviluppo del programma, invece, gli interessati partecipano personalmente salvo l'assistenza di persone di supporto, anche in relazione alle loro capacità. La norma parrebbe far riferimento al supporto necessario a persone che per età, condizione fisica o psichica potrebbero soffrire di limitazioni nella piena e consapevole partecipazione alle sessioni riparative. Per le persone minori di età, opera la regola del superiore interesse (che si tratti di vittima o di persona indicata come autore dell'offesa); inoltre, opera la garanzia dell'assegnazione al programma di «mediatori dotati di specifiche attitudini, avuto ri-

guardo alla formazione e alle competenze acquisite» (art. 46 del decreto).

La stanza della mediazione è un luogo d'incontro non giudicante anche se, nei fatti, gli interventi dei mediatori possono essere più o meno direttivi⁵³. È uno spazio intimo e riservato, proprio per permettere alle parti di affidarsi ai mediatori e, in prospettiva, anche reciprocamente. Sarebbe ingenuo pensare che l'accesso al programma riparativo non sia motivato da propositi strumentali sia da parte della vittima (si pensi al desiderio di scatenare la propria rabbia e di squalificare l'immagine dell'accusato di fronte a un terzo) sia da parte della persona indicata come responsabile (si pensi agli indubbi vantaggi conseguibili sul piano del trattamento sanzionatorio o, addirittura, nella prospettiva dell'impunità). Tuttavia: poiché la strategia del procedimento riparativo mira a una migliore e più profonda conoscenza dei comportamenti tenuti e delle percezioni vissute, le tecniche dei mediatori convergono nel governare un possibile abbassamento delle difese nonché una progressiva apertura degli sguardi. È in questo contesto che la strumentalità dell'accesso può essere esaminata dalle stesse parti e ridotta in funzione di atteggiamenti più autentici.

L'intimità delle comunicazioni tra le parti durante il programma riparativo permette loro di rivelare circostanze utili ad affrontare le conseguenze dell'offesa, ma potenzialmente sconvenienti per la loro immagine pubblica. Per questo occorrono delle precise forme di tutela che riguardano, innanzitutto, il dovere di riservatezza dei mediatori, del personale dei centri e degli stessi partecipanti, fino alla conclusione del programma e del procedimento penale, fermo restando il consenso dell'interessato e il rispetto della disciplina dei dati personali (art. 50 del decreto). Questo è un aspetto fondamentale per la protezione della vita privata delle parti.

Ma, poiché sullo sfondo del programma riparativo rimane l'ipoteca del procedimento penale o delle modalità di esecuzione della pena eventualmente irrogata, con le loro regole e i loro rischi (non solo per l'accusato), le rivelazioni permesse dal clima di intimità delle comunicazioni possono anche ripercuotersi negativamente proprio sul piano penale complementare, pregiudicando l'innocenza dell'accusato o la credibilità della vittima. Per questo è stata stabilita l'inutilizzabilità nel procedimento penale e nella fase dell'esecuzione della pena delle dichiarazioni e delle

52. E. Mattevi, *La rieducazione nella prospettiva della giustizia riparativa: il ruolo della vittima*, in A. Meneghini e E. Mattevi (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale* (Atti del convegno di Trento, 21-22 gennaio 2022), in *Quaderni* della Facoltà di giurisprudenza, Università di Trento, 2022, p. 75.

53. G. Mannozi e G.A. Lodigiani, *La giustizia riparativa*, op. cit., p. 265.

informazioni acquisite nel corso del programma (art. 51 del decreto). Per la stessa ragione, sono previsti una serie di divieti quanto a obblighi di deporre e di denuncia per il mediatore, di sequestro di carte e documenti circa l'oggetto del programma, di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni nei luoghi di svolgimento del programma o di quelle dei mediatori (art. 52 del decreto). Salvo, ovviamente, il limite costituito dalla necessità di evitare la commissione di gravi reati o qualora le dichiarazioni integrino di per sé un reato.

