

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso
da Magistratura democratica

La riforma
della giustizia penale

2021

4

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, 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, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Simone Gaboriau, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Francesco Macario, Vittorio Manes, Luigi Marini, Federico Martelloni, Luca Maserà, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Vincenzo (Enzo) Roppo, Renato Rordorf, Alessandro Simoni.

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

IV trimestre 2021 - chiuso in redazione in marzo 2022

Sommario

Editoriale

di *Nello Rossi*

4

La riforma della giustizia penale

Introduzione. La cd. “riforma Cartabia” e la giustizia penale

di *Andrea Natale*

10

Verso una nuova penalità

Fuori dal carcere? La “riforma Cartabia”, le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio

di *Riccardo De Vito*

28

Sulla giustizia riparativa

di *Marco Bouchard e Fabio Fiorentin*

38

L’obbligatorietà dell’azione penale e i criteri di priorità

L’obbligatorietà dell’azione penale efficiente ai tempi del PNRR

di *Fabio Di Vizio*

55

I “criteri di priorità” tra legge cornice e iniziativa delle procure

di *Nello Rossi*

76

La selezione delle priorità nell’esercizio dell’azione penale: la criticabile scelta adottata con la legge 27 settembre 2021, n. 134

di *Armando Spataro*

82

La crescente procedimentalizzazione dell’atto parlamentare di indirizzo politico

di *Giampiero Buonomo*

96

Se l’esercizio dell’azione penale diventa obbligatorio... nell’ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge

di *Saulle Panizza*

105

La “riforma Cartabia” e la trasformazione dei vari segmenti procedurali

Verso una nuova istruzione formale? Il ruolo del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari

di *Gaetano Ruta*

115

Riforma del processo penale e giudice per le indagini preliminari

di *Linda D’Ancona*

127

Il giudice dell’udienza preliminare nella riforma

di *Ezia Maccora e Giuseppe Battarino*

135

Il giudice di cognizione di fronte alla cd. “riforma Cartabia”

di *Andrea Natale*

143

Osservazioni critiche in merito alla udienza filtro per i procedimenti a citazione diretta

di *Rosanna Ianniello*

156

“Riforma Cartabia” e processo d’appello

di *Giovanna Ichino*

159

Il giudice e il tempo: sulla prescrizione

Appunti sulla disciplina dell’improcedibilità per irragionevole durata dei giudizi di impugnazione

di *Aniello Nappi*

176

Il giudice e il suo tempo: la modernità nel processo

Il processo penale in “ambiente” digitale: ragioni e (ragionevoli) speranze

di *Benedetta Galgani*

181

Gli autori

La riforma della giustizia penale e la variabile *referendum*

1. Il taglio prescelto per analizzare la riforma / 2. La variabile *referendum* / 3. Le incognite sulla giustizia penale / 4. Nessun tempestivo contrasto a gravi crimini commessi “in guanti bianchi”? L’impatto sulla riforma / 5. Rinunciare a una efficace frontiera di legalità delle elezioni? / 6. Separazione delle funzioni: il *referendum* più “difettoso” / 7. «È la politica, bellezza. E il diritto non può farci niente»

1. Il taglio prescelto per analizzare la riforma

Con la pubblicazione di questo numero della Trimestrale, l’ultimo del 2021, viene onorato l’impegno assunto dalla Rivista di gettare in profondità lo scandaglio sulla legge delega di riforma della giustizia penale.

Il lettore attento non mancherà di cogliere il particolare taglio che si è voluto imprimere a questa non lieve fatica.

Il lavoro è stato principalmente imperniato sui “soggetti”, cioè sulle diverse figure professionali – pubblici ministeri e giudici delle indagini, dell’udienza preliminare, del dibattimento, della sorveglianza – la cui attività viene incisa e modificata dalle nuove norme.

Scelta, questa, che è parsa congeniale a una rivista promossa e in larga parte scritta da magistrati, nella quale l’analisi di regole e procedure è intimamente connessa alla valutazione del loro impatto sul *modus operandi* dei professionisti della giurisdizione.

Così, dopo l’ampia *Introduzione* di Andrea Natale, si susseguono saggi sugli snodi essenziali dell’intervento riformatore e sui profili soggettivi toccati dalle modifiche del codice di rito: le riflessioni sulla nuova penalità di Riccardo De Vito, Marco Bouchard e Fabio Fiorentin; gli interventi sull’obbligatorietà dell’azione penale e sui criteri di priorità di Giam-piero Buonomo, Fabio Di Vizio, Saule Panizza, Nello Rossi e Armando Spataro; i contributi centrati sulle figure del pubblico ministero (Gaetano Ruta), del giu-

dice delle indagini preliminari (Linda D’Ancona), del giudice dell’udienza preliminare (Giuseppe Battarino ed Ezia Maccora), del giudice del dibattimento (Andrea Natale e Rosanna Ianniello), del giudice dell’appello (Giovanna Ichino).

A completare il quadro stanno due scritti: il primo, di Aniello Nappi, analizza l’inedita disciplina dell’improcedibilità, mentre il secondo, di Benedetta Galgani, illustra le ragioni – e le speranze – del processo penale in ambiente digitale.

Naturalmente, nonostante l’ampiezza e la ricchezza del volume che presentiamo ai lettori, ci si trova ancora alla metà del guado.

Occorrerà infatti attendere, per commentarli, i decreti legislativi delegati che, dopo il passaggio alle Commissioni parlamentari, delinearanno la compiuta fisionomia dell’ambiziosa e per più aspetti problematica riforma.

Di qui un nuovo appuntamento con i lettori all’esito della procedura di attuazione della delega.

L’esauriente *Introduzione* del volume – firmata, come si è ricordato, da Andrea Natale, che ha anche coordinato l’intera opera di redazione del numero della Trimestrale – esime chi scrive da ulteriori richiami alle finalità perseguite, ai temi esplorati, al metodo adottato.

Piuttosto, vale la pena di soffermarsi brevemente su di una “variabile” che in questo numero della Trimestrale non è stata né poteva essere contemplata.

Parliamo della “variabile *referendum*”, in forza della quale la riforma della giustizia penale potrebbe

giungere a compimento ed essere attuata in un ambiente istituzionale almeno in parte mutato per effetto di una risposta affermativa ad alcuni dei quesiti referendari sulla giustizia.

2. La variabile referendum

La discussione “in pubblico” che ha preceduto e seguito i giudizi di ammissibilità dei referendum stimola tanto riflessioni generali sull’evoluzione dell’istituto referendario quanto specifiche considerazioni sul suo impiego nell’ambito della giustizia penale.

Sul primo tema – le trasformazioni del referendum – saranno necessari approfondimenti in un’ottica di sistema, in direzioni che qui possono essere solo accennate.

In primo luogo, occorrerà comprendere la valenza e la portata del particolare *favor* verso questo istituto di democrazia diretta espresso dal presidente della Corte costituzionale.

Un *favor* che, francamente, non può essere interpretato solo come il doveroso rispetto verso un istituto contemplato dalla Costituzione, se è vero che l’attuale presidente della Corte ha pubblicamente posto l’accento sull’opportunità di ammettere anche referendum connotati da “difetti” alla luce della tradizionale giurisprudenza della Corte sulla chiarezza e l’omogeneità dei quesiti.

Un siffatto pregiudizio favorevole all’ammissibilità dei referendum, che peraltro intercetta un sentire diffuso nella più larga opinione pubblica, sembra destinato a imprimere un’accelerazione all’evoluzione, già in atto da tempo, dell’istituto.

Originariamente concepito come strumento di abrogazione di norme ritenute inadeguate o superate dalla coscienza collettiva – ossia come un intervento chirurgico di precisione per rimuovere dal corpo normativo parti vetuste o neoformazioni indesiderate – il referendum è progressivamente divenuto un atto che, al di là della sua stretta portata abrogativa, esprime in positivo un indirizzo politico conforme alla volontà popolare.

E oggi sembra ad un passo dal divenire la pura e semplice manifestazione di un desiderio politico, una sorta di messaggio alle istituzioni, in una logica che lo avvicina al referendum consultivo.

Se poi si considerano le nuove regole sulla firma digitale delle proposte referendarie, che renderanno più agevole la procedura di presentazione dei quesiti, si intuisce come e quanto crescerà il peso della variabile referendum nella vita delle istituzioni repubblicane.

E ciò tanto in situazioni di fisiologico funzionamento degli istituti di democrazia rappresentativa quanto nei loro momenti di crisi, allorquando, come

oggi avviene, essi incontrano evidenti difficoltà a intervenire su temi cruciali della vita collettiva.

3. Le incognite sulla giustizia penale

Dunque, nel prossimo futuro sarà indispensabile dedicare la massima attenzione ai processi evolutivi che stanno investendo i referendum e le altre forme di democrazia diretta, richiedendo a studiosi della politica e del diritto costituzionale di aiutarci a esplorare questo campo di problemi.

Intanto, però, ci sono le urgenze del presente e le ipoteche sull’assetto della giurisdizione penale accese dai referendum ammessi dalla Corte.

In caso di vittoria dei “Sì” nelle consultazioni referendarie, il referendum sulle misure cautelari e quello sul testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e decadenze inciderebbero in profondità sulla giustizia penale e sulla sua recente riforma.

Per altro verso, il referendum sulla separazione delle funzioni di giudici e pubblici ministeri mira a cristallizzare, sin dall’accesso in magistratura, le due figure professionali, precludendo ogni transito e irriducendo i confini tra i due ruoli.

L’avvio di una riflessione su questi tre referendum rappresenta dunque il naturale complemento del lavoro collettivo di studio svolto sulla “riforma Cartabia”.

4. Nessun tempestivo contrasto a gravi crimini commessi “in guanti bianchi”? L’impatto sulla riforma

Sulle peculiarità dei crimini dei *white collars* c’è un’ampia letteratura, che ha avuto il merito di rivelare anche alla più distratta opinione pubblica l’oggettiva gravità di questi reati e il loro effetto distorsivo e inquinante delle regole della vita economica, sociale e istituzionale.

Nessuno, dunque, può oggi sottovalutare l’incidenza sulla collettività dei reati contro l’economia e contro la pubblica amministrazione o dei reati ambientali o informatici. Tutti reati di regola commessi con l’astuzia, la frode, il falso o altri artifici di qualsiasi natura, ma senza ricorrere alla violenza.

E nessuno può ragionevolmente ignorare che l’attività di contrasto di queste forme di criminalità in guanti bianchi costituisce componente essenziale della difesa della convivenza nel contesto di società sofisticate e complesse.

Eppure – si sarebbe tentati di dire: incredibilmente! – i cittadini italiani sono chiamati a votare un referendum abrogativo nel quale la posta in gioco è

l'eliminazione della possibilità di adottare misure di custodia cautelare nei confronti di persone incriminate per gravi delitti tributari, economici, amministrativi, informatici, ambientali, e via dicendo (sino ad arrivare alle truffe ai danni degli anziani), motivandole con il concreto e attuale pericolo di reiterazione di delitti della stessa specie¹.

In sostanza, se non vi sarà rischio di inquinamento delle prove (come avviene nei casi di ampie evidenze, ad esempio documentali, delle attività criminose compiute) e se non vi sarà un serio e attuale rischio di fuga dell'indagato (rischio divenuto sempre più improbabile in un mondo nel quale la latitanza è assai difficilmente sostenibile), il successo dei "Sì" nella consultazione referendaria avrebbe l'effetto di precludere le misure di custodia cautelare al di fuori della sfera ristretta dei delitti di criminalità organizzata, di eversione o commessi con l'uso della violenza o di armi.

Potrebbero tirare un sospiro di sollievo gli autori "seriali" dei gravi delitti prima elencati, ormai affrancati, con il suggello della volontà popolare, da efficaci e tempestive misure di tutela della collettività e in più casi sostanzialmente infrenabili.

È questa la reale posta in gioco nel *referendum* concernente le misure cautelari, che non può essere offuscata da una campagna referendaria nella quale si discuta, a colpi di *slogan* e in termini vuoti e generici, di "eccessi della custodia cautelare" da impedire o moderare.

Si tratta di una posta così alta che ha già provocato una spaccatura nello schieramento politico della destra, diviso tra chi sostiene il quesito referendario e chi dichiara che voterà "NO".

Né avrebbe senso, per sostenere il quesito abrogativo, invocare il rimedio di una maggiore celerità dei processi.

Il nostro processo penale si articola, nella norma, in tre gradi di giudizio e dunque letteralmente "non può" approdare a una sentenza definitiva, da mettere in esecuzione, in tempi compatibili con l'esigenza di

interrompere tempestivamente attività criminose in atto, insidiose e reiterabili.

Si creerebbe perciò, inevitabilmente, una sorta di zona franca per il compimento di gravi delitti, dovuta alla prolungata paralisi di tempestive forme di salvaguardia degli interessi della collettività.

Ed è sin troppo evidente l'impatto negativo che la "confortevole" normativa di risulta scaturente dal *referendum* avrebbe sulla riforma del processo penale, dissuadendo molti imputati dal ricorso alle alternative al processo o al dibattimento che rappresentano il cuore del disegno riformatore.

In luogo dell'auspicata maggiore rapidità dei processi vi sarebbero più stimoli a ritardare, procrastinare, dilazionare, per imputati che si sentissero al riparo, fino a una sentenza definitiva, da provvedimenti cautelari incisivi e in grado di interrompere la ripetizione di condotte criminose di regola molto lucrose.

5. Rinunciare a una efficace frontiera di legalità delle elezioni?

Anche il *referendum* che propone l'abrogazione delle norme sulle incandidabilità e sulle decadenze appare gravido di effetti squilibranti su di un sistema politico-istituzionale già in affanno e in crisi di credibilità agli occhi dei cittadini nonché sul giudiziario.

Nel dibattito pubblico su tale quesito referendario si è posto l'accento "esclusivamente" sulla norma (l'art. 11 del testo unico) che disciplina la sospensione (anche a seguito di una condanna non definitiva per determinati reati) e la decadenza di diritto (a seguito di una condanna definitiva) degli amministratori locali in condizione di incandidabilità.

Ma, per scelta dei proponenti, non è questa la sola norma di cui si propone l'abrogazione.

Il bersaglio dell'iniziativa referendaria è, infatti, estremamente più ampio: l'intero testo unico delle

1. Questo il testo del quesito referendario di cui si discute: «Volete voi che sia abrogato il Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447 (Approvazione del codice di procedura penale), risultante dalle modificazioni e integrazioni successivamente apportate, limitatamente alla seguente parte: articolo 274, comma 1, lettera c), limitatamente alle parole: "o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni nonché per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'articolo 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195 e successive modificazioni."?».

Come è noto, l'art. 274 del codice di rito elenca tre tipi di esigenze idonee a giustificare l'applicazione di misure cautelari: il pericolo di inquinamento delle prove, la fuga o il pericolo di fuga concreto e attuale e il pericolo di reiterazione di gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata. A quest'ultimo elenco il codice aggiunge il pericolo di reiterazione di reati «della stessa specie di quello per cui si procede», aggiungendo: «Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni nonché per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'articolo 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195 e successive modificazioni». Di queste ultime disposizioni i referendari sollecitano l'abrogazione.

disposizioni in materia di incandidabilità (il d.lgs 31 dicembre 2012, n. 235), che contiene le norme che precludono la partecipazione alle competizioni elettorali per il Parlamento europeo, la Camera dei deputati e il Senato della Repubblica nonché alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali di mafiosi, terroristi, rei di fatti di corruzione e di altri gravi reati, che siano stati condannati in via definitiva².

Normativa elaborata dal Governo in attuazione di una delega legislativa e destinata a regolare le ipotesi di incandidabilità (di persone condannate con sentenze definitive per reati gravi o gravissimi) a “tutte” le cariche elettive decisive per il corretto funzionamento della democrazia e dell’amministrazione pubblica, e a introdurre un parallelo divieto (per coloro che sarebbero incandidabili alle elezioni) di assumere cariche nel governo nazionale.

Il voto favorevole al quesito abrogativo implicherebbe la rinuncia a un efficace presidio di legalità nelle competizioni elettorali di ogni ordine e grado, che resterebbero aperte alle più disparate incursioni e, in contesti territoriali con forti presenze di criminalità organizzata, a indicibili candidature.

Bisognerebbe inoltre cambiare il vocabolario, se è vero che la parola “candidato” trae origine dall’espressione latina “*toga candida*”, “senza macchia”, che nella Roma repubblicana era la veste indossata da chi concorreva a cariche pubbliche, a simboleggiare la purezza ed onestà della sua vita.

È, poi, difficile concordare con quanti sostengono che, a seguito dell’eventuale abrogazione del testo unico, le norme sull’interdizione dai pubblici uffici sarebbero sufficienti a evitare l’inquinamento delle competizioni elettorali da presenze criminali.

Il regime dell’interdizione – imperniato su forme di interdizione perpetua e temporanea – coprirebbe infatti un’aera sensibilmente più ridotta dell’attuale regime delle incandidabilità e decadenze, lasciando comunque sguarnito un ampio segmento del fronte oggi presidiato dalla normativa del testo unico.

Alla luce di queste considerazioni, la scelta dei promotori del *referendum* (non a caso anch’essa divisiva per la destra italiana) appare l’espressione di una aprioristica sfiducia nel giudiziario e di una so-

stanziale indifferenza verso una preventiva frontiera di legalità in ambito politico-elettorale.

6. Separazione delle funzioni: il referendum più “difettoso”

L’ammissione del *referendum* sulla separazione delle funzioni è, con ogni probabilità, il più diretto e voluto risultato della dichiarata apertura verso i *referendum* difettosi.

È infatti estremamente difettoso il lunghissimo, complicato e astruso quesito referendario³.

Quesito di ardua lettura anche per gli addetti ai lavori e, quel che più conta, privo dei caratteri di chiarezza, univocità e omogeneità che dovrebbero consentire una risposta, a sua volta chiara e netta, dei cittadini chiamati alle urne.

L’infastidito ripudio delle “sottigliezze” nel giudizio di ammissibilità e la scelta di sorvolare sulle carenze del quesito rischiano di tradursi nella rinuncia a salvaguardare la comprensibilità e la linearità della domanda rivolta al popolo, che dovrebbe essere il tratto essenziale di ogni *referendum*.

In queste condizioni, l’esito della consultazione sarà rimesso, più che al genuino giudizio dei cittadini (non importa se intuitivo e spontaneo o ponderato e meditato), ai rapporti di forza mediatica, ai messaggi e alle suggestioni della campagna referendaria.

Naturale corollario dei difetti del quesito è, poi, il carattere difettosissimo della normativa di risulta, cioè della disciplina scaturente da una eventuale abrogazione di norme disparate disseminate in ben cinque leggi.

Ma questa è materia esente dalle valutazioni di ammissibilità, e propria del confronto che si svilupperà nel Paese sul merito di un *referendum* con il quale si propone di tagliare i ponti, o meglio, le esigue passerelle che ancora permettono i passaggi di funzioni tra pubblici ministeri e giudici.

Passerelle, è bene ribadirlo, già oggi assai poco utilizzate, dati i limiti e gli ostacoli normativi frapposti ai transiti.

Come ha messo in evidenza Armando Spataro in uno dei suoi scritti sull’argomento⁴, «*mentre tra il*

2. Questo il testo del quesito referendario: «Volete voi che sia abrogato il Decreto Legislativo 31 dicembre 2012, n. 235 (*Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi*, a norma dell’articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190)?».

3. Per la lettura del testo integrale del quesito, rinvio – anche per ragioni di spazio – al mio scritto *Referendum sulla giustizia. È possibile parlarne nel “merito”?*, in questa *Rivista online*, 9 giugno 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/referendum-sulla-giustizia-e-possibile-parlarne-nel-merito), nel quale sono passati in rassegna i sei quesiti referendari sulla giustizia, cinque dei quali sono stati ritenuti ammissibili dalla Corte costituzionale, con la sola eccezione del *referendum* sulla responsabilità civile dei magistrati.

4. Cfr. A. Spataro, *La separazione delle carriere dei magistrati? Una riforma da evitare*, intervento per il convegno sulla separazione delle carriere tenutosi a Sanremo l’1 e 2 luglio 2016, organizzato da Unione camere penali e dalla Camera penale di Imperia, poi pubblicato in *La Pazienza*, rassegna dell’Ordine degli avvocati di Torino, n. 3/2017 (settembre) – versione oggetto di un aggiornamento, al 30 giugno 2019, dei dati statistici relativi al trasferimento di magistrati dagli uffici requirenti a quelli giudicanti e viceversa.

'93 ed il '99 (...) la percentuale di giudici trasferiti a domanda agli uffici del P.M. risultava sostanzialmente costante, oscillando tra un minimo del 6% ed un massimo dell'8,50% (...) e nel caso di trasferimenti in direzione opposta, le percentuali nello stesso periodo erano costanti, oscillando tra il 10% e il 17%», tali dati hanno subito una drastica riduzione a seguito delle limitazioni introdotte dal d.lgs n. 160/2006, successivamente modificate dalla legge n. 111/2007.

E infatti sempre Spataro rileva che, «esaminando numeri e tipologia dei trasferimenti con contestuale cambio di funzioni (da requirenti a giudicanti e viceversa), forniti dal Consiglio Superiore della Magistratura, relativi a due periodi in sequenza (1° gennaio 2011 - 30 giugno 2016 e 30 giugno 2016 - 30 giugno 2019) (...) successivi al D. Lgs. 111/2007, si ricavano i seguenti dati:

Periodo 1° gennaio 2011 - 30 giugno 2016:

- trasferimenti da funzioni requirenti a funzioni giudicanti: 101 (con media annua di 18,36 unità);
- trasferimenti da funzioni giudicanti a funzioni requirenti: 78 (con media annua di 14,18 unità).

Pertanto, le percentuali annue dei magistrati trasferiti da una delle due funzioni all'altra, considerando il numero dei magistrati effettivamente in servizio al 30 giugno 2016 (requirenti: 2192; giudicanti: 6453), risultano le seguenti:

- REQUIRENTI: 0,83
- GIUDICANTI: 0,21.

Periodo 30 giugno 2016 - 30 giugno 2019:

- trasferimenti da funzioni requirenti a funzioni giudicanti: 80 (con media annua di 26,66 unità);
- trasferimenti da funzioni giudicanti a funzioni requirenti: 41 (con media annua di 13,66 unità).

Pertanto, le percentuali annue dei magistrati trasferiti da una delle due funzioni all'altra, considerando il numero dei magistrati effettivamente in servizio al 30 giugno 2019 (requirenti: 2270; giudicanti: 6754), risultano le seguenti:

- REQUIRENTI: 1,17
- GIUDICANTI: 0,20

E tali percentuali, in relazione ad entrambi i due periodi considerati (per un totale di otto anni e mezzo), sarebbero ancora più irrilevanti se le si rapportassero al numero più alto dei magistrati previsti in

organico, anziché a quello dei magistrati effettivamente in servizio».

A ciò si può aggiungere che i dati successivi al 2019 non fanno altro che confermare questi numeri e la linea di tendenza che essi individuano.

In realtà, i passaggi stretti ancora esistenti assolvono una funzione assai utile sul piano strettamente professionale, consentendo, in particolare ai magistrati più giovani, di seguire, all'esito di una prima esperienza, la vocazione professionale ritenuta più aderente alla loro natura e cultura.

Ed è questa la ragione per cui la proposta di riforma dell'ordinamento giudiziario del Ministro della giustizia non cancella del tutto, ma si limita a ridurre ulteriormente le possibilità di mutamento di funzioni nell'arco della vita professionale dei magistrati.

Di contro, il referendum – che non investe il concorso di accesso alla magistratura destinato a rimanere comunque unico – trasformerebbe in statue di sale i vincitori, indotti a scegliere la prima e immutabile collocazione professionale non sulla base di una meditata valutazione della propria vocazione ma in ragione dei posti disponibili e delle più diverse contingenze.

Una evenienza, questa, che non interessa affatto i promotori del referendum, ma che appare irrazionale ed incongrua al fine di un'adeguata gestione delle risorse professionali affluite in magistratura.

Nel che è da scorgere l'ennesima dimostrazione del fatto che il referendum abrogativo è utilizzato – e, sostanzialmente, strumentalizzato – non per produrre un miglior assetto istituzionale ma per inviare fumosi segnali di fumo in direzione della separazione delle carriere, anche a costo di disarticolare l'assetto professionale della magistratura.

Ed è evidente che una separazione delle funzioni attuata in questi termini sarebbe un pessimo servizio anche per la causa della riforma della giustizia penale.

Questi dati oggettivi rischiano di essere del tutto ignorati, o di passare in secondo piano, in una campagna referendaria che fosse dominata dal diverso tema della separazione delle carriere e dal relativo effetto-messaggio destinato a risultare preponderante rispetto al più limitato tema della consultazione.

7. «È la politica, bellezza. E il diritto non può farci niente»

Bisognerà dunque rassegnarsi a parafrasare il celebre epilogo del film *L'ultima minaccia*, adattando per l'occasione le parole di Ed Hutheson-Humphrey Bogart: «È la politica, bellezza. E il diritto non può farci niente»?

Forse non è proprio così.

C'è uno spazio, esiguo ma non irrilevante, per immettere nel confronto pubblico sui *referendum* elementi di realtà, di verità, di razionalità giuridica al fine di evitare che tutto finisca nel calderone della propaganda e degli schieramenti preconcepi.

Ciò potrà avvenire a condizione che si riesca a tenere viva l'attenzione sul tenore e sugli effettivi contenuti dei quesiti, e a mantenere la campagna re-

ferendaria sul solido terreno dei fatti.

Dal canto suo, la magistratura non può che muoversi su questo piano, che le è certamente più congeniale delle dichiarazioni vuote e dei triti luoghi comuni che saranno agitati in vista della consultazione referendaria.

Nello Rossi

Marzo 2022

Introduzione.

La cd. “riforma Cartabia” e la giustizia penale

di *Andrea Natale**

1. Leggi e salsicce: un faticoso iter legis / 2. Il mantenimento dello status quo non è un’opzione / 3. Luci e ombre / 3.1. Le (possibili) luci: per una nuova penalità / 3.2. Le (possibili) luci: una concreta possibilità di deflazione? / 3.3. Le (possibili) luci: le previsioni in materia di UPP e PPT / 3.4. Le ombre: la sorte dell’obbligatorietà dell’esercizio dell’azione penale / 3.5. Le ombre: prescrizione e improcedibilità / 4. Alba o tramonto del processo penale?

1. Leggi e salsicce: un faticoso iter legis

All’indomani dell’approvazione della legge n. 134 del 2021, un amico e collega – sconcertato per l’accontentamento di alcune buone idee elaborate dalla cd. “Commissione Lattanzi” e per le mediazioni parlamentari concretizzatesi (per lui deludenti) – si è abbandonato a una filippica sul funzionamento delle nostre istituzioni rappresentative, terminata con un’amara battuta: «La gente a cui piacciono le salsicce e rispetta la legge non dovrebbe mai guardare come entrambe vengono fatte»².

E, in effetti, soffermarsi sullo sviluppo dell’*iter legis* della legge n. 134 del 2021, permette di mettere a fuoco alcune immagini che ci dicono qualcosa sul funzionamento delle nostre istituzioni rappresentative.

In principio fu il cd. “ddl Bonafede”, presentato alla Camera dei deputati il 13 marzo 2020 (AC 2435) e ambiziosamente rubricato «Delega al Governo per l’efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d’appello». Regnava il Governo Conte II, sostenuto dalla cd. maggioranza giallo-rossa.

Come è noto, quell’esperienza di governo avrà poi termine. Subentra a reggere le sorti del governo del Paese il gabinetto Draghi, che ottiene la fiducia di una maggioranza tanto inedita nella storia repubblicana, quanto composita.

Le sfide che quel governo deve affrontare sono molte e uno degli obiettivi è ottenere i fondi che l’Unione europea ha destinato agli Stati membri per il rilancio indispensabile a superare la fase pandemica e post-pandemica.

* Si rende opportuna una precisazione di carattere personale (di cui mi scuso). Allorché fu depositato il progetto della Commissione Lattanzi e mentre era ancora in corso la discussione parlamentare che ha poi portato alla approvazione e promulgazione della legge n. 134 del 2021, questa Rivista ha deciso di dedicare una articolata riflessione alla riforma della giustizia penale, incaricandomi di curare la raccolta e la revisione dei vari contributi. Nei mesi successivi, sono stato – in modo inatteso – designato componente di uno dei gruppi di lavoro che dovranno curare l’elaborazione degli schemi di decreto legislativo per l’attuazione della riforma. La precisazione che intendo qui formulare è la seguente: l’avvenuta designazione a componente dei gruppi di lavoro ministeriale non ha influito sulla linea editoriale – che già andava sviluppandosi – che attraversa i vari contributi qui pubblicati. Tantomeno le opinioni che qui esprimo impegnano il gruppo di lavoro di cui sono stato chiamato a far parte. Precisazioni forse ovvie e banali che, tuttavia, ho ritenuto opportuno rendere esplicite.

1. Il raffinato aforisma è attribuito ad Arthur Bloch, l’inventore della celebre “*Legge di Murphy*”. Il primo a ricorrere all’elegante metafora che accosta leggi e salsicce è stato tuttavia il Cancelliere Otto von Bismarck. Ne esistono – sul *web* - diverse varianti; una per tutte: “Meno le persone sanno di come vengono fatte le salsicce e le leggi e meglio dormono la notte”.

Il 15 marzo 2021, la neo-Ministra della giustizia Marta Cartabia illustra alla Commissione giustizia della Camera dei deputati le «linee programmatiche del dicastero, anche in relazione al contenuto della Proposta di Piano nazionale di ripresa e di resilienza»²; analoga informativa sarà presentata alla Commissione giustizia del Senato il successivo 18 marzo 2021.

Le linee programmatiche disegnano il quadro in cui il nuovo Governo si trova a operare: il fattore pandemia; il fattore *Next Generation EU* (con la necessità di non perdere le risorse che esso offre); il dibattito pregresso (e la necessità di non disperdere il lavoro già fatto dal precedente Governo e dal Parlamento). Con specifico riferimento alla giustizia penale, la Ministra Cartabia illustra al Parlamento le direttrici lungo le quali intende muoversi il suo gabinetto: riduzione dei tempi processuali; aumento dell'efficacia e dell'efficienza della giustizia processuale; rispetto dei principi costituzionali in materia di garanzie e di ragionevole durata del processo. Ma non solo. Nelle linee programmatiche, la Ministra Cartabia prefigura la possibilità di operare «meditati interventi di deflazione sostanziale», nonché di operare «una seria riflessione sul sistema sanzionatorio penale» (nel quale la «certezza della pena» non debba necessariamente coincidere con «la certezza del carcere») e di «sviluppare e mettere a sistema le esperienze di giustizia riparativa, già presenti nell'ordinamento».

Per dare corpo agli ambiziosi obiettivi di tali linee programmatiche, la Ministra Cartabia decide di avvalersi di una Commissione di studio, presieduta da un presidente emerito della Corte costituzionale e da competenti figure dell'accademia, del foro e della giurisdizione. La Commissione Lattanzi – nominata il 16 marzo 2021 – lavora a tambur battente e, nel volgere di un paio di mesi, confeziona un ponderoso elaborato contenente proposte di emendamenti al ddl Bonafede, corredato da un'articolata e preziosa relazione illustrativa, che ha costituito un imprescindibile punto di riferimento nel successivo sviluppo dell'*iter legis*³.

Il lavoro della Commissione Lattanzi si fondava su alcuni capisaldi che qui è possibile soltanto evocare: un significativo rafforzamento delle alternative al dibattimento (rendendo maggiormente appetibili e convenienti le scelte in materia di riti alternativi); un incentivo a definizioni alternative rispetto al processo (con la creazione – o il rafforzamento – di istituti che, privilegiando la «rimozione» degli effetti dell'illecito

prima del processo, anticipassero la ricomposizione della legalità prima di impegnare i complessi meccanismi del giudizio: si allude ad alcuni istituti riparatori, al significativo rafforzamento della messa alla prova, all'istituto della cd. «*archiviazione meritata*»); un ripensamento della risposta penale all'illecito (con l'elaborazione di un sistema di sanzioni sostitutive largamente sovrapponibile alle odierne misure alternative alla detenzione – affidamento in prova al servizio sociale compreso – da consegnare alle cure del giudice di cognizione, anziché alla magistratura di sorveglianza); una introduzione nel sistema degli istituti di giustizia riparativa; un sistema di disincentivo alla presentazione di impugnazioni puramente dilatorie; un più rigoroso controllo delle forme, dei modi e dei casi di esercizio dell'azione penale; un significativo ripensamento della disciplina della prescrizione originariamente immaginata nel ddl Bonafede.

Si intravedeva – nella trama del progetto elaborato dalla Commissione Lattanzi – un disegno complessivo che, certamente suscettibile di discussione (anche profonda) sotto più profili, non era privo di un suo respiro sistematico.

Ma il lavoro dei tecnici deve fare i conti con la cruda realtà della politica. L'elaborato della Commissione Lattanzi viene consegnato il 24 maggio 2021. Ci vorranno quasi due mesi prima che, il 14 luglio 2021, il Governo formuli le proposte di emendamento al ddl Bonafede.

Tra il 24 maggio e il 14 luglio 2021 – nella discussione sul disegno di riforma della giustizia penale – entra in scena la politica e vi rimarrà sino alla definitiva approvazione della legge, avvenuta il 27 settembre 2021.

In questi mesi – tra il maggio e il settembre 2021 – l'originaria trama del progetto elaborato dalla Commissione Lattanzi viene sottoposto a un profondo ripensamento su molti aspetti: si affievoliscono alcuni caratteri «premiati» immaginati dalla Commissione Lattanzi per i riti alternativi (messa alla prova compresa); spariscono dai *radar* alcuni meccanismi che intendevano favorire – in alternativa al giudizio – il ripristino della legalità violata (si allude alla soppressione della cd. «*archiviazione meritata*»); si affievolisce – forse in nome di istanze securitarie – il *carney* di sanzioni sostitutive alla pena detentiva (non essendo previsto che il giudice di cognizione possa sostituire la pena detentiva con l'affidamento in prova al servizio sociale); si interviene in modo radicale – e con

2. Cfr. M. Cartabia, *Linee programmatiche sulla giustizia*, 14 marzo 2021 ([CARTABIA-LINEE-PROGRAMMATICHE-SULLA-GIUSTIZIA-15-MARZO-2021-2.pdf \(penaledp.it\)](#)).

3. Sul sito del Ministero della giustizia sono pubblicati l'esito dei lavori e la *Relazione finale* della Commissione Lattanzi ([Ministero giustizia](#)).

un intervento di difficile inquadramento sistematico – sulla disciplina della prescrizione⁴.

Il tutto avviene in un contesto in cui buona parte delle forze politiche che compongono la variegata maggioranza che ha accordato la fiducia al Governo Draghi pare molto attenta a posizionare alcune “bandierine” sul testo dell’emendamento governativo poi approvato dalle due Camere.

Ne è scaturito un prodotto normativo in cui – in nome di esigenze securitarie care ad alcune componenti della maggioranza – le disposizioni introdotte nell’ordinamento sono non prive di un carattere potenzialmente anche discriminatorio⁵; in cui – in nome dell’esigenza politica di ribadire l’originaria

ispirazione del ddl Bonafede (per cui la prescrizione cessa di decorrere dopo la sentenza di primo grado) – si concepiscono figure di dubbia coerenza sistematica (come l’improcedibilità dell’azione penale nei gradi di giudizio successivi al primo)⁶; in cui alcuni criteri di delega risultano talora forse eccessivamente vaghi, tanto da potersi paventare – a giudizio di alcuni⁷ – persino un rischio di illegittimità costituzionale⁸; in cui altri criteri di delega possono determinare esiti suscettibili di seria censura sul piano della ragionevolezza⁹; in cui altri criteri di delega – quelli relativi ai criteri di priorità nell’esercizio dell’azione penale – pongono in discussione il rispetto del principio di obbligatorietà della legge penale¹⁰.

4. Su cui si appuntano le inesorabili critiche di P. Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in *Penale diritto e procedura (Penale DP)*, 24 gennaio 2022 (www.penaledp.it/improcedibilita-e-ragionevole-durata-del-processo/?print-posts=pdf), testo della relazione svolta al convegno annuale dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale “G.D. Pisapia”, «Alla ricerca di un processo penale efficiente», 21-22 gennaio 2022. Sul sito di *Penale DP* si precisa che il lavoro sarà pubblicato sul fascicolo n. 2/2022 della rivista *Cassazione penale*.