10. Gli esiti

Il legame di complementarità tra giustizia riparativa e giurisdizione penale opera (dovrebbe operare) solo a favore delle parti e, in modo particolare, a favore dell'accusato o del condannato, i quali hanno tutto l'interesse a trarre beneficio dall'esito positivo del programma riparativo. La mancata effettuazione del programma, l'interruzione o il mancato raggiungimento di un esito riparativo «*non producono effetti sfavorevoli nei confronti della persona indicata come autore dell'offesa*» (art. 58 del decreto). È questo meccanismo "a senso unico" che mi ha indotto a catalogare l'invio d'ufficio a un centro di giustizia riparativa disposto dal magistrato, ai sensi dell'art. 129-bis cpp, come "nudage"⁵⁴ e a ritenere infondate le preoccupazioni per una possibile violazione della presunzione d'innocenza.

Si è sostenuto, in uno dei primi commenti⁵⁵ alla disciplina degli esiti riparativi, che questa normativa abbraccerebbe una concezione della riparazione del danno nella sua dimensione globale: è un chiaro errore di inquadramento sulle funzioni della giustizia riparativa, il cui cuore e i cui limiti sono segnati dalla dimensione relazionale incentrata sull'offesa. Come ho avuto modo di precisare anche in precedenza, il lavoro riparativo ha un potere eventualmente risanante del rapporto tra gli interessati, con tutte le conseguenze dirette che questo comporta. Ma la giustizia riparativa non ha alcuna funzione di cura globale della vittima, non realizza servizi di cura nei suoi aspetti medici e psicologici, né si propone – come invece vuole la direttiva 2012/29/UE – di affrontare i molteplici bisogni materiali determinati, fin dall'immediatezza dei fatti, dalle perdite fisiche ed economiche. Non ha alcun compito di orientamento e accompagnamento per la soddisfazione di quei bisogni. Non prevede e

non ambisce al lavoro sul trauma, tanto più quando si manifesti in forme gravi.

In caso di conclusione positiva del programma, il decreto prende in considerazione due ipotesi: l'esito simbolico e l'esito materiale.

Quanto all'esito simbolico, l'art. 56 del decreto stabilisce che esso è caratterizzato da «dichiarazioni», da «scuse formali», «impegni comportamentali pubblici o rivolti alla comunità», «accordi relativi alla frequentazione di persone o luoghi». Mi sembra che in questa categoria "simbolica" rientrino semplicemente delle forme dichiarative scritte od orali, alcune unilaterali (ad esempio, le scuse), altre reciproche o convergenti (ad esempio, accordi). Queste dichiarazioni comportano un esito positivo in quanto rappresentino una comune, accettabile soddisfazione per il percorso compiuto, soprattutto rispetto alle attese iniziali. Possiamo, dunque, intendere l'aspetto simbolico dell'esito riparativo, consistente in dichiarazioni, nel suo doppio significato letterale: sia una riparazione trascurabile dal punto di vista materiale e quantitativo ma, in qualche modo, significativa di un riconoscimento di un "obbligo" verso la parte lesa, sia una riparazione rappresentativa ed emblematica, di per sé, di un incontro soddisfacente per i protagonisti.

L'esito materiale – di cui parla l'art. 56, comma 3 del decreto – è costituito, in realtà, da una prestazione, da un "dare", da un "fare" o da un "non fare", anziché da un "dire". Qui c'è evidentemente il rischio di confondere l'esito tangibile, valutabile del programma "dialogico" con le attività riparative in senso lato (o quasi-riparative), da cui il legislatore sembra aver voluto prendere le distanze in nome di una concezione restrittiva della giustizia riparativa. Da un lato, è evidente la differenza tra il mero risarcimento del danno e un risarcimento come conseguenza di un avvicinamento e di una reciproca comprensione tra vittima e persona indicata come autore del danno. Dall'altro lato, sarà la concreta applicazione della nuova disciplina a fornirci elementi utili per valutare l'utilità di questa tipologia di esito riparativo. Il "nuovo" art. 62, n. 6, cp contiene infatti un'aggiunta per contemplare l'effetto attenuante la pena dell'esito positivo di un programma riparativo.

Si deve, però, osservare un'incongruenza: mentre per l'art. 53, comma 3 del decreto l'esito è considerato positivo per il solo fatto dell'assunzione di «*impegni comportamentali pubblici o rivolti alla comunità*», secondo il "nuovo" art. 62, n. 6, cp,

54. M. Bouchard, *Giustizia riparativa, se la vittima diventa "pietra d'inciampo"*, *Il Dubbio*, 21 settembre 2022.

55. F. Brunelli, *Programmi*, op. cit., p. 768, in cui si fa riferimento alla «dimensione emotiva, psicologica, relazionale dell'offesa, che riguarda la produzione di insicurezza personale e collettiva, le modificazioni degli stili di vita, delle abitudini e del comportamento».

quando «l'esito riparativo comporti l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, la circostanza è valutata solo quando gli impegni sono stati rispettati». Dunque: mentre l'assunzione di un impegno pubblico potrà essere presa positivamente in considerazione di per sé – ad esempio, nella graduazione della pena –, potrà valere ai fini della circostanza attenuante generale ex art. 62, comma 1, n. 6, cp solo in conseguenza del rispetto degli impegni assunti. La *ratio* è facilmente rintracciabile: solo l'adempimento dell'obbligo assunto può essere equiparato – ai fini del beneficio di questa attenuante – all'esito riparativo di un programma che abbia previsto anche la partecipazione della vittima diretta (non di quella surrogata). In altri termini: il mancato adempimento dell'impegno assunto deve essere interpretato come fatto significativo della mancata soddisfazione dell'interesse pubblico o della comunità. Questa ricostruzione pone, però, un interrogativo: che differenza c'è tra un impegno comportamentale pubblico (ripulire un tratto di strada) – di per sé apprezzabile – assunto all'esito di un percorso riparativo cui, però, non si abbia dato seguito e un programma valutato negativamente proprio a causa dell'inadempimento degli impegni assunti?

Una disciplina simile, in tema di impegni comportamentali, è stata adottata per i reati perseguibili a querela con una modifica dell'art. 152 cp. La remissione della querela si considera tacita quando il querelante abbia partecipato al programma riparativo conclusosi positivamente. Ma: se l'esito riparativo consiste nell'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, la remissione scatta solo se gli impegni siano stati rispettati.

C'è da chiedersi quanto sarà effettivamente appetibile per le persone offese la strada della giustizia riparativa nell'area dell'illecito perseguibile a querela. Il fallimento dell'impresa conciliativa fondata sul ruolo compositivo del giudice di pace nelle materie penali costituisce un chiaro monito. È ovvio che le funzioni giurisdizionali del giudice di pace non sono paragonabili a quelle mediate dei programmi di giustizia riparativa. Per contro, i giudici di pace avevano una diffusività territoriale che giustificava quanto meno l'auspicio di costituire un buon regolatore della microconflittualità che si esprime tipicamente attraverso le fattispecie perseguibili a querela.

Le risorse messe a disposizione della giustizia riparativa non potranno certo rimediare a quel fallimento. Secondo la *Relazione tecnica*⁵⁶ al decreto n. 150, «i Centri per la giustizia riparativa potranno essere finanziati mediante trasferimento di risorse agli enti locali a valere sulle disponibilità del Fondo di cui all'art. 67, considerato che l'onere stimato in euro 290.000 annui è stato calcolato in via prudenziale sulla base di un numero medio di strutture pari a due all'interno di ciascun distretto di Corte d'Appello e ad un costo medio unitario pari a 5.000 euro». Dunque: se si tiene conto che i centri di giustizia riparativa verranno prevalentemente richiesti – l'ipotesi è fondata sui dati raccolti dal Dipartimento della giustizia minorile e di comunità – nell'ambito di percorsi di messa alla prova e per ottenere benefici penitenziari, è del tutto evidente che mancheranno risorse umane ed economiche per soddisfare compiti e obiettivi di governo della microconflittualità. Quand'anche si raggiungesse il tetto di due centri di giustizia riparativa per ogni distretto di corte d'appello, la totale assenza di prossimità dei mediatori (se non per alcune medio-grandi città) costituisce un impedimento insormontabile rispetto a quella funzione compositiva. Sembra, pertanto, piuttosto lontano «l'obiettivo di ridurre le forme di conflittualità tra privati, tipicamente nel contesto dei rapporti di vicinato o dei rapporti interni alla comunità locale» che, nella disamina di una intelligente studiosa, dovrebbe proprio far leva sulla spinta propulsiva dell'ente locale per favorire la diffusione di una cultura riparativa⁵⁷.