5. Si allude al dettato dell’art. 2 della legge n. 134 del 2021 che, ai commi 8 e 9, prevede che l’identificazione a mezzo rilievi foto-dattiloscopici avvenga non solo per le persone prive di documenti d’identità, ma anche «quando si procede nei confronti di un apolide, di una persona della quale è ignota la cittadinanza, di un cittadino di uno Stato non appartenente all’Unione europea ovvero di un cittadino di uno Stato membro dell’Unione europea privo del codice fiscale o che è attualmente, o è stato in passato, titolare anche della cittadinanza di uno Stato non appartenente all’Unione europea»; l’elemento di possibile discriminazione è abbastanza facilmente individuabile nella necessità di sottoporre ad accertamento foto-dattiloscopico (che - si ricordi - può avvenire anche in maniera coattiva) un cittadino di altro Paese dell’Ue che rechi su di sé lo stigma di essere – o essere stato in passato – *anche cittadino di altro Paese non appartenente all’Unione europea*.

6. Vale la pena leggere il sarcastico commento di P. Ferrua, *Improcedibilità*, *op. cit.*, par. 1: «Per quanto possa riuscire spiacevole, penso che qualsiasi discorso sulla improcedibilità obblighi anzitutto a ricordare la sua indecorosa origine nel nostro ordinamento, che ha visto la politica scendere al suo più basso livello. Questo è il solo modo per convertire la domanda dettata dallo stupore – “Com’è possibile che si sia scelta la prescrizione sostanziale in primo grado e quella processuale in sede di impugnazione?” – in spiegazione: “quale vantaggio offriva dopo il primo grado la improcedibilità rispetto alla prescrizione sostanziale?”. La risposta è di agghiacciante comicità: i ministri pentastellati, pur costretti dal timore delle elezioni anticipate ad accettare emendamenti alla riforma Bonafede, che aveva soppresso la prescrizione dopo il primo grado, intendevano proteggere quella riforma almeno sul piano linguistico, opponendosi a qualsiasi istituto che contenesse la parola “prescrizione”. La sventura della prescrizione sostanziale è stata di non potersi chiamare con un nome diverso da “prescrizione”; di qui la “luminosa” idea di ricorrere alla prescrizione processuale che aveva la fortuna di potersi anche designare come “improcedibilità”, attraverso uno slittamento metonimico dalla causa verso l’effetto. Consolati dalla prospettiva di proclamare ai quattro venti la sopravvivenza della legge Bonafede nella parte in cui aveva soppresso la “prescrizione”, i pentastellati si sono convinti ad accettare la proposta».

7. Si sofferma su questo aspetto – con riferimento ai criteri di delega che riguardano gli interventi di riforma che lambiscono la figura del pubblico ministero – G. Ruta, *Verso una nuova istruzione formale? Il ruolo del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari*, in questo fascicolo, già pubblicato in anteprima su *Questione giustizia online*, 20 gennaio 2022 (www.questionegiustizia.it/articolo/verso-una-nuova-istruzione-formale).

8. La giurisprudenza costituzionale ammonisce che, «ai sensi dell’art. 76 Cost., il legislatore delegante, nel conferire al Governo l’esercizio di una porzione della funzione legislativa, è tenuto a circoscriverne adeguatamente l’ambito, predeterminandone i limiti di oggetto e di contenuto, oltre che di tempo. A questo scopo, la legge delega, fondamento e limite del potere legislativo delegato, non deve contenere enunciazioni troppo generali o comunque inidonee a indirizzare l’attività normativa del legislatore delegato, ma ben può essere abbastanza ampia da preservare un margine di discrezionalità, e un corrispondente spazio, entro il quale il Governo possa agevolmente svolgere la propria attività di “riempimento” normativo, la quale è pur sempre esercizio delegato di una funzione “legislativa”» (così - tra altre di segno analogo - Corte cost., n. 104/2017, con richiami alle precedenti sentt. nn. 98/2008 e 158/1985).

9. Si sofferma su tale aspetto – a proposito della “scomparsa” dell’affidamento in prova al servizio sociale dal novero delle sanzioni sostitutive alla pena detentiva – R. De Vito, *Fuori dal carcere? La “riforma Cartabia”, le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio*, in questo fascicolo.

10. Tema cui questo fascicolo dedica la indispensabile attenzione, con la pubblicazione di ben cinque contributi (con varietà di punti di vista) già anticipati su *Questione giustizia online*; in ordine di pubblicazione: G. Buonomo, *La crescente procedimentalizzazione dell’atto parlamentare di indirizzo politico*, 7 ottobre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/la-crescente-procedimentalizzazione-dell-atto-parlamentare-di-indirizzo-politico); F. Di Vizio, *L’obbligatorietà dell’azione penale efficiente ai tempi del PNRR*, 13 ottobre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/l-obbligatorieta-dell-azione-penale-efficiente-ai-tempi-del-pnrr); N. Rossi, *I criteri di esercizio dell’azione penale. Interviene «il Parlamento con legge»*, 8 novembre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/i-criteri-di-esercizio-dell-azione-penale-interviene-il-parlamento-con-legge), contributo rielaborato e intitolato *I “criteri di priorità” tra legge cornice e iniziativa delle procure*; A. Spataro, *La selezione delle priorità nell’esercizio dell’azione penale: la criticabile scelta adottata con la legge 27 settembre 2021, n. 134*, 20 dicembre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/la-selezione-delle-priorita); S. Panizza, *Se l’esercizio dell’azione penale diventa obbligatorio... nell’ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge*, 5 gennaio 2022 (www.questionegiustizia.it/articolo/se-l-esercizio-dell-azione-penale).

Ma – al netto delle molte perplessità che essa suscita – la mediazione politica raggiunta rappresenta un punto di equilibrio che è coerente con tre elementi che, in questa contingenza, non è possibile trascurare: (i) il disegno costituzionale consegna non alla tecnica, ma alla politica – attraverso le istituzioni rappresentative – il compito di dettare le leggi; (ii) la politica è l'arte del possibile; le riforme che la politica è in grado di produrre riflettono la coerenza (e le incoerenze) delle forze parlamentari che compongono la maggioranza di governo; la mediazione – e l'esercizio della politica come arte del possibile – è, dunque, scritta nelle regole del gioco; (iii) «il mantenimento dello *status quo* non può essere un'opzione sul tavolo»¹¹.

2. Il mantenimento dello *status quo* non è un'opzione

E vediamo, allora, lo *status quo*. Nel settore penale, il sistema giudiziario italiano è gravato da un fardello che rende del tutto problematica – se non impossibile – l'eventualità che possa essere offerta una risposta di giustizia nei modi e nei tempi (ragionevoli) che la Costituzione vorrebbe.

Dalla relazione svolta dal presidente della Corte di cassazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2022, emerge che – sul sistema giudiziario italiano e nonostante una capacità di definizione superiore alle sopravvenienze – gravava (al 30 giugno 2021) un numero di affari pendenti pari a oltre due milioni e mezzo di procedimenti (con autori noti)¹².

La durata dei procedimenti penali è lunga dall'essere conforme al precetto costituzionale e convenzionale della ragionevole durata: il dato medio nazionale – relativo all'anno giudiziario 2020-2021 – indica una durata media dei processi penali (cd. “*disposition time*”) così fotografata: 320 giorni presso gli uffici di procura; 439 giorni presso gli uffici giudicanti di primo grado; 956 giorni presso le corti di appello; 150 giorni presso la Corte di cassazione¹³.

In linea con tali dati, si registra un numero significativo di dichiarazioni di prescrizione. Complessivamente, nel 2020 sono stati dichiarati definiti per intervenuta estinzione del reato a seguito di prescrizione oltre 85.000 procedimenti (con dato in flessione rispetto agli anni precedenti), dei quali: 31.000 circa in indagini preliminari, 30.000 circa durante la fase successiva all'esercizio dell'azione penale in primo grado, 21.000 circa durante i giudizi di appello, poche centinaia in cassazione¹⁴.

Questi i dati nazionali. È, però, noto che il tasso di efficacia – in termini di durata – della risposta giudiziaria è fortemente disomogeneo sul territorio nazionale; ragion per cui, in diversi distretti, la situazione è persino peggiore rispetto a quella sopra fotografata.

Si tratta di dati che pongono la situazione del nostro Paese in una situazione di *warning* in sede di Consiglio di Europa, tanto che, nel rapporto CEPEJ 2020 (dati del 2018), con riferimento ai giudizi di primo grado si legge che «in Italia si registrano i *disposition time* più alti, con tendenze crescenti»¹⁵. Sappiamo che tale dato – ben più allarmante con riferimento ai giudizi di secondo grado – è tra quelli che conducono il nostro Paese a figurare tra quelli che subiscono il maggior numero di condanne a Strasburgo per la violazione del principio convenzionale del diritto alla ragionevole durata del processo.

Una situazione, dunque, che fotografa una complessiva inefficienza del sistema giudiziario, incapace di assicurare tempestive risposte a una consistente domanda di giustizia. Una situazione che, dunque, giustifica l'icastica affermazione per cui «il mantenimento dello *status quo* non può essere un'opzione sul tavolo».

Ma non sono solo i tempi del processo a restituirci un'immagine di inefficienza della giustizia penale italiana. Un campanello di allarme suona anche esaminando l'esito dei processi. Dell'elevato numero di prescrizioni si è detto. Qui è possibile soffermare l'attenzione anche sull'esito dei giudizi, allorché si giunge a una definizione degli stessi nel merito.

Anche qui attingiamo ad alcune preziose considerazioni svolte dal presidente Curzio nell'ultima relazione

11. Come ha seccamente chiarito la Ministra Cartabia – nel corso di un incontro pubblico tenutosi il 20 luglio 2021 a Napoli – in replica a molte critiche che si stavano levando da ambienti di accademia, avvocatura e magistratura nei confronti dell'emendamento governativo appena depositato alle Camere.

12. Cfr. P. Curzio, presidente della Corte di cassazione, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2021*, svolta all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2022 (Roma, 21 gennaio 2022), [Cassazione Relazione 2022.pdf \(cortedicassazione.it\)](#); i dati relativi alle pendenze e ai flussi di sopravvenienze e definizioni – ripartiti per uffici – è riportato nelle tabelle alle pp. 45 ss.

13. *Ivi*, pp. 49 ss. Nella relazione si ha cura di precisare che il metodo di calcolo del cd. “*disposition time*” è coerente con le indicazioni metodologiche fatte proprie dal CEPEJ del Consiglio di Europa.

14. *Ivi*, pp. 51 ss.

15. Cfr. *European judicial systems. CEPEJ Evaluation Report – 2020 Evaluation cycle* (dati del 2018), Consiglio d'Europa, settembre 2020, p. 129 ([16809fc058 \(coe.int\)](#)).

svolta in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario. Dopo avere osservato che la parte preponderante degli "affari penali" che giungono a giudizio è rappresentata dalla citazione diretta dell'imputato a giudizio *ex art. 552 cpp*, Curzio annota: «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»¹⁶.

Certamente, ciascuna assoluzione può trovare cause variegata: 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'iniquità 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; iniquità 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.

Anche sotto tale profilo, dunque, la situazione esistente giustifica l'icastica affermazione per cui

«il mantenimento dello *status quo* non può essere un'opzione sul tavolo».

Ma – come si è cercato di anticipare – il disegno riformatore non interviene solo sugli snodi procedurali che intendono assicurare un maggior livello di efficienza del nostro sistema penale. Con la legge n. 134 del 2021 si coltiva anche l'ambizioso obiettivo di intervenire sulla risposta sanzionatoria al reato, tentando di riallinearla a quello che dovrebbe essere il «volto costituzionale della pena»¹⁷.

E anche qui, allora – seppur senza il livello di analisi che sarebbe necessario –, occorre partire dalla fotografia dell'esistente. E il primo tema di interesse è, ovviamente, quello del carcere.

Al 31 gennaio 2022 i detenuti sono 54.372 (capienza regolamentare: 50.862). I detenuti si "distribuiscono" così in ragione della posizione processuale: i condannati in via definitiva sono circa il 69,4%; gli imputati in custodia cautelare non ancora condannati in primo grado: circa il 16%; gli imputati in custodia cautelare condannati in primo grado: circa il 6,92%; gli imputati in custodia cautelare condannati in secondo grado: circa il 5,32%; i detenuti in condizione promiscua (custodia cautelare ed esecuzione pena): circa l'1,7%¹⁸.

Altre statistiche sembrano restituire la fotografia di un sistema in cui, in queste carceri sovraffollate, è più facile finiscano le persone socialmente svantaggiate: a basso tasso di scolarità¹⁹, stranieri²⁰, tossicodipendenti, disoccupati.

Vi è poi un fenomeno oscuro, sul quale non ho rinvenuto statistiche pubblicate sul sito del Ministero della giustizia. Alludo al noto fenomeno dei cd. "*liberi sospesi*". Si tratta delle persone che – condannate a pene detentive non superiori a quattro anni di reclusione – vedono disporre la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva (ai sensi dell'art. 656 cpp) e, dopo aver presentato domanda per ottenere misure alternative alla detenzione previste oggi dall'ordinamento penitenziario, sono in attesa delle decisioni della magistratura di sorveglianza (che talora giungono dopo lassi di tempo tutt'altro che esigui).

Come detto, sul punto, non ho reperito statistiche pubbliche; tuttavia – considerato il numero di condanne irrevocabili emesse ogni anno e considerato il

16. Cfr. P. Curzio, *Relazione, op. cit.*, pp. 55-56. Estremamente interessante l'esame della tabella riportata a p. 55.

17. Per usare la felice espressione che si legge in Corte cost., n. 50/1980.

18. Per l'esame delle statistiche qui sinteticamente riportate si fa rinvio, sul sito del Ministero della giustizia, al link: www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?facetNode_1=0_2&facetNode_2=0_2_10&contentId=SST365654&previousPage=mg_1_14.

19. Vds. i dati riportati sul sito del Ministero della giustizia (www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?facetNode_1=0_2&facetNode_2=0_2_10&contentId=SST613897&previousPage=mg_1_14).

20. Che, quantomeno a livello statistico, hanno una maggior probabilità di essere sottoposti a custodia cautelare, come risulta dalla tabella riportata sul sito ministeriale ([link](#) alle note 18 e 19).

numero di persone detenute in carcere o ammesse a fruire dei cd. “*benefici penitenziari*” – non è irragionevole stimare in diverse migliaia e migliaia di persone il numero dei *liberi sospesi* (persone condannate in via definitiva che dovrebbero trovarsi, alternativamente: in regime di esecuzione di pena detentiva, *ovvero* sottoposti a misure alternative alla detenzione).

Anche la fotografia del “momento” dell’esecuzione penale – sia essa carceraria o extra-carceraria – restituisce dunque l’immagine di una situazione di grave inefficienza (con buona pace delle esigenze securitarie e con buona pace delle istanze rieducative).

Anche qui si giustifica, dunque, l’icastica affermazione per cui «il mantenimento dello *status quo* non può essere un’opzione sul tavolo».

3. Luci e ombre

La lettura della legge n. 134 del 2021 permette di mettere a fuoco luci e ombre del disegno riformatore. È di tutta evidenza che gli esatti contorni dell’immagine potranno essere messi davvero a fuoco solo quando saranno approvati i decreti delegati; ed è altrettanto evidente che il concreto recepimento della delega potrà, forse, offrire risposte ai – non pochi – aspetti problematici che sono stati oggetto di analisi nei contributi pubblicati in questo fascicolo.

Tuttavia, qualche riflessione può già essere azzardata in questa fase, muovendo, però, dalla ineludibile premessa: «il mantenimento dello *status quo* non può essere un’opzione sul tavolo». Premessa che – proprio per l’impellenza delle domande cui la riforma deve offrire risposta – nelle pagine che precedono è stata volutamente ribadita più volte in modo enfatico. Nell’approccio alla riforma, infatti, questa premessa non può essere in alcun modo messa da parte.

3.1. Le (possibili) luci: per una nuova penalità

«La storia del “penale”», scriveva Mario Sbriccoli, «può essere pensata come la storia di una lunga fuoriuscita dalla vendetta»²¹. E, in effetti, leggendo l’articolato, uno dei primi dati che balzano agli occhi

come elemento potenzialmente positivo è rappresentato dal diverso approccio del legislatore in tema di risposte che l’ordinamento intende – o può – offrire rispetto all’illecito penale, sino a imporre una meditazione intorno ad alcuni (non tutti) connotati “egemonici” della risposta penale²².

Il tema è oggetto dei contributi di De Vito (sul sistema delle sanzioni sostitutive) e di Bouchard-Fiorentin (sulla giustizia riparativa). Non posso soffermarmi qui sul tema della giustizia riparativa – cui si associa anche una nuova concezione del ruolo della vittima nel processo penale – perché si tratta di un tema pressoché totalmente inedito nel nostro sistema e ogni lettura di sintesi peccherebbe di un eccesso di superficialità. Rimandando dunque al ricco contributo di Bouchard e Fiorentin, ci si limita a sviluppare qui solo qualche riflessione sulla fisionomia che potrebbe assumere la risposta che l’ordinamento potrà dare all’illecito penale.

Viene anzitutto in rilievo una considerazione di carattere assiologico. In diversi secoli di storia, gli Stati moderni non sembrano ancora essere stati in grado di elaborare risposte al delitto diverse dal carcere. E sappiamo – senza indugiare troppo sul tema – che la detenzione in carcere – se soddisfa le istanze retributive e quelle di “incapacitazione” degli autori di reato – non sempre è in grado di assolvere l’unica funzione della pena esplicitamente menzionata dalla Costituzione: si allude alla *funzione rieducativa*.

Con la riforma Cartabia, si coltiva l’ambizione di prendere sul serio il precetto costituzionale²³. Certo, la pena non risponde solo a una funzione rieducativa: i profili di «reintegrazione, intimidazione, difesa sociale (...) hanno un fondamento costituzionale»; il rilievo costituzionale di tali coesistenti funzioni della pena, tuttavia, non è «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 correbbe 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

21. Cfr. M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 163 ss., leggibile anche in M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, tomo I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 3 (consultabile a questo [link](#): [Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno - volume 88 \(unifi.it\)](#)). Sul tema della “vendetta”, vds. anche M. Bortolato ed E. Vigna, *Vendetta pubblica. Il carcere in Italia*, Laterza, Bari-Roma, 2020.

22. Sempre per usare la terminologia di Sbriccoli nel contributo citato alla nota che precede.

23. Il legislatore costituente – nel disporre che le pene debbono «tendere alla rieducazione del condannato» – non ha inteso fissare una norma programmatica; la formulazione ha inteso, invece, rendere evidente la necessaria «presa d’atto della divaricazione che, nella prassi, può verificarsi tra quella finalità e l’adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione» (Corte cost., n. 313/1990; vds. anche Corte cost., n. 306/1993).

questo che, in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena»²⁴. Seppure non sia dato delineare una gerarchia tra le finalità costituzionalmente assegnate alla sanzione penale²⁵, non è però immaginabile che l'unica funzione esplicitamente considerata dalla Costituzione (quella rieducativa) possa essere pretermessa; le istanze retributive e le ragioni di ordine special-preventivo, infatti, debbono comunque risultare «coerenti con il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena»²⁶.

Il disegno riformatore prefigura l'introduzione di diversi strumenti che intendono rafforzare in modo significativo gli aspetti che – nella risposta alla lacerazione del tessuto sociale derivante dalla commissione di illeciti penali – assumono rilievo risocializzante, più che retributivo. Si allude: (a) all'ampliamento del catalogo di reati per cui è ammissibile la messa alla prova («che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori» – art. 1, comma 22, lett. a, l. n. 134/2021); (b) alla possibile attribuzione di rilievo alle condotte *post-delictum* ai fini dell'applicazione della causa di non punibilità codificata dall'art. 131-*bis* cp (art. 1, comma 21, lett. b, l. n. 134/2021); (c) al rilievo che i decreti delegati dovranno attribuire ai percorsi di giustizia riparativa («l'esito favorevole dei programmi di giustizia riparativa possa essere valutato nel procedimento penale e in fase di esecuzione della pena»²⁷ – art. 1, comma 18, l. n. 134/2021).

Ma si allude – ovviamente – anche e soprattutto alla delega relativa al catalogo di sanzioni sostitutive di pene detentive brevi (art. 1, comma 17, l. n. 134/2021)²⁸.

Le previsioni relative al sistema delle sanzioni sostitutive meritano una non breve parentesi, perché si tratta probabilmente di uno degli aspetti qualificanti della riforma. Anzitutto, un'osservazione: il legislatore delegante – pur percorrendo la condivisibile strategia

di una risposta sanzionatoria differenziata all'illecito penale – manifesta comunque la difficoltà ad abbandonare l'idea del carcere come risposta principale al reato; qui, infatti, si discute di «sanzioni *sostitutive*» e non di «pene principali». Sfumature terminologiche? Può darsi. Ma è anche con la collocazione *dentro* o *fuori* dal codice penale che si può promuovere tra gli operatori una diversa cultura della penalità.

Le sanzioni sostitutive previste dalla legge delega sono destinate a sostituire pene detentive sino a quattro anni di reclusione. Esse, dunque, potenzialmente potranno essere applicate a una platea molto vasta di condannati, offrendo loro una risposta sanzionatoria diversa dall'unica che, sino ad oggi, i sistemi penali moderni sono riusciti a immaginare (la detenzione in carcere)²⁹. Il recepimento della delega, almeno potenzialmente, potrà avere due effetti che rispondono alle esigenze di riforma dello *status quo*: da un lato, si potrà determinare un alleggerimento dei tassi di sovraffollamento della popolazione carceraria; dall'altro lato – ove alle sanzioni sostitutive alla detenzione si accompagni anche un'effettiva ed efficace offerta di percorsi di risocializzazione –, si potrà rispondere all'indicazione costituzionale dettata dall'art. 27, comma 3, Cost.

Discorsi per anime belle? Rinuncia agli aspetti retributivi della sanzione? Risposta debole contro il crimine? Aumento dell'insicurezza sociale?

Francamente non credo. Alcune ricerche – purtroppo non recenti – pongono in luce dati sui quali appare opportuno riflettere e che, forse, varrebbe la pena mettere al centro di nuove ricerche. In uno studio del 2007, l'allora direttore dell'Osservatorio delle misure alternative presso la Direzione generale dell'esecuzione penale esterna del Ministero della giustizia evidenziò che la percentuale dei recidivi fra coloro che scontano una pena in carcere era del 68,45%, mentre nel caso di coloro che scontano una pena alternativa la percentuale scendeva al 19%³⁰. Altri studi – condotti

24. Corte cost., n. 313/1990.

25. Corte cost., n. 282/1989.

26. Corte cost. n. 149/2018 (in materia di limitazione ai benefici penitenziari per i condannati all'ergastolo per i delitti di cui agli artt. 630 cp e 289-*bis* cp aggravati).

27. Su cui M. Bouchard e F. Fiorentin, *Sulla giustizia riparativa*, *op. cit.*, in questo fascicolo.

28. Su cui R. De Vito, *Fuori dal carcere?*, *op. cit.*, in questo fascicolo.

29. Le statistiche fotografano una realtà in cui una buona parte della popolazione carceraria condannata in via definitiva è detenuta (al 31 dicembre 2021) in esecuzione di una pena detentiva inferiore a tre anni di reclusione (7.171 detenuti). È il caso di precisare che le statistiche sinora pubblicate sul sito del Ministero non consentono, purtroppo, di avere il dato per tutti i condannati a pena detentiva non superiore a quattro anni (che è la soglia che la legge n. 134 del 2021 individua per disegnare il meccanismo di sostituzione di sanzioni detentive "brevi" – per i dati, vds. www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?facetNode_1=0_2&facetNode_2=0_2_10&contentId=ST361915&previousPage=mg_1_14).

30. Cfr. il lavoro – da alcuni fatto oggetto di critiche metodologiche – di F. Leonardi, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2/2007, pp. 7 ss. (www.rassegnapenitenziaria.it/cop/4825.pdf).

sul regime di trattamento penitenziario proposto ai detenuti – sembrano poi smentire che, al rigore della risposta trattamentale, si accompagni un miglior risultato in termini di prevenzione della recidiva³¹.

Inoltre, occorre considerare che alcuni dati statistici sembrano suggerire il buon livello di adesione delle persone condannate alle misure alternative alla detenzione (ossia la figura “più vicina” a quelle che potrebbero essere le future sanzioni sostitutive); rimandando alla curiosità del lettore un’analisi più approfondita delle statistiche, qui ci si può limitare a evidenziare alcuni dati: (a) nel triennio 2018-2020, il numero di persone condannate ammesse a misure alternative alla detenzione ha oscillato tra le 28.000 e le 29.000 persone circa³²; (b) all’interno di questa vasta platea – nello stesso triennio – il numero di revoche delle misure alternative alla detenzione è stato – in termini assoluti – non elevato e non sempre legato a violazioni delle prescrizioni connesse alla misura alternativa³³.

Non è dunque scontato che il rigore punitivo sia funzionale all’aumento di sicurezza. Al contrario, alcuni dei dati sopra considerati sembrano suggerire che la proposta di percorsi di risocializzazione può indirizzare verso migliori risultati.

Ma la possibilità che la riforma garantisca i due principali obiettivi che essa coltiva con la riforma del sistema sanzionatorio (la riduzione del sovraffollamento e il miglioramento dei percorsi di risocializzazione) è condizionata dal superamento di alcune (serie) criticità.

In primo luogo, sarà necessario che il legislatore delegato trovi il modo di superare un profilo di irragionevolezza intrinseca, che sembra annidarsi nella legge delega: si allude alla questione – opportunamente messa in luce nel contributo di De Vito – che si pone con l’esclusione dell’affidamento in prova dal novero delle sanzioni sostitutive di pene detentive brevi; postulando la persistenza del meccanismo di sospensione dell’ordine di esecuzione delle pene de-

tentive inferiori a quattro anni (art. 656 cpp, estraneo alla legge delega) e la non sospendibilità delle sanzioni sostitutive (art. 661 cpp, su cui la legge delega non si esprime esplicitamente) si potrebbe determinare questo (irragionevole) esito: una persona condannata a pena detentiva (non sostituita) di quattro anni, vedrebbe sospeso l’ordine di esecuzione (*ex art. 656 cpp*), con possibilità di chiedere le misure alternative alla detenzione, affidamento in prova compreso, alimentando il numero dei liberi sospesi; una persona condannata a pena sostitutiva di pena detentiva inferiore a quattro anni (in ipotesi: la semilibertà, che comporta comunque un “assaggio di carcere”) sarebbe immediatamente sottoposta a regime detentivo e – da quella condizione di cattività già in atto – potrebbe richiedere l’accesso a più miti misure alternative alla detenzione; e ciò nonostante il fatto che la condanna a pena sostitutiva si fondi su una valutazione “favorevole” sul possibile percorso di reinserimento sociale della persona condannata.

Si tratta di un esito irragionevole, che determina risultati “anti-economici”: esso rischia di disincentivare l’adesione dei condannati alle sanzioni sostitutive; rischia di incentivare il perdurare di impugnazioni dilatorie; rischia di allontanare il momento del percorso di risocializzazione rispetto al momento di commissione del reato. Risolvere questo profilo di irragionevolezza sarà uno dei terreni di impegno del legislatore delegato.

Altrettanto importante sarà assicurare una fisionomia delle misure della semilibertà e della detenzione domiciliare in cui prevalgano elementi che favoriscano la risocializzazione (oggi troppo spesso assenti da tali percorsi).

Altro terreno di impegno per il legislatore delegato sarà rappresentato dall’innesto del sistema di sanzioni sostitutive nel giudizio di cognizione (come esplicitamente previsto dalla legge delega: art. 1, comma 17, lett. g, l. n. 134/2021). Anche qui non è possibile allo stato prevedere *come* verrà attuata la

31. Si allude allo studio di G. Mastrobuoni e D. Terlizze, *Rehabilitation and recidivism: Evidence from an open prison* (2014 – www.questionegiustizia.it/data/doc/1347/rehabilitation_and_recidivism_evidence_from_an_open_prison_g_mastrobuoni_d_terlizze_september_2014.pdf), con nota di presentazione di D. Stasio, *Il carcere e quell’assenza di empatia con la Costituzione*, in questa *Rivista online*, 12 giugno 2017, www.questionegiustizia.it/articolo/il-carcere-e-quell-assenza-di-empatia-con-la-costituzione_12-06-2017.php; vds. anche D. Stasio, *Carcere e recidiva, l’offensiva contro le statistiche per fermare il cambiamento (vero)*, *ivi*, 28 maggio 2018, www.questionegiustizia.it/articolo/carcere-e-recidiva-l-offensiva-contro-le-statistiche-per-fermare-il-cambiamento-vero_28-05-2018.php, nonché D. Terlizze, *Persone dietro i numeri. Un’analisi del rapporto tra sistemi penitenziari e recidiva*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 3/2018, pp. 136 ss., www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/persone-dietro-i-numeri-un-analisi-del-rapporto-tra-sistemi-penitenziari-e-recidiva_569.php.

32. Cfr. UEPE, *Adulti in area penale esterna in misura alternativa alla detenzione* (analisi statistica dei dati 2020), 25 marzo 2021, tabella 2, p. 3 ([UEPE misure alternative 2020 1.pdf \(giustizia.it\)](http://www.questionegiustizia.it/uepe/misure-alternative-2020-1.pdf)). Vds. anche la tabella 5, p. 13, ove il dato viene ripartito secondo la condizione (di libertà o di detenzione) in cui versava il condannato al momento dell’ammissione alla misura alternativa.

33. Quanto all’affidamento in prova: 1407 revoche nel 2018; 1212 revoche nel 2019; 544 revoche nel 2020; quanto alla detenzione domiciliare: 1706 revoche nel 2018; 1380 revoche nel 2019; 1039 revoche nel 2020; quanto alla semilibertà: 118 revoche nel 2018; 109 revoche nel 2019; 30 revoche nel 2020 – cfr. UEPE, *Adulti, cit.*, tabella 10, pp. 24-25.

delega e *come* il legislatore delegato disciplinerà il coinvolgimento degli UEPE nel tessuto del giudizio di cognizione.

Ma il successo del cambio di paradigma nel sistema sanzionatorio sarà condizionato – oltre che alla soluzione dei nodi sopra evidenziati – da altri fattori.

Anzitutto, è indispensabile che si assicuri un consistente rafforzamento delle dotazioni degli uffici di esecuzione penale esterna. Nel solo anno 2020, gli UEPE hanno avuto in carico la “gestione” di oltre 100.000 casi (tra cui 31.000 persone in carico per misure alternative alla detenzione; oltre 24.000 persone in «messa alla prova»; quasi 9.000 persone ammesse a lavori di pubblica utilità a titolo di sanzione sostitutiva ex art. 73, comma 5-bis, dPR n. 309/1990 o ex art. 186, comma 9-bis, d.lgs n. 285/1992)³⁴.

Si tratta, evidentemente, di una mole di lavoro che, con la riforma Cartabia, è destinata ad aumentare e che difficilmente – ove non rafforzata significativamente – l'attuale dotazione organica degli UEPE potrà fronteggiare con la necessaria incisività e tempestività. È un problema che il decisore politico ha presente³⁵ e la cui effettiva soluzione è ineludibile, per scongiurare il rischio che la riforma resti scritta solo sulla carta.

Non solo. Per funzionare, il sistema delle sanzioni sostitutive non avrà bisogno soltanto di un'architettura processuale funzionale e di uffici di esecuzione penale esterna con adeguate dotazioni organiche e materiali. Sarebbe anche auspicabile un maggiore coinvolgimento degli enti locali territoriali³⁶ e degli enti del terzo settore³⁷ 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»³⁸, 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.

Resta da affrontare un'ultima questione. Cosa c'entra la riforma delle sanzioni sostitutive con «l'efficienza del processo penale» e la «celere definizione dei procedimenti giudiziari» (ossia due dei temi che campeggiano nella rubrica della legge n. 134 del 2021)?

È stato notato che le previsioni relative ai meccanismi di risposta all'illecito penale³⁹, in realtà, poco hanno a che fare con l'accelerazione dei procedimenti penali: la «strategia sanzionatoria differenziata» non necessariamente diminuisce i tempi del processo; «perché scopo di accelerazione dei processi non può essere quello della mediazione penale, o della riparazione dell'offesa in senso lato, né della messa alla prova, né della esiguità del fatto, né della riforma della pena pecuniaria. Istituti che velocizzano la cognizione o l'esecuzione solo se gestiti con sommarietà burocratica: essi non hanno quindi nulla a che vedere con il PNRR, ma è stata un'abile manovra averli accorpati per “fare passare” riforme giuste e intelligenti dentro a un contesto parlamentare altrimenti riottoso»⁴⁰.

L'osservazione è, evidentemente, acuta. Tuttavia, rispetto ad essa, si può esprimere cauto dissenso rispetto all'affermazione per cui i meccanismi della «strategia sanzionatoria differenziata» non c'entrino nulla con il miglioramento di velocità ed efficacia del sistema giudiziario.

34. Cfr. i dati statistici elaborati dall'UEPE, *Adulti in area penale esterna*, analisi statistica dei dati aggiornati al 15 gennaio 2022 (www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/Adulti_in_area_penale_esterna_15.01.2022.pdf).

35. Si allude: (a) all'*Ordine del giorno* approvato dal Senato della Repubblica a margine dell'approvazione del disegno di legge sulla manovra di bilancio, che «impegna il Governo a potenziare ulteriormente il personale degli Uffici di servizio sociale preposti all'esecuzione penale esterna dei minori (Uffici di servizio sociale per minorenni) e degli adulti (Uffici per l'esecuzione penale esterna) anche valorizzando le misure straordinarie in materia di assunzioni previste nel disegno di legge c.d. concretezza in corso di approvazione» (www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Emendc&leg=18&id=1084969&idoggetto=1095592); (b) al passaggio dedicato al tema dalla Ministra della giustizia, Marta Cartabia, nella *Relazione sull'amministrazione della giustizia* illustrata il 19 gennaio 2022 davanti alla Camera dei deputati: «Il personale degli UEPE, cioè di questi uffici dell'esecuzione penale esterna, invece sono numeri bassissimi, in tutto sono 1.211 unità, ed è evidente la necessità di potenziare questo settore. Ringrazio chi ha sostenuto un ordine del giorno, a margine della legge di bilancio, per impegnare il Governo in questa direzione» (www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0630&tipo=stenografico#sedo630.stenografico.tito0090.sub0010).

36. Cfr. l. n. 328/2000.

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

38. 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).

39. Inserendo in questo ellittico riferimento le previsioni in materia di *probation*, di sanzioni sostitutive e di giustizia riparativa.

40. Così M. Donini, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Politica del diritto*, n. 4/2021, p. 592.

Personalmente, ritengo che, ove il legislatore delegato riesca a delineare in modo efficace la fisionomia di tali istituti, è anche possibile attendersi un positivo impatto sull'efficienza del sistema giudiziario. Da un lato, si potrebbe – con gli istituti di *probation* – incentivare la anticipata ricomposizione della frattura alla legalità conseguente al reato, favorendo l'anticipata riparazione del delitto, anticipando gli interventi di risocializzazione, con conseguente alleggerimento del peso che – da quei giudizi – cade sulle spalle del sistema giudiziario (e degli stessi imputati). Dall'altro lato, con il sistema delle sanzioni sostitutive, è possibile ipotizzare – sebbene la solidità dell'ipotesi non possa dirsi certa – che il sistema di sanzioni sostitutive, coinvolgendo in qualche modo l'imputato nella elaborazione del percorso che conduce all'irrogazione della sanzione, potrebbe ridurre il numero di impugnazioni incentrate sulla sola determinazione della pena. Dall'altro lato ancora, si alleggerirebbe il carico sul sistema penitenziario e sulla magistratura di sorveglianza, essendo altresì ipotizzabile un serio contenimento del fenomeno dei cd. liberi sospesi.

Certamente – per funzionare – sarà però fondamentale una convinta adesione *culturale* della magistratura a questa importante riforma. Tale adesione è indispensabile e deve maturare non solo nella cultura dei giudici di cognizione, ma anche in quella dei pubblici ministeri.

Si è molto discusso (in senso critico) della soppressione – nel transito dal progetto della Commissione Lattanzi alla approvazione della legge n. 134 del 2021 – della cd. “*archiviazione meritata*”⁴¹. Tuttavia, ciò che – in quel transito – si è perso (l'archiviazione meritata), è stato in parte recuperato nell'elaborazione del criterio di delega con cui si prevede che «la richiesta di sospensione del procedimento con messa

alla prova dell'imputato possa essere proposta anche dal pubblico ministero» (art. 1, comma 22, lett. b, l. n. 134/2021). Tale previsione – come e forse più dell'archiviazione meritata – coinvolge anche il pubblico ministero nell'elaborazione di meccanismi di *probation* alternativi alla celebrazione di un processo e proiettati verso una più efficace opera di reinserimento sociale, orientata anche alla riparazione.

E anche questo è un salto culturale che il corpo giudiziario dovrà saper fare, per essere fedele al dettato dell'art. 27, comma 3, Cost. che – come è noto – «vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie»⁴².