Questi aspetti particolari degli esiti riparativi ci portano direttamente a esaminare il riparto di competenze tra mediatori e magistratura in ordine alla “valutazione” dell'esito riparativo.

Infatti: secondo l'art. 57 del decreto, il mediatore (qui al singolare) redige una relazione con la descrizione delle attività svolte e dell'esito riparativo raggiunto. Il mediatore compie un'attività valutativa dell'esito riparativo? Si è sostenuto che il mediatore non dovrebbe limitarsi a facilitare il dialogo. Per evitare di vanificare tutto il percorso mediatico con una valutazione *ex post* da parte del magistrato, il mediatore sarebbe abilitato a compiere «una valutazione su liceità, ragionevolezza e proporzionalità»⁵⁸ dell'esito del programma e, in particolare, degli accordi raggiunti dalle parti.

56. Vds. la *Relazione tecnica* allo schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, pp. 131 ss.

57. A. Lorenzetti, *Giustizia riparativa ed enti locali: quale possibile ruolo?*, in *Queste istituzioni*, n. 1/2021, p. 130. L'articolo fa espresso riferimento alla possibilità per l'ente locale di inserire «clausole riparative» ai fini dell'aggiudicazione di appalti pubblici locali, di favorire la formazione dei propri dipendenti anche in funzione di un buon governo della conflittualità interna, nonché di promuovere direttamente la giustizia riparativa attraverso la sensibilizzazione della popolazione locale. Dello stesso Autore, si segnala: *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali. Alla ricerca di una soluzione costituzionalmente preferibile*, Franco Angeli, Milano, 2018.

58. F. Brunelli, *Programmi*, op. cit., p. 769.

In realtà la «valutazione», secondo la sez. II del capo III del titolo IV del decreto n. 150, risulta essere un'attribuzione riservata all'autorità giudiziaria. Al mediatore spetta un compito descrittivo tanto dell'attività quanto dell'esito del programma riparativo: il che non esclude un approfondimento sulle incertezze e sulle ambivalenze nel comportamento delle parti. Se vi fosse una valutazione anche da parte del mediatore, si dovrebbe prospettare un inammissibile conflitto con il magistrato tutte le volte che questi non condivida quella dell'operatore del centro di giustizia riparativa; occorrerebbe attribuire al mediatore un potere giurisdizionale – sia pure in condominio con l'autorità giudiziaria – nella determinazione della pena o nella concessione o meno dei benefici previsti dalla disciplina organica in commento. Si tratta di una valutazione – quella del magistrato – che incide sulla gradazione della pena tra i limiti edittali, sulla concessione di circostanze attenuanti (artt. 62, n. 6, e 62-bis cp), sull'esito della messa alla prova, sui benefici penitenziari e sulle misure alternative, sulle misure penali di comunità per i minorenni, sugli esiti estintivi del reato e della pena anche per i fatti di competenza del giudice di pace.

Come si è osservato in precedenza, l'esito negativo del programma riparativo (la mancata effettuazione, l'interruzione o il mancato raggiungimento di un esito riparativo) non produce effetti sfavorevoli nei confronti della persona indicata come autore dell'offesa (art. 58, comma 2 del decreto n. 150). A maggior ragione, la relazione del mediatore non solo dovrebbe essere descrittiva ma, soprattutto, massimamente sintetica.

11. L'organizzazione

Sono convinto che il successo della riforma «riparativa» dipenderà essenzialmente dal funzionamento e dalla messa a punto della macchina organizzativa che sosterrà i servizi di giustizia riparativa.

Nel corso degli ultimi trent'anni, si sono moltiplicate – soprattutto nel settore della giustizia minorile – le attività riparative e, in particolare, si sono diffusi centri di mediazione penale che hanno garantito lungo tutta la penisola e le isole la formazione e la sensibilizzazione di diverse centinaia di operatori, spesso organizzati attraverso associazioni e cooperative. Il Ministero della giustizia e, a volte, anche gli enti locali hanno permesso – sia pure sempre in forma precaria – la sopravvivenza delle esperienze che, finalmente, la Ministra Cartabia ha ritenuto dovesse essere messa a sistema.

Questo sistema ruota intorno alla figura del mediatore, che opera sempre in formazione collegiale,

anche se, in concreto, i colloqui preliminari con le parti separatamente potranno essere condotti da un solo mediatore (art. 54, comma 1 del decreto). Proprio perché la mediazione penale ha, ormai, una sua storia risalente di qualche decennio, le disposizioni transitorie hanno previsto l'inserimento nell'elenco dei mediatori esperti (art. 60 del decreto) – che abilita alla conduzione del dialogo riparativo – coloro che hanno, alla data di entrata in vigore del decreto stesso, completato una formazione alla giustizia riparativa e con un'esperienza almeno quinquennale (purché acquisita nel decennio precedente). Possono essere iscritti nell'elenco anche coloro che, alla data di entrata in vigore del decreto, avevano completato una formazione teorica e pratica equipollente a quella prevista per i «nuovi» mediatori. Infine, possono essere inseriti nell'elenco coloro che prestano servizio «presso i servizi minorili della giustizia o gli uffici di esecuzione penale esterna», sempre che abbiano completato un'adeguata formazione (art. 93 del decreto). Quest'ultima disposizione denuncia un pregiudizio negativo nei confronti degli operatori che hanno operato all'interno di servizi di assistenza alle vittime, siano essi pubblici che privati, ai quali non è concessa l'iscrizione nell'elenco, a conferma di un evidente sbilanciamento – anche sotto l'aspetto della formazione degli operatori – nella valorizzazione degli interessi in gioco. La circostanza colpisce perché la formazione pratica dei mediatori – secondo l'art. 59, comma 6 del decreto – deve fornire competenze e abilità «con specifica attenzione alle vittime, ai minorenni e alle persone vulnerabili».

Per i futuri mediatori, l'iscrizione all'elenco prevede una formazione iniziale di almeno 240 ore, di cui un terzo dedicate alla teoria e due terzi alla pratica, seguite da 100 ore di tirocinio presso il centro di giustizia riparativa. I mediatori hanno l'obbligo di un aggiornamento annuale di 30 ore. Le materie di base sono: diritto e procedura penale, diritto penitenziario, diritto minorile, criminologia, vittimologia e «materie correlate».

La formazione teorica sarà curata dalle università, mentre quella pratica dagli stessi centri di giustizia riparativa e, in particolare, da mediatori esperti che abbiano una lunga esperienza e attitudini alla formazione. Occorre la laurea e il superamento di una prova culturale e attitudinale. Il percorso formativo si conclude con una prova teorico-pratica. Forme e tempi della formazione saranno disciplinati da un decreto del Ministro della giustizia. Sempre presso il Ministero della giustizia è istituito l'elenco dei mediatori esperti.