3.2. Le (possibili) luci: una concreta possibilità di deflazione?

Molti interventi prefigurati nella legge delega sono orientati al perseguimento dell'obiettivo della deflazione. Essi sono oggetto di puntuale analisi nei contributi dedicati alle trasformazioni che subiranno i vari segmenti procedurali, tutti pubblicati in questo fascicolo⁴³.

Ciascuno dei meccanismi acceleratori immaginati con riferimento a ciascuna fase è – in quei contributi – oggetto di accurato approfondimento, con riflessioni che indugiano sia sulla possibile efficacia delle proposte prefigurate dalla legge delega, sia sulle possibili disfunzioni che potrebbero discendere dal recepimento della delega⁴⁴. A quelle analisi, pertanto, non si può che fare rinvio.

Qui – in linea di sintesi – si può però mettere in luce il fatto che, al netto delle pur rilevabili criticità, è possibile che il compimento della riforma possa

41. Da ultimo, E. Maccora, *La specializzazione per materia negli uffici gip-gup di grandi dimensioni*, in *Questione giustizia online*, 10 febbraio 2022, par. 1, www.questionegiustizia.it/articolo/la-specializzazione-per-materia.

42. Così superando la ristretta visione che circoscriveva la valenza del principio rieducativo alla sola fase trattamentale; vds. Corte cost., n. 313/1990. Analoga puntualizzazione si legge in Corte costituzionale, sentenza n. 282 del 1989, laddove – in materia di disciplina di revoca della liberazione condizionale – la Consulta rilevò che «l'idea di “scopo” della pena, della quale idea è massima espressione lo stesso art. 27, terzo comma, Cost., comporta, oltre al ridimensionamento delle concezioni assolute della pena, la valorizzazione del soggetto, reo o condannato, in ogni momento della dinamica penal-sanzionatoria (previsione astratta, commisurazione, soltanto in senso ampio od anche in senso stretto, ed esecuzione)».

43. Quanto alla fase delle indagini preliminari, cfr. G. Ruta, *Verso una nuova istruzione formale?*, op. cit., e L. D'Ancona, *Riforma del processo penale e giudice per le indagini preliminari*, già anticipato su *Questione giustizia online*, 9 novembre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/riforma-del-processo-penale-e-giudice-per-le-indagini-preliminari); quanto all'udienza preliminare, G. Battarino ed E. Maccora, *Il giudice dell'udienza preliminare nella riforma*, già anticipato *ivi*, 10 gennaio 2022 (www.questionegiustizia.it/articolo/il-giudice-dell-udienza-preliminare-nella-riforma); quanto alla fase del giudizio, A. Natale, *Il giudice di cognizione di fronte alla cd. “riforma Cartabia”* e R. Ianniello, *Osservazioni critiche in merito alla udienza filtro per i procedimenti a citazione diretta*, già anticipato su *Questione giustizia online*, 21 gennaio 2022 (www.questionegiustizia.it/articolo/osservazioni-critiche-in-merito-alla-udienza-filtro-per-i-procedimenti-a-citazione-diretta); quanto al giudizio di appello, G. Ichino, *“Riforma Cartabia” e processo d'appello*, già anticipato *ivi*, 29 novembre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/riforma-cartabia-e-processo-d-appello).

44. Si concentrano, in modo particolare, sugli aspetti disfunzionali della riforma G. Ruta, *Verso una nuova istruzione formale?*, op. cit., e R. Ianniello, *Osservazioni critiche*, op. cit.

avvicinare il nostro sistema giudiziario all'obiettivo di un recupero di efficienza:

(a) i meccanismi di *probation* e il rilievo attribuito a condotte riparatorie *prima (e in luogo) del processo* potranno diminuire il carico giudiziario;

(b) la maggiore appetibilità di alcuni riti alternativi potrà indurre un più largo numero di imputati ad accedervi, con correlativa riduzione dell'impegno degli onerosi meccanismi del giudizio dibattimentale;

(c) le modifiche in materia di giudizio abbreviato condizionato potranno aumentare il numero di processi definiti con tale rito speciale, con la celebrazione di un minor numero di dibattimenti;

(d) il mutamento della regola di giudizio richiesta per la celebrazione di un dibattimento (con la controversa enunciazione della ragionevole previsione di condanna) potrà diminuire il numero di processi dibattimentali (limitando altresì il - non fisiologico - risultato evidenziato dal presidente della Corte di cassazione nella relazione svolta all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2022)⁴⁵;

(e) le modifiche in tema di giudizio di appello (con alcune semplificazioni procedurali, l'aumento delle ipotesi di udienza camerale, l'esplicita sanzione processuale di inammissibilità di atti d'appello privi di specificità⁴⁶, l'inappellabilità di alcune tipologie di sentenza⁴⁷) potranno ridurre il numero dei giudizi di appello e semplificare le forme di celebrazione di quei giudizi;

(f) le modifiche in tema di sanzioni sostitutive potranno comportare una riduzione delle impugnazioni formulate esclusivamente in punto pena (e, anzi, ove sia applicata la sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, è esplicitamente previsto che quella decisione - cui il condannato non si opponga - sia inappellabile).

3.3. Le (possibili) luci: le previsioni in materia di UPP e PPT

Molte previsioni della legge delega – allorché troveranno corpo nei decreti delegati – imporranno ai magistrati assegnati a funzioni penali una profonda

rimentazione del proprio approccio con il lavoro. Il tema è già oggetto di altro contributo pubblicato in questo fascicolo⁴⁸ e, dunque, a quell'analisi non si può che fare rinvio.

Qui ci si limita ad osservare che – ove mai si realizzi – l'implementazione del processo penale telematico metterà a disposizione di ogni magistrato assegnato a funzioni penali un armamentario di arnesi capaci di accelerare sensibilmente il suo lavoro: si pensi al tempo dedicato alla verifica dell'esito delle notificazioni, della tempestività di determinate richieste a lui rivolte, della ritualità di determinati atti; ma, ancora, si pensi alla possibilità di accedere a un fascicolo processuale digitale, in cui sono memorizzati tutti gli atti processuali, auspicabilmente indicizzati e agevolmente reperibili.

È intuitivo quanto risparmio si possa determinare in termini di energie mentali (ma anche fisiche...).

L'implementazione del processo penale telematico – ove mai si realizzi – consentirà anche ai giudici di accedere a un'ampia banca dati, non limitata ai provvedimenti di legittimità. Non è escluso che l'implementazione del processo penale telematico finisca anche con l'imprimere una progressiva trasformazione del modo di concepire i provvedimenti giudiziari, in direzione di una semplificazione dell'architettura degli atti giudiziari (ma, auspicabilmente, non delle valutazioni).

Si tratta, forse, di scenari futuribili (e fortemente condizionati da “come” verrà disegnato il processo penale telematico). Ma la contemporaneità ci insegna che le accelerazioni, spesso, sono talora imprevedute, improvvise, e molto forti.

Anche le previsioni relative all'ufficio per il processo imporranno un ripensamento del magistrato.

Anche qui, il tema è stato oggetto di articolate riflessioni pubblicate su questa Rivista⁴⁹, sicché non si può che mettere a fuoco qualche punto: l'ufficio per il processo vedrà il magistrato affiancato da alcuni collaboratori; questi avranno il compito di «compiere tutti gli atti preparatori utili per l'esercizio della funzione giudiziaria da parte del magistrato, provvedendo, in

45. Cfr. *supra*, par. 2 e nota 16.

46. Anche se si tratta di un intervento che, per la verità, recepisce un orientamento giurisprudenziale già esistente e che, secondo la ragionevole valutazione di G. Ichino (*“Riforma Cartabia” e processo d'appello, op. cit.*), avrà un modesto effetto di deflazione.

47. Sentenze di condanna alla pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità; sentenze di proscioglimento e di non luogo a procedere relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa; sentenze di condanna all'esito di giudizio di primo grado celebrato *in absentia*, ove al difensore non sia stato conferito *dopo* la pronuncia della sentenza di primo grado uno specifico mandato all'impugnazione.

48. Vds. B. Galgani, *Il processo penale in “ambiente” digitale: ragioni e (ragionevoli) speranze*, già pubblicato in anteprima su *Questione giustizia online* il 17 gennaio 2022 (www.questionegiustizia.it/articolo/il-processo-penale-in-ambiente-digitale-ragioni-e-ragionevoli-speranze).

49. Cfr. M.G. Civinini, *Il “nuovo ufficio per il processo” tra riforma della giustizia e PNRR. Che sia la volta buona!*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 3/2021, pp. 173 ss., www.questionegiustizia.it/articolo/il-nuovo-ufficio-per-il-processo, già anticipato su *Questione giustizia online*, 8 settembre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/il-nuovo-ufficio-per-il-processo).

particolare, allo studio dei fascicoli e alla preparazione dell'udienza, all'approfondimento giurisprudenziale e dottrinale e alla predisposizione delle minute dei provvedimenti» (art. 1, comma 26, lett. b, n. 1, l. n. 134/2021).

Se il personale destinato all'ufficio per il processo sarà adeguatamente formato (e se il sistema giudiziario saprà offrire adeguata formazione); se al personale destinato all'UPP saranno garantite adeguate infrastrutture (scrivanie, stanze, *personal computer*, etc.); se tutto ciò avverrà, è di tutta evidenza che il magistrato penale dovrà concepire il suo lavoro in una dimensione profondamente diversa, abbandonando una logica puramente artigianale; dovrà, cioè, pensare al “prodotto giudiziario” come risultato di un lavoro di *staff*, nel quale la qualità del risultato non è legata alla “bella penna” di chi scrive un certo atto giudiziario, ma alla capacità di organizzare bene lo sforzo comune di più persone, senza nulla togliere alla responsabilità ultima della decisione che, come è ovvio, non può che gravare sulle spalle del magistrato.

Anche qua, la trasformazione potrà essere profonda. E potrà assumere un verso positivo se all'UPP verranno assegnate risorse – umane e materiali – adeguate e se, dal corpo della magistratura, non si leveranno istintive – e talora antistoriche – resistenze culturali.

Ma, mentre scriviamo, troppe sono le variabili sul campo. Molto dipenderà dalle risorse destinate al processo penale telematico e all'ufficio per il processo; molto dipenderà dalle soluzioni tecniche (e tecnologiche) che verranno messe in campo.

Altrettanto, però, sarà affidato alla cultura e alla capacità dei giudici di sfruttare quegli strumenti e al loro coraggio di cogliere la sfida della contemporaneità. Perché non si può immaginare di continuare a lavorare con gli stessi schemi mentali che si usavano ai tempi di Zanardelli...

3.4. *Le ombre: la sorte dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale*

Con l'art. 1, comma 9, lett. i, l. n. 134/2021, il Governo è delegato a introdurre disposizioni con le quali «prevedere che gli uffici del pubblico ministero, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, individuino criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, al

fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili; allineare la procedura di approvazione dei progetti organizzativi delle procure della Repubblica a quella delle tabelle degli uffici giudicanti».

È un tema di particolare importanza, perché rischia di porre in discussione uno dei principi informatori del sistema penale: l'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.).

Tale è il rilievo della questione che la Rivista ha deciso di pubblicare più contributi, che sollevano una varietà di questioni e che riflettono una pluralità di punti di vista⁵⁰. Tutti i contributi pubblicati in questo fascicolo non eludono le questioni di fondo. Con varietà di accenti, ciascun Autore si è qui soffermato sul tema dell'impossibilità per l'attuale sistema processuale di sostenere la tempestiva celebrazione di *tutti* i processi per *ogni notizia di reato*; ciascun Autore ha, poi, preso atto del fatto che il concreto dispiegarsi dell'azione penale è – di fatto – governato da criteri selettivi, che accordano precedenza ad alcuni processi a discapito di altri. Per dirla con N. Rossi, «l'obiettivo da raggiungere sta nel promuovere la transizione – culturale e istituzionale insieme – da un'obbligatorietà dell'azione penale postulata in astratto, ma di fatto scarsamente controllabile e deresponsabilizzata, a un'obbligatorietà temperata e realistica e, proprio per questo, esercitabile secondo canoni di trasparenza e corredata da assunzione di responsabilità sociale e istituzionale per le scelte compiute».

Tuttavia, ciò rischia di relativizzare il precetto scolpito nell'art. 112 Cost., anche perché – come osserva F. Di Vizio – «ove si introduce la discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale, l'opportunità si affaccia quale ospite indiscreto»⁵¹.

Anche per questo, sarà molto importante il *modo* con cui il Governo darà attuazione alla delega del Parlamento (aspetto su cui si soffermano, in particolare, N. Rossi e A. Spataro): «stiamo parlando di criteri organizzativi e procedurali o di un catalogo di tipologia di reati e/o di interessi prioritari tutelati dalle leggi penali?» (Spataro)⁵².

Rossi e Spataro escludono che il Parlamento possa dettare a ciascun procuratore della Repubblica un catalogo di reati prioritari. Il primo propugna un'interpretazione del criterio di delega che eviti il rischio che «il Parlamento investito del compito di elaborare

50. Cfr. G. Buonomo, *La crescente procedimentalizzazione*, op. cit.; F. Di Vizio, *L'obbligatorietà*, op. cit.; N. Rossi, *I criteri* (e *I “criteri di priorità”*), op. cit.; A. Spataro, *La selezione*, op. cit.; S. Panizza, *Se l'esercizio dell'azione penale diventa obbligatorio*, op. cit.; vds. anche N. Zanon e F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2019 (V ed.), cap. 6.

51. F. Di Vizio, *L'obbligatorietà*, op. cit.

52. A. Spataro, *La selezione*, op. cit.

una legge di “parametri” e di “procedure” pretenda di dettare direttamente e autonomamente i criteri di priorità entrando nel merito di scelte che la legge delega attribuisce chiaramente agli uffici»⁵³. Per contro, A. Spataro segnala che – anche a voler percorrere una simile impostazione – «il rischio più evidente rimane quello di vedere l’azione della magistratura dipendere, come già si è detto, da scelte del Parlamento e del Governo indirizzate dalle maggioranze politiche di turno, sempre più fluttuanti, instabili e persino divise nel periodo storico che il nostro Paese sta vivendo»⁵⁴.

Resta poi tutta da immaginare la concreta declinazione del criterio di delega e – per il futuro – resta ancora da immaginare il *come* il Parlamento potrà dettare – con legge – i criteri generali nel cui perimetro gli uffici giudiziari dovranno individuare criteri di priorità trasparenti e predeterminati. Si tratta di un tema di estremo interesse, su cui si sofferma G. Buonomo⁵⁵.

Sullo sfondo resta il fatto che – come osserva S. Panizza – la riforma pone in questione «la portata dell’obbligatorietà quale sancita dall’art. 112 Cost.» e fa emergere «il connesso rischio, se non di uno svuotamento, certo di una modificazione profonda del suo significato»: «non più “il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale”, ma, potremmo dire, “il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale nell’ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge”. Con il che, pare abbastanza scontato, la questione potrebbe rapidamente condurre a un giudizio di legittimità innanzi alla Corte costituzionale»⁵⁶.

3.5. Le ombre: prescrizione e improcedibilità

Il punto dell’immagine su cui si proiettano più cupo le ombre del disegno riformatore è, però, quello relativo alla disciplina della prescrizione. Il tema è già oggetto di riflessioni articolate sviluppate da A. Nappi⁵⁷ e G. Ichino⁵⁸ in due contributi pubblicati in questo fascicolo della Rivista.

Qui ci limitiamo a riassumere – con inevitabile schematismo – le questioni maggiormente rilevanti. È, però, indispensabile ripercorrere brevemente le

tappe che hanno condotto all’approvazione dell’art. 2 della legge n. 134 del 2021 (che non contiene un criterio di delega, ma appronta una *nuova* disciplina che incide significativamente sulla portata del rapporto tra tempo di commissione del fatto e risposta del sistema giudiziario).

Il punto di partenza è inevitabilmente rappresentato dalla disciplina dettata dalla l. n. 3/2019 (cd. “legge spazzacorrotti”, in vigore dal 1° gennaio 2020). Con quell’intervento normativo si modificava, tra gli altri, il testo dell’art. 159, comma 2, cp, disponendo la sospensione del corso della prescrizione successivamente alla pronuncia della sentenza di primo grado e sino alla sua irrevocabilità (ossia, più correttamente, la definitiva interruzione del corso della prescrizione). Il che rendeva, di fatto, imprescrittibili tutti i reati per cui si fosse giunti tempestivamente a una pronuncia di primo grado (fosse essa di assoluzione o condanna). Tale intervento normativo aveva generato la figura dell’“eterno imputato”, la cui immagine era respinta da larga parte della cultura giuridica.

L’originario ddl Bonafede (AC 2435) aveva tentato di inserire, come punto di equilibrio di una complessa mediazione politica, dei correttivi che – semplificando al massimo grado – limitavano gli effetti della definitiva interruzione del corso della prescrizione ai soli casi di sentenza di condanna in primo grado (*cf.* la versione originaria dell’art. 14 del ddl).

La Commissione Lattanzi aveva, viceversa, ipotizzato di intervenire sulla disciplina vigente formulando due diverse ipotesi; anche qui ci si limita a una schematizzazione semplificatoria: un’ipotesi (A) manteneva ferma la natura sostanziale della prescrizione, prevedendo che il corso della stessa rimanesse condizionatamente sospeso per determinati lassi di tempo in pendenza dei giudizi di impugnazione; una seconda ipotesi (B), invece, proponeva una scelta riformatrice più radicale, introducendo una distinzione tra il *tempo dell’oblio* (circoscritto al lasso di tempo tra la data di commissione del reato e l’esercizio dell’azione penale; tempo dell’oblio che avrebbe conservato natura sostanziale) e il *tempo del processo* (la Commissione Lattanzi ipotizzava un sistema per cui – una volta esercitata l’azione penale e definitivamente

53. N. Rossi, *I criteri* (e *I “criteri di priorità”*), *op. cit.*

54. A. Spataro, *La selezione*, *op. cit.*

55. G. Buonomo, *La crescente procedimentalizzazione*, *op. cit.*

56. S. Panizza, *Se l’esercizio dell’azione penale diventa obbligatorio*, *op. cit.*

57. A. Nappi, *Appunti sulla disciplina dell’improcedibilità per irragionevole durata dei giudizi di impugnazione*, in questo fascicolo, anticipato su *Questione giustizia online*, 9 dicembre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/appunti-sulla-disciplina-dell-improcedibilita-per-irragionevole-durata-dei-giudizi-di-impugnazione).

58. G. Ichino, *“Riforma Cartabia” e processo d’appello*, *op. cit.*

cessato il corso della prescrizione - il processo avrebbe dovuto essere celebrato entro termini predeterminati per ciascuna fase processuale, superati i quali si sarebbe determinata l'improcedibilità dell'azione penale, salva la possibilità, per l'imputato, di rinunciare per ottenere una pronuncia nel merito). In questa seconda ipotesi, la disciplina dell'improcedibilità avrebbe avuto natura processuale e non sostanziale⁵⁹.

All'esito di una faticosa mediazione politica⁶⁰, la legge delega percorre una via ancora più inedita, introducendo un articolo al codice penale (art. 161-bis cp: cessazione del corso della prescrizione) e un articolo al codice di procedura penale (art. 344-bis cpp: improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione).

Schematizzando: (a) dopo la sentenza di primo grado - sia essa di assoluzione o di condanna -, il corso della prescrizione cessa definitivamente; (b) per i gradi di giudizio successivi al primo, l'esaurimento della pretesa punitiva dello Stato nei confronti dell'imputato - nell'intenzione di assicurare il diritto alla ragionevole durata del processo - è segnato non dalla prescrizione, ma dalla sanzione dell'improcedibilità dell'azione penale, laddove le fasi del giudizio di impugnazione non siano definite entro termini determinati (due anni per i giudizi di appello; un anno per il giudizio di legittimità); (c) in alcuni casi - in cui le caratteristiche del procedimento ne rivelino la particolare complessità -, il giudice dell'impugnazione può disporre, con ordinanza impugnabile, la proroga del termine entro il quale definire il grado di giudizio (a pena di improcedibilità); (d) in altri casi - tra essi, il caso della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale -, il corso del termine oltre il quale si determina l'improcedibilità è sospeso.

Una simile disciplina ha scatenato molte voci aspramente critiche⁶¹. Qui ci si limita ad enumerarne alcune.

In primo luogo, la disciplina dell'improcedibilità per superamento dei termini massimi previsti per i giudizi di impugnazione rischia di porsi in frizione

con il dettato dell'art. 112 Cost. Se è vero che il *principio della durata ragionevole del processo* ha rilievo costituzionale e convenzionale (art. 111, comma 2, Cost.; art. 6, § 1, Cedu), è altrettanto vero che la concretizzazione di tale principio dev'essere assicurata dalla legge. Viceversa, il dettato dell'art. 112 Cost. è perentorio nello stabilire l'obbligatorietà dell'azione penale. Finché il fenomeno sostanziale (il reato) non sia estinto, l'azione penale - secondo l'art. 112 Cost. - non può che proseguire: «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»⁶². Detto in altri termini (molto schematici): l'art. 112 Cost. ha la struttura di una regola; e, come noto, le *regole* si *applicano* (o non si applicano), mentre i *principi* si *bilanciano*. L'introduzione dell'improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini massimi dei giudizi di impugnazione, dunque, finisce con il porre in bilanciamento il *principio* della ragionevole durata del processo⁶³ con la *regola* dell'obbligatorietà dell'azione penale, così intervenendo sulla fisionomia dell'art. 112 Cost. È comunque doveroso mettere in evidenza che tale radicale censura all'impostazione della novella è messa in discussione da chi - richiamando alcuni arresti della Consulta - nega «rilevanza al canone in questione "oltre il momento iniziale dell'impulso dato dal pubblico ministero", argomentandone l'inidoneità ad assicurare l'"efficienza del processo" negli stadi susseguenti», ritenendo comunque ammissibile il temperamento del principio di obbligatorietà ove posto in bilanciamento con altri principi di rilievo costituzionale⁶⁴.

Un secondo possibile profilo di frizione tra il dettato costituzionale e la disciplina dell'improcedibilità prevista dalla riforma Cartabia è dato dalle svariate eccezioni che il dettato dell'art. 344-bis cpp prevede rispetto all'applicazione della regola generale: in presenza di alcune evenienze processuali (processi di particolare complessità), è possibile disporre

59. Cfr. Commissione Lattanzi, *Relazione finale*, 24 maggio 2021, par. 3, pp. 50-56 (www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LATTANZI_relazione_finale_24mag21.pdf).

60. Cfr. *supra*, note 4 e 6.

61. Per una completa disamina, cfr. P. Ferrua, *Improcedibilità*, *op. cit.*

62. Cfr. P. Ferrua, *op. ult. cit.*, p. 7.

63. La ragionevole durata del processo è, evidentemente, un diritto soggettivo delle persone in esso coinvolte, come nitidamente chiarito dalla giurisprudenza della Corte Edu consolidatasi sull'interpretazione dell'art. 6 della Convenzione; tuttavia, nella sua dimensione costituzionale, esso funziona come un principio. Sul punto, vds. P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, Zanichelli, Bologna, 2012 (III ed.), pp. 108 ss.; sulla natura di *principio* e sulle conseguenze che tale natura determina in termini di possibilità di *bilanciamento* con *altri principi di rilievo costituzionale*, vds. pp. 111-115; a p. 117 si definisce come «impensabile» la prescrizione del processo.

64. D. Negri, *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, in *Sistema penale*, n. 2/2022, p. 53, con richiami a Corte cost., nn. 460/1995 e 26/2007 (www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1645393666_negri-2022a-improcedibilita-temporale-riforma-cartabia.pdf).

una proroga del termine massimo previsto per l'utile svolgimento del giudizio di impugnazione (vds. *infra*); per alcune tipologie di reato, poi, la disciplina dell'improcedibilità è (fortemente) derogata e le forche caudine dell'improcedibilità sono suscettibili di plurime proroghe del termine (vds. art. 344-bis, comma 4, secondo periodo, cpp); sennonché – si osserva – tale disciplina derogatoria rischia di porsi in frizione con svariati principi costituzionali: il principio di ragionevolezza (potenzialmente interessato dalla ragionevolezza delle situazioni che giustificano il regime derogatorio); il principio della presunzione di non colpevolezza (si tratta un presunto innocente in modo deteriore rispetto al regime ordinario, in ragione dell'addebito formulato nei suoi confronti o in ragione di alcune particolari evenienze processuali); il principio della ragionevole durata del processo (che, per il catalogo di reati previsto dall'art. 344-bis, comma 4, secondo periodo, cpp, può portare a durate anche abnormi dei processi)⁶⁵.

Un terzo profilo di criticità è legato al meccanismo previsto dall'art. 344-bis cpp per disciplinare la proroga del termine massimo per la celebrazione del giudizio di impugnazione: si prevede, infatti, che tale determinazione sia assunta dal giudice con ordinanza. Anzitutto, un rilievo: dette ordinanze sono impugnabili in cassazione; il che – in controtendenza con tutte le istanze di *semplificazione e deflazione* – rischia di porre sulle spalle del giudice di legittimità un ulteriore carico di ricorsi. Ma – detto questo – il profilo di criticità di maggior rilievo sembra essere dato dal fatto che l'affidare la determinazione di quale debba essere la ragionevole durata del processo a una decisione del giudice (seppure sulla base di indicatori dati dalla legge) solleva (almeno) due problemi: da un lato, si affida a una determinazione giudiziale la sorte dell'azione penale (obbligatoria) e la perimetrazione della ragionevole durata del giudizio; dall'altro lato – e, secondo alcuni, soprattutto – «affidare ai giudici una scelta destinata a ripercuotersi sulla concreta perseguibilità dei reati equivale a consegnare alla giurisdizione scelte di politica criminale in evidente contrasto con il principio di separazione dei poteri»⁶⁶.

Un quarto profilo di riflessione è legato al “mutamento di natura” che il decorso del tempo ha rispetto alla sorte del giudizio. La disciplina della prescrizione – come storicamente l'abbiamo conosciuta –, avendo natura sostanziale, cade sotto il presidio di garanzie dettato dall'art. 25, comma 2, Cost. (con il divieto di retroattività dei trattamenti normativi sfavorevoli sopravvenuti in corso di giudizio). La giurisprudenza costituzionale, sul punto, è consolidata⁶⁷. Il mutamento del rilievo del decorso del tempo nei giudizi di impugnazione – da prescrizione (natura sostanziale) a improcedibilità (natura processuale) – muta anche lo statuto di garanzie per l'imputato? Cioè: essendo l'improcedibilità una disciplina di natura processuale, si applica ad essa il principio del *tempus regit actum*? È dunque ipotizzabile che – in corso di giudizio – sopravvengano discipline che regolino in modo diverso (e magari deteriore) la durata del termine oltre il quale si determina l'improcedibilità?

Secondo alcuni, la disciplina dell'improcedibilità – pur processuale – potrebbe, in certi casi, essere ricondotta allo statuto di garanzie dettato dall'art. 25, comma 2, Cost.: «in altri termini, una violazione dell'art. 25 cpv. Cost. si ha ogni volta che vi sia in concreto un effetto *in malam partem*. E certamente sarebbero ravvisabili effetti *in malam partem* se si cambiassero in corso di partita e *in peius* le regole della durata dell'improcedibilità, applicando il principio del *tempus regit actum*, perché ciò impatterebbe retroattivamente sul diritto di punire, non solo sui tempi del processo»⁶⁸.

Altre opinioni, invece, ritengono che la natura processuale dell'improcedibilità non possa che comportare, quale inevitabile corollario, la fuoriuscita della improcedibilità dal perimetro di garanzie dettato dall'art. 25, comma 2, Cost.: «Sul piano propriamente giuridico il discorso non convince. A differenza della prescrizione sostanziale, che si risolve in una causa di non punibilità per estinzione del reato, l'improcedibilità si limita a troncare il processo, senza affrontare il tema della punibilità; l'ipotetico reato non si estingue, ma il giudice è destituito del potere di decidere nel merito. Senza dubbio l'effetto è di sottrarre l'imputato alla condanna, anche perché alla ripresa

65. Cfr. P. Ferrua, *Improcedibilità*, op. cit., p. 9.

66. Così M. Daniele - P. Ferrua - R. Orlandi - A. Scalfati - G. Spangher, *Sulla disciplina della improcedibilità. Una posizione critica*, in *Questione giustizia online*, 30 agosto 2021, www.questionegiustizia.it/articolo/improcedibilita; vds. anche P. Ferrua, *Improcedibilità*, op. cit., p. 10: «si consegnano così alla giurisdizione scelte di politica criminale che non le competono». Anche D. Negri, *Dell'improcedibilità temporale*, op. cit., pp. 56 ss., ritiene «dubbia» – sotto più profili – la costituzionalità dei meccanismi di proroga appena sintetizzati.

67. Per tutte, si rimanda alle pronunce rese nel contesto della cd. “*Saga Taricco*”: Corte cost., ord. n. 24/2007 e sent. n. 115/2018; si vedano anche Corte costituzionale, sentt. nn. 278/2020 e 140/2021 (sulla regolamentazione della sospensione del corso della prescrizione dettata dall'art. 83, commi 4 e 9, dl n. 18/2020, in conseguenza della situazione epidemica in atto nel Paese).

68. Così M. Donini, *Efficienza e principi della legge Cartabia*, op. cit., p. 599.

del processo si oppone il *ne bis in idem*. Ma tanto il *ne bis in idem* quanto la “improcedibilità” restano disposizioni ad ogni effetto “processuali” (...). La punibilità nel senso propriamente giuridico – che attiene al diritto sostanziale – non è scalfita né dalla improcedibilità né dalle conseguenze di carattere pratico che da quest’ultima derivano; altrimenti, buona parte delle disposizioni processuali finirebbe per coinvolgere la “punibilità”. (...) Dunque, la regola applicabile è quella del *tempus regit actum*, tipica di ogni disposizione processuale»⁶⁹ (corsivi aggiunti).

Ove si ritenga condivisibile tale – lineare e quasi geometrica – prospettazione, l’effetto della riforma del regime della prescrizione sarebbe quasi paradossale: la riforma – con l’intenzione di rafforzare il diritto dell’imputato a una ragionevole durata del processo – finirebbe con il depotenziare il più forte statuto di garanzie oggi previsto per la prescrizione. Residuirebbe – a tutela dell’imputato che si dolga di modificazioni del regime dell’improcedibilità a lui sfavorevoli – solo la garanzia (meno forte) data dagli artt. 3 e 117 Cost. in relazione agli artt. 6 e 7 della Cedu⁷⁰.

I problemi appena segnalati non sono evidentemente di poco conto e, per il vero, nella disciplina dell’improcedibilità se ne annidano molti altri, che non è possibile qui esaminare.

Ciò su cui invece preme soffermare l’attenzione è una serie di effetti che la disciplina dell’improcedibilità potrebbe determinare sul sistema giudiziario.

Il primo effetto della disciplina dell’improcedibilità è particolarmente evidente: essa – nonostante il regime transitorio concepito dall’art. 2, commi 3-5, l. n. 134/2021 – determinerà l’estinzione di migliaia di

processi. I dati nazionali relativi al *disposition time* riferiti ai giudizi di appello (956 giorni, come dato medio nazionale)⁷¹ riportati al par. 2 sono eloquenti e dimostrano l’elevato grado di probabilità che il sistema non riesca a far fronte alla novella. Con un’aggravante: il dato sopra riportato è quello nazionale; scorporando i dati su base territoriale, il *disposition time* relativo ai giudizi di appello segna risultati ancora peggiori per molti distretti⁷².

Un secondo effetto della disciplina del regime di improcedibilità indica un risultato quasi paradossale (per una riforma che intende accelerare i tempi processuali). Prendiamo il caso di un reato che, oggi, si prescrive in sei anni. Come noto – prima della riforma cd. “spazzacorrotti” – il corso della prescrizione poteva subire interruzioni; ma – in virtù di quanto disponeva l’art. 161, comma 2, cp – eventuali interruzioni del corso della prescrizione non avrebbero comunque potuto comportare «un aumento del tempo necessario a prescrivere» superiore a un quarto (nelle ipotesi normali); totale: sette anni e mezzo. Proviamo a immaginare lo stesso reato, commesso oggi. Tempo necessario a prescrivere: sei anni (come oggi); in presenza di atti interruttivi, «aumento del tempo necessario a prescrivere» non superiore a un quarto (come oggi). Ipotizziamo che l’imputato commetta il reato e che trascorranò cinque anni prima del rinvio a giudizio; ipotizziamo che la sentenza di condanna di primo grado intervenga dopo due anni e cinque mesi. Il reato non è prescritto e – con la novella – non si prescriverà più; ma l’imputato propone appello: e, perché si determini l’improcedibilità, dovrebbero trascorrere (salvo proroghe) due anni; ma

69. P. Ferrua, *Improcedibilità*, op. cit., p. 14.

70. Cfr. – con riferimento al principio di *retroattività* in mitius – Corte Edu, *Guida sull’articolo 7 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, 30 aprile 2020 (www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ITA.PDF), punto 17: «Per quanto riguarda più in particolare la prescrizione, la Corte ha ritenuto che l’articolo 7 non impedisca l’applicazione immediata, ai procedimenti in corso, delle leggi che allungano i termini di prescrizione, quando i fatti ascritti non sono mai caduti in prescrizione (*Coème e altri c. Belgio*, § 149), e in assenza di *arbitrarietà* (*Previti c. Italia* (dec.), §§ 80-85). Perciò, essa ha definito le disposizioni in materia di prescrizione come norme processuali, in quanto non definiscono i reati e le pene, e possono essere interpretate nel senso che pongono una semplice condizione preliminare affinché la causa sia esaminata (*ibidem*, § 80; *Borcea c. Romania* (dec.), § 64). Peraltro, quando i reati per i quali la persona è stata condannata erano puniti dal diritto internazionale, la questione del termine di prescrizione applicabile deve essere decisa sulla base del diritto internazionale pertinente all’epoca in cui sono stati commessi (*Kononov c. Lettonia* [GC], §§ 229-233, in cui la Corte ha constatato che il diritto internazionale pertinente all’epoca dei fatti non aveva fissato alcun termine di prescrizione per i crimini di guerra, ritenendo dunque che il procedimento a carico del ricorrente non fosse mai caduto in prescrizione; cfr. con *Kolk e Kislyiy c. Estonia* (dec.) e *Penart c. Estonia* (dec.), in cui la Corte ha affermato che i crimini contro l’umanità erano imprescrittibili)».

Cfr. anche – con riferimento al diritto a un processo equo – Corte Edu, *Guida sull’articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, 30 aprile 2020 (www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ITA.pdf), punto 246: «Infine, una questione di certezza del diritto si può porre anche nel caso di un intervento legislativo durante il procedimento penale in corso. Nella causa *Chim e Przywieczerski c. Polonia*, §§ 199-207, basandosi sulla propria giurisprudenza relativa all’articolo 7 della Convenzione, la Corte ha dichiarato che non vi è stata violazione dell’articolo 6 § 1 in riferimento ad alcuni emendamenti legislativi che estendevano i termini di prescrizione alla causa del ricorrente».

71. Cfr. P. Curzio, *Relazione*, op. cit., pp. 49 ss.

72. Meno catastrofica – perché rimediabile con un accurato monitoraggio delle pendenze e un’accurata selezione delle priorità nella trattazione – è la lettura che, di tale aspetto, dà G. Canzio, *Il modello “Cartabia”. Organizzazione giudiziaria, prescrizione del reato, improcedibilità*, in *Sistema penale*, 14 febbraio 2022, pp. 12 ss. (www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1644746927_canzio-2022a-modello-cartabia-riforma-organizzazione-giudiziaria-prescrizione-improcedibilita.pdf).

ipotizziamo che la corte di appello ce ne metta meno (un anno e undici mesi); il processo non si estingue e, allora, l'imputato propone ricorso per Cassazione; ma la Cassazione riesce a decidere entro il termine di un anno (poniamo, in undici mesi); risultato: l'imputato viene irrevocabilmente condannato a distanza di oltre dieci anni dalla data di commissione del reato (quando con la "vecchia" e vituperata prescrizione, il reato si sarebbe estinto in sette anni e mezzo). Come detto, un risultato paradossale per una riforma che intendeva assicurare il principio di ragionevole durata del processo.

Un terzo effetto della disciplina del regime di improcedibilità attiene a un altro profilo: si è detto che la situazione delle corti di appello italiane è tale da non poter assicurare – in un rilevantissimo numero di casi – il rispetto dei termini previsti per i giudizi di impugnazione. Ciò, fatalmente, introdurrà l'obiettivo dell'improcedibilità nei calcoli che (giustamente) ciascun imputato fa per tutelare la propria posizione. Il rischio, dunque, è di alimentare in modo elevato il numero di impugnazioni proposte a scopo dilatorio, con il risultato di frustrare l'efficacia di molti istituti deflativi che, pure, la legge n. 134 del 2021 mira a introdurre nell'ordinamento.

Vi è poi un ulteriore effetto paradossale che la riforma potrebbe determinare. Come detto, la mannaia dell'improcedibilità rischia di determinare – in nome del principio di ragionevole durata del processo – l'estinzione di numerosi processi. Ma un simile esito estintivo, che negli auspici dovrebbe allineare il sistema giudiziario al dettato della Costituzione e della Cedu, rischia di esporre il nostro Paese a ulteriori procedure davanti alla Corte Edu per violazione dell'art. 6 della Convenzione. Il tema non può qui essere approfondito; è solo il caso di ricordare che, di recente, la Corte Edu ha condannato l'Italia per la violazione degli artt. 6 e 13 della Convenzione (sotto i profili della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo e del diritto all'accesso a un giudice)⁷³ in un caso che – con l'improcedibilità di nuovo conio – minaccia di ripresentarsi non di rado⁷⁴. Per il vero, la frizione con l'art. 6, § 1 della Cedu (diritto fondamentale di accesso a un giudice che deciderà in ordine alle controversie su diritti e obbligazioni di natura civile), che è stata ravvisata nel caso *Petrella*, po-

trebbe essere scongiurata dalle modifiche apportate all'art. 578 cpp, ove si prevede (comma 1-bis) che, in caso di improcedibilità maturata in appello o in cassazione, i giudici debbano «rinviare per la prosecuzione al giudice civile competente per valore in grado di appello, che decide valutando le prove acquisite nel processo penale».

Ma si tratta di norma di non semplice e lineare interpretazione⁷⁵ che, comunque, non risolverebbe i profili di contrasto con il diritto alla ragionevole durata del processo volta a una soluzione nel merito.

Come a dire: oggi la Corte Edu ci condanna perché finiamo i processi troppo tardi; domani potrebbe condannarci perché non li finiamo proprio...

4. Alba o tramonto del processo penale?

Dovendo trarre le fila della sin troppo lunga disamina, si possono svolgere alcune considerazioni conclusive. Non ci si concentrerà qui su ciò che sarebbe stato auspicabile, ma non è stato fatto (una seria opera di razionalizzazione della disciplina sostanziale, con "ristrutturazione" di alcune fattispecie e alcuni possibili interventi di depenalizzazione); né su ciò che – a riforma approvata – sarebbe altrettanto auspicabile e necessario (un'amnistia) per garantire che la riforma inizi il suo cammino senza una zavorra capace di affossarla.

Ambedue le ipotesi non sono nell'agenda politica e la composizione del Parlamento, le sue fluttuanti maggioranze e le imminenti scadenze elettorali ci dicono che, con ogni probabilità, ciò non avverrà.

Le considerazioni conclusive si debbono allora concentrare sul contenuto della riforma. Si sono messe in evidenza le ragioni che rendono indispensabile una incisiva riforma del sistema penale. E sono state esaminate le contraddizioni emerse nel cammino di approvazione della legge n. 134 del 2021 e si sono messi in luce alcuni dei nodi che il legislatore delegato dovrà provare a sciogliere. Si è anche dato conto dei possibili aspetti positivi e negativi della riforma.

Mi limito dunque a dire, in conclusione, che il successo della riforma – al di là di come saranno scritti i decreti delegati – è in larga parte legato a fattori ulteriori rispetto alla qualità del testo normativo.

73. Sotto diverse forme, ovviamente; nel caso *Petrella*, infatti, si trattava di una persona offesa che lamentava di non aver potuto costituirsi nel giudizio penale come parte civile, in ragione del fatto che il termine di prescrizione era maturato durante la fase delle indagini preliminari.

74. Corte Edu, sez. I, *Petrella c. Italia*, ric. n. 24340/07, 18 marzo 2021 ([PETRELLA v. ITALY - \[Italian Translation\] by the Italian Ministry of Justice \(coe.int\)](#)). La sentenza a è divenuta definitiva il 6 settembre 2021, dopo che il ricorso alla *Grande Chambre* della Rappresentanza italiana è stato dichiarato inammissibile.

75. Sul punto, si rimanda a G. Ichino, "Riforma Cartabia" e processo d'appello, *op. cit.*, par. 6, e P. Ferrua, *Improcedibilità*, *op. cit.*, pp. 11-12.

Alludo alle risorse umane e materiali con cui è indispensabile accompagnare il cammino della riforma: un sistema di inclusione sociale che non si limiti al mondo dell'amministrazione della giustizia, ma coinvolga i territori e le associazioni; un indispensabile rafforzamento degli uffici di esecuzione penale esterna; una efficace implementazione del processo penale telematico; un adeguamento degli organici del personale di magistratura⁷⁶.

Tutti interventi – quelli appena citati – che hanno un costo.

Un costo che, però, è interesse del Paese sostenere; sia per il fatto che un efficace sistema processuale – che favorisca la riparazione del tessuto sociale lacerato e il reinserimento sociale del condannato – costituisce un fattore che previene l'insicurezza sociale, sia per il fatto che è dovere della Repubblica provare a vincere la scommessa rieducativa scritta nella Costituzione.

Per dirla con Mario Sbriccoli, «un lungo lavoro strategico sembra realisticamente la sola via praticabile. (...) Un lavoro lungimirante che riorganizzi la 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»⁷⁷.

Ma la riforma, per restituire efficacia ed effettività al sistema penale, favorendo anche la fuoriuscita dalla logica della vendetta, avrà bisogno anche di un deciso salto culturale da parte dei giudici e dei pubblici ministeri: da un lato, essi saranno chiamati a una diversa – direi più *contemporanea* – concezione del loro lavoro; dall'altro lato, essi saranno chiamati ad appropriarsi di una nuova visione della penalità.

In queste pagine si è molto – forse troppo – insistito sulla metafora delle luci e delle ombre. Per coerenza, insisto nella metafora: sebbene le ombre siano spesse, alcune luci – tra le pieghe della riforma – si intravedono. Può essere il chiaroscuro del tramonto o quello dell'alba. Quale sia il punto della notte è questione che dipende, almeno in parte, anche dagli occhi di noi operatori del diritto.

76. Stando al rapporto CEPEJ 2020 – *European judicial systems* (dati del 2018), *cit.* –, il numero di giudici professionali in Italia è pari a 11,6 giudici/100.000 abitanti; la media dei Paesi membri del Consiglio d'Europa è pari a 21,4; la mediana è pari a 17,7. Lo stesso documento riporta che il numero di pubblici ministeri in Italia è pari a 3,7 PM/100.000 abitanti; la media dei Paesi membri del Consiglio d'Europa è pari a 12,13; la mediana è pari a 11,25.

77. Cfr. M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia*, *op. cit.*, p. 44 ([Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno - volume 88 \(unifi.it\)](#)).

Fuori dal carcere?

La “riforma Cartabia”, le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio

di *Riccardo De Vito*

L’art. 1, comma 17 della legge delega di riforma del processo penale coltiva apprezzabili promesse di trasformazione della penalità sostanziale, processuale e penitenziaria. La rilevante modifica della disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, pur rimanendo tra gli aspetti meno esplorati della cd. “riforma Cartabia”, pare precorritrice di novità in grado di poter incidere sul sistema penitenziario e sulla fisionomia del giudice penale di cognizione. Il passaggio copernicano della riforma potrà incidere sull’effettiva dinamica della sanzione penale solo ove – nell’attuare la delega – si risolvano alcune aporie presenti nella legge delega e solo ove si assicurino adeguate risorse agli uffici di esecuzione penale esterna.

1. Una svolta copernicana / 2. Dalle sanzioni sostitutive alle pene alternative. La nuova fisionomia del giudizio di cognizione / 3. Ridimensionare il carcere / 4. I punti salienti della riforma: semilibertà, detenzione domiciliare, lavori di pubblica utilità / 5. Una superstite: la pena pecuniaria / 6. Dalla esecuzione alla cognizione: un passaggio delicato / 7. L’esecuzione delle pene sostitutive e il rischio di esiti irragionevoli / 8. Brevi cenni alla messa alla prova / 9. Alternative o aggiuntive al carcere? Il rischio dell’eterogenesi dei fini

1. Una svolta copernicana

L’art. 1, comma 17 della legge delega di riforma del processo penale (legge n. 134/2021) coltiva apprezzabili promesse di trasformazione della penalità sostanziale, processuale e penitenziaria.

La rilevante modifica della disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, pur rimanendo tra gli aspetti meno esplorati della cd. “riforma Cartabia”, pare precorritrice di novità in grado di poter incidere sul sistema penitenziario – riducendo la pressione del sovraffollamento – e sulla fisionomia

del giudice penale di cognizione: il «mormorante evocatore del passato remoto» per dirla con le parole che Thomas Mann riservava al narratore di storie¹, 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 passaggio copernicano della riforma si colloca proprio nella definitiva abolizione – a distanza di quarant’anni esatti dalla loro introduzione con legge n. 689/1981 – delle sanzioni sostitutive della semidetenzione e della libertà controllata e nel subentro, in

1. T. Mann, *La Montagna incantata*, Corbaccio, Milano, 1992 (ed. or.: 1924; trad. it. di E. Pocar), p. 5.

luogo di quelle, di due misure sino ad oggi collegate alla dinamica esecutiva della pena e applicabili soltanto dal magistrato di sorveglianza: la semilibertà e la detenzione domiciliare. Accanto ad esse, tra i surrogati del carcere direttamente comminabili dal giudice della condanna – è bene farvi subito cenno – trovano ora spazio anche i lavori di pubblica utilità, mentre rimane la previsione della pena pecuniaria per sostituire le pene detentive di entità più contenuta.

2. Dalle sanzioni sostitutive alle pene alternative. La nuova fisionomia del giudizio di cognizione

Prima di analizzare in dettaglio i punti nodali della riforma, sembra decisivo mettere in risalto che, in ragione della possibilità di applicare quelle che sino ad oggi erano «misure alternative alla detenzione», l'oggetto del processo penale si dovrà per forza di cose ampliare per ricomprendere una più approfondita indagine sulla personalità dell'imputato e la formulazione di ipotesi trattamentali dei condannati. Tale estensione degli ambiti del giudizio di cognizione è resa necessaria da un'altra rilevante innovazione normativa: l'innalzamento da due a quattro anni della soglia massima di pena sostituibile con la semilibertà o la detenzione domiciliare (con il limite, invece, di tre anni per i lavori di pubblica utilità e di un anno per la pena pecuniaria).

È fuori discussione che il giudice penale della cognizione possieda già oggi, nel suo profilo funzionale e nel *toolkit* epistemologico, l'attitudine al giudizio prognostico e la metodologia per elaborarlo, entrambe forgiate da istituti che impongono di dismettere gli abiti dello storico e di volgere lo sguardo al futuro delle persone giudicate.

La sospensione condizionale della pena, ad esempio, «è ammessa soltanto se, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'art. 133, il giudice presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati» (art. 164 cp); la misura di sicurezza, viceversa, è applicabile soltanto «quando è probabile» che chi ha commesso un fatto preveduto dalla legge come reato ne commetta di nuovi (art. 203 cp).

Gli strumenti della prognosi e dell'osservazione della personalità dell'imputato sono poi stati ulteriormente incrementati dall'introduzione nel nostro ordinamento di quel meccanismo di *diversion* processuale rappresentato dalla messa alla prova dell'adulto. La sospensione del procedimento con messa alla prova, infatti, è disposta «quando il giudice, in base ai parametri di cui all'art. 133 del codice penale, reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà dal com-

mettere ulteriori reati» (art. 464-*quater*, comma 3, cpp); per compiere tale valutazione in maniera più incisiva, il giudice «può acquisire, tramite la polizia giudiziaria, i servizi sociali o altri enti pubblici, tutte le ulteriori informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato» (art. 464-*bis*, comma 5, cpp).

L'ingresso della semilibertà, della detenzione domiciliare (e in parte dei lavori di pubblica utilità) nel novero delle sanzioni sostitutive, tuttavia, dilata ancora di più il *focus* della prognosi e impone un salto di qualità: non più soltanto (o in misura prevalente) il giudizio sull'astensione 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.

Il cambiamento di paradigma è scolpito nella formulazione della lett. c del citato art. 1, comma 17, che alla disciplina di attuazione e dettaglio del legislatore delegato affida un compito complesso: «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».

Nell'ambito del quadro normativo attualmente in vigore, il giudice, nel sostituire la pena detentiva, sceglie nel ventaglio delle sanzioni disponibili (semidetenzione, libertà controllata, pena pecuniaria) «quella più idonea al reinserimento sociale del condannato» (art. 58 l. n. 689/1981). Il parametro di idoneità al reinserimento sociale, a legislazione invariata, non assiste il momento “genetico” della sanzione, limitandosi a entrare in gioco (e in maniera blanda) nel momento dell'esercizio del potere discrezionale di scelta della singola e standardizzata sanzione. La decisione di disporre o meno delle attuali sanzioni sostitutive indifferenziate, ad oggi, deriva da un giudizio di tipo essenzialmente retributivo, correlato all'entità della pena e alla necessità di evitare gli effetti deosocializzanti che un breve transito in carcere comporta. Anche la determinazione delle modalità esecutive delle attuali sanzioni è affare alieno alla competenza del giudicante, essendo rimessa – nei limiti di quella standardizzazione alla quale si accennava – al magistrato di sorveglianza (art. 62 l. n. 689/1981).

Con la riforma, viceversa, il principio costituzionale del finalismo rieducativo dovrà presidiare a tutto tondo l'applicazione, la scelta e la declinazione individualizzata delle nuove sanzioni sostitutive, che vanno ad assumere la natura di vere e proprie pene

sostitutive o alternative² da plasmare sulla storia individuale del condannato.

3. Ridimensionare il carcere

È intuitivo afferrare, già sulla base di questi primi cenni, che la riforma costituisca un ripensamento non soltanto dell'apparato parallelo delle sanzioni sostitutive, ma più in genere di tutto il sistema sanzionatorio e del conseguente approccio ad esso da parte del giudice penale.

L'ottica, da rimarcare con indiscutibile favore, è quella di una riduzione dello spazio (non solo metaforico) occupato nel nostro sistema dalla pena detentiva. L'impalcatura della delega, dunque, non ha il respiro corto del mero riordino di settore e in questo senso, come già messo in risalto da qualificati commentatori, raccoglie le dichiarazioni di intenti della Ministra della giustizia Marta Cartabia davanti alla Commissione giustizia della Camera dei deputati: «una seria riflessione sul sistema sanzionatorio» tale da orientare «verso il superamento dell'idea del carcere come unica effettiva risposta al reato. La certezza della pena non è la certezza del carcere»³. Da questo assunto teorico di fondo sono sgorgate sia l'applicabilità in sede di cognizione di alcune delle misure attualmente previste come alternative al carcere, con conseguente sgravio del magistrato di sorveglianza, sia l'elevazione della soglia massima di pena entro cui è possibile sostituire la pena: quattro anni, lo stesso limite entro il quale, in fase esecutiva, può essere concessa la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47, comma 3-bis, ord. penit.).

Non va trascurato, in una valutazione realistica del potenziale impatto della riforma, che ad oggi circa 26.385 detenuti, su un totale di circa 54.000⁴, devono rimanere in carcere per meno di tre anni e, di questi, ben 7.123 si sono visti comminare una pena inferiore ai tre anni⁵ direttamente in sentenza. Se l'attuazione della delega sarà rigorosa – se, soprattutto, l'interpretazione sarà espansiva – pertanto, la riforma, pur con i limiti di cui si dirà, potrà raggiungere obiettivi ragguardevoli nel campo della deflazione di quella

popolazione carceraria che si trova a scontare pene di modesta entità per fatti di limitato allarme sociale e che, in larga parte, coincide con l'area della detenzione sociale, caratterizzata da fragilità economiche, familiari, umane.

4. I punti salienti della riforma: semilibertà, detenzione domiciliare, lavori di pubblica utilità

Come noto, la legge n. 134/2021 si sostanzia in una serie di emendamenti al “ddl Bonafede” (AC 2435), formulati sulla base della relazione finale dei lavori della Commissione ministeriale di studio incaricata di elaborare proposte di riforma del processo e del sistema sanzionatorio penale, nonché della prescrizione (Commissione Lattanzi).

Preme subito mettere in rilievo che i profili di maggior perplessità del nuovo impianto normativo, anche in materia di pene sostitutive, derivano dal setaccio unicamente politico con il quale sono state vagliate le proposte contenute nell'art. 9-bis dell'elaborato offerto dalla Commissione Lattanzi. Colpisce, in modo particolare, l'espunzione dell'affidamento in prova dalle misure alternative applicabili in sede di cognizione. Si tratta di una scelta che inculca limiti e contraddizioni nella riforma e che sembra suggerita, ancora una volta, dall'impossibilità – dettata da preoccupazioni squisitamente politiche e di consenso – di accostare al concetto di pena misure impegnative dell'essere umano, ma non privative della libertà personale.

L'analisi sintetica della riforma non può che prendere le mosse dallo smantellamento del sistema di sanzioni sostitutive delineato dalla legge n. 689/1981. Abolite la semidetenzione e la libertà controllata – mai passate dalla lettera della legge alla realtà delle aule giudiziarie –, la delega incarica l'esecutivo di prevedere, quali sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, la semilibertà, la detenzione domiciliare, i lavori di pubblica utilità e la pena pecuniaria (lett. b).

La lettera e disciplina le soglie edittali della pena detentiva sostituibile e le corrispondenti sanzioni

2. In questo senso G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia”*, in *Sistema penale*, 15 ottobre 2021.

3. Le dichiarazioni si ritrovano, tra l'altro, in T. Carboni, *Disposizioni in materia di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi*, in A. Conz e L. Levita (a cura di), *La riforma Cartabia della giustizia penale. Commentario organico alla Legge n. 134/2021*, Dike, Roma, 2021, p. 207.

4. Il dato più aggiornato, al momento in cui si scrive, indica un numero di presenze pari a 54.134 al 31 dicembre 2021.

5. Dati aggiornati e preziosi sulla divisione della popolazione detenuta in base all'entità della pena comminata o da scontare si trovano nella *Relazione al Parlamento 2021* a cura del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale (www.garantenzionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/pub_rel_par.page).

applicabili: quando il giudice, in sede di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 cpp, riterrà di dover determinare nei limiti di quattro anni la durata della pena, potrà sostituirla con la semilibertà o la detenzione domiciliare; entro la soglia dei tre anni, viceversa, lo stesso giudice potrà optare anche per i lavori di pubblica utilità, mentre la pena pecuniaria – oggi prevista per surrogare pene di soli mesi – verrà utilizzata in sostituzione di pene della durata di un anno.

Occorre immediatamente segnalare, quale importante avanzamento sul terreno dell'effettività, che la sospensione condizionale della pena non potrà più essere disposta in caso di applicazione delle pene sostitutive (lett. *h*). Come messo in rilievo da autorevole dottrina, ci troviamo di fronte a un «passo indispensabile» per evitare che queste ultime vengano «fagocitate» dai meccanismi di sospensione previsti dagli artt. 163 ss. del codice penale⁶.

La semilibertà e la detenzione domiciliare troveranno la loro disciplina sostanziale e processuale nelle relative disposizioni di ordinamento penitenziario; di tali disposizioni l'esecutivo dovrà tener conto anche nella disciplina delle condizioni soggettive di accesso alle pene sostitutive, in modo tale da realizzare un «coordinamento» con le preclusioni relative alle misure alternative (lett. *d e f*). Maglie larghe sono giustamente contemplate per i casi di inosservanza delle prescrizioni: soltanto la mancata esecuzione delle sanzioni o la violazione grave e reiterata delle prescrizioni potrà dar luogo a revoca della misura, con conseguente conversione della porzione residua da espriare in pena detentiva o in altra sanzione sostitutiva.

La previsione di tramutamento della misura suscettibile di revoca in altra sanzione dello stesso genere – desunta direttamente dall'esperienza della magistratura di sorveglianza e dalla recente riforma dell'art. 51-ter dell'ordinamento penitenziario ad opera del d.lgs n. 123/2018 – assume una notevole importanza pratica e un ruolo strategico nel dichiarare all'interprete la *ratio* della riforma: confinare il carcere, nell'ambito delle pene di breve durata, nel ruolo di sanzione davvero residuale. Altrettanto rivelatrici, in questa traiettoria di contenimento del peso della pena carceraria, sono le scelte della legge delega – in questo caso migliorative rispetto all'articolato della Commissione Lattanzi – di non limitare la possibilità di sostituzione a determinate figure di reato e di consentire la reiterazione dell'applicazione delle pene sostitutive.

Alle sanzioni sostitutive applicabili su larga scala, purché nel limite di tre anni di durata della pena detentiva, si aggiungono ora i lavori di pubblica utilità, i quali hanno di recente conosciuto una stagione fiorente a seguito degli interventi legislativi che ne hanno previsto l'utilizzabilità in funzione di pena sostitutiva (anche della pena pecuniaria) nei reati di guida in stato di ebbrezza, guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti e nei delitti di droga di lieve entità (a condizione che l'autore sia tossicodipendente)⁷. La delega sancisce espressamente che la prestazione di un'attività non retribuita in favore della collettività – la cui disciplina sarà mutuata dal d.lgs n. 274/2000 – debba avere durata corrispondente a quella della pena detentiva sostituita (lett. *f*) e possa essere disposta d'ufficio dal giudice, anche in sede di patteggiamento o decreto penale di condanna, a condizione che il condannato non si opponga.

Il positivo svolgimento dei lavori di pubblica utilità applicati con sentenza di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 cpp o con decreto penale di condanna, se accompagnato dal risarcimento del danno o dall'eliminazione delle conseguenze dannose del reato, determinerà inoltre la revoca della confisca eventualmente disposta, eccezion fatta per i casi di confisca obbligatoria (lett. *i*); se è in presenza, all'evidenza, di una disposizione mirante a incentivare l'opzione difensiva per tali riti alternativi.

5. Una superstite: la pena pecuniaria

Unica sopravvissuta delle «vecchie» sanzioni sostitutive, la pena pecuniaria vede ora incrementare il proprio raggio d'azione, dal momento che potrà essere applicata in sostituzione di pene detentive della durata massima di un anno, in luogo dell'attuale limite di sei mesi. Ai decreti delegati viene affidato il compito di determinare le quote giornaliere, che nel massimo non dovranno superare i 2.500 euro, salvo il limite di 250 euro nel caso di applicazione in sede di decreto penale di condanna. Con riferimento al minimo della quota, viceversa, la delega specifica che l'ammontare dovrà essere individuato «in misura indipendente dalla somma indicata dall'art. 135 del codice penale» (250 euro) e «in modo tale da evitare che la sostituzione della pena risulti eccessivamente onerosa in rapporto alle condizioni economiche del condannato e del suo nucleo familiare, consentendo al giudice di adeguare la sanzione sostitutiva alle condizioni economiche e di vita del condannato» (lett. *l*).

6. La riflessione è di E. Dolcini, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in *Sistema penale*, 2 settembre 2021.

7. Si tratta degli interventi attuati con l. n. 120/2010 e con dl n. 272/2005, convertito con modifiche in l. n. 49/2006.

Alcune brevi osservazioni sulla pena pecuniaria sostitutiva, per i peculiari problemi che pone, devono essere svolte già ora.

Va senza dubbio sottolineato in maniera positiva il fatto che il legislatore, nel sancire che il valore minimo giornaliero della quota possa essere inferiore a 250 euro, abbia prestato ascolto al monito della sentenza n. 15/2020 della Corte costituzionale, la quale, pure nell'ambito di un giudizio di inammissibilità, aveva scandito a chiare lettere che il tasso di ragguaglio dell'art. 135 cp – innalzato dal legislatore del 2009 alla somma di 250 euro per giorno di detenzione –, aveva reso «eccessivamente onerosa, per molti condannati, la sostituzione della pena pecuniaria», con «conseguente rischio» di trasformare quella sostituzione «in un privilegio per i soli condannati abbienti».

Nonostante questo auspicato intervento correttivo, tuttavia, non pare ancora prevedibile un futuro roseo per la pena pecuniaria *tout court*, per un duplice ordine di considerazioni alle quali, in questa sede, si può solo rapidamente accennare.

In primo luogo, a differenza di quanto era stato previsto nella proposta della Commissione Lattanzi, l'attuale riforma non incide sul sistema di determinazione *ex lege* della pena pecuniaria, che rimane ancorato al modello tradizionale della somma complessiva invece di accedere, al pari della pena pecuniaria sostitutiva, al meccanismo delle quote giornaliere.

Il secondo ordine di problemi riguarda proprio le procedure di esecuzione delle pene pecuniarie: l'art. 1, comma 16 della legge delega si limita a stabilire che i decreti legislativi dovranno procedere alla «razionalizzazione e semplificazione del procedimento di esecuzione delle pene pecuniarie», alla «revisione, secondo criteri di equità, efficienza ed effettività, dei meccanismi e della procedura di conversione della pena pecuniaria in caso di mancato pagamento per insolvenza o insolvibilità», nonché alla «previsione di procedure amministrative efficaci, idonee ad assicurare l'effettiva riscossione della pena pecuniaria e la sua conversione in caso di mancato pagamento». Salta immediatamente agli occhi l'assenza di ogni criterio specifico di delega, ma è fin troppo scontato rilevare che dalla soluzione prescelta dal legislatore delegato dipenderà il raggiungimento o meno di un adeguato livello di efficacia deterrente della pena pecuniaria.

Esaminate in sintesi le novità normative, occorre ora spostare l'attenzione sui profili critici della riforma,

concentrandosi sul reale profilo di cambiamento, ovvero l'immissione nel giudizio di cognizione della possibilità di applicare le pene sostitutive della semi-libertà e della detenzione domiciliare.

6. Dalla esecuzione alla cognizione: un passaggio delicato

Il progetto di traghettare le misure alternative nel giudizio di cognizione, pur rimasto sempre allo stato di tentativo incompiuto, era stato già messo in agenda dal legislatore e aveva suscitato approfondite riflessioni tra i penitenziaristi.

Il «ddl Carotti» in materia di modifiche del processo penale collegate all'entrata in vigore del giudice unico, ad esempio, aveva ventilato la possibilità della concessione delle misure alternative alla detenzione direttamente da parte del giudice della cognizione nell'ambito del solo procedimento di applicazione della pena su richiesta delle parti. Come noto, il testo di legge definitivo (l. n. 479/1999) fu approvato senza tale modifica, ma il precedente storico merita di essere ricordato soprattutto per le criticità – in parte analoghe alle odierne – allora messe in risalto dalla riflessione della dottrina e della giurisprudenza. In particolar modo fu la Commissione mista per i problemi della magistratura di sorveglianza, istituita presso il Consiglio superiore della magistratura, a tracciare tre direttrici d'intervento indispensabili per supportare la proposta di riforma.

Il primo suggerimento era strettamente correlato alla «concreta impraticabilità di qualunque alternativa ad una pena di tipo detentivo (...) che non si fondi su una serie di informazioni, le più ampie possibili, sulla persona condannata, sulla sua vita precedente o successiva al reato, secondo il paradigma, troppo spesso vanamente invocato, descritto dall'art. 133 c.p.»⁸.

Sotto questo profilo sembra che l'attuale delega muova nella giusta direzione, ancorando la stessa possibilità di applicazione delle pene sostitutive al principio del finalismo rieducativo e prevedendo «il coinvolgimento degli uffici per l'esecuzione penale esterna». Va da sé che sarà importante pretendere un rafforzamento degli uffici per l'esecuzione esterna, le cui piante organiche sono allo stato attuale del tutto inadeguate a coprire il fabbisogno generato dalle misure alternative «ordinarie» e dal prepotente sviluppo della messa alla prova.

8. Sono le parole della *Relazione sull'attività svolta dalla Commissione Mista per i problemi della magistratura di sorveglianza nel corso del quadriennio 1998-2002* (testo approvato nella seduta dell'assemblea plenaria del 2 luglio 2003), che si possono ritrovare, unitamente alle altre considerazioni citate nell'articolo, nei *Quaderni del Consiglio superiore della magistratura*, n. 140, 2004, pp. 55 ss.

Senza investimento sul versante degli uffici di esecuzione penale esterna – strategici per la raccolta delle informazioni oltre che per la formulazione del regime di prescrizioni –, la riforma fallirà il suo scopo: potranno essere raggiunti nel breve termine obiettivi minimi di deflazione delle presenze in carcere, ma non verrà tagliato alcun traguardo di risocializzazione dei condannati e di abbattimento dei tassi di recidiva.

In mancanza di una seria prospettiva informativa – ottenibile anche attraverso il potenziamento applicativo di una norma, l'art. 187 cpp, che colloca tra gli oggetti di prova anche i fatti che si riferiscono alla determinazione della pena –, si correranno due rischi: trasformare le pene sostitutive in gusci vuoti; applicarle soltanto sulla base di requisiti di affidabilità – disponibilità di un'opportunità lavorativa, di un'abitazione, di risorse familiari – che tagliano fuori la criminalità socialmente più fragile, vale a dire proprio quella che statisticamente commette i reati punibili con pene detentive brevi.

Un rilievo specifico, sotto quest'ultimo profilo, deve essere svolto riguardo alla detenzione domiciliare. Questa misura, anche nella fase esecutiva della pena, è troppo spesso destinata a rimanere mera possibilità sulla carta: non avere la disponibilità di un alloggio, neppure del più piccolo punto di appoggio messo a disposizione da una rete familiare o amicale, preclude la possibilità di conseguire una misura a cui pure, sotto il profilo dei parametri normativi, si avrebbe diritto. Per evitare la subordinazione di diritti costituzionali al godimento di una posizione sociale di non marginalità e per far “vivere” la prescrizione della detenzione domiciliare quale pena sostitutiva, pertanto, pare ineludibile auspicare congrui investimenti nella costruzione di dimore sociali, nonché in quei progetti di inclusione sociale già oggi meritoriamente attivati dalla Direzione generale per l'esecuzione penale esterna e da Cassa ammende.

La seconda linea di intervento allora suggerita dall'analisi della proposta Carotti era legata alla necessità di evitare che sulla stessa pena alternativa mettessero le mani due organi giudiziari diversi. È un principio di validità immutata: in altre parole, la funzione tipica della pena sostitutiva – che la delega oggi delinea con maggior nettezza anche in termini di risocializzazione – può essere raggiunta esclusivamente a condizione che applicazione della pena e determinazione delle prescrizioni correlate siano il portato della mano di uno stesso giudice, evitando sovrapposizioni che potrebbero alterare il progetto originario sotteso alla scelta della misura.

Anche in questo caso la legge n. 134/2021 pare cogliere nel segno, disponendo il superamento della divaricazione, ora esistente nel campo delle sanzioni

sostitutive, tra momento dell'indicazione della specie e della durata della pena detentiva ad opera del giudice di cognizione (art. 61 l. n. 689/1981) e fase della determinazione delle modalità di esecuzione ad opera del magistrato di sorveglianza (art. 62 della medesima legge). La più volte citata lettera c del comma 17 prescrive che le nuove pene sostitutive potranno essere disposte solo a condizione che «assicurino attraverso opportune prescrizioni» la prevenzione del pericolo di recidiva. Se ne desume, dunque, che il giudice di cognizione, per valutare l'idoneità della misura – anche in termini rieducativi, verrebbe da dire – debba figurarsi già al momento dell'applicazione il relativo progetto di attuazione, per poi dettagliarlo in un regime prescrittivo adeguato e il più possibile individualizzato.

L'ultima delle linee guida messe a punto dal dibattito della Commissione mista a fine anni novanta merita di essere trattata a parte, involgendo anche delicati problemi di ordine processuale.

7. L'esecuzione delle pene sostitutive e il rischio di esiti irragionevoli

Inutile nascondere che, nell'attuazione della riforma, l'interprete dovrà fare i conti con un'incognita preoccupante, direttamente ascrivibile al notevole lasso temporale che di solito intercorre tra il momento dell'applicazione della pena sostitutiva ad opera del giudice e il momento dell'esecuzione della stessa una volta che la sentenza sarà divenuta irrevocabile. Il rischio è quello che le condizioni che hanno giustificato la pena sostitutiva – sussistenza di un domicilio idoneo per la detenzione domiciliare o, nel caso di semilibertà, disponibilità di «attività lavorative, istruttive, o comunque utili al reinserimento sociale» (art. 48 ord. penit.) – evaporino nel corso del giudizio e siano scomparse al momento dell'esecuzione. Analoghe preoccupazioni, sia pure in tono minore, valgono per i lavori di pubblica utilità.

All'epoca del ddl Carotti, gli approfondimenti della Commissione mista finirono per sposare, non senza aspro dibattito, la tesi della necessità dell'immediata esecutività delle sentenze che avessero disposto una pena sostitutiva. Era uno scambio, quello tra garanzie collegate all'irrevocabilità della sentenza e immediata applicabilità della misura, che poteva ammettersi soltanto in ragione della limitazione della possibilità di applicazione della misura alternativa ai soli casi di patteggiamento e, dunque, di consenso dell'imputato.

Questo tipo di soluzione è oggi inattuabile e, allo stesso tempo, è facile prevedere che il successo della riforma, in termini di deflazione carceraria e di

snellimento del processo, dipenderà da una significativa riduzione del tasso di impugnazione delle condanne a pena sostitutiva. Tre gradi di giudizio comportano un pericolo maggiore di modificazione delle condizioni soggettive e oggettive valutate dal giudice della condanna.

Tale diminuzione, astrattamente ipotizzabile in ragione di una più sopportabile accettazione della pena non carceraria, pare in concreto difficilmente realizzabile. Sia la detenzione domiciliare sia la semilibertà, infatti, si traducono in misure privative o seriamente limitative della libertà personale. Difficile pensare, pertanto, che l'imputato si acquieterà sull'esito di primo grado.

In questo senso, l'eliminazione dell'affidamento in prova al servizio sociale dal novero delle misure anticipabili in sede di cognizione gioca un ruolo decisivo: trattandosi dell'unica misura che non comporta meccanismi di completa privazione della libertà personale, infatti, avrebbe sicuramente indotto una maggior deterrenza all'impugnazione. In questo stesso ordine di ragionamenti pare ancora più arrendevole la scelta di eliminare dallo schema definitivo di delega la previsione originaria di estendere l'accordo delle parti, in caso di patteggiamento, anche alle misure alternative e, tra queste, all'affidamento in prova.

Alla eliminazione dell'affidamento in prova dal novero delle pene sostitutive fanno riscontro ulteriori criticità, tra cui quella inerente al rapporto tra esecuzione immediata delle pene sostitutive e sospensione dell'ordine di esecuzione delle pene detentive di durata inferiore a quattro anni (art. 656, comma 5, cpp)⁹.

Ad oggi, come noto, l'esecuzione della semidetenzione e della libertà controllata è curata dal pubblico ministero che, senza alcun meccanismo sospensivo, trasmette l'estratto della sentenza al magistrato di sorveglianza (art. 661 cpp). Sotto questo profilo, la possibile efficienza della riforma sembra reggersi sul mantenimento di meccanismi simili, comunque tali da evitare che l'ordine di esecuzione di una condanna a pena sostitutiva venga sospeso. Come è stato messo in risalto dai primi commentatori, «la scelta di mettere a disposizione del giudice di cognizione sanzioni che riproducono nei contenuti le attuali misure alternative (...) scongiura il passaggio del condannato attraverso il carcere, ma promette anche di ridimensionare il fenomeno dei c.d. liberti sospesi»¹⁰, vale a

dire di quei condannati a pena detentiva inferiore a quattro anni nei confronti dei quali l'ordine di esecuzione della pena carceraria viene sospeso (art. 656, comma 5, cpp) in attesa della decisione del tribunale di sorveglianza sull'eventuale riconoscimento di una misura alternativa.

Tale meccanismo duale – sospensione dell'ordine di esecuzione nei confronti dei condannati a pena detentiva inferiore a quattro anni da un lato, immediata esecuzione delle condanne a sanzione sostitutiva dall'altro – era giustificato dal carattere limitatamente afflittivo delle sanzioni sostitutive previste dalla l. n. 689/1981, le quali non comportavano (se non in misura estremamente ridotta) quell'assaggio di carcere che la “legge Simeone” (l. n. 165/1998) aveva saggiamente inteso evitare per quei condannati già in termine per chiedere una misura alternativa.

Il sistema binario appena descritto, tuttavia, pare messo in crisi dalle nuove pene sostitutive, soprattutto nell'ipotesi – da ritenersi non infrequente – in cui il giudice di cognizione dovesse pervenire alla decisione di applicare la semilibertà in luogo della pena detentiva breve. In questa ipotesi la pena sostitutiva assume un profilo paracarcerario assai marcato, che pare incompatibile con l'assenza di un meccanismo di sospensione tale da garantire la possibilità per il condannato di richiedere, da libero, la misura più ampia e favorevole dell'affidamento in prova.