Il centro per la giustizia riparativa è, dunque, il motore di questa riforma e il suo funzionamento dovrà essere garantito dall'ente locale. Come ho ricordato in

precedenza, secondo la *Relazione* tecnica allegata al decreto, le risorse economiche permetteranno, al più, l'istituzione di due centri per ogni corte d'appello, salvo ovviamente investimenti aggiuntivi da parte degli stessi enti locali che, in tempi di vacche magre, sono da escludersi. L'ente locale potrà organizzare direttamente il servizio oppure stipulare un contratto d'appalto o, ancora, convenzionarsi con un ente del terzo settore. Il contratto d'appalto o la convenzione dovranno prevedere caratteristiche e modalità di svolgimento dei programmi di giustizia riparativa, la durata, gli obblighi e le modalità di copertura assicurativa, le forme di controllo amministrativo da parte dell'ente locale nonché i casi di decadenza e di risoluzione per inadempimento. Ovviamente, il personale che svolge i programmi di giustizia riparativa dovrà possedere la qualifica di «mediatore esperto» (art. 64 del decreto) e il centro stesso sarà responsabile del trattamento di tutti i dati personali dell'utenza (art. 65 del decreto).

I centri verranno coordinati all'interno di ogni distretto di corte d'appello da una «Conferenza locale» composta da rappresentanti del Ministero della giustizia, della Regione, delle Province o Città metropolitane, dei Comuni sedi di uffici giudiziari e di ogni altro Comune nel quale siano in atto esperienze di giustizia riparativa. Infatti, uno dei primi compiti della conferenza locale sarà proprio quello di assicurare una ricognizione delle esperienze di giustizia riparativa (art. 63 del decreto) secondo una prospettiva piuttosto singolare: una ricognizione avrebbe dovuto essere fatta preliminarmente alla disciplina organica e non a seguire. Ancora più singolare è la previsione di svolgere questa ricognizione anche sulla base delle

indicazioni delle autorità giudiziarie del distretto di corte d'appello e del Consiglio dell'Ordine degli avvocati che, salvo rarissime eccezioni, non conoscono quelle esperienze. Di fatto, pertanto, la ricognizione sarà affidata ai sei esperti-consulenti della Conferenza nazionale per la giustizia riparativa, che saranno senz'altro scelti tra coloro che, in questi decenni, hanno lavorato sul campo, soprattutto attraverso attività di formazione e sensibilizzazione (artt. 61, comma 2, e 63, comma 5 del decreto).

La conferenza locale individuerà gli enti locali disponibili presso cui installare un centro di giustizia riparativa, in modo che siano garantiti il fabbisogno del servizio, l'offerta di tutta la gamma dei programmi di giustizia riparativa e i livelli essenziali delle prestazioni «con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica» (art. 63, comma 6 del decreto).

I servizi di giustizia riparativa di tutto il Paese verranno coordinati dal Ministero – avvalendosi della Conferenza nazionale – per la programmazione delle risorse, la proposta dei livelli essenziali delle prestazioni e il monitoraggio dei servizi erogati. La Conferenza è composta dal Ministro e dai rappresentanti delle Regioni e dei Comuni, dal rappresentante della Cassa delle ammende e da sei esperti con funzioni di consulenza tecnico-scientifica.

Per garantire il funzionamento del sistema è stato istituito un fondo di euro 4.438.524, a decorrere dall'anno 2022. Il Ministro della giustizia stabilirà con decreto, ogni anno, la quota da trasferire agli enti presso i quali sono stati istituiti i centri per la giustizia riparativa.

Gli autori

Giuseppe Battarino, presidente del Comitato comasco per il centenario di Giacomo Matteotti, già magistrato

Marcello Bortolato, presidente del Tribunale di sorveglianza di Firenze

Marco Bouchard, già magistrato, presidente della Rete “Dafne”

Antonella Calcaterra, avvocato del Foro di Milano

Linda D’Ancona, giudice del Tribunale di Napoli

Emanuele De Franco, pubblico ministero presso la Procura della Repubblica di Cassino

Riccardo De Vito, giudice del Tribunale di Nuoro

Domenico Gallo, già presidente di sezione della Corte di cassazione

Vincenza (Ezia) Maccora, vicedirettrice di *Questione giustizia*, presidente aggiunta della sezione gip-gup del Tribunale di Milano

Raffaello Magi, consigliere della Corte di cassazione

Anna Mori, consigliere della Corte d’appello di Bologna

Andrea Natale, giudice del Tribunale di Torino

Gaetano Ruta, procuratore europeo delegato