Potrebbero derivarne esiti irragionevoli: il condannato alla pena sostitutiva della semilibertà entrerebbe immediatamente in carcere, sia pure con la possibilità di uscire per svolgere attività lavorativa; il condannato a pena detentiva – magari di durata superiore a quella stabilita per la semilibertà e, in ogni caso, ritenuto non meritevole di pena sostitutiva – vedrebbe sospendersi l'ordine di esecuzione della condanna per attendere da libero il verdetto del tribunale di sorveglianza sull'affidamento in prova.

Non pare che tale profilo contraddittorio possa essere sottovalutato, tanto più che ad amplificarlo concorrono diversi fattori: la possibilità di applicare e scegliere d'ufficio le pene sostitutive; l'estensione generale di quest'ultime a tutti i reati, con il solo limite del massimo edittale della pena da sostituire; la mancata possibilità di applicare l'affidamento in prova in sede di cognizione, con conseguente possibile ingresso in carcere senza un vaglio sulla principale

9. La sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nel limite di quattro anni, anche se costituente residuo di pena maggiore, è il portato dell'intervento ortopedico della sentenza Corte cost., n. 41/2018, che ha inciso sull'originario testo dell'art. 656, comma 5, cpp al fine di rendere il termine previsto per la sospensione dell'esecuzione della pena corrispondente al termine di concessione dell'affidamento in prova allargato, introdotto nell'ordinamento penitenziario (il già ricordato art. 47, comma 3-bis, ord. penit.) dall'art. 3, comma 1, lett. c, dl n. 146/2013, convertito in l. n. 10/2014.

10. Così ancora E. Dolcini, *Sanzioni sostitutive*, op. cit.

misura alternativa, al quale pure si avrebbe diritto, posto che il limite edittale per la sostituzione della pena detentiva è lo stesso previsto per l'applicazione della misura dell'affidamento.

Allo stesso tempo, non pare centrato il rilievo basato sul fatto che la semidetenzione, misura simile alla semilibertà, non abbia sinora creato problemi in sede di esecuzione. In primo luogo, va osservato che le due misure, apparentemente uguali, sono in realtà molto diverse: la semidetenzione comporta l'obbligo di trascorrere almeno dieci ore in istituto penitenziario (art. 55 l. n. 689/1981), mentre la semilibertà comporta la facoltà di trascorrere fuori dall'istituto solo il tempo necessario per partecipare ad attività lavorative (art. 48 ord. penit.). Inoltre, la circostanza che l'esecuzione della semidetenzione non abbia evidenziato criticità è assai verosimilmente ascrivibile alla totale desuetudine in cui l'istituto è caduto: al 15 aprile 2021, si contavano in Italia soltanto due casi di semidetenzione¹¹.

Difficile capire in quale direzione possa agire il legislatore delegato per arginare tale criticità, ammeso che tale sia ritenuta: rientrare nel territorio degli automatismi presidiati dall'art. 656 del codice di rito o ipotizzare, soltanto per la semilibertà, previsioni di eventuale sospensione a favore del condannato nuove e temporalmente più ampie rispetto a quelle attualmente sancite per la semidetenzione (art. 69 l. n. 689/1981).

8. Brevi cenni alla messa alla prova

Prima di effettuare una valutazione complessiva dell'impatto della riforma sul carcere e sul processo, sembra necessario prendere in rapida considerazione un istituto che, estraneo al tema delle sanzioni sostitutive, appartiene al genere dei meccanismi sospensivi del processo e ad un'area di repressione penale che potremmo definire a bassa intensità: la messa alla prova. È, come noto, un classica ipotesi di *diversion*, la cui applicazione a regime sarà decisiva anche nel determinare i perimetri delle pene sostitutive.

L'istituto in questione ha già fatto guadagnare al giudice di cognizione l'esperienza della formulazione di programmi di trattamento. La legge n. 134 del 2021, ora, muovendosi nella logica della deflazione processuale e penitenziaria, ne amplia i confini. L'ambito di applicazione dell'art. 168-bis cp dovrà essere esteso dal legislatore delegato a ulteriori specifici

reati, puniti con pena edittale detentiva non superiore a sei anni, che si prestino a percorsi risocializzanti e riparativi.

Il criterio di delega, a ben vedere, è incentrato sulla natura del reato, circostanza che, oltre a essere di difficile attuazione, potrà generare automatismi difficilmente superabili al banco del giudice pur a fronte di una valutazione di idoneità soggettiva della persona a cui proporre il progetto di messa alla prova. Non è da trascurare, tuttavia, l'ampliamento della portata dell'istituto, che si appresta a divenire un importante strumento per consentire, soprattutto al reo primario, di fuoriuscire al più presto dal circuito della penalità processuale prima ancora che dal sistema della pena carceraria.

9. Alternative o aggiuntive al carcere? Il rischio dell'eterogenesi dei fini

È stata più volte sottolineata, nel corso di queste riflessioni, la positiva valutazione dell'intento sotteso alla riforma delle sanzioni sostitutive: porre fine al carattere baricentrico del carcere nell'ambito del sistema sanzionatorio.

La constatazione degli obiettivi della delega, tuttavia, non può e non deve lasciare appagati, essendo necessario interrogarsi criticamente sulla realizzazione concreta di quelle finalità e sulle reali possibilità delle novità normative di modificare il funzionamento effettivo – sociologico, estrinseco – della leva penale nell'attuale fase storica.

La prima questione da indagare è legata alla strategia di consegnare al giudice di cognizione misure di contenuto analogo a quelle utilizzabili in fase esecutiva: la semilibertà e la detenzione domiciliare. Si è già detto dei gravi inconvenienti correlati alla mancata inclusione dell'affidamento in prova nel novero delle pene alternative: da tale scelta potranno derivare effetti di irragionevole disparità di trattamento tra condannati, con il rischio di conseguenze maggiormente afflittive per i condannati ritenuti meritevoli della pena sostitutiva – dunque meno pericolosi – e contestuale frustrazione dello scopo di alleggerire il processo di cognizione dal fardello delle impugnazioni delle condanne a pene sostitutive.

Accanto a tali criticità, tuttavia, si collocano ulteriori ragioni di preoccupazione, direttamente correlate all'idea di alternativa al carcere che si intende perseguire. Tralasciando ogni pericolosa enfasi

11. Sono i dati forniti dal Ministero della giustizia e precisati nella *Relazione finale* della Commissione Lattanzi: al 15 aprile 2021, i soggetti in carico agli uffici di esecuzione penale esterna a titolo di semidetenzione erano 2, mentre ammontavano a 104 quelli in carico per esecuzione della libertà controllata (cfr. pp. 64-65).

correzionalistica, impositiva di pretese egemoniche e di cambiamenti soggettivi del condannato, costruire una misura alternativa – ora anche una pena alternativa – dovrebbe significare, per usare le espressioni di Alessandro Margara, compartecipare alla «modifica delle situazione oggettiva di inserimento sociale» che il condannato può realizzare. Non si tratta soltanto di favorire la fuoriuscita dal carcere, ma di progettare quella «rieducazione-risocializzazione-riabilitazione» che dal carcere tiene lontano¹².

La costruzione di quel percorso, come in parte già anticipato, richiede informazioni e saperi che neppure il magistrato di sorveglianza, istituzionalmente dedicato a quel compito, a volte riesce a mettere insieme. L'incombenza appare ancora più pesante per il giudice di cognizione, che nel suo *imprinting* conserva (e deve conservare) un'attitudine a conoscere, attraverso il contraddittorio, fatti puntuali, fotogrammi di vita di una persona e che, comunque, è verosimile ritenere dedichi un maggiore impegno allo scrutinio dei reati di maggiore allarme, punibili con pena carceraria non surrogabile. La carenza di informazioni, pertanto, oltre a implicare il rischio di produrre misure povere di contenuti, potrebbe riverberarsi in un atteggiamento difensivo di concessione col contagocce delle pene sostitutive o di scelta pregiudiziale delle misure maggiormente contenitive. Il pericolo, ancora una volta, era stato puntualmente descritto da Alessandro Margara: «La previsione dell'applicazione, con la stessa sentenza, di pene diverse dalla detenzione in carcere (...) è destinata a essere gestita senza conoscenza delle situazioni concrete e può comunque approdare, in sede esecutiva, a nuova esecuzione di pena detentiva». Accanto all'intuizione di ordine generale, Margara annotava esempi concreti: «La detenzione domiciliare, ad esempio, proposta fra i nuovi tipi di sanzione, è oggi una fabbrica di denunce per evasione e di revoche con ritorno in carcere»¹³. A questi atteggiamenti di prudenza, spesso comprensibile, o di automatica applicazione in chiave puramente deflattiva delle misure, è di norma collegato un incremento dei numeri delle presenze in carcere, anziché una loro diminuzione.

Facile prevedere, poi, che la probabile opzione per la misura della semilibertà possa far crescere i numeri di una misura che la penalità penitenziaria conosce ormai soltanto nelle pene di lunga durata o negli ergastoli quale tappa verso le misure finali dell'affidamento in prova o della liberazione condizionale.

Il pericolo di un aumento delle presenze dei semiliberti – ad oggi 907 in totale – sarebbe un effetto chiaramente disarmonico rispetto alle intenzioni di riforma, ma è un pericolo che va tenuto in considerazione (dunque, prevenuto) anche in ragione della strategica collocazione dei reparti ai quali è destinata questa tipologia di detenuti. L'ordinamento penitenziario prevede che «i condannati e gli internati ammessi al regime di semilibertà sono assegnati in appositi istituti o apposite sezioni autonome di istituti ordinari» (art. 48 l. n. 354/1975), mentre il regolamento di esecuzione stabilisce che «sezioni autonome di istituti per la semilibertà possono essere ubicate in edifici o in parti di edifici di civile abitazione» (art. 101, comma 8, DPR n. 230/2000). Ora, se è senza dubbio auspicabile che l'edificio di civile abitazione o la sezione collocata fuori dal muro di cinta diventino la tipologia edilizia naturale per scontare pene di breve durata e per i detenuti di bassa o media pericolosità, è altrettanto constatabile che il sistema penitenziario debba ancora attrezzarsi per tale risultato, sia sotto il profilo culturale sia sotto il profilo materiale. Il rischio, altrimenti, è quello di un azzardato sovraffollamento di istituti e sezioni che, ad oggi, funzionano da protetti luoghi di sperimentazione di quei condannati che provengono da lunghi transiti in circuiti detentivi spesso di alta sicurezza.

Da ultimo va accennato a una questione più generale e, si potrebbe dire, politica, inerente alla funzione materiale della pena. Al di là del messaggio normativo di cui la pena si fa portatrice – sotteso alla domanda «perché bisogna punire?» –, infatti, esiste un significato descrittivo della pena stessa, correlato alla domanda «perché si punisce?» nei fatti, nella realtà¹⁴. In quest'ultima direzione, l'interrogativo non trova risposta soltanto nelle norme e nelle tradizionali funzioni della

12. Sono le osservazioni proposte nella riflessione *Il destino del carcere*, in Fondazione Michelucci (a cura di), *Ordine e disordine*, Firenze, Nuova Grafica Fiorentina, 2007, ora in F. Corleone (a cura di), *Alessandro Margara. La giustizia e il senso di umanità. Antologia di scritti su carcere, oppg, droghe e magistratura di sorveglianza*, Fondazione Michelucci Press, Fiesole, 2015, p. 159.

13. A. Margara, *Quale giustizia? Repetita non iuvant: ancora sulla pena e sul carcere*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 5/2002, pp. 1031 ss., e ora in *Questione giustizia trimestrale* (formato digitale), n. 2/2015 (*Al centesimo catenaccio: 40 anni di ordinamento penitenziario*), p. 114, www.questionegiustizia.it/data/rivista/pdf/12/qg_2015-2.pdf.

14. La distinzione, oltre a interessare la riflessione filosofica sulla pena sin dalle sue origini, è alla base della teoria del garantismo proposta da L. Ferrajoli (da ultimo, in *Id.*, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016), nonché della metodologia della criminologia critica di A. Baratta e M. Pavarini (per una compiuta sintesi del pensiero di quest'ultimo, comprensiva anche di preziose indicazioni bibliografiche, si rimanda a D. Bertaccini, *Fondamenti di critica della pena e del penitenziario. Rielaborazione aggiornata dell'opera didattica di Massimo Pavarini*, Bononia University Press, Bologna, 2021).

pena, ma in fattori esterni ad esse: simbolismi pedagogici funzionali al contrasto di devianze socialmente avvertite, ansie securitarie, esigenze di controllo, incapacitazione della povertà colpevole, necessità di costruire identità *a contrario* sulla pelle di un nemico da espellere.

Non sarà, pertanto, questa ennesima e auspicata modifica delle norme a rimuovere o indebolire l'azione di quei fattori. La costruzione di maggiori spazi di penalità alternativa alla pena carceraria, pertanto, potrebbe agire non in direzione di una diminuzione della penalità penitenziaria, ma lungo l'opposta rotta di un aumento della repressione penale *tout court*. Si corre il serio rischio di vedere associata all'area della pena carceraria – i cui movimenti di espansione o contrazione tendono sempre di più a rimanere indifferenti alle riforme normative – una sempre più vasta zona di repressione penale extra-penitenziaria (o semi-penitenziaria), con il risultato globale di un aumento complessivo del controllo sociale. È un pronostico facilitato dalla vicenda storica del nostro come di altri sistemi penitenziari: l'implementazione del ventaglio normativo di strumenti alternativi al carcere è stata accompagnata da un logico aumento dei numeri dei soggetti in esecuzione esterna, ma da nessuna significativa riduzione dei tassi di incarcerazione. È stato scritto con chiarezza: «nel 2010 c'erano più di 60.000 detenuti e 30.000 condannati a pene alternative; nel 2019, prima della pandemia, ce n'erano ancora 60.000, mentre – grazie ai lavori di pubblica utilità e la messa alla prova – le misure non detentive sono raddoppiate a 60.000 persone (...). Le misure riparative di comunità come vengono chiamate non incidono – se non forse in misura irrisoria – sulla pena carceraria, non riducono la popolazione carceraria, ma allargano semplicemente la rete di controllo sociale»¹⁵.

Con la nuova disciplina delle pene sostitutive si vanno a consolidare due aree di repressione penale: una che potremmo definire a bassa intensità, comprensiva, oltre che delle sanzioni sostitutive, di tutti i meccanismi sospensivi (anche esecutivi) e di *diversion*; un'altra, ad alta intensità, nella quale confluiscono le pene carcerarie. Gli esiti della riforma, pertanto, si misureranno dalle direttrici di espansione dell'area a bassa intensità: se sarà in grado di assorbire fenomeni e autori attualmente destinati al circuito ad alta intensità, assisteremo a risultati congeniali al dichiarato spirito riformatore di abbattimento della risposta carceraria. Altrimenti, sarà l'ennesimo *déjà vu*.

Un esempio tratto dalla storiografia giudiziaria minuta – evidenziato anche nella «Relazione finale» della Commissione Lattanzi – può chiarire il senso di quest'ultima affermazione. Nel 2017 la Corte di cassazione si è occupata del tentato furto da un campo di una sola melanzana, chiarendo che il fatto poteva essere qualificato di speciale tenuità e annullando una sentenza di condanna emanata dalla Corte di appello di Lecce¹⁶. Al di là del caso limite, il rischio concreto è che le nuove pene sostitutive – esattamente come è accaduto con l'istituto della particolare tenuità del fatto (art. 131-bis cp), che lascia pur sempre traccia di sé sul certificato del casellario giudiziale¹⁷ – vengano utilizzate per assorbire fatti di scarsa offensività e occultare le patologie di un sistema penale troppo rigido, amplificate da un'interprete altrettanto inflessibile.

Un sistema, purtroppo, davanti al quale il legislatore ha deciso di voltare le spalle, abbracciando la controversa strada delle priorità dettate dal Parlamento e rinunciando a una seria opera di depenalizzazione. Spetta dunque all'interprete, ancora una volta, farsi carico di indirizzare la riforma sui binari tracciati dai propositi di riduzione della centralità della pena carceraria.

15. M. Bouchard, *Un'altra idea di sicurezza: politiche per le vittime (prima parte)*, in questa Rivista online, 19 novembre 2021, www.questionegiustizia.it/articolo/un-altra-idea-di-sicurezza-politiche-per-le-vittime-prima-parte. Si tratta di una parte del dialogo svolto con Umberto Ambrosoli a Pesaro il 23 ottobre 2021, in occasione della manifestazione “Parole di Giustizia”.

16. Cass., 2 novembre 2017, n. 12823. Traggo l'esempio, al quale se ne potrebbero aggiungere altri, dallo sferzante commento di G.L. Gatta, *La Cassazione e il furto (tentato) di una melanzana: tra tenuità del fatto e patologie della giustizia penale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 4/2018, pp. 183 ss.

17. Anche questo istituto è oggetto di modifica rilevante, dal momento che si prevede come limite all'applicabilità dello stesso, in luogo della pena non superiore nel massimo a cinque anni, la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, con contestuale delega a individuare casi in cui l'offesa non potrà essere mai considerata di particolare tenuità. Per determinare la tenuità, inoltre, potranno essere valutate condotte riparatorie successive al reato.

Sulla giustizia riparativa

di Marco Bouchard e Fabio Fiorentin

Nel contributo si esaminano le molte e complesse questioni che il legislatore delegato dovrà affrontare per costruire percorsi di giustizia riparativa effettivi, autenticamente coerenti con la natura dello strumento e rispettosi delle norme poste a tutela delle vittime di reato.

1. Premessa / 2. Una disciplina organica della giustizia riparativa / 3. La nozione di “vittima di reato” / 4. L’accesso ai programmi di giustizia riparativa / 5. La giustizia riparativa nella fase di esecuzione della pena / 5.1. La complessità dei fattori in gioco / 5.2. La tensione con la finalità rieducativa della pena / 5.3. Quale vittima. La cornice vigente / 5.4. L’affidamento in prova tra “scorciatoie riparatorie” e finalizzazione riparativa / 5.5. Giustizia riparativa e gravi reati / 5.6. Brevi riflessioni de jure condendo / 6. Il consenso libero e informato / 7. Il diritto all’informazione sulla giustizia riparativa / 8. I programmi di giustizia riparativa / 9. Riconoscimento dei fatti / 10. La formazione / 11. I limiti della giustizia riparativa: la vittima surrogata / 12. L’organizzazione della giustizia riparativa / 13. Il finanziamento della giustizia riparativa

1. Premessa

La Ministra della giustizia, nel presentare nel marzo 2021 le «Linee programmatiche» dell’azione del nuovo Governo «sulla giustizia», ha riservato un ruolo di rilievo alla *giustizia riparativa*. Questo il passaggio d’interesse:

«Non posso non osservare che il tempo è ormai maturo per sviluppare e mettere a sistema le esperienze di giustizia riparativa, già presenti nell’ordinamento in forma sperimentale che stanno mostrando esiti fecondi per la capacità di farsi carico delle conseguenze negative prodotte dal fatto di reato, nell’intento di promuovere la rigenerazione dei legami a partire dalle lacerazioni sociali e relazionali che l’illecito ha originato. Le più autorevoli fonti europee e internazionali 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.

Non mancano nel nostro ordinamento ampie, benché non sistematiche, forme di sperimentazione di successo e non mancano neppure proposte di testi normativi che si fanno carico di delineare il corretto rapporto di complementarità fra giustizia penale tradizionale e giustizia riparativa. In considerazione dell’importanza delle esperienze già maturate nel nostro ordinamento, occorre intraprendere una attività di riforma volta a rendere i programmi di giustizia

* Il presente contributo è stato pubblicato in anteprima su *Questione giustizia online* il 23 novembre 2021 (<https://www.questionegiustizia.it/articolo/sulla-giustizia-riparativa>).

riparativa accessibili in ogni stato e grado del procedimento penale, sin dalla fase di cognizione»¹.

Si dava, dunque, atto che in Italia – per quanto le prime esperienze di mediazione penale risalissero ai lontani primi anni novanta del secolo scorso – si erano realizzate solo alcune, «non sistematiche [,] forme di sperimentazione di successo» di giustizia riparativa. Si è trattato – in effetti – di sperimentazioni basate su alcune previsioni normative generiche, sparse tra ordinamento penitenziario, processo penale ordinario e minorile, nonché nel codice penale.

Nel 2019 il Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità ha, inoltre, avuto cura di elaborare e diffondere delle «Linee di indirizzo in materia di giustizia riparativa e tutela delle vittime di reato»². Infatti – a seguito del riordino dell'organizzazione del Ministero della giustizia (dPR 15 giugno 2015, n. 84) – sono state attribuite all'Ufficio II della «Direzione generale del personale, delle risorse e per l'attuazione dei provvedimenti del giudice minorile» delle specifiche competenze per la promozione della giustizia riparativa e della mediazione. Si tratta di competenze non riservate alla giustizia minorile perché l'Ufficio II deve coordinarsi – per quanto riguarda gli adulti – con l'Ufficio I della «Direzione generale per l'esecuzione penale esterna e di messa alla prova» (così è stabilito dal dm 17 novembre 2015).

Purtroppo, non è dato sapere quali siano con precisione queste ampie forme di sperimentazione perché il Ministero della giustizia non dispone di statistiche al riguardo né sotto la voce “giustizia riparativa” né sotto quelle di “mediazione penale” o “vittima”.

L'unica ricerca nazionale di una qualche attendibilità è stata fatta dall'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza sulla mediazione penale e i percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile³. Secondo questa ricerca, la maggior parte dei distretti di corte d'appello risulta ospitare un servizio di giustizia riparativa collegato alla giustizia minorile (vds. cartina n. 1, p. 53: si tratta di 21 distretti su 29, comprensivi delle sezioni distaccate di Sassari, Taranto e Bolzano). Ma la ricerca non dà conto del numero e delle caratteristiche dei casi trattati.

Senza un'analisi minimamente attendibile sullo stato dell'arte nella giustizia riparativa è difficile comprendere cosa s'intenda per «mettere a sistema» le esperienze in atto.

La disciplina della giustizia riparativa contenuta nella legge 27 settembre 2021, n. 134 di delega al Governo «per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari» sconta, pertanto, la mancanza di un'analisi precisa delle esperienze, delle esigenze dei diversi attori e, soprattutto, dell'incidenza sul sistema giudiziario dei percorsi e delle misure riparative.

Gli schemi dei decreti legislativi, per quanto riguarda la giustizia riparativa, verranno adottati una volta acquisito il parere della Conferenza unificata Stato - città - autonomie locali - Regioni (art. 1, comma 2), tenuto conto che già oggi i finanziamenti statali – in particolare quelli deliberati dalla Cassa amme – per la realizzazione di progetti di giustizia riparativa e di mediazione penale transitano nelle Regioni che li promuovono sia attraverso bandi che mediante progettazione partecipata.

2. Una disciplina organica della giustizia riparativa

Il criterio fondamentale cui dovranno ispirarsi i decreti legislativi è stato individuato nella necessità di una *disciplina organica* della giustizia riparativa. L'organicità dell'opera normativa (art. 1, comma 18, lett. a) dovrà essere soddisfatta attraverso l'inserimento della *nozione* di giustizia riparativa, l'indicazione dei *principali programmi*, dei *criteri d'accesso*, delle *garanzie*, delle *persone legittimate a partecipare*, delle *modalità di svolgimento dei programmi e valutazione dei suoi esiti*. Si tratta di una nuova prospettiva da sviluppare *nell'interesse della vittima e dell'autore del reato*.

Secondo la legge di delega, la disciplina dovrà essere introdotta *nel rispetto delle disposizioni della direttiva 2012/29/UE* (di seguito: “direttiva 2012”), che rappresenta il faro europeo per le legislazioni nazionali in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

E qui si pone un primo problema. Nel testo licenziato dalla Commissione Lattanzi⁴, i decreti legislativi avrebbero dovuto introdurre questa disciplina organica *anche sulla base della direttiva 2012*. La questione è rilevante perché la “direttiva vittime” del 2012 non

1. M. Cartabia, *Linee programmatiche sulla giustizia*, 18 marzo 2021, p. 15 (https://j2.res.240.it/pdf2010/Editrice/ILSOLE240-RE/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.

3. www.minori.gov.it/it/notizia/mediazione-penale-e-giustizia-riparativa-volume-della-garante-linfanzia.

4. www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_36_0.page?contentId=COS333721&previousPage=mg_1_36.

prevede alcuna disciplina della giustizia riparativa ma, trattandosi di una normativa generale rivolta alle vittime, si limita – con l’art. 12 – a precisare che «*si ricorre ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell’interesse della vittima*», perché il percorso di giustizia riparativa – come ogni altro percorso processuale – la può esporre a rischi di vittimizzazione secondaria e ripetuta, a intimidazione e a ritorsioni (comma 1). È, pertanto, corretta la versione definitiva adottata dal Governo, che si preoccupa di garantire le condizioni minime di partecipazione dell’offeso al percorso riparativo. Tuttavia, va fin d’ora segnalato che la legge di delega se, da un lato, si preoccupa di garantire alla vittima sicurezza, consenso libero e informato, possibilità di revoca, informazioni complete e obiettive, riservatezza, dall’altro lato, non richiama la previsione contenuta nell’art. 12, comma 1, lett. c della direttiva 2012: il riconoscimento da parte dell’autore dei fatti essenziali del caso! Ma su questo punto torneremo.

D’altra parte, il testo della legge di delega, nell’indicare le fonti da cui ricavare le caratteristiche della giustizia riparativa, fa espresso riferimento ai «*principi sanciti a livello internazionale*»: ancorché implicito, è ovvio il riferimento alla raccomandazione del Comitato dei ministri agli Stati membri sulla giustizia riparativa in materia penale del 3 ottobre 2018 – CM/Rec(2018)8⁵. La raccomandazione (di seguito: “raccomandazione 2018”) ha, tra i suoi obiettivi, proprio la promozione di *standard* per il ricorso alla giustizia riparativa nel contesto della procedura penale e affinché siano salvaguardati i diritti dei partecipanti e massimizzata «*l’efficacia del percorso nel rispondere ai loro bisogni*» (art. 1).

Eppure, al di là della diversa efficacia e dei diversi obiettivi tra direttiva 2012 e raccomandazione 2018, occorre porsi un interrogativo. Il richiamo al rispetto della direttiva vittime ha unicamente lo scopo di avvertire il legislatore delegato sulla necessaria salvaguardia dei diritti delle vittime nel percorso riparativo? O, piuttosto, non rivela un’incertezza, se non una incomprendimento, sulla funzione riparativa che è insita nelle attività di assistenza alle vittime disciplinate dalla direttiva 2012? Detto in altri termini: la vittima può ricevere riparazione solo all’interno di un percorso riparativo nel contesto della procedura penale o denominiamo “giustizia riparativa” anche l’insieme dei diritti e dei bisogni della vittima che possono trovare riparazione, eventualmente a prescindere da una denuncia (art. 8, ult. comma, direttiva 2012) o, addirittura, dopo il passaggio in giudicato di una sentenza di condanna, di assoluzione, di non luogo a procedere?

Una disciplina organica dovrebbe far chiarezza sul rapporto che intercorre tra le funzioni tipiche della giustizia riparativa: reintegrativa per l’autore del fatto, di cura per la vittima e risanante per la società. E non vi è dubbio che ogni ordinamento nazionale ha caratteristiche sue proprie nell’assimilare la giustizia riparativa. Qual è il modello italiano?

Non resta che analizzare la legge di delega.

3. La nozione di “vittima di reato”

La lett. b dell’art. 1, comma 18 della legge delega si preoccupa di precisare innanzitutto la nozione di “vittima di reato” perché il d.lgs 15 dicembre 2015, n. 212, attuativo della direttiva 2012/29/UE – nonostante la chiara definizione contenuta nell’art. 2 della fonte europea –, evitò di misurarsi con un concetto giuridico difficilmente assimilabile alle tradizionali posizioni soggettive della “persona offesa” e della “persona danneggiata” dal reato.

In effetti, la direttiva europea non aspirava tanto a innovare sui poteri e le facoltà processuali della vittima perché, sul piano dei diritti alla partecipazione processuale, puntava soprattutto a suggerire una certa uniformità negli ordinamenti dei Paesi membri, fermo restando il rispetto dei principi delle legislazioni nazionali.

L’uso del termine generico “vittima” aveva soprattutto lo scopo di prevedere uno statuto che le riconoscesse, a prescindere da un procedimento penale, un complesso di diritti ben descritti nell’art. 9 della direttiva, sintetizzabili nel concetto di “assistenza”.

Qui il legislatore delegante si propone di introdurre una definizione di “vittima” che riproduce integralmente il testo dell’art. 2 della direttiva, salvo che in un punto: secondo la legge di delega, rientra nella nozione di vittima, specificamente, anche «*la parte di una unione civile tra persone dello stesso sesso*» che abbia subito un danno in conseguenza della morte, derivata da reato, del *partner* che, appunto, viene equiparato al familiare dell’ucciso. L’inciso permette di estendere la tutela della vittima “indiretta” anche a quelle unioni civili in cui difetta la convivenza, che costituisce, invece, un requisito necessario per le relazioni intime. Per queste, infatti, va accertata la stabilità e la continuità della relazione, elementi da cui, invece, si può prescindere quando l’unione sia stata consacrata in un atto pubblico riconosciuto dalla legge.

Con la piena introduzione nel nostro ordinamento della definizione di “vittima” voluta dalla direttiva 2012, avremo certamente delle ripercussioni

5. La raccomandazione 2018 è ampiamente richiamata nel testo della *Relazione* illustrativa della Commissione Lattanzi.

nell'interpretazione giurisprudenziale dei poteri e delle facoltà attribuite dalla nostra procedura penale, rispettivamente, ai soggetti indicati come persona fisica offesa o alla persona fisica danneggiata, posto che la direttiva 2012 non riconosce uno statuto vittimario alla persona giuridica. Non è questa la sede per un'analisi di queste conseguenze.

Va, tuttavia, sottolineato come questa definizione permetta l'individuazione e il riconoscimento della vittima anche a prescindere dall'esistenza di un procedimento penale (art. 8, comma 5, direttiva 2012) sotto il profilo del diritto all'accesso ai servizi di assistenza. In altri termini, la vittima esiste per il solo fatto che sia stato commesso un reato, anche se la qualificazione giuridica del fatto non sia stata formalizzata neppure attraverso una denuncia. Certamente non è decisiva l'iscrizione della notizia di reato. Non può, peraltro, mancare il collegamento con una fattispecie astrattamente considerata come reato dall'ordinamento nazionale dello Stato nel quale sia avvenuto il fatto. Ovviamente, in assenza di un procedimento penale lo statuto di vittima non interferisce certo con le garanzie del "potenziale" indagato o imputato.

Il riconoscimento del ruolo di vittima anteriormente all'apertura di un procedimento penale – limitatamente ai diritti di assistenza – ha, però, delle conseguenze sul piano della responsabilità dei soggetti preposti alla tutela della vittima e, eventualmente, dello Stato qualora intervengano delle violazioni rilevanti sul piano dell'integrità fisica o psichica della persona, della sua vita personale e familiare o, addirittura, nell'ipotesi di trattamenti disumani o degradanti.

4. L'accesso ai programmi di giustizia riparativa

La lett. c esclude che possano esserci limitazioni nell'accesso ai programmi di giustizia riparativa in relazione alla fase o allo stato del procedimento penale, e indica al legislatore delegato la possibilità di offrirli anche durante l'esecuzione della pena. L'accesso ai programmi di giustizia riparativa è tuttavia subordinato all'iniziativa dell'autorità giudiziaria competente. È onestamente impensabile, però, che sia l'autorità giudiziaria ad assumere l'iniziativa nell'offerta di questi "programmi". Saranno, di volta in volta, gli uffici per l'esecuzione penale esterna e i centri di giustizia minorile, l'*équipe* di trattamento, nell'ambito delle loro rispettive competenze, o gli stessi difensori delle parti a suggerire o sollecitare la loro preparazione e formulazione. Più che assumere l'iniziativa, l'autorità giudiziaria competente avrà il compito di adottare – previa valutazione di ammis-

sibilità, idoneità e congruità – i provvedimenti che contengono programmi di giustizia riparativa.

È interessante notare, invece, come la legge di delega "apra" la giustizia riparativa all'intero universo penale: non sono ammesse preclusioni né sotto il profilo della fattispecie né sotto quello della gravità del reato. In realtà la concreta applicazione di programmi di giustizia riparativa dipenderà essenzialmente dagli istituti processuali che si prestano ad accogliere dei veri e propri "percorsi" riparativi. Saranno, pertanto, le limitazioni nell'accesso a questi istituti che determineranno l'area di effettivo utilizzo della giustizia riparativa quanto a estensione delle fattispecie criminose e gravità del fatto. Non occorre molto acume per prevedere che la sede naturale dell'esercizio riparativo sarà l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova preclusa, appunto, non solo agli accusati di reati puniti con pena superiore ai sei anni di reclusione ma anche per quei delitti che *non «si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore»* (comma 22, lett. a).

È indubitabile che, rispetto alle proposte della Commissione Lattanzi, la legge di delega abbia decisamente ristretto le maglie della giustizia riparativa: non solo la soglia di ammissibilità della messa alla prova è scesa da dieci a sei anni di reclusione, ma la soppressione della cd. "archiviazione meritata" ha letteralmente affossato un campo estremamente fertile per l'esercizio di una giustizia pacificatoria in una fase procedimentale aperta all'informalità. È vero che l'archiviazione meritata era condizionata da un limite edittale di pena piuttosto basso (quattro anni di reclusione): ma, considerato il numero relevantissimo di procedimenti per reati puniti entro quella soglia, l'esecuzione di «prestazioni a favore della vittima o della collettività» avrebbe potuto costituire un epilogo ordinario di tutto vantaggio per l'offeso, l'indagato e la collettività nonché nell'interesse della stessa giurisdizione che avrebbe così sensibilmente ridotto il numero di processi spesso destinati alla prescrizione.

Certamente, nella fase dell'esecuzione della pena – come già accade ora sia pure eccezionalmente – possono intervenire esperienze con detenuti condannati anche per reati gravissimi, promosse da "agenzie" (associazioni, cooperative) specializzate nella giustizia riparativa. Si promuovono incontri tra familiari di vittime "eccellenti" e autori di crimini terribili spesso incarcerati giovanissimi, capaci di un percorso di profondo cambiamento. Si sviluppano incontri con le scuole, con i giornalisti anche all'esterno del carcere. Spesso l'attività teatrale è all'origine di un intenso lavoro riparativo interiore. Gli esempi si possono moltiplicare ma, allo stato attuale, non abbiamo alcun dato che ci permetta di sapere, soprattutto, quante vittime dirette sono state

coinvolte in questi programmi, quale esito ha avuto l'invito al coinvolgimento e l'eventuale incontro con il responsabile del fatto. Temo che i dati, se mai vi fossero, sarebbero sconcertanti e che il concetto di giustizia riparativa copra, in realtà, progetti, iniziative, attività con finalità molto diverse tra loro ma tutte rivolte al vissuto carcerario o alla misura alternativa: di stampo rieducativo, risocializzante, di mitigazione della sofferenza carceraria, di analisi introspettiva del singolo o di gruppo. Non necessariamente riparativo per le vittime.

5. La giustizia riparativa nella fase di esecuzione della pena

L'attuazione della delega in materia di giustizia riparativa deve confrontarsi con un primo, non trascurabile, ostacolo di natura assiologica, dato dal modello stesso di pena voluto dalla Costituzione, che orienta l'esecuzione di tutte le pene alla «rieducazione» del reo, con l'obiettivo di creare le condizioni per il suo recupero sociale (art. 27, comma 3, Cost.).

Se guardiamo a un tale modello dalla prospettiva della giustizia riparativa, appare infatti evidente lo squilibrio attualmente sussistente tra la posizione dell'autore di reato e quella della vittima: mentre per il primo soggetto l'ordinamento appronta un percorso esecutivo interamente governato dalla giurisdizione rieducativa, orientata per espresso dettato costituzionale a favorirne il recupero al consesso sociale anche attraverso benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione (la cui concessione è, in alcuni casi, favorita da progetti di inclusione lavorativa o di *housing* sociale) – e, se incarcerato, gli garantisce, altresì, un fascio di diritti e facoltà tutelabili davanti al giudice⁶ –, la seconda resta invece ai margini del processo, e ancora oggi si fatica a identificare un vero e proprio *status* per l'offeso dal reato.

Da questo punto di vista, il riferimento della legge delega a una «riforma organica» della giustizia riparativa sembra schiudere alla piena realizzazione – almeno nei suoi fondamentali tratti normativi – di quel

necessario equilibrio, oggi assente, tra le componenti della “coppia” autore-vittima: tra le ragioni dell'uno sotto il profilo della risocializzazione e le istanze dell'altra per quanto concerne la riparazione⁷.

Strettamente correlata a tale prospettiva riformatrice è quella “rivoluzione copernicana” che dovrebbe portare a un nuovo modo di concepire l'esecuzione della pena, passando dall'attuale modello misto di tipo retributivo/rieducativo a quello fondato sul binomio rieducazione/riparazione, quali valori posti in tendenziale rapporto di equipollenza⁸. Dal tenore dei criteri direttivi dettati dalla delega, si configura, in questa prospettiva, un intervento di ampio respiro, che coinvolge modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, alla legge di ordinamento penitenziario e alle leggi complementari collegate.

5.1. La complessità dei fattori in gioco

Nel momento in cui il legislatore delegato affronterà lo snodo dell'intervento sull'esecuzione penale in chiave di giustizia riparativa, dovrà dunque ricercare la necessaria sintesi tra le prospettive della giustizia riparativa e quelle della risocializzazione del reo nell'ambito delle dinamiche dell'esecuzione penale e penitenziaria, nel tentativo di disinnescare il sempre latente pericolo di trattamenti deteriori per le prospettive di recupero dell'autore di reato che possono originarsi dalla tensione tra l'“effettività della tutela” della vittima e l'impianto costituzionale che vuole, prioritariamente, l'esecuzione della pena volta al recupero sociale dell'offensore.

A fronte di una tuttora insufficiente consapevolezza del significato della giustizia riparativa vi è, infatti, una recrudescenza delle istanze di difesa sociale che promanano da cittadini sempre più impauriti dal rischio criminale, di cui quasi tutti si sentono partecipi e che s'incanala nelle ricorrenti stagioni di politica penale “*law and order*” senza apparentemente riuscire a produrre delle riforme ispirate ad obiettivi di inclusione e di incontro: soluzioni che vengono sbrigativamente etichettate alla stregua di facili vie di fuga dalla “pena certa” o, piuttosto, dalla “pena esemplare”⁹.

6. Cfr. la previsione dell'art. 35-bis l. n. 354/75. Vds. anche, con una sfumatura paradossale, G. Galli, *La politica criminale in Italia negli anni 1974-77*, Raffaello Cortina, Milano, 1978, p. 28, per cui la riforma penitenziaria rappresenta «il solenne riconoscimento che lo *status* di detenuto o di internato non solo non fa venir meno la posizione di lui come titolare di diritti soggettivi connessi a tale *status*, ma, anzi, altri gliene attribuisce».

7. Per una prospettiva riformatrice della fase esecutiva cfr., tra i molti, A. Ceretti e G. Mannozi, *Giustizia riparativa*, in G. Giostra e P. Bronzo (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, Università La Sapienza, Roma, 2017, pp. 195 ss.

8. M. Bouchard, *Giustizia riparativa, vittime e riforma penale. Osservazioni alle proposte della Commissione Lattanzi*, in questa *Rivista online*, 23 giugno 2021, www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-riparativa-vittime-e-riforma-penale-osservazioni-alle-proposte-della-commissione-lattanzi, ravvisa nella riforma in tema di giustizia riparativa «una vera rivoluzione culturale».

9. «In una società spinta in modo sempre più sfrenato verso forme comportamentali individualistiche c'è, davvero, il pericolo che la vittimizzazione si decomponga in vero e proprio infantilismo»: così M. Bouchard, già nel 2010, nella relazione all'incontro di studio organizzato dalla Scuola superiore della magistratura sul tema: «*Giustizia riparativa e processo penale: esperienze applicative nazionali ed*

Al di là del problema culturale, sta l'esigenza di ripensare il sistema processuale penale nel suo complesso, riequilibrandone l'asse di rotazione rispetto all'attuale focalizzazione sull'imputato/condannato, attorno al quale la vittima assume un ruolo del tutto satellitare, restando sottoposta all'immanente spada di Damocle della vittimizzazione secondaria¹⁰.

In questo scenario manca soprattutto, nella fase dell'esecuzione penale, uno spazio istituzionale che accolga l'ascolto del dolore dell'offeso e che – non limitandosi alla tutela delle mere ragioni risarcitorie – si faccia carico della “cura” del trauma subito dalla personalità della vittima per effetto del reato¹¹, alla luce di una visione di quest'ultimo come *vicenda dinamica* che vede coinvolte le relazioni tra le parti e quale evento che ha provocato un danno anche per la società riguardata nel suo complesso.

5.2. La tensione con la finalità rieducativa della pena

L'ingresso della giustizia riparativa nell'esecuzione penale poggia sull'idea che la vittima sia protagonista della vicenda penale, al pari dell'autore del reato. In questo assunto è implicita e – diremmo – naturale la previsione della partecipazione della vittima alla vicenda processuale. E, in effetti, molte fonti extranazionali già prevedono una tale possibilità. Tuttavia, è molto diffusa nella magistratura di sorveglianza la diffidenza verso l'ingresso della vittima nei procedimenti per la decisione sui benefici penitenziari agli autori di reato, per il timore che le istanze degli offesi possano incidere sul pieno sviluppo degli obiettivi di riedu-

cazione e recupero sociale della persona condannata, che potrebbe essere esposta, per l'opposizione della vittima, a fenomeni di vittimizzazione terziaria¹². Non si tratta certamente di timori infondati e, dunque, la riforma dovrà attentamente disciplinare le forme e le modalità di coinvolgimento dell'offeso o dei suoi congiunti nella fase di esecuzione della pena, così da arginare il rischio che la decisione del giudice relativa al percorso di recupero sociale del reo si trasformi in una sorta di “quarto grado” di giudizio sull'offensore, esposto al bisogno di vendetta della vittima o dei suoi congiunti per l'offesa patita¹³.

Da un altro punto di vista occorre, peraltro, osservare che una concezione matura del reato quale vicenda che rappresenta (anche) una relazione tra persone, implica che tale rapporto possa evolversi positivamente nel tempo, soprattutto se i protagonisti sono aiutati a muoversi in questa direzione.

5.3. Quale vittima. La cornice vigente

Nel contesto dell'esecuzione penale appare difficile identificare la “vittima” esclusivamente facendo riferimento al modello della “coppia criminale” *victim/offender*. Il procedimento di esecuzione penale, infatti, incide non solo sulla persona offesa, ma anche su altre soggettività su cui si esercita la potestà punitiva dello Stato: le donne incarcerate con i figli minori, gli anziani o i malati detenuti, gli immigrati (normalmente privi di quei supporti esterni che consentano l'accesso alle misure alternative), le persone rinchiusi nelle istituzioni segregative psichiatriche¹⁴. Non possiamo dimenticare, infine, le vittime degli abusi di potere¹⁵.

internazionali. *Le prospettive della mediazione penale nell'ordinamento italiano*» Roma, 1-3 marzo 2010. Sulla normativa securitaria vds., tra i molti, A.P. Della Bella, *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2-3/2007, p. 832.

10. Emblematica, su tale doloroso aspetto, è la condanna della Corte Edu, il 27 maggio scorso (*J.L. c. Italia*), nei confronti dell'Italia per la violazione dell'art. 8 della Cedu, con la quale la Corte di Strasburgo ha censurato le modalità – giudicate fortemente inappropriate – con cui la persona offesa è stata sottoposta a esame dibattimentale (si trattava di un processo per violenza sessuale), tali da integrare, appunto, una vittimizzazione secondaria.

11. Cfr. G. Mannozi, *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di restorative justice*, in *disCrimen*, 23 aprile 2020 (<https://discrimen.it/wp-content/uploads/Mannozi-Sapienza-del-diritto.pdf>).

12. In questa prospettiva, commentando l'importante pronuncia costituzionale del 21 giugno 2018, n. 149, un'autorevole dottrina rimarca la primazia della funzione rieducativa delle pene, quale «unica finalità della pena enunciata nella Costituzione» (E. Dolcini, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo e di rieducazione del condannato*, in *Dir. pen. cont.*, n. 7-8/2018, p. 147).

13. Si rinvia, per alcune interessanti riflessioni, a M. Bouchard, *Sul protagonismo delle vittime. Dialogo con Tamar Pitch e Andrea Pugiotto*, in *Diritto penale e uomo*, 2 aprile 2019.

14. Sul problema della definizione del concetto di “vittima” vds. Claudia Mazzucato, *“Direttiva Vittime” e giustizia riparativa: problemi, sfide, prospettive*, in A. Ceretti (a cura di), *La giustizia riparativa nelle politiche educative del Comune di Milano*, atti del convegno svoltosi a Milano il 16 maggio 2018, Comune di Milano, 2019, pp. 197 ss.

15. Secondo la risoluzione n. 40/34 del 28 novembre 1985 (cd. “Dichiarazione di Vienna”), adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, «Victims means persons who, individually or collectively, have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that are in violation of criminal laws operative within Member States, including those laws proscribing criminal abuse of power» (www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx).

Come si è già accennato, la Costituzione non menziona espressamente la vittima, il cui *status*, fino ad oggi, ha trovato piuttosto copertura alla luce degli obblighi internazionali assunti dall'Italia in sede internazionale e della necessaria conformazione del diritto interno a quello eurounitario (art. 117 Cost.).

Il nostro diritto interno, invece, struttura la fase esecutiva scandendo disposizioni in cui la vittima – come si è accennato – assume una posizione ancillare o, addirittura, strumentale alla realizzazione di un interesse pubblico: si pensi, in tema di riabilitazione, alla disposizione dell'art. 179, comma 4, cp, che preclude la concessione della riabilitazione al condannato che non abbia adempiuto le obbligazioni civili derivanti dal reato; o all'art. 176, ultimo comma, cp in materia di liberazione condizionale, che espressamente subordina la concessione della misura alla prova dell'assolvimento da parte del condannato delle obbligazioni civili derivanti dal reato e coinvolge il tema del “perdono della persona offesa”, sempre però in chiave di accertamento del requisito legale del «ravvedimento» del condannato¹⁶. Nell'ordinamento penitenziario, l'art. 27 del regolamento di esecuzione della legge 26 luglio 1975, n. 354 (dPR 30 giugno 2000, n. 230) prevede che, nel corso del trattamento penitenziario, gli educatori stimolino nel condannato detenuto «una riflessione (...) sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa».

Recentemente novellato dal d.lgs 2 ottobre 2018, n. 123, l'art. 13, comma 3, l. n. 354/1975 richiama – per la prima volta nell'ordinamento penitenziario – la vittima di reato¹⁷, ma lascia impregiudicata la questione del “come” l'eventuale percorso di giustizia riparativa possa essere valutato in sede di applicazione dei benefici penitenziari. Su tale profilo, l'urgenza di un intervento normativo è evidente alla luce dell'elaborazione della giurisprudenza di vertice che ha già segnalato l'inadeguatezza di prassi riparative non tarate sulla concretezza della vicenda delittuosa (percorsi con vittima a-specifica)¹⁸.

Analoghi profili di incertezza sul piano applicativo si evidenziano nel momento della valutazione finale dell'affidamento in prova del condannato da parte del tribunale di sorveglianza (art. 47, comma 12, ord. penit.), quando il progetto di mediazione sia eventualmente fallito, laddove alcuni orientamenti annettono una valenza negativa all'eventuale insuccesso del percorso di giustizia riparativa. Sotto quest'ultimo aspetto, la riforma dovrà fare chiarezza sui limiti in cui il percorso eventualmente intrapreso potrà essere apprezzato ai fini dell'accertamento del positivo recupero sociale del condannato, soprattutto ponendo attenzione a garantire la libertà della scelta del condannato di accedervi.

Mancando, a tutt'oggi, una cornice normativa entro cui sviluppare le attività di giustizia riparativa, le prassi applicative – anche in sede di esecuzione penale – hanno spesso sofferto di errori o ambiguità nel riferirsi a concetti che possono assumere significati differenti, articolandosi in applicazioni “a macchia di leopardo” e non uniformi sul territorio nazionale. A tali criticità non è riuscita a porre rimedio la circolare del Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità del 17 maggio 2019, denominata «*Linee di indirizzo del Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità in materia di giustizia riparativa e tutela delle vittime di reato*», la cui applicazione nella fase dell'esecuzione penale ha tuttora carattere sporadico.

5.4. L'affidamento in prova tra “scorciatoie riparatorie” e finalizzazione riparativa

In uno scenario così normativamente scarno dal punto di vista della vittima, la giurisprudenza ha adottato spesso delle “scorciatoie riparatorie”, cercando di valorizzare, con alcune forzature interpretative, la disposizione dell'art. 47, comma 7 dell'ordinamento penitenziario, dettata in tema di affidamento in prova al servizio sociale, che recita, nella formulazione vigente introdotta in seguito alla novella della legge 10

16. Analoga dizione reca l'art. 16-*nonies* dl 15 gennaio 1991, n. 8, conv. dalla l. 15 marzo 1991, n. 82, in materia di liberazione condizionale per i collaboratori di giustizia. Il presupposto del «ravvedimento» del condannato, previsto dall'art. 16-*nonies*, deve essere accertato dal giudice in termini di rilevante probabilità confinante con la certezza dell'emenda (Cass., sez. I, 9 marzo 2009, n. 10421, *Antonuccio, CED*). Tra gli elementi valutabili ai fini dell'acquisizione della prova del ravvedimento può essere anche considerato il grado di interesse e di concreta disponibilità del condannato a fornire alla vittima del reato ogni possibile assistenza, compatibile con il doveroso rispetto della riservatezza e delle autonome decisioni di questa (Cass., sez. I, 6 novembre 1989, *Malizia*, in *Giust. pen.*, n. 2/1990, c. 257).

17. «*Nell'ambito dell'osservazione è offerta all'interessato l'opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione*».

18. Cfr. Cass., sez. I, 23 marzo 2021, n. 19818, *Vallanzasca* (rinvenibile sulla banca dati *DeJure* – <https://dejure.it/#/home>), che, nel confermare la decisione del tribunale di sorveglianza che aveva respinto la domanda di liberazione condizionale, rileva che: «L'avviato percorso di mediazione penale ha un carattere piuttosto astratto e a-specifico, in quanto caratterizzato da manifestazioni formali e senza un reale, pur possibile, confronto con le vittime dei reati, che è stato raccolto dall'équipe con eccessiva accondiscendenza alla prospettiva del condannato che, in realtà, allo scopo di non confrontarsi con la dolorosa realtà del male arrecato, si è trincerato dietro il timore che la tardiva ricerca di un effettivo contatto con le persone offese potesse essere strumentalizzata».

ottobre 1986, n. 663: «nel verbale [delle prescrizioni] deve anche stabilirsi che l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato».

È bene premettere subito che tale fenomeno appare più legato a una visione marcatamente retributiva della pena (le misure alternative quali sanzioni vuote di contenuto e “fuga” dalla pena stessa) o, al massimo, a finalità meramente (e impropriamente) “risarcitorie” che alla prospettiva di favorire i percorsi di giustizia riparativa¹⁹.

L'elaborazione nata dalla stagione di “Tangentopoli”, con le condanne ai cd. “tangentisti” che pervenivano ai tribunali di sorveglianza per l'applicazione dell'affidamento al servizio sociale ha, infatti, visto svilupparsi una giurisprudenza spesso animata dall'intento di dare una dimensione concretamente afflittiva all'esecuzione di pena, altrimenti vista come una pena vuota di contenuto.

La casistica relativa ai *white collars* ha generato parametri specifici per valutare la concedibilità delle misure alternative alla detenzione²⁰, procedendo da soluzioni di tipo “contrappassistico”, quasi a collegare la prestazione riparatoria imposta al condannato affidato al servizio sociale al reato commesso, così assecondando le istanze di riprovazione sociale, particolarmente avvertite in quel particolare momento storico, a valutazioni sulla resipiscenza rispetto al reato commesso²¹ o sul profilo risarcitorio²².

Se la nomofilachia della Cassazione ha da tempo sancito l'illegittimità di indirizzi orientati alla finalità meramente retributivo/risarcitoria, affermando che la concedibilità della misura non presuppone affatto né la resipiscenza del condannato rispetto ai reati commessi né alcuna forma di risarcimento, essendo sufficiente che il tribunale accerti che la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale possa svolgere meglio che la detenzione in carcere la funzione rieducativa della pena stabilita dall'art. 27 della Costituzione²³, ciò non ha impedito che sia tuttora

diffusa nella prassi di merito l'idea che la concessione dell'affidamento sociale debba passare per la prova dell'avvenuto risarcimento dei danni (o della formale assunzione dell'impegno a farlo, resa a verbale). Altri orientamenti, all'opposto, disapplicano la disposizione penitenziaria o stabiliscono l'effettuazione di attività di volontariato sociale “a titolo riparativo” nel caso di accertata impossidenza economica del condannato o di delitti privi di vittima (per esempio, in materia di stupefacenti).

La situazione di vuoto normativo ha portato, in definitiva, la giurisprudenza a indirizzarsi verso obiettivi essenzialmente di tipo retributivo e risarcitorio, trascurando quasi del tutto le potenzialità autenticamente riparative dell'esecuzione della pena, dimenticando – si potrebbe dire – l'ammonimento di un'autorevole dottrina che osservava come il risarcimento del danno non ripara integralmente «perché l'offesa non è solo il danno, c'è anche il disvalore dell'azione, l'offesa è più complessa, quindi il mero risarcimento non ripara integralmente, risarcisce ma non ripara integralmente l'offesa»²⁴.

Nel momento in cui – a normativa vigente – si vogliono esaminare gli spazi che concretamente si rendono disponibili per l'inserimento dei progetti di giustizia riparativa, si deve riflettere su quali obblighi prescrittivi possano essere legittimamente posti a carico dei condannati ammessi all'affidamento in prova, in rapporto alla garanzia costituzionale di cui all'art. 23 della Costituzione (pericolo di vittimizzazione terziaria), alla luce del principio che il corredo prescrizione non può essere contrario alla legge, non deve rivestire carattere immotivatamente afflittivo e deve essere finalizzato alla rieducazione del reo e/o a evitare il pericolo di una sua recidiva²⁵.

Una possibile limitazione all'espansione delle forme di giustizia riparativa nell'alveo dell'esecuzione penitenziaria è, altresì, costituita dall'orientamento – recentemente ribadito – della Cassazione circa la

19. Cfr. F. Della Casa, *Misure alternative ed effettività della pena tra realtà e prospettive*, in *Giust. pen.*, n. 2/2001, cc. 65-83.

20. Cfr. L. Scomparin, *Quale giustizia riparativa dopo la conclusione del processo?*, in *Leg. pen.*, n. 2/2004, p. 406, che attribuisce la «reviviscenza» sul piano applicativo della prescrizione di cui al comma 7 dell'art. 47 ord. penit. alla «crisi di identità e di ruolo delle misure alternative alla detenzione», dovuta anche al notevole incremento della criminalità dei *white collars* a partire dalla metà degli anni novanta.

21. Trib. sorv. Milano: ord. 3 aprile 1997, *Pillitteri*; ord. 27 maggio 1997, *Tassan Din*; ord. 23 luglio 1997, *Cusani*.

22. Trib. sorv. Milano: ord. 23 febbraio 1998, *Ligresti*; ord. 11 febbraio 1998, *Schemmari*.

23. Cass., sez. I, 5 febbraio 1998, n. 688, *Cusani*, CED n. 21355. La successiva giurisprudenza di legittimità si è costantemente espressa nei medesimi termini: vds., da ultimo, Cass., sez. I, 21 settembre 2004, *Zampolini*, CED n. 37049. In dottrina, cfr. F. Della Casa, *Affidamento al servizio sociale o (pura e semplice) “pay-back sanction”? Equivoci sul significato dell'art. 47 co. 7 OP*, in *Leg. pen.*, n. 2/2004, pp. 380 ss., e A. Ceretti e Francesco Di Ciò, *Giustizia riparativa e mediazione penale a Milano. Un'indagine quantitativa e qualitativa*, in *Rass. pen. crim.*, vol. VI, n. 3/2002, pp. 99-137.

24. M. Donini, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2015, pp. 236 ss.

25. Cass., sez. I, 4 maggio 2001, *Muccio*, CED; Cass., sez. I, 7 giugno 2001, n. 23218, *Brighel*, CED.

inidoneità, ai fini del giudizio sul recupero sociale del reo, di percorsi riparativi con vittima a-specifica²⁶.

Una risposta si può desumere dal coordinato disposto delle già ricordate disposizioni di cui agli artt. 13, comma 3, ord. penit., e 27 reg. esec., nel senso che tali norme risulterebbero prive di senso se non fossero sistematicamente orientate a fornire il sostrato a un'esecuzione penale extramuraria fondata su un avviato percorso di revisione critica da parte del condannato, che inevitabilmente – come ci sembra – implica l'accettazione, il "riconoscimento" della vittima in quanto tale da parte del condannato.

Su tale premessa, l'affidamento in prova sembra un "contenitore" potenzialmente idoneo a sostenere percorsi di giustizia riparativa, beninteso "in quanto possibile" (art. 47, comma 7, ord. penit.). Come è stato correttamente osservato²⁷, in una prospettiva ispirata alla riparazione ciò deve valere sia dal punto di vista del reo che di quello della vittima. Per il condannato, l'"in quanto possibile" non dovrebbe intendersi come riferito al solo aspetto delle possibilità economiche del reo, bensì a qualsiasi forma di sostegno morale o materiale in concreto realizzabile in favore della vittima.

L'apprezzamento di tale delicato profilo (e della eventuale inesigibilità), affidato al giudice di sorveglianza, si fonda essenzialmente sugli atti osservativi o sulla relazione sociale redatta dall'UEPE. L'attuazione della delega comporterà, dunque, la necessaria integrazione di tali fondamentali atti istruttori con l'indicazione degli elementi utili all'accertamento della disponibilità del condannato alla riparazione, al percorso di elaborazione interiore, al riconoscimento della vittima inteso anche come contributo a quel "diritto alla verità" già affermato in molte fonti extranazionali, a evitare che la riparazione si traduca in una mera apparenza o in un rapporto contrattualistico ispirato a una logica sinallagmatica del *do ut des*, dove il percorso di mediazione è ridotto a pratica burocratica strumentalmente finalizzata alla positiva "chiusura della pratica"²⁸.

Come si è visto, l'esperienza maturata con riguardo alle misure alternative applicate ai *white collars* è indicativa di tale fenomeno di marginalizzazione del profilo più autenticamente riparativo, che lascia spazio a prescrizioni restitutorie di tipo risarcitorio (anche nella forma di dazioni pecuniarie in favore di enti o istituzioni pubbliche) ovvero riparatorie (quali la prestazione di volontariato), calibrate sull'accertamento della concreta praticabilità di taluna di esse.

Questioni altrettanto problematiche riguardano le misure alternative applicate ai soggetti condannati per crimini sessuali, per maltrattamenti e *stalking*²⁹. In questi casi, gli ostacoli a un percorso di mediazione sono legati sia alla difficoltà che spesso si incontra nell'ottenere la disponibilità della vittima (che comprensibilmente vive ogni occasione di contatto con l'agente in modo traumatico), sia alla relativa carenza di precedenti o prassi consolidate³⁰.

Se ci si pone dall'angolo visuale della vittima, la progettualità riparatoria è condizionata dallo sforzo che l'offeso deve compiere – spesso a molti anni di distanza dai fatti e dopo avere affrontato la sofferenza del processo (ed essersi magari sentito solo un mezzo per l'accertamento della verità processuale) – per accedere a un ulteriore coinvolgimento con il sistema giudiziario, sia pure per finalità riparative.

Sotto tale profilo, è necessario che la riforma strutturi la presa in carico istituzionale della vittima, nei cui confronti è necessaria un'attività di informazione, ma anche di attenta e sensibile "formazione", in preparazione del percorso riparativo.

Tale servizio pubblico dovrà farsi carico del contatto con la vittima secondo protocolli idonei anche a verificare la libertà e consapevolezza dell'eventuale adesione dell'offeso ad accettare un percorso riparativo e, per altro verso, a consapevolizzare l'offeso sul significato e i contenuti della mediazione, anche a evitare i pur sempre latenti rischi di vittimizzazione terziaria che potrebbero sorgere per la strumentalizzazione del percorso riparativo da parte della vittima

26. Cass., sez. I, 23 marzo 2021, n. 19818, *Vallanzasca*, cit.

27. Vds. sul profilo in esame, estesamente, G. Rossi, *Esperienze di giustizia riparativa nel procedimento di sorveglianza*, relazione tenuta al corso «Giustizia riparativa e processo penale: esperienze applicative nazionali e internazionali. Le prospettive della mediazione penale nell'ordinamento italiano», organizzato dal Csm, Roma, 1-3 marzo 2010.

28. G. Rossi, *ivi*.

29. Cfr. S. Corti, *Giustizia riparativa e violenza domestica in Italia: quali prospettive applicative?*, in *Dir. pen. cont.*, n. 9/2018 (26 settembre 2018, www.penalecontemporaneo.it/upload/1209-corti2018a.pdf).

30. La casistica è particolarmente ricca: le prescrizioni di alcuni tribunali di sorveglianza impongono dazioni a carattere pecuniario (mirando a rendere effettivo il risarcimento già statuito nella sentenza di condanna ovvero nel giudizio civile); prevedono progetti di inserimento lavorativo o scolastico della vittima a spese del condannato; autorizzano attività di volontariato presso enti o istituzioni pubbliche qualora la vittima rifiuti ogni proposta risarcitoria; prescrivono l'effettuazione per la persona affidata di percorsi o programmi per soggetti maltrattanti. Qualora dagli atti del procedimento emerga la circostanza che il reato è stato originato, anche solo in parte, dalla sussistenza di problematiche della sfera psichica, spesso viene altresì imposta all'affidato la frequenza presso centri di psichiatria in grado di intervenire con gli strumenti diagnostici e terapeutici idonei a prevenire la recidiva e a favorirne il reinserimento sociale.

sulla base del possibile intento vendicativo rispetto all'imputato/condannato.

5.5. Giustizia riparativa e gravi reati

Sempre sul versante dell'esecuzione penale, un profilo di estrema delicatezza è, inoltre, costituito dal tenore della direttiva di delega che destina i percorsi di giustizia riparativa alla generalità degli imputati e dei condannati, senza alcuna preclusione con riguardo alla tipologia e gravità dei reati commessi³¹. Si tratta, naturalmente, di un principio ineccepibile sul piano astratto, ma di complessa articolazione sul terreno operativo, soprattutto con riguardo a particolari reati – in primo luogo, i delitti di mafia e criminalità organizzata – ove occorre predisporre modelli e protocolli operativi che assicurino la genuinità del consenso prestato da tutte le parti al progetto riparativo e minimizzino il rischio di vittimizzazione reiterata e secondaria.

Per gli autori di reati connessi al fenomeno mafioso si pone, in particolare, l'esigenza di temperare la praticabilità di percorsi riparativi con il contenuto della già evocata direttiva 2012, che – tra le altre condizioni – prevede, all'art. 12, lett. c, che l'autore del reato abbia «riconosciuto i fatti essenziali del caso», senza contare che esiste ed è stato affermato nell'ambito delle Nazioni Unite il «diritto alla verità» spettante alle vittime, ai loro familiari e all'intera collettività sui fatti che costituiscono gravi violazioni dei diritti fondamentali. L'impegno di contribuire alla realizzazione del diritto alla verità posto quale preconditione ai percorsi di giustizia riparativa si pone, evidentemente, in termini fortemente dialettici rispetto alle problematiche poste dal *dictum* affermato dalla sentenza costituzionale n. 253/2019, che – superando un precedente orientamento – ha scollegato la possibili-

tà di accesso ai benefici penitenziari (quali, in primo luogo, i permessi premio) dei condannati per delitti «ostativi» (art. 4-bis ord. penit.) dal requisito della positiva collaborazione con la giustizia (art. 58-ter ord. penit.), salva la ricorrenza delle ipotesi di collaborazione impossibile o «inesigibile»³².

5.6. Brevi riflessioni de jure condendo

Sul piano generale, è possibile riflettere sull'opzione di introdurre – magari solo per talune specifiche tipologie di reati – nuove tipologie di sanzioni penali quali «modalità di esecuzione della condanna alternativa» sia alla pena tradizionalmente intesa, sia alle stesse misure alternative disciplinate dalla legge di ordinamento penitenziario, così modellando una tipologia di pena che rappresenti una concreta alternativa ai profili retribuzionistici della pena detentiva e a quelli correzionalistico-rieducativi delle misure alternative per massimizzare, invece, la finalità riparativa.

Al netto di tale prospettiva riformatrice, è possibile pensare anche all'assetto della disciplina esecutiva tradizionale imperniata sul binomio carcere/misure alternative, come a un ambiente favorevole allo sviluppo della *restorative justice*³³.

Nell'ambito dell'esecuzione in forma alternativa alla detenzione, si potrebbero infatti introdurre prescrizioni riparative, quantomeno nell'affidamento in prova e nella liberazione condizionale³⁴, restando fermo che la valutazione sull'esito delle misure deve avvenire esclusivamente sulla base del grado di reinserimento sociale del reo, non certo dell'esito della eventuale mediazione o del percorso riparativo.

Tale possibilità dovrebbe, in ogni caso, rispettare il principio del libero accesso delle parti al percorso di mediazione (così che non sarebbe conforme allo spirito della giustizia riparativa un intervento sull'art.

31. Già nell'ambito degli Stati generali dell'esecuzione penale, istituiti dal Ministro della giustizia nel 2015, il Tavolo 13 («Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato») aveva elaborato una serie di proposte per allineare l'ordinamento penale italiano alle previsioni della direttiva 2012/29/UE e, in particolare, per promuovere l'accesso alla giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento. Quest'ultima indicazione è presente ora anche nella raccomandazione CM/Rec (2018)8 (parr. 6 e 19). La *ratio* è ravvisabile nel fatto che la possibilità di accedere a percorsi di giustizia riparativa dovrebbe essere offerta a tutte le vittime, senza distinzione in relazione al titolo di reato commesso.

32. La risoluzione ECOSOC 2002/12 prevede, alla regola n. 8, che la vittima e l'autore debbano normalmente raggiungere un accordo sui fatti essenziali del caso per la loro partecipazione al processo riparativo, in sintonia con quanto disposto dalla raccomandazione 2018/8 al punto 30, ove si individua come «[p]unto di partenza per un percorso di giustizia riparativa» il «riconoscimento ad opera delle parti dei fatti principali della vicenda».

33. In questa direzione pare, invero, andare anche la raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec (2018)8, laddove rileva l'importanza di incoraggiare il senso di responsabilità degli autori dell'illecito e di offrire loro l'opportunità di riconoscere i propri torti, ciò che potrebbe favorire il loro reinserimento, consentire la riparazione e la comprensione reciproca e promuovere la rinuncia a delinquere (8° del *considerando*).

34. In sede di attuazione della riforma, si dovrebbe pervenire alla trasformazione delle attuali, variegata ipotesi di detenzione domiciliare in misure alternative dalla valenza anche riparativa; funzionalità, quest'ultima, a legislazione vigente difficilmente praticabile, così che s'imporrebbe un intervento di modifica dell'attuale art. 47-ter ord. penit., volta in particolare al superamento del troppo limitativo riferimento all'art. 284 cpp.

47, comma 7, ord. penit. che imponesse come obbligatorio l'esperimento di percorsi di mediazione); né si può pensare che tali esperienze possano estendersi con le medesime modalità applicative a tutti i tipi di reato e a tutte le fattispecie concrete³⁵, restando indispensabile che la gestione dei percorsi e delle dinamiche che ad essi sono correlate sia affidato a soggetti adeguatamente formati, in grado di valutare con la necessaria professionalità le molteplici peculiarità del singolo caso.

6. Il consenso libero e informato

Il programma di giustizia riparativa presuppone il consenso libero e informato tanto della vittima quanto dell'autore. Questo è, probabilmente, uno dei punti più delicati che dovrà essere affrontato dai decreti legislativi nella definizione dei requisiti essenziali del programma stesso.

I programmi di giustizia riparativa sono noti e applicati da tempo anche in Italia: prima nella giustizia minorile e poi, con una crescente estensione, nella giustizia degli adulti a partire dal 2014, con l'introduzione della messa alla prova.

Non è un mistero, però, che gli operatori dei servizi per l'esecuzione penale esterna – oltre ai problemi organizzativi e di personale che li affliggono – trovano estrema difficoltà a contattare le vittime, mentre il coinvolgimento libero e informato dell'accusato (o, più raramente, del condannato) è agevolato da un suo preciso interesse: il percorso riparativo gli offre sempre, in prospettiva, un qualche beneficio. Le difficoltà nel contattare le vittime dipendono proprio dal fatto che, almeno allo stato attuale dell'arte, i dispositivi in grado di attivare un programma riparativo sono tutti interni al procedimento penale, normalmente sollecitati dalla difesa in vista di misure alternative o, soprattutto, di una dichiarazione di estinzione del reato stesso. Non è previsto un dispositivo che favorisca un'attivazione della vittima nel richiedere riparazione o, comunque, un comportamento riparativo da parte del responsabile del fatto.

Era stato salutato con favore l'istituto dell'archiviazione meritata³⁶, proposta dalla Commissione Lattanzi, perché avrebbe permesso una risposta immediata alle istanze riparatorie delle vittime anche attraverso il coinvolgimento di servizi dedicati alla loro assistenza, purché strutturati e diffusi, come av-

viene nella maggior parte dei Paesi europei. In quel contesto, la ricerca del coinvolgimento della vittima avrebbe certamente potuto dare ottimi frutti. Purtroppo il Governo – ostaggio di una concezione della giustizia “mite” come sintomo di debolezza – ha fatto la scelta di depennare questo istituto chiave per una funzione riparatoria delle vittime, relegando i programmi riparativi nell'alveo della messa alla prova e dell'eventuale fase esecutiva.

7. Il diritto all'informazione sulla giustizia riparativa

Secondo la lett. *d*, i decreti legislativi dovranno prevedere specifiche garanzie per l'accesso ai programmi di giustizia riparativa.

Tra queste garanzie si indica la completa, tempestiva ed effettiva informazione tanto verso l'autore quanto verso la vittima circa «*i servizi di giustizia riparativa disponibili*», ovviamente, con tanto di assistenza linguistica per le persone alloglotte. Su come realizzare un'informazione completa, tempestiva ed effettiva il sistema giudiziario è maestro nel trovare soluzioni tanto formalmente rispettose del dettato legale quanto inefficaci. Completezza ed effettività dipendono esclusivamente dalla possibilità che autore e vittima possano contare su un colloquio con un operatore competente. Mentre nell'incontro generico tra cittadino/utente e sistema giudiziario molto dipende dalla cura dei siti *internet* e dall'organizzazione dell'URP, in questo caso la vera garanzia per un'informazione efficace è data, per l'autore, dalla competenza del personale giudiziario, degli UEPE, dell'avvocatura (art. 19 raccomandazione 2018) e, per la vittima, dall'esistenza di servizi specifici per la loro assistenza: servizi che, al momento attuale, sono una rarità.

Sempre secondo la raccomandazione 2018, è il facilitatore che informa compiutamente le parti sui loro diritti, la natura del percorso di giustizia riparativa, le possibili conseguenze della loro decisione di partecipare e i dettagli delle procedure di reclamo.

8. I programmi di giustizia riparativa

I decreti legislativi dovranno descrivere programmi rispondenti all'interesse della vittima, dell'autore e della comunità.

35. Esprime tali riserve anche L. Scomparin, *Quale giustizia riparativa*, op. cit., p. 412, soprattutto con riguardo ai reati di natura sessuale o ai gravi reati contro la persona, ovvero nel caso di condizioni soggettive particolari, quali la tossicodipendenza o l'appartenenza del reo a nazionalità e cultura molto diverse da quelle della vittima.

36. M. Bouchard, *Giustizia riparativa, vittime e riforma penale*, op. cit.

Credo che questa sia la parte più difficile del lavoro che impegnerà il Governo.

Per fare una seria riflessione occorre prendere le mosse dal lavoro di Grazia Mannozi³⁷, già coordinatrice del Tavolo 13 degli Stati generali dell'esecuzione penale e membro della Commissione Lattanzi.

Secondo Mannozi, il catalogo di questi programmi dipende molto dalla concezione e dalla definizione di "giustizia riparativa" che si vuole assumere. Il criterio migliore per stabilire l'appartenenza alla "classe riparativa" del programma dovrebbe essere ispirato alla proposta di Joanna M. Shapland³⁸, secondo cui devono essere soddisfatti quattro requisiti:

- carattere inclusivo-partecipatorio, derivato soprattutto dall'esperienza anglosassone dei *restorative circles* e dei *peacemaking circles*;

- gestione delle emozioni e delle conseguenze del conflitto o del reato indipendentemente dalla gravità oggettiva del fatto in base a scale sanzionatorie formalizzate;

- orientamento alla soluzione del conflitto e alla gestione del futuro;

- costruzione del capitale sociale nelle forme della *reintegrazione del reo*.

Il modello riparativo trova la sua massima espressione nei programmi che generano effettivamente il dialogo tra le parti, eventualmente allargato alla cerchia dei più prossimi o, addirittura, a esponenti della società civile e delle istituzioni.

È da rilevare come le esperienze fin qui condotte in applicazione dei principi della giustizia riparativa facciano dubitare della fondatezza di uno dei capisaldi del *modo riparativo* di rispondere al crimine: si intende dire che l'aspirazione a coinvolgere le parti per una loro partecipazione nel percorso riparativo è condizionata da una lettura sociologica del reato che non è convincente. Certamente, la giustizia riparativa ha avuto il merito di squarciare il velo dell'astrattezza delle fattispecie, delle logiche procedurali e della contabilità punitiva, proponendo la dovuta attenzione alle dinamiche relazionali e alla necessità di concepire anche un'opera ricostruttiva delle fratture sociali e interpersonali. In questa prospettiva si è, però, finito per sviluppare un'equazione tra reato e conflitto che tende a ricreare un nuovo velo sulla realtà dell'offesa. Il reato può certamente essere l'esito di un con-

flitto così come può essere all'origine di uno sviluppo conflittuale. Ma *non* è un conflitto. Il reato è sempre un atto che determina un'asimmetria: vittima e autore non riposano su uno stesso piano né sullo stesso piano va collocata quella che, con troppa enfasi, viene indicata con il nome di "comunità".

Forse è più corretto – come, d'altra parte, suggerisce sempre Mannozi³⁹ – ipotizzare una "scala progressiva" di programmi riparativi anziché dei modelli puri. In altri termini, bisognerebbe pensare a programmi che sviluppino componenti riparative adattabili all'istituto processuale, alla fase e, eventualmente, anche al tipo di sanzione. Le Linee di indirizzo del Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità fanno proprio questo schema ed equiparano i programmi agli strumenti di giustizia riparativa per suddividerli in quattro gruppi:

- a) mediazione autore-vittima; qualora non sia possibile un incontro diretto tra le parti per l'indisponibilità della vittima – osservano le Linee di indirizzo – si ricorre a un sostituto (vittima aspecifica o surrogata, ovvero di un altro reato lesivo del medesimo bene giuridico);

- b) scuse formali, spesso contenute in uno scritto;

- c) incontri tra vittime e autori di reati analoghi a quello subito attraverso *forum* guidato da un facilitatore: incontri «*all'interno dei quali un gruppo ristretto di vittime aspecifiche (4 o 5 al massimo) rappresenta ad un piccolo gruppo di autori di reato (dello stesso tipo) – diversi da coloro che hanno commesso i reati nei loro confronti – gli effetti dannosi ed i riflessi sulla loro esistenza e su quella dei familiari o anche della comunità di appartenenza derivanti dalla commissione del reato*»⁴⁰;

- d) incontri di mediazione allargata / gruppi di discussione: anche qui un facilitatore/mediatore guida un dialogo esteso ai gruppi parentali e/o del territorio nella prospettiva di un governo collettivo del conflitto.

In realtà, questa catalogazione fa coincidere i programmi di giustizia riparativa con una logica dialogante perché alla base dei quattro strumenti-tipo vi è, appunto, l'incontro tra le parti, vere o fittizie, di un conflitto la cui veste giuridica appartiene a una fattispecie penalmente rilevante. Purtroppo, è lo stesso schema a denunciare il limite del suo fondamento: perché ricorrere a vittime surrogate se non per

37. G. Mannozi e G.A. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017. Mi riferisco, in particolare, al capitolo dedicato ai principali programmi di giustizia riparativa – vds. pp. 217 ss.

38. J.M. Shapland - G. Robinson - A. Sorsby, *Restorative Justice in Practice: Evaluating what works for victims and offenders*, Routledge, London, 2011.

39. *Ivi*, p. 220

40. www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?facetNode_1=0_10_3_2&facetNode_2=0_10&facetNode_3=0_6_4_1&contentId=SPS322404&previousPage=mg_1_12. Vds. pp. 4 e 5.

ammettere che la giustizia riparativa concepita solo come dispositivo dialogico – risolto negativo del reato come conflitto – non raggiunge proprio il soggetto che, invece, si vorrebbe valorizzare?

Sarebbe forse molto più utile – e anche più semplice, in una prospettiva legislativa – fare ricorso, almeno in Italia, a tre modelli riparativi fondamentali: quello del *dare*, attraverso la riparazione materiale delle restituzioni e del risarcimento; quello reintegrativo, attraverso il *fare*, l'attività socialmente utile, il lavoro di pubblica utilità, e il *dire*, attraverso il dialogo, l'incontro anche a distanza delle parti. Ognuno di questi tre modelli si articolerà in programmi il cui contenuto riparativo sarà più o meno efficace in ragione della capacità riparativa dei soggetti coinvolti.

In ogni caso, il contenuto proprio della giustizia riparativa dipenderà dal lavoro in profondità degli operatori tanto sul lato dell'autore quanto sul lato della vittima. Tuttavia, difficilmente potremo parlare di una giustizia *riparativa* senza garantire alle vittime il riparo che deriva dall'assicurare loro informazione, assistenza, protezione.

9. Riconoscimento dei fatti

Sempre secondo la lett. *d*, rientrano tra le garanzie la possibilità di ritirare il consenso al percorso riparativo e, soprattutto, la confidenzialità delle dichiarazioni rese nel corso del programma di giustizia riparativa e la loro inutilizzabilità nel procedimento penale e nel corso dell'esecuzione. Ovviamente viene fatto salvo il diverso consenso delle parti o la necessità di evitare la commissione di reati o, addirittura, il caso in cui la dichiarazione integri di per sé reato.

Qui si contrappongono due esigenze che riguardano principalmente l'accusato e, in misura minore, il condannato. Il percorso riparativo deve essere in qualche modo uno spazio "franco", esterno al processo, idoneo a garantire senza rischi la manifestazione delle emozioni, la piena e genuina narrazione dei fatti e delle circostanze che le parti ritengono meritevoli di condividere. È solo in un ambiente intimo e confidenziale che le parti possono liberamente esprimere la propria verità ed, eventualmente, ricostruire una comune verità, accettabile per entrambi. D'altra parte, la ricerca della *parresia* espone la voce narrante a un successivo uso svantaggioso delle dichiarazioni se non addirittura del comportamento tenuto nello spa-

zio riparativo. Per questo il legislatore delegato dovrà prevedere l'inutilizzabilità nel procedimento penale e nella fase esecutiva di tutte le dichiarazioni rese nel corso del programma riparativo.

La legge delega non affronta, però, la questione fondamentale del rapporto tra procedimento penale e percorso riparativo: secondo la raccomandazione 2018, il «*punto di partenza per un percorso di giustizia riparativa dovrebbe essere generalmente il riconoscimento a opera delle parti dei fatti principali della vicenda*» (art. 30)⁴¹. Non vi è dubbio che la partecipazione al programma riparativo non può essere utilizzata come prova dell'ammissione di colpevolezza. E, tuttavia, è del tutto in contrasto con la prospettiva riparativa una strategia processuale fondata sulla negazione dei fatti o su un'affermazione di estraneità da parte del presunto autore o del condannato. Il lessico utilizzato dalla raccomandazione 2018 è certamente molto generico e, in ogni caso, l'introduzione del «riconoscimento dei fatti principali» tra i requisiti di ammissione al percorso riparativo è esposta all'eccezione di incostituzionalità per eccesso di delega. Sarà, pertanto, l'agire concreto degli operatori e della magistratura in particolare a garantire coerenza e ad evitare strumentalizzazioni delle misure riparative.

Quali sono le conseguenze sul processo e sulle parti degli esiti del programma riparativo? L'esito favorevole deve poter essere valutato (si osservi: «*positivamente*») sia nel procedimento penale sia nel corso dell'esecuzione della pena. Per contro, l'impossibilità della sua attuazione o il fallimento non devono ritorcersi contro gli interessi della vittima o dell'autore. In altri termini, l'attività riparativa può incidere sul processo solo a favore delle parti. La raccomandazione 2018 precisa che i rapporti del «*facilitatore*» (così viene chiamato l'operatore preposto al programma riparativo) «*non dovrebbero rivelare i contenuti delle discussioni tra le parti, né esprimere alcun giudizio sul comportamento delle parti durante il percorso di giustizia riparativa*» (art. 53). Fin dagli albori dell'uso della mediazione penale nella giustizia minorile si è affrontato questo spinoso argomento. I mediatori sono sempre stati gelosi della loro estraneità alla logica processuale e hanno storicamente rivendicato la necessità di non pregiudicare la loro funzione con incarichi valutativi – se non addirittura giudicanti – della condotta delle parti. Per contro, i giudici minori hanno spesso rivendicato, a loro volta, la loro missione istituzionale, tesa ad accertare non solo dei fatti

41. Ad esempio, la legge francese n. 2014-896 del 15 agosto 2014 ha modificato l'art. 10.1 del codice di procedura penale nel senso che vittima e autore, in ogni stato e grado del procedimento penale, compresa la fase di esecuzione della pena, possono vedersi proposta una misura di giustizia riparativa, a condizione che i fatti siano stati riconosciuti: «*À l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine, la victime et l'auteur d'une infraction, sous réserve que les faits aient été reconnus, peuvent se voir proposer une mesure de justice restaurative*».

ma anche la personalità dei giovani individui. Pare fuor di dubbio che, nel processo penale ordinario, la valutazione del mediatore (o del facilitatore) debba attenersi rigorosamente all'indicazione dell'esito – positivo o negativo – del programma riparativo. Per l'adulto, infatti, non v'è alcuno spazio per l'indagine personologica penale: a meno che si tratti di patologie incidenti sulla capacità d'intendere e di volere dell'accusato.

Una disciplina organica della giustizia riparativa dovrà affrontare lo scoglio dell'esecuzione penale. Se, da un lato, in quella fase è escluso il latente conflitto con la presunzione d'innocenza che deve connotare la cognizione, dall'altra le istanze riparative rivolte o proposte al condannato rischiano di presentarsi come un supplemento di afflittività anziché come apertura verso una riduzione dei sentimenti d'ingiustizia.

I decreti legislativi dovranno, pertanto, chiarire gli esatti confini dei programmi riparativi e in quale misura l'esito positivo influirà sui benefici penitenziari, dovendosi fin d'ora escludere che l'esito negativo (tanto più per fatto non rimproverabile al richiedente) possa, per contro, danneggiare il condannato poiché la finalità riparativa deve essere disgiunta da quella rieducativa.

10. La formazione

La lett. *f* affronta il nodo della formazione del mediatore nonché dei requisiti e dei criteri per l'esercizio dell'attività professionale del mediatore, nonché le modalità del loro accreditamento.

Ancora una volta va osservato come la legge di delega non abbia tenuto conto della raccomandazione 2018, che non prende in considerazione la figura del mediatore. Nella raccomandazione non compare il termine “mediatore”, ma quello di “facilitatore”. Il «facilitatore» – così recita il documento europeo – è «un soggetto terzo e imparziale» che aiuta le persone che subiscono un pregiudizio a seguito di un reato e i responsabili del pregiudizio stesso a «partecipare attivamente alla risoluzione delle questioni derivanti dall'illecito» (art. 3). È il facilitatore che informa le parti dei loro diritti, della natura del percorso riparativo, delle conseguenze che derivano dalla loro partecipazione e dei dettagli delle procedure di reclamo (art. 25). Nel trattare il caso, il facilitatore dovrebbe essere informato di tutti i fatti rilevanti della vicenda (art. 33); dovrebbe, addirittura, «essere in grado di

intercettare la vulnerabilità» delle parti e interrompere eventualmente il percorso al fine di evitare loro un possibile pregiudizio.

Nei lavori preparatori e, in particolare, nella «Relazione finale» della Commissione Lattanzi, non vengono citate le «Linee di indirizzo del Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità in materia di Giustizia riparativa e tutela delle vittime di reato»⁴², pubblicate nel 2019. In esse troviamo una distinzione tra il «*facilitatore della Giustizia*», vale a dire una figura professionale che ha maturato un alto profilo d'esperienza nel contesto dei servizi minorili e/o dell'esecuzione penale adulti, e il «*mediatore*», intesa come figura competente in materie socio-umanistiche, pedagogiche e psicologiche con conoscenze in area giuridica, specificamente formata nella materia della risoluzione dei conflitti in area penale, con adeguata esperienza nel trattamento di casi. Molti anni fa, senza umorismo alcuno, il mediatore veniva paragonato ad Arlecchino per la molteplicità delle conoscenze richieste.

Questa distinzione viene fatta per precisare che l'attività di mediazione vera e propria – che implica il contatto diretto con la vittima e l'autore – è riservata a mediatori penali. Il facilitatore realizza ogni altro programma riparativo e ha funzioni essenzialmente socio-educative. Le Linee di indirizzo sembrano escludere che il ruolo di mediatore possa essere affidato a «*operatori della giustizia*» e, proprio per questo, i programmi di giustizia riparativa «*possono essere gestiti anche in convenzione con enti terzi*»⁴³. Il personale dei servizi della giustizia minorile e dell'esecuzione penale esterna potrà essere impegnato per tutti quei programmi riparativi che non contemplino la mediazione autore-vittima: si fa espresso riferimento alla «*riparazione rivolta alla comunità, ai programmi di sostegno alle vittime e ai testimoni, ai percorsi di sensibilizzazione rivolti agli autori di reato, ai circoli di supporto e di responsabilità, ai progetti che coinvolgono le famiglie degli autori di reato o altre vittime di reati*».

In conclusione: la raccomandazione 2018 prevede e disciplina la figura del facilitatore come comprensiva di quella, più specialistica, del mediatore. Le Linee di indirizzo del 2019 del Dipartimento di giustizia minorile e di comunità distinguono le due figure. La legge delega “riconosce” solo la figura del mediatore. E questo è un bel problema, di cui dovrà occuparsi il legislatore delegato: quali saranno i tratti caratteristici dell'operatore impegnato nei programmi di giustizia

42. www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?facetNode_1=0_10_3_2&facetNode_2=0_10&facetNode_3=0_6_4_1&contentId=SPS322404&previousPage=mg_1_12.

43. *Ivi*, p. 9.

riparativa, i suoi requisiti, la sua formazione, le discipline scientifiche che gli verranno impartite, la sua esperienza di base?

11. I limiti della giustizia riparativa: la vittima surrogata

L'impostazione del legislatore delegante – concentrata sul ruolo del mediatore – rivela un equivoco ricorrente nei cultori della giustizia riparativa: che il reato sia in fondo la rappresentazione legale di un conflitto di rilevanza penale. In realtà, il reato in sé è sempre un evento/condotta asimmetrico che, certamente, può essere originato da un conflitto o può esitare in una dinamica conflittuale. Ma a volte il conflitto è del tutto estraneo al reato, soprattutto quando non ci sono vittime in senso stretto o le vittime sono del tutto interscambiabili, come nei fatti di terrorismo o nei crimini d'odio.

Il rischio più grave sta, in realtà, nella difficoltà – ben nota agli operatori che praticano la giustizia riparativa – di intercettare le vittime dirette e nel rimedio che viene proposto. La giustizia riparativa – si sostiene – si realizzerebbe, innanzitutto, grazie alla mediazione e all'incontro volontario tra le parti. In caso di rifiuto della vittima, sostengono autorevolmente Mannozi e Lodigiani⁴⁴, è possibile attivare «*un percorso di mediazione anche con una vittima aspecifica o surrogata. Questo consente all'autore di reato di avviare comunque un percorso di mediazione e non di rado porta benefici per entrambe le parti*».

Nella pratica, queste affermazioni si traducono nella possibilità di qualificare come espressione della giustizia riparativa programmi e misure che prescindono completamente dall'*incontro* e dal *dialogo* tra le parti. E poiché sappiamo che questo incontro è del tutto marginale ed eccezionale nella realtà, proprio perché manca completamente il supporto alle vittime che possa valorizzarne la disponibilità, diventa estremamente complicato stabilire quali caratteristiche qualificano come “riparativi” i programmi e le misure che vengono adottati nella giustizia penale.

Non pare, però, che si possa parlare di giustizia riparativa per le vittime quando si faccia ricorso alle vittime cd. “aspecifiche” o “surrogate”. Questi dispositivi ripropongono una dinamica “sostitutiva” tipica della giustizia tradizionale – dove il ruolo di offeso è sostituito dall'accusa pubblica – e rivelano una cultura fondamentalmente “reocentrica”, che contrasta con la filosofia riparativa. La costituzione di parte civile e il limitato ruolo riconosciuto alla persona offesa

in quanto tale non restituiscono alla vittima la piena rappresentazione di sé (né è augurabile che vi sia) in un processo che poggia su un delicato equilibrio tra potere punitivo e sistema di garanzie per l'accusato. Ma qui il ruolo sostitutivo ha una logica precisa: garantire al potere statale il monopolio della violenza legittima e interrompere la spirale vendicativa.

I dispositivi sostituitivi ammessi nella giustizia riparativa rivelano, invece, un limite che contraddice la sua ragion d'essere: un approccio ideologico che antepone l'auspicabile prospettiva del dialogo all'esigenza primaria del riconoscimento dell'offesa e, soprattutto, dell'offeso. Non è concepibile un dialogo fondato sul disconoscimento dell'una e dell'altro.

La vittima aspecifica o surrogata non fa che confermare la vittima nel suo ruolo più antico e tragico, proprio della dinamica sostitutiva del sacrificio. Si prende una vittima disponibile – dunque sacrificabile e complice – per mettere a tacere il sentimento d'ingiustizia espresso dalla vittima reale e per permettere al responsabile di guadagnare il beneficio promesso dal dispositivo riparativo. Possiamo ancora riconoscere in una tale dinamica sostitutiva una funzione riparativa? 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?

Una delle norme di diretta applicazione della direttiva 2012 (art. 12) stabilisce che le misure che garantiscono la protezione delle vittime dalla vittimizzazione secondaria si applicano anche nel caso in cui la vittima scelga di partecipare a procedimenti di giustizia riparativa. La norma precisa che una delle condizioni di accesso ai servizi di giustizia riparativa consiste proprio nel fatto che tale accesso sia effettuato nell'interesse della vittima e sulla base del suo consenso libero e informato. Ma se manca il suo consenso siamo ancora nel campo 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?

Non sarebbe equo un processo che accerti una verità giudiziaria senza tener conto o, addirittura, senza assumere la parola dell'offeso.

Occorre allora una maggior consapevolezza sui rischi di vittimizzazione secondaria, che non sono esorcizzati dalla sola buona volontà di perseguire obiettivi di riscatto sociale. La vittimizzazione secondaria è il rischio tipico cui l'offeso si espone, nel tentativo di ridurre i propri sentimenti d'impotenza, rivolgendosi proprio a coloro che – famigliari,

44. G. Mannozi e G.A. Lodigiani, *La giustizia riparativa*, op. cit., p. 142.

associazioni, istituzioni – hanno per natura, vocazione o compito legale lo scopo di proteggere o, quantomeno, di occuparsi della vittima.

12. L'organizzazione della giustizia riparativa

La questione delle figure professionali chiamate a predisporre e realizzare i programmi di giustizia riparativa introduce quella del “governo” dei relativi servizi. La lett. g affida quel governo a «*strutture pubbliche facenti capo agli enti locali e convenzionate con il Ministero della giustizia*», una – almeno – per ogni distretto di corte d'appello. Per lo svolgimento dei programmi, queste strutture potranno avvalersi di mediatori esperti accreditati presso il Ministero della giustizia.

La scelta di individuare la regia dei programmi di giustizia riparativa nelle «*strutture pubbliche facenti capo agli enti locali*» mette in discussione le indicazioni attuali del Ministero, che attribuiscono al Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità un potente ruolo direttivo che si esprime attraverso compiti di indirizzo, coordinamento, monitoraggio e valutazione di dati, protocolli e progettualità territoriali (vds. p. 7 delle Linee). Il raccordo con l'amministrazione centrale, nelle Linee d'indirizzo, è rafforzato dalla rete dei «*referenti*» nominati – non dagli enti locali ma – dai centri di giustizia minorile e dagli uffici interdirezionali dell'esecuzione penale esterna. In particolare, sono i «*referenti regionali-interdirezionali*» che attuano a livello locale le direttive del Dipartimento.

Per quanto la legge delega mantenga una certa indeterminatezza (e la relazione della Commissione Lattanzi non è d'aiuto sul punto – vds. p. 73), sembra abbastanza evidente che si fronteggiano due culture organizzative della giustizia riparativa: l'una valorizza, attraverso l'ente locale, il territorio, la prospettiva reintegrativa dell'autore nella comunità e – si potrebbe aggiungere – una seria attenzione verso le vittime; l'altra predilige la ricerca dell'uniformità dei programmi a livello nazionale e valorizza la struttura esistente dei servizi di giustizia minorile e degli uffici dell'esecuzione penale esterna, da tempo sensibilizzati alla giustizia riparativa.

È da ritenere che non si possa prescindere da un coordinamento e, se vogliamo, anche dall'impulso da parte dell'amministrazione centrale. Il Ministero della giustizia, attraverso le esperienze maturate nella giustizia minorile e i suoi rapporti con l'estero, ha ormai una buona cognizione della giustizia riparativa e non è mancata una discreta attività formativa piuttosto diffusa tra gli operatori sul valore della ri-

parazione e sul rispetto della vittima. Per contro, gli enti locali hanno minore dimestichezza con i percorsi giudiziari che ospitano programmi di giustizia riparativa. Hanno incombenze istituzionali prevalenti sul versante dell'educativa per i minorenni autori di reato, del reinserimento sociale dei detenuti o nell'offrire opportunità lavorative agli accusati sottoposti a una messa alla prova. Ma non hanno, ovviamente, alcuna competenza nella predisposizione di programmi di utilità sociale innestati su procedimenti giudiziari. Tutt'al più, si tratta di una competenza condivisa con le articolazioni periferiche del Dipartimento di giustizia minorile e di comunità.

A livello locale, però, il terzo settore e i servizi socio-sanitari conoscono bene le esigenze riparative delle vittime che a loro si rivolgono per le cure fisiche e psichiche dei danni derivanti da fatti illeciti.

Una disciplina organica della giustizia riparativa non può prescindere da un disegno organizzativo che unisca servizi di cura e servizi giudiziari, pubblico e privato, centro e periferia.

Nelle proposte della Commissione Lattanzi (art. 9-*quinquies*, comma 1, lett. c) si prevedeva un'organizzazione dei servizi di giustizia riparativa articolata in centri coordinati da un Tavolo interistituzionale dedicato presso il Ministero della giustizia. Nella legge di delega, il Tavolo è sparito per privilegiare un sistema – come si è detto – incentrato su «*strutture pubbliche facenti capo agli enti locali e convenzionate con il Ministero della giustizia*». Sarebbe preferibile non abbandonare il progetto di un organismo nazionale con funzioni di coordinamento e, in sede di emanazione dei decreti legislativi, occorrerebbe rimettere mano alle attuali funzioni del «*Tavolo di coordinamento per la creazione di una rete integrata di servizi di assistenza alle vittime di reato*», istituito presso il Ministero della giustizia il 6 dicembre 2018, in modo che i programmi di giustizia riparativa si combinino con i servizi di assistenza alle vittime affinché cura e giustizia procedano nel rispetto reciproco.

La necessità di un organismo nazionale di coordinamento è consigliata dalla raccomandazione 2018 per evidenti ragioni di condivisione di «*informazioni, materiali e competenze con gli Stati membri, o con le autorità locali e organizzazioni competenti ivi presenti*» (art. 64). Ma, soprattutto, è imposta dalla direttiva 2012 sia per la dovuta cooperazione nello scambio delle migliori prassi, la consultazione di singoli casi e l'assistenza tra reti europee (art. 26), sia perché, ogni tre anni, gli Stati membri devono trasmettere alla Commissione europea i dati disponibili relativi al modo e alla misura in cui le vittime hanno avuto accesso ai diritti previsti dalla direttiva, compreso quello alla giustizia riparativa (art. 28).

L'organismo nazionale è, inoltre, indispensabile per l'accreditamento delle figure di mediatore e/o facilitatore secondo i criteri che verranno stabiliti dai decreti legislativi.

Alla luce di queste due fonti normative europee e della compenetrazione tra giustizia riparativa e assistenza alle vittime, non è revocabile in dubbio l'istituzione di un organismo nazionale unitario: l'Italia costituirebbe davvero un modello d'avanguardia per la giustizia riparativa e recupererebbe un grave ritardo rispetto agli altri Paesi europei sul fronte dell'assistenza alle vittime.

Diversamente a livello locale, ove è forse soluzione obbligata una differenziazione tra servizi di assistenza alle vittime e servizi di giustizia riparativa: peraltro i decreti legislativi non sono chiamati a disciplinare i primi, salvo ovviamente tener conto della loro esistenza e delle loro funzioni.

Quale assetto periferico, dunque, auspicare per i secondi?

Da alcuni anni, la Cassa ammende stanziava dei fondi per la realizzazione di progetti di giustizia riparativa e di assistenza alle vittime. I progetti sono presentati dalle Regioni vuoi su base partecipata vuoi mediante bandi. In generale, questi progetti vedono il coinvolgimento dei provveditori dell'amministrazione penitenziaria, degli UIEPE, dei centri per la giustizia minorile, degli enti locali e del terzo settore. Purtroppo non è mai stato pubblicato un monitoraggio di questi progetti, ma sarebbe indispensabile anche in vista dell'emanazione dei decreti legislativi. Questa esperienza potrebbe essere una valida base

per disegnare – anche sulla base di convenzioni, come prevede la legge delega – organismi locali permanenti, così da evitare ogni anno accordi temporanei di partenariato.

13. Il finanziamento della giustizia riparativa

La legge delega prevede, per il 2022, uno stanziamento di euro 4.438.524 per l'attuazione di tutte le disposizioni relative alla giustizia riparativa. Se si tien conto degli attuali stanziamenti da parte della Cassa ammende, dei centri di giustizia minorile e di alcune Regioni, probabilmente non si supera la cifra di un milione di euro annui. Il finanziamento ha, pertanto, una consistenza tale da garantire la predisposizione delle strutture base dell'organizzazione necessaria al funzionamento dei servizi di giustizia riparativa: formazione degli operatori, costituzione degli organismi centrali e periferici, procedure di accreditamento dei mediatori/facilitatori, supervisione, creazione del *data base*/gestionale, carta dei servizi, valutazione di un'agenzia esterna.

Tutto dipenderà dalla strategia che si vorrà perseguire: valorizzare le risorse e le autorità locali, come sembra indicare la legge delega? Mantenere un impianto centralizzato, come cercherà di realizzare il Ministero della giustizia? O, come speriamo, un intelligente coordinamento tra centro e periferia, tra Regioni, ministeri competenti, università e terzo settore?

L'obbligatorietà dell'azione penale efficiente ai tempi del PNRR

di Fabio Di Vizio

La delega attribuita al Governo con legge n. 134/2021 incide su molti snodi processuali, che richiederanno un mutamento di prospettive organizzative e scelte comportamentali all'altezza dei temi istituzionali coinvolti. Nel contributo qui pubblicato, l'Autore si sofferma sulle trasformazioni che potranno essere impresse al principio di obbligatorietà dell'azione penale; il necessario bilanciamento di tale principio con altri valori di rilievo costituzionale richiederà un importante cambiamento culturale negli attori processuali e dovrà comunque preservare l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e l'autonomia della giurisdizione rispetto al decisore politico.

1. Le premesse / 2. Cenni storici e assetti istituzionali / 3. Il controllo sui tempi dell'iscrizione della notizia di reato e del nome della persona cui lo stesso è attribuito / 4. La nuova regola di giudizio per l'archiviazione / 5. Altri criteri interni dell'obbligatorietà dell'azione penale: le condizioni di procedibilità, l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto e la sospensione del procedimento per messa alla prova / 6. Criteri esterni all'obbligatorietà dell'azione penale: i criteri di priorità / 7. Considerazioni conclusive

1. Le premesse

Nel contesto del «Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza»¹, partendo dal dato dell'irragionevole

durata dei processi², la «riforma Cartabia»³ aspira a una ricostruzione organizzativa della giustizia penale con l'obiettivo di recuperare livelli di efficienza, effettività e competitività necessari per il sano svilup-

* Il presente contributo è stato pubblicato in anteprima su *Questione giustizia online* il 13 ottobre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/l-obbligatorieta-dell-azione-penale-efficiente-ai-tempi-del-pnrr).

1. È il programma approvato dal Governo italiano il 24 aprile 2021 («Next Generation Eu», www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR_o.pdf); vds. pp. 44-63, dedicate alle riforme nel settore «Giustizia». Il PNRR è costruito secondo un approccio organico che coniuga interventi normativi, investimenti adeguati, innovazioni organizzative

2. Secondo il *Rapporto 2020* (www.coe.int/it/web/portal/-/efficiency-and-quality-of-justice-in-europe-2020-report) della Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ, composta di esperti provenienti dai 47 Stati membri del Consiglio d'Europa), la definizione dei processi penali in Italia oltrepassa di molto la media europea. Dalla «scheda Paese» dedicata all'Italia, l'indicatore di efficienza del *Disposition Time (Pending cases/resolved cases)**³⁶⁵ segnala i seguenti dati nazionali rispetto a dati medi europei, riportati a seguire tra parentesi: in primo grado 361 *days* (122), in secondo grado 850 *days* (104 giorni) e in ultima istanza 156 *days* (114) – per le schede Paese, cfr. <https://rm.coe.int/evaluation-report-part-2-english/16809fc059>.

3. Cfr. ddl n. 2353, approvato dall'assemblea del Senato in data 23 settembre 2021, che ha ad oggetto la «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari». Dopo la sua presentazione alla Camera, il 13 marzo 2020, da parte del Governo Conte II, con il Governo Draghi, il Ministro della giustizia Cartabia ha insediato una Commissione di studio (cd. Commissione Lattanzi) per elaborare proposte di riforma in materia di

po dell'economia e per il corretto funzionamento del mercato⁴. La profonda crisi di efficienza, effettività e autorevolezza del sistema giustizia e la preoccupante perdita di fiducia nello Stato di diritto e nella democrazia costituzionale⁵ hanno persuaso il legislatore a intraprendere in maniera risoluta la strada di una *maggiore selettività nell'esercizio dell'azione penale*, con il dichiarato intento di *evitare giudizi superflui*, ampliare gli *spazi di controllo* giurisdizionale durante la fase delle indagini e implementare *esiti diversi da quelli punitivi*. È divenuto ormai unanime, in proposito, il rigetto della pretesa di cesure tra efficienza e giustizia penale, per la peculiarità qualitative di quest'ultima; l'obbligatorietà dell'azione penale e l'interesse alla persecuzione penale devono bilanciarsi con il buon andamento e l'efficienza, valori costituzionali idonei a relativizzare la lettura assoluta dei primi⁶. Ciò impone un cambiamento

culturale rispetto al passato e l'intrapresa di iniziative innovative.

Secondo la formulazione uscita dai lavori dell'Assemblea costituente, «*Il Pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale*». La laconicità e l'apparente rigidità dell'art. 112 Cost⁸ hanno segnato l'importanza storica della regola, capace d'influenzare l'assetto processuale nazionale e di garantire il rispetto di valori di democrazia. L'obbligatorietà, infatti, si è tradizionalmente profilata quale *principio sovraordinato* rispetto agli altri principi del processo accusatorio⁸, crocevia⁹ di altri principi costituzionali, *pietra angolare* del sistema giudiziario democratico, quale rigida condizione di salvaguardia dell'*indipendenza* del pubblico ministero e della sua veste di organo di giustizia, dell'*eguaglianza* dei cittadini di fronte alla legge penale e della *legalità del procedere*, prima garanzia del principio di legalità¹⁰. Uno *scudo*

processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al ddl AC 2435. Sulla base del contributo della Commissione, il 14 luglio 2021 il Governo ha presentato una serie di emendamenti al testo originario. Il ddl si compone di 2 articoli: l'art. 1 prevede una serie di deleghe al Governo, che dovranno essere esercitate entro un anno dall'entrata in vigore della legge; l'art. 2 contiene novelle al codice penale e al codice di procedura penale, immediatamente precettive.

4. Cfr. G. Canzio e F. Fieconi, *Giustizia per una riforma che guarda all'Europa*, Vita e Pensiero, Milano, 2021, pp. 19-20, i quali sottolineano come la lentezza offuschi il valore della giustizia radicato nella cultura costituzionale europea.

5. G. Canzio, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, testo riveduto e ampliato della relazione svolta il 14 luglio 2021 all'incontro su «*Lo stato della giustizia e i suoi protagonisti*», organizzato dalla Fondazione dell'Avvocatura torinese "Fulvio Croce" e dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Torino, in *Sistema penale*, 25 agosto 2021 (<https://sistemapenale.it/it/opinioni/canzio-riforma-cartabia-prima-lettura?out=print>).

6. In tal senso, O. Dominioni, *L'obbligatorietà dell'azione penale dal codice Rocco alla Costituzione. Il bilanciamento tra l'interesse alla persecuzione penale e altri interessi a copertura costituzionale*, in Aa. Vv., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, atti del XXXIII Convegno nazionale dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale (Verona, 11-12-ottobre 2019), Giuffrè, Milano, 2021, pp. 16-17. L'A. rimarca come l'efficienza giudiziaria riceva specifica copertura negli artt. 97, comma 2, e 111, comma 2, Cost.; quest'ultima norma assicura la durata ragionevole del processo e ha portata non limitata all'organizzazione e al funzionamento degli uffici giudiziari, ma estesa all'esercizio della funzione giurisdizionale; S. Quattrocchio, *Tenuità e irrilevanza sociale del fatto*, *ivi*, p. 192, assume problematico porre in esatto equilibrio, almeno per mano giudiziaria, il buon funzionamento e l'efficienza con i beni dell'art. 112 Cost.

7. M. Chiavario, *Obbligatorietà dell'azione penale: né un mito da abbattere né un feticcio da sottrarre a ogni discussione*, in Aa. Vv., *L'obbligatorietà*, *op. cit.*, pp. 9 ss.

8. Corte cost., n. 88/1991 assumeva esplicitamente che il *favor actionis*, radicato nell'art. 112 Cost., imponesse adattamenti dell'astratto "modello" accusatorio in modo da renderlo coerente con il disposto costituzionale.

9. N. Rossi, *Per una cultura della discrezionalità del pubblico ministero*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2021, p. 21 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/933/2-2021_qg_rossi.pdf), evoca in proposito l'immagine degli anelli indissolubili tra eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero, utili a scongiurare utilizzazioni arbitrarie e discriminatorie della giurisdizione penale.

10. Cfr. Corte cost., n. 88/1991, ricorda come già in precedenza «*ebbe ad affermare nella sent. n. 84 del 1979, cioè che "l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ad opera del Pubblico Ministero (...) è stata costituzionalmente affermata come elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale"; sicché l'azione è attribuita a tale organo "senza consentirgli alcun margine di discrezionalità nell'adempimento di tale doveroso ufficio". Più compiutamente: il principio di legalità (art. 25, secondo comma), che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere; e questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può essere salvaguardata che attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale. Realizzare la legalità nell'eguaglianza non è, però, concretamente possibile se l'organo cui l'azione è demandata dipende da altri poteri: sicché di tali principi è imprescindibile requisito l'indipendenza del pubblico ministero. Questi è infatti, al pari del giudice, soggetto soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.) e si qualifica come "un magistrato appartenente all'ordine giudiziario collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere", che "non fa valere interessi particolari ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge" (sent. n. 190 del 1970 e sent. n. 96 del 1975)». Sul legame tra i tre principi, cfr. R. Kostoris, *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *Riv. dir. proc.*, n. 4/2007, pp. 875 ss., e in *La Magistratura*, n. 1/2008, pp. 46 ss.; P. Gaeta, *Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria*, in G. Spangher (a cura di), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, vol. I, Utet Giuridica, Milano, 2015, pp. 155 ss.*

contro pretese di immunità, zone franche, suggestioni, seduzioni e minacce¹¹.

La latitudine del principio di obbligatorietà ha vissuto nel tempo travagli e trasformazioni profonde rivelate anche dalle nuove aggettivazioni che l'accompagnano, quasi a segnalare la (de)gradazione dell'assolutezza della regola. L'obbligatorietà è stata riletta secondo una concezione "temperata" o "realistica"¹², espressiva dell'offerta di servizi attraverso l'impiego efficiente delle risorse; nonché, quale discrezionalità "trasparente" e "controllata" quando non di scelte di opportunità "ragionata"¹³, contro aree di arbitrio – più o meno – sommerso nel perseguimento criminale. Nella visione immediatamente post-costituzionale, in linea di massima, obbligatorietà faceva rima con indipendenza e personalizzazione, mentre opportunità/discrezionalità si coniugavano meglio con dipendenza e burocratizzazione; nel quotidiano giudiziario, in realtà, nessuno di questi concetti ha mai vissuto "puro"¹⁴. Obbligatorietà e opportunità nell'esercizio dell'azione penale, come dimostra anche l'esperienza comparatistica, hanno assunto contenuti meno distanti di quanto si potrebbe ritenere. La concezione realistica dell'obbligatorietà dell'azione penale¹⁵, in particolare, presenta evidenti analogie con i criteri seguiti nei Paesi ove l'iniziativa penale è governata

secondo il principio di opportunità: «*segnatamente l'evidential test, il public interest test e le guidelines dettate per orientare e uniformare le scelte di opportunità affidate al pubblico ministero*»¹⁶.

Se la componente garantistica del principio di obbligatorietà continua a godere di unanime apprezzamento, il dissidio tra il carattere teorico dell'obbligo e la realtà fenomenica hanno persuaso molti a ritenere preferibile esigere la trasparenza delle scelte di azione e d'inazione, temendo occulte selezioni arbitrarie. Resta, però, una questione di fondo: se la sola trasparenza delle scelte (da chiunque realizzata) possa soddisfare esigenze di garanzia normalmente presidiate dal controllo giudiziale. E questo – non si intende celarlo – è uno dei punti dolenti e irrisolti del progetto di riforma.

Quasi tutti i difensori del principio di obbligatorietà dell'azione penale danno per scontata una certa dose di infedeltà rispetto alla sua portata assoluta, sia pure con diversi gradi di cedevolezza, giustificata da esigenze di razionalità organizzativa e di postergazione temporale; non potrebbe essere diversamente, in effetti, per una regola che i giuristi austriaci della fine del 1800 tacciavano di costituire null'altro che una «*bugia convenzionale*» e che, comunemente, è ritenuta «*ontologicamente irrealizzabile*»¹⁷. In concreto, la variabilità delle situazioni territoriali può

11. M. Chiavario, *Obbligatorietà*, op. cit., p. 11.

12. Cfr. P. Borgna, *Esercizio obbligatorio dell'azione penale nell'era della "pan-penalizzazione"*, in questa Rivista online, 31 ottobre 2019, www.questionegiustizia.it/articolo/esercizio-obbligatorio-dell-azione-penale-nell-era-della-ldquoan-penalizzazioneerdquo_31-10-2019.php; R. Kostoris, *Per un'obbligatorietà temperata*, op. cit.; N. Rossi, *Per una concezione realistica dell'obbligatorietà dell'azione penale*, in questa Rivista, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 2/1997, pp. 309-318.

13. Osserva C. Botti, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive*, in *Criminalia*, 2010, p. 327: «*L'Avvocatura ha sempre difeso questa c.d. obbligatorietà, anche e soprattutto come uno strumento a tutela dell'uguaglianza e come un freno all'insopprimibile contenuto di "politicità" insito nell'azione stessa. Ma questa difesa proclamata e declamata non ci deve fare confondere con quanti sono interessati a conservare la realtà di fatto di una discrezionalità surrettizia e incontrollata, che lede quei valori assai più di quanto non li lederebbe (e certamente li lederebbe) una discrezionalità controllata e manifesta secondo criteri determinati*».

14. D. Manzoni, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi*, op. cit., p. 332.

15. Con quest'ultima espressione, ricorda N. Rossi, *Per una cultura*, op. cit., p. 25, si designa «*un approccio all'esercizio dell'azione penale caratterizzato da una pluralità di fattori, tra cui: a) una ben calibrata valutazione, nell'ambito di ciascun ufficio di procura, dei mezzi disponibili per operare efficacemente nell'area di competenza, accompagnata in alcuni uffici da una esplicita determinazione di "criteri di priorità" nella trattazione degli affari giustificata in nome dell'efficacia operativa, di un impiego oculato delle risorse disponibili e di una sorta di "stato di necessità" derivante dal rapporto tra il numero di procedimenti e il personale e i mezzi di cui dispone l'ufficio; b) una valutazione di sostenibilità dell'accusa particolarmente rigorosa nel discernere i procedimenti di cui chiedere l'archiviazione e quelli per i quali sollecitare il giudizio, sulla scorta di indicazioni del capo dell'ufficio e/o di orientamenti maturati a seguito di confronti collegiali tra magistrati (in particolare dei gruppi specializzati) e di confronti con altri uffici. (...); c) una attenta valutazione sull'effettiva offensività di determinate condotte – astrattamente riconducibili a fattispecie di reato – oggi istituzionalmente reclamata dalla introduzione dell'istituto dell'archiviazione per tenuità del fatto per reati che si collocano entro limiti di pena legislativamente prefissati; d) la ricerca di una linea di condotta comune e coerente in ordine a soluzioni patteggiate dei procedimenti*».

16. Per un quadro comparatistico cfr. M. Chiavario, *Obbligatorietà*, op. cit., p. 12; N. Rossi, *Per una cultura*, op. cit., pp. 25-26, osserva: «*In altri termini, si può dire che il divario tra una concezione realistica dell'obbligatorietà dell'azione penale e una discrezionalità regolata ed esercitata entro i binari di linee-guida predeterminate e trasparenti si riduce notevolmente. Da un lato, infatti, in nessuno Stato di diritto è ammessa una discrezionalità arbitraria, capricciosa, disancorata da parametri prefissati e destinati a essere applicati in regimi di uguaglianza tra le persone (per lo meno in assenza di indebite interferenze). Dall'altro lato, l'opposto principio di obbligatorietà dell'azione penale, realisticamente inteso, esprime una linea di tendenza e una costante tensione verso l'eguale applicazione della legge penale, con i corollari dell'indipendenza operativa del pubblico ministero e di un suo status giuridico circondato di forti garanzie*».

17. R. Kostoris, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità fissati dalle Procure*, in Aa. Vv., *L'obbligatorietà*, op. cit., p. 47.

comportare che i criteri di discriminazione temporale nel perseguimento criminale conducano a stadi confinanti con il governo dell'opportunità non meno difficilmente rendicontabile.

Le ragioni dei nuovi temperamenti dell'obbligatorietà, però, stanno rapidamente evolvendo, oltrepassando ragioni organizzative per soddisfare esigenze di equità in concreto.

Ciò che è mutato – chiara premessa dell'evoluzione in atto – è certamente il rapporto del principio *con gli altri principi* costituzionali, ormai stimati equi-ordinati e bilanciabili, nel contesto di un diritto penale dal volto costituzionale¹⁸. Così l'asfittica prospettiva dell'inevitabile *deflazione* imposta dall'ingestibile carico di lavoro delle procure e dei tribunali – con situazioni tanto diversificate a livello territoriale da essere più consone a sistemi di federalismo giudiziario¹⁹, non sanabili, dopo il 1992, con il periodico ricorso a provvedimenti di amnistia e indulto²⁰ né confidando nella depenalizzazione, specie perché quasi sempre inesorabilmente seguita da nuove penalizzazioni – sembra solo una delle cause delle nuove declinazioni della regola. I principi di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.) si espandono, perdendo le timidezze del recente passato, all'intero del sistema giustizia, comprensivo delle attività giurisdizionali, legittimando la riduzione numerica dei casi in cui opera il vincolo procedurale dell'art. 112 Cost. per ridar vita alle garanzie allo stesso sottese²¹. Così la realtà di processi inutili²², che non merita celebrare e ancor prima iniziare, selezionati per ragioni organizzative presso gli uffici giudiziari, è divenuta ricognizione condivisa; quantunque non scissa dal rischio di arbitrio ove i criteri efficientistici siano enucleati storicamente dai protagonisti giudiziari, privi di diretta legittimazione democratica, al di fuori di una tassativa cornice normativa derogatoria della regola dell'art. 112 Cost. In questa prospettiva, la positivizzazione dei criteri di priorità dell'azione pe-

nale progettata dalla “legge delega Cartabia” offre un banco di prova importante, una delle prospettive di azione più nuove e problematiche dell'intera riforma.

Ma è con il propagarsi della portata dei principi e delle garanzie del giusto processo previsti dall'art. 111 Cost., ivi compreso quello della ragionevole durata del processo, che lo scatenamento dell'azione penale (traslato dal cpp del 1989 alla fine delle indagini preliminari), per soddisfare le pretese punitive statuali, deve fare i conti con esiti innovativi: fatti tipici, astrattamente meritevoli di pena, in concreto possono non esprimere necessariamente il bisogno di pena e, prima, di processo. In linea con una concezione gradualistica del reato, che fotografa la peculiarità del caso concreto²³, prima ancora che nel momento applicativo della pena e della risposta sanzionatoria, emergono nuove declinazioni equitative del principio di proporzionalità *ex artt.* 49 Cdfue, 3 e 27 Cost.²⁴, che segnano la sorte non solo della dosimetria, ma anche dell'applicazione della punizione e, prima, dell'accesso al processo. Secondo una cultura nuova, già rivelata dalla causa di non punibilità *ex art.* 131-*bis* cp, ma anche da quella di estinzione del reato prevista dall'art. 168-*bis* cp, istituti che la riforma Cartabia potenzia.

La riforma, in effetti, costituisce una decisa presa di posizione a favore di una rimodulazione dei confini del principio di obbligatorietà dell'azione penale, in un'ottica di efficientamento del sistema: ridefinizione degli spazi di controllo giurisdizionali sui tempi di iscrizione, riforma della regola di giudizio *ex art.* 125 disp. att. cpp, ampliamento della sfera di operatività delle cause di non punibilità *ex art.* 131-*bis* cpp e della causa di estinzione del reato *ex art.* 168-*bis* cp, positivizzazione dei criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale.

Prima di affrontare l'esame delle novità della riforma, conviene premettere un breve inquadramento storico del principio di obbligatorietà dell'azione penale e qualche considerazione sugli assetti istituzionali che

18. Cfr. Corte cost., n. 50/1980.

19. F. Palazzo, *Sul pubblico ministero: riformare sì, ma con giudizio*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2021, p. 62; G. Melillo, *La realtà dei criteri di priorità in una maxi-Procura*, in Aa. Vv., *L'obbligatorietà*, *op. cit.*, p. 75, ricorda come l'incidenza della prescrizione dichiarata nelle indagini preliminari vari grandemente su base territoriale, con distretti attestati sullo “zero virgola” e altri che raggiungono il 34%; per gli uffici di secondo grado, poi, oltre il 50% delle prescrizioni matura nelle Corti d'appello di Roma, Napoli, Torino e Venezia.

20. L'art. 1 della legge n. 1/1992 ha elevato il *quorum* di approvazione delle leggi di amnistia e indulto a 2/3 dei componenti di ciascuna Camera; P. Gualtieri, *Azione penale discrezionale e P.M. elettivo per superare le inefficienze del processo penale*, in Aa. Vv., *L'obbligatorietà*, *op. cit.*, p. 36, ricorda come tra il 1944 e il 1990 siano stati emanati 33 provvedimenti di amnistia e di indulto, con sostanziale depenalizzazione dei reati puniti fino a 3-4 anni.

21. S. Quattrocchio, *Tenuità*, *op. cit.*, p. 189.

22. Cfr. circolare della Procura della Repubblica di Torino (cd. “circolare Maddalena”) 10 gennaio 2007, n. 50/2007, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 3/2007, con nota di G. Santalucia, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità*, p. 619.

23. S. Quattrocchio, *Tenuità*, *op. cit.* (per i riferimenti bibliografici, vds. nota 60).

24. *Ivi*, p. 196. Si richiamano al principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria Corte cost., nn. 68/2012, 236/2016 e 112/2019.

lo hanno accompagnato nell'esperienza nazionale²⁵; operazione utile a ravvivare la memoria delle forme che lo stesso ha assunto e delle garanzie che il principio ha presidiato, non consentendo di considerare del tutto tramontata l'idea per cui è preferibile un accusatore agente a uno inerte²⁶. Prevenendo eccessive semplificazioni, se non è solo l'obbligatorietà a garantire l'indipendenza e l'uguaglianza non è l'opzione discrezionale a garantire, di per sé, il miglior presidio dell'efficienza. Proprio la storia e la comparazione rivelano la realtà di questa affermazione. Occorre estrema cautela nell'intraprendere strade distanti da un principio che ha effetti diretti sugli assetti ordinamentali e, in particolare, sul ruolo istituzionale e sulle garanzie del pubblico ministero. E, prima, sui valori che tali beni funzione garantiscono.

2. Cenni storici e assetti istituzionali

Nell'esperienza preunitaria, l'art. 2 del "codice Romagnosi" (1807) enunciò il principio di obbligatorietà («Ogni delitto dà luogo ad un'azione penale»), combinandolo con quello della pubblicità (art. 4: «L'azione penale è essenzialmente pubblica» e nei delitti qualificati come pubblici è «esercitata per ufficio dai funzionari pubblici destinati dalla legge»)²⁷. L'art. 146 della "legge Rattazzi", 13 novembre 1859, n. 3781, confermato dall'art. 129 del rd 6 dicembre 1865, n. 2626 (il primo ordinamento giudiziario del Regno d'Italia), definì il pubblico ministero «rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria» e lo poneva «sotto la direzione del ministro di giustizia». Il primo aspetto, scaturente dall'art. 1 della legge 24 agosto 1790 dell'Assemblée nationale e

dal napoleonico «Regolamento organico della giustizia civile e punitiva» (1806), si saldò al secondo per il quale, al magistrato dell'accusa, spettavano prerogative di controllore e controllato che ne giustificavano uno status meno autonomo rispetto alla magistratura giudicante. Numerosi appelli degli studiosi, all'indomani dell'Unità, si sollevarono a salvaguardare l'indipendenza del pm: «dal governo, ovviamente, dallo Stato-persona, e persino dalla società»²⁸. L'art. 139 dell'ordinamento giudiziario del 1865 attribuì al pubblico ministero anche la vigilanza sull'«osservanza delle leggi» e sulla «pronta e regolare amministrazione della giustizia», nonché il compito di promuovere «la repressione dei reati». Funzione quest'ultima, nella quale il pubblico ministero si delineò come organo della legge, se non quale legge parlante²⁹, e come con figura istituzionale irrisolta e ibrida³⁰.

Il cpp del 1865 stabilì che «ogni reato dà luogo ad un'azione penale» (art. 1, comma 1); che «l'azione penale è essenzialmente pubblica» e «si esercita dagli ufficiali del pubblico ministero» (art. 2, commi 1 e 2); che viene «esercitata d'ufficio in tutti i casi nei quali l'istanza della parte danneggiata od offesa non è necessaria a promuoverla» (art. 2, comma 3); che il procuratore del re «è tenuto nel distretto del Tribunale presso cui esercita le sue funzioni di promuovere e perseguire le azioni penali derivanti da crimini o delitti colle norme prescritte dal presente Codice» (art. 42, n. 1); quando gli fossero pervenute «denunce, querele, verbali, rapporti, o notizie di reato», avrebbe dovuto fare «senza ritardo al Giudice istruttore le opportune istanze per l'accertamento del fatto e la scoperta degli autori», salva la possibilità di procedere direttamente mediante «citazione diretta» (art. 43). Non venne prescritto alcun controllo giurisdizionale

25. Per un esame gli spazi di discrezionalità secondo una prospettiva internazionale comparatistica, cfr. N. Rossi, *Per una cultura, op. cit.*, p. 16.

26. Ricorda D. Manzione, *Il principio, op. cit.*, 335: «In realtà, appare metafisica l'idea di poter addivenire ad una geometrica applicazione del principio di eguaglianza: è lo stesso processo – come si vede – ad alimentare disuguaglianze; e lo è lo stesso procedere, condizionato com'è dai limiti degli uomini che ne indirizzano lo svolgimento e dalle ristrette risorse o mezzi di cui dispongono. Non sono, insomma, ferite di questo genere che possono indurre a ritenere così «sfregiato» il principio da far pensare che tanto vale abbandonarlo. Al contrario, come tutti i principi è invece bene che sia lì a fornire una traccia dalla quale l'operatore, non distaccandosene troppo, può sperare di ottenere un risultato equo, giusto, non una forma di protezione per privilegi corporativi o peggiori personali».

27. Cfr. E. Dezza, *Il codice di procedura penale del Regno Italico (1807). Storia di un decennio di elaborazione legislativa*, Cedam, Padova, 1983, pp. 315-316.

28. M. Miletti, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi; confini e prospettive*, in *Criminalia*, 2010, p. 306, ricorda opportunamente come L. Borsari (*Della azione penale*, Società L'Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1866, pp. 183 e 186-187), dall'«indipendenza» costituzionale del giudizio penale «dallo Stato» facesse conseguire che «l'azione penale pubblica non è esercitata nell'interesse di nessuno, neppure nell'interesse della società (...) : il Pubblico Ministero non è l'agente della società, come sempre si dice», bensì «un magistrato della giustizia».

29. G. Borsari e L. Casorati, *Codice di procedura penale italiano commentato. Libro primo. Azione penale, azione civile, estinzione delle azioni, ordini della magistratura, giurisdizione, competenza*, Tip. L.G. Pirola, Milano, 1873, I, pp. 13-4.

30. L. Lucchini, *Elementi di procedura penale. Seconda edizione riveduta e ampliata*, G. Barbera, Firenze, 1899, n. 192, p. 221, riscontrava nel pubblico accusatore, così come conformato dalle leggi del Regno, «una persona ibrida quant'è ibrido il sistema misto, un poco parte e un po' magistrato, un po' soggetto all'azione del governo e un po' indipendente».

sull'effettivo esercizio dell'azione penale: l'iniziativa del pubblico ministero di archiviare non era sindacabile³¹. Nondimeno, nella prassi i funzionari della pubblica accusa, prima di procedere all'invio degli atti all'archivio, presero a sollecitare un'ordinanza del giudice istruttore rispetto ai reati perseguibili a querela privata.

Nel dibattito postunitario la disputa a favore del principio di legalità³² (sul modello del § 152, comma 2 del cpp tedesco) rispetto a quello di opportunità³³ (o della discrezionalità di fatto) dell'azione penale (tipico dell'esperienza francese) sembrò non risolversi, anche se la prima impostazione parve prevalere: *in primis*, per il favore verso l'obiettivo della difesa sociale³⁴, attraverso l'attuazione non discrezionale del diritto-dovere dello Stato di punire³⁵, nondimeno, per l'avversione rispetto all'idea che il pubblico ministero potesse essere titolare di un surrettizio potere di amnistia³⁶.

L'art. 1, comma 2, cpp del 1913 risolse la discussione, stabilendo che «l'azione penale è pubblica ed è esercitata dal pubblico ministero. Essa è esercitata d'ufficio quando non sia necessaria querela o richiesta». Innovando rispetto al passato, ai sensi dell'art. 179, comma 2, il procuratore del re che avesse reputato che, per il fatto, non si doveva promuovere azione penale doveva richiedere al giudice istruttore «di pronunciare decreto». In linea con il ruolo di pubblico accusatore, con funzioni essenzialmente investigative, quale capo della polizia giudiziaria (art. 163), il

pubblico ministero poteva decidere di trasmettere gli atti al pretore (*ex art.* 179, comma 3) o ad altra autorità competente, richiedere al giudice istruttore il decreto secondo cui l'azione penale non doveva promuoversi (art. 179, comma 2), svolgere indagini (dirigendo la polizia giudiziaria o effettuando un'istruzione sommaria). Terminata tale fase, il procuratore (salvo l'esercizio della facoltà, concessa al leso per ingiuria o diffamazione, di citazione diretta; e salvi i reati pretorili) decideva in autonomia se promuovere l'azione penale, richiedendo l'istruzione formale o promuovendo il giudizio di cognizione (per citazione diretta o direttissima: art. 179, comma 1)³⁷.

L'art. 77 rd 30 dicembre 1923, n. 2786 (“ordinamento giudiziario Oviglio”), marcando il profilo funzionale e disciplinare della pubblica accusa³⁸, stabilì che «il pubblico ministero rappresenta il potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria ed è organizzato gerarchicamente sotto la direzione del ministro della giustizia»; rispetto all'esercizio di un diritto pubblico costituente anche un pubblico dovere, la discrezionalità identificava solo il discernimento ragionevole e giusto della sussistenza in concreto delle condizioni di legge per l'esercizio dell'azione penale. Ai sensi dell'art. 74, comma 2 del cpp del 1930, il pubblico ministero era tenuto a informare dell'archiviazione il procuratore generale, chiamato a realizzare un controllo gerarchico sostitutivo di quello giurisdizionale, con il potere di richiamare gli atti e di disporre di procedere. L'interesse alla persecuzione penale si

31. A. Andronio, *Pubblico ministero e direzione delle indagini preliminari*, in *Trattato di procedura penale* diretto da G. Spangher, vol. III: *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di Giulio Garuti, Utet Giuridica, Milano, 2009, p. 250.

32. V. Manzini, *Manuale di procedura penale italiana*, Fratelli Bocca, Torino, 1912, pp. 77-78, nota 17, sosteneva l'obbligatorietà dell'agire, in presenza di ipotesi di reato sufficientemente fondata, giungendo a ritenere invalido un ipotetico divieto di procedere imposto dal Ministro: l'ordine gerarchico, infatti, assumeva valore solo se tendente all'attuazione della legge, non al suo disconoscimento. Scoraggiato dal dato di realtà, l'A. osservava: «Purtroppo, nella nostra pratica giudiziaria, per effetto di indebite ingerenze ministeriali, parlamentari, o consortesche locali, spesso è il principio della discrezionalità o opportunità del promovimento dell'azione penale che prevale». Tuttavia «il miglioramento progressivo della nostra magistratura» induceva lo studioso a sperare nell'imminente superamento della crisi di valori che aveva spinto un «guardasigilli magistrato» ad affermare «che l'ordine giudiziario italiano rende servigi e non giustizia» (*ivi*, pp. 78-79).

33. P. Rossi, *Trattato di diritto penale* (trad. it. con note di E. Pessina), Tip. G. Bozza, Torino, 1859, pp. 154-155, muovendo da un'impostazione “realistica” metteva in guardia dal rischio che, «in taluni casi speciali», la persecuzione dei reati e i processi si rivelassero «una sorgente di disordine» ed eccezionalmente «pericolos[i] o nociv[i] per la società». In tali ipotesi, il legislatore avrebbe dovuto «lasciare i mezzi di rettificare (...) la decisione generale», ossia «la facoltà di non perseguire, affinché la giustizia, destinata al mantenimento dell'ordine sociale, non ne divenga una cagione di travolgimento». Un'area franca comprensiva di situazioni eterogenee: i reati bagattellari; le infrazioni procedibili a querela di parte o per le quali, comunque, il danno fosse ritenuto esclusivamente “privato”; gli illeciti in qualche modo tollerati o addirittura coperti dal potere politico. Anche L. Borsari, *Della azione penale*, *op. cit.*, p. 212, nota 8, era persuaso che il pm potesse autonomamente respingere denunce o querele sprovviste di un minimo di «credibilità».

34. E. Florian, *Principi di diritto processuale penale. Seconda edizione riveduta e coordinata al nuovo codice di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 1932, pp. 192-193.

35. A. Rocco, *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, Tipografia Giachetti, Prato, 1904.

36. P. Nocito, *La Corte d'assise. Esposizione teorica e pratica delle relative leggi di procedura ed ordinamento giudiziario compresa la legge sui Giurati 8 giugno 1874*, Tipografia Eredi Botta, Roma, 1874, p. 203.

37. E. Florian, *Il processo penale e il nuovo codice (Introduzione al Commentario del nuovo codice di procedura penale* diretto da R. Garofalo - A. Berenini - E. Florian - A. Zerboglio), Vallardi, Milano, 1914, p. 115, nota 15.

38. M. Miletta, *Il principio di obbligatorietà*, *op. cit.*, p. 322.

profilava come sovrastante e assoluto, al netto di eccezioni normative, come le cause di non punibilità e le condizioni di procedibilità³⁹.

L'ordinamento giudiziario Grandi" (rd 30 gennaio 1941, n. 12) confermò che «il pubblico ministero esercita, sotto la direzione del ministro di grazia e giustizia, le funzioni che la legge gli attribuisce» (art. 69). Nel pensiero della dottrina, la direzione del Ministro doveva limitarsi alle sole attribuzioni di carattere amministrativo, esorbitandone un potere sostitutivo in caso d'inerzia del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale; senonché il potere di indirizzo arrivò sino a formulare istruzioni specifiche per il caso concreto, con persuasività irrobustita dall'assenza della garanzia d'inamovibilità del pubblico ministero, suscettibile di trasferimenti a seguito di banale nota ministeriale. L'esercizio dell'azione penale, inoltre, era soggetto a molteplici filtri politici, come le autorizzazioni necessarie per i processi a prefetti e sindaci, per i reati commessi dalle forze di polizia, nonché per le false testimonianze dei pubblici funzionari⁴⁰.

L'art. 69 cit. fu modificato solo dalla "legge Togliatti" (rdl 31 maggio 1946, n. 511, art. 39), che sostituì la direzione del Ministro con una più pallida vigilanza. Con il Governo Bonomi venne ripristinato il controllo giurisdizionale sull'archiviazione; modificando l'art. 743, l'art. 6 d.lgs lt. 14 settembre 1944, n. 288 imponeva al pubblico ministero di richiederla al giudice istruttore che, a sua volta, se avesse ritenuto di non accoglierla, avrebbe proceduto in via formale⁴¹.

Nei lavori per la Costituente, Piero Calamandrei propugnò un pubblico ministero inserito nell'ordine giudiziario e indipendente dall'esecutivo⁴². In sede di Costituente, Giovanni Leone sostenne che, in caso d'inerzia del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione, poteva intervenire il giudice *ex officio*⁴³. Nel-

la Commissione dei 75, in particolare, Calamandrei propose un testo più articolato di quello definitivo: «L'azione penale è pubblica, e il p.m. ha l'obbligo di esercitarla in conformità della legge, senza poterne sospendere o ritardare l'esercizio per ragioni di convenienza». Targetti e Bettiol ritennero che potesse risultare, viceversa, opportuno consentire al pubblico ministero di ritardare l'esercizio, specie di fronte a sussulti politici⁴⁴.

Il testo, infine, approvato non contiene espliciti riferimenti né alla pubblicità dell'azione penale né al divieto al pubblico ministero di sospendere o ritardare l'esercizio dell'azione né al controllo giurisdizionale sull'archiviazione. Secondo la dottrina, tuttavia, la perentorietà della norma costituzionale implica tutti i suddetti principi.

Il modello italiano, dunque, immediatamente conseguente al varo della Costituzione repubblicana risulta fondato sul principio di obbligatorietà dell'azione penale da parte di un pubblico ministero investito del potere di coordinare le indagini della polizia, provvisto dello statuto di "parte imparziale", indipendente dal potere politico ma costantemente controllato dal giudice, sia in caso di azione che di inazione⁴⁵.

Nel tempo è mutato il concetto di esercizio dell'azione penale. In primo luogo, per la modifica dell'impianto processuale primario. Se nel vecchio codice di procedura penale l'esercizio dell'azione penale si riscontrava alle «prime battute del procedimento»⁴⁶, dopo qualche (eventuale) atto di istruzione sommaria⁴⁷, a monte dell'istruttoria formale, nel "codice Vassalli" l'azione penale, coincidendo con la richiesta di rinvio a giudizio⁴⁸, è stata posticipata al termine delle indagini, cui sono riconosciute tempistiche assai più generose⁴⁹. La moderna azione penale, dunque, è uno strumento diverso da quello avuto presente dai

39. O. Dominioni, *L'obbligatorietà*, op. cit., p. 16.

40. G. Melillo, *La realtà dei criteri di priorità in una maxi-procura*, in Aa. Vv., *L'obbligatorietà*, op. cit., p. 77.

41. G. Neppi Modona e L. Violante, *Poteri dello Stato e sistema penale. Corso di lezioni universitarie*, Tirrenia-Stampatori, Torino, 1978, p. 325; F. Caprioli, *L'archiviazione*, Jovene, Napoli, 1994, pp. 35-39, nota 14, anche per i molteplici dilemmi ermeneutici cui la nuova disciplina diede luogo.

42. P. Calamandrei, *Relazione preliminare sul tema «Posizione costituzionale del potere giudiziario nella nuova Costituzione italiana»*, in G. D'Alessio (a cura di), *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della «Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato» (1945-1946)*, Il Mulino, Bologna, 1979, p. 623.

43. A. Andronio, *Pubblico ministero e direzione delle indagini preliminari*, in *Trattato di procedura penale* diretto da G. Spangher, vol. III: G. Garuti (a cura di), *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Utet Giuridica, Milano, 2009, p. 253, nota 49.

44. M. Miletti, *Il principio di obbligatorietà*, op. cit., p. 327.

45. N. Rossi, *Per una cultura*, op. cit., p. 21.

46. F. Cordero, *Voce Archiviazione*, in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 1030.

47. S. Quattrocolo, *Tenuità*, op. cit., p. 192.

48. G. Melillo, *La realtà*, op. cit., p. 78; e con le altre forme di formulazione dell'imputazione.

49. E. Marzaduri, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza della indagini preliminari*, in Aa. Vv., *L'obbligatorietà*, op. cit., p. 113.

Costituenti, che attiva un meccanismo molto più sofisticato di quello precedente⁵⁰.

La seconda ragione del cambiamento deriva dal pervasivo influsso sul diritto penale dell'intero impianto costituzionale, anche a seguito dalla rivisitazione dell'art. 111 della Costituzione. Ne ha tratto vigore l'idea del processo penale quale luogo di garanzie e di contrappesi e della giustizia quale sistema finalizzato all'osservanza dei precetti – non solo e non esclusivamente all'inflizione della pena – per garantire un contesto di massimo sviluppo della vita associata⁵¹. Se, nel previgente sistema, la legge penale rappresentava la massima esplicitazione della potestà sovrana dello Stato sull'individuo e la doverosità dell'azione, a tutela del potenziale punitivo enucleato dalla legge penale⁵², costituiva principio assoluto, la Costituzione ha convertito quest'ultimo in un *valore relativo* da relazionare con altri valori di rango costituzionale, ai quali può “cedere” o con i quali raccordarsi⁵³. Il potenziale conflitto tra l'interesse alla persecuzione penale e gli altri interessi quali l'efficienza giudiziaria presidiata dall'art. 97, comma 2, Cost., sul buon andamento della pubblica amministrazione, esteso all'ufficio giudiziario del pubblico ministero⁵⁴, e l'art. 111, comma 2, Cost. (e 6, comma 1, Cedu) sulla durata ragionevole del processo, può trovare quindi una soluzione alla luce di un bilanciamento tra i differenti valori – tra cui quelli di proporzione e di rie-

ducazione – con i quali si individui l'oggetto di tutela preminente⁵⁵.

La stessa obbligatorietà non si delinea più come correlazione inevitabile tra notizia di reato, assistita da certo grado di fondatezza, e azione penale, ma anzitutto come regola della legalità: l'esercizio del potere di azione costituisce dovere in presenza di presupposti e modalità disciplinate dalla legge ordinaria, non rimesso a criteri di opportunità enucleati surrettiziamente⁵⁶.

Ciò ha creato le condizioni di prime esperienze di bilanciamento di interessi costituzionali in conflitto o comunque in rapporto con quello di obbligatorietà, governate sulla base di norme che regolamentano i poteri discrezionali del pubblico ministero e del giudice – le situazioni che Francesco Palazzo ha categorizzato quali criteri che presiedono all'esercizio dell'azione penale. Accanto ai *criteri sostanziali interni* alla finalità della repressione (che legittimano la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto *ex art. 27 DPR n. 448/1988*, il decreto di archiviazione per tenuità del fatto *ex art. 34 d.lgs n. 274/2000* e per speciale tenuità del fatto *ex art. 131-bis cp* o la sospensione del procedimento con messa alla prova *ex art. 168-bis cp*), si affiancano i *criteri processuali interni* alle finalità del processo⁵⁷ (come le regole di valutazione della consistenza del materiale raccolto nelle indagini). Solo con i *criteri esterni di opportunità* (con le problematiche

50. S. Quattrocchio, *Tenuità*, op. cit., p. 192; F. Caprioli, *L'archiviazione*, op. cit., p. 340. Lo riconosce anche Corte cost., n. 88/1991: «Tra vecchio e nuovo codice vi è, però, in materia, una fondamentale differenza. Nel primo, la decisione sull'archiviazione, assunta in base alla sola notizia di reato o a più o meno scarni elementi acquisiti nel corso degli atti preliminari all'istruzione, tendeva a stabilire se vi fosse o no un'infondatezza così manifesta da far ritenere superflua o meno, l'istruzione vera e propria. Nel secondo, invece, si tratta di decidere all'esito, e sulla base, di indagini preliminari anche “complete” e talvolta integrate da investigazioni suppletive (artt. 409, 410 e 413 c.p.p.). Ciò spiega perché il legislatore delegato, nel formulare l'art. 408 c.p.p., abbia ritenuto di omettere l'attributo “manifesta” che il delegante aveva adottato senza particolari discussioni sul punto: si è ritenuto, cioè, verosimilmente, che l'“infondatezza”, collocata al termine delle indagini preliminari, recasse già in sé il segno dell'inequivocità. Il vero significato della regola così dettata è, quindi, quello della non equivoca, indubbia superfluità del processo».

51. S. Quattrocchio, *Tenuità*, op. cit., pp. 193 ss.

52. A.U. Palma, *L'obbligo di esercizio dell'azione penale, carico giudiziario ed efficientamento di sistema: una prospettiva rispettosa del vincolo costituzionale*, in *Archivio penale*, n. 1/2021, ricorda: «Era, d'altronde, il 1905 quando, per la prima volta, venne teorizzato che “il diritto di punire” rappresenta per lo Stato un “dovere” la cui attuazione, assurgendo a scopo “sociale e pubblico”, non può esser lasciata all'arbitrio ma va imposta “in modo obbligatorio” (...); ad affermarlo furono autorevoli esponenti della scuola positivista che, raccordando l'efficacia intimidativa della legislazione penale alla concretezza della sanzione minacciata, osservarono che “quanto più intensamente sociali diventano gli scopi del diritto penale tanto maggiormente deve prevalere il principio di legalità” (...). Legalità, dunque, intesa come indisponibilità della pretesa punitiva e, di conseguenza, azione penale affidata ad un organo pubblico onerato di esercitarla “ogniquale volta ne ricorrano in concreto le condizioni di legge, in adempimento d'un dovere funzionale assoluto e inderogabile, escludente ogni considerazione d'opportunità”».

53. N. Galantini, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale tra interesse alla persecuzione penale e interesse all'efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 23 settembre 2019.

54. V. Zagrebelsky, *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale*, in Aa.Vv., *Il pubblico ministero oggi*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 10; G. Silvestri, *Relazione*, in Aa.Vv., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Associazione tra gli studiosi del processo penale, Giuffrè, Milano, 2006, p. 227.

55. O. Dominioni, voce *Azione penale*, in *Dig. discipl. pen.*, vol. I, Utet, Torino, 1987, p. 410.

56. O. Dominioni, *L'obbligatorietà*, op. cit., p. 16.

57. F. Palazzo, *Sul pubblico ministero*, op. cit., p. 62.

articolazioni di contenuto e degli organi competenti a “formalizzarli”) viene realmente messa in discussione l’obbligatorietà dell’azione penale⁵⁸.

3. Il controllo sui tempi dell’iscrizione della notizia di reato e del nome della persona cui lo stesso è attribuito

Venendo alle tematiche d’interesse ai fini del nostro esame coinvolte dalla riforma Cartabia, procedendo nell’ordine cronologico di esse, l’iscrizione nel

registro ex art. 335 cpp costituisce un’area di attività del pubblico ministero sovente esposta a ragioni di critica, anche a causa di un arido tessuto normativo⁵⁹. L’adempimento costituisce la premessa imprescindibile dell’esercizio dell’azione penale e, dunque, concorre a salvaguardarne l’obbligatorietà, chiaramente elusa in presenza di eventuali omissioni; d’altro canto, l’iscrizione ale a dimensionare i tempi delle indagini⁶⁰, che da essa prendono a decorrere⁶¹: iscrizioni tardive⁶², rateizzate⁶³, progressivamente ripartite tra diversi registri ministeriali⁶⁴ possono sostanzialmente protrarre la condizione di indagabile ed “eludere”

58. Osserva F. Palazzo, *ibid.*: «il che significa che ben possono essere percorse e potenziate le strade dei criteri interni, anche in considerazione del fatto che esse, mentre consentono di sfozzare il carico giudiziario senza pregiudicare la tenuta del sistema, sono inoltre pur sempre sottoposte al controllo del giudice».

59. Cfr. circolare n. 3225/17 del 2 ottobre 2017, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, in tema di «Osservanza delle disposizioni relative all’iscrizione delle notizie di reato», commentata da E. Bruti Liberati, *Le scelte del pubblico ministero: obbligatorietà dell’azione penale, strategie di indagine e deontologia*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 1/2018, p. 16, www.questionegiustizia.it/data/rivista/pdf/23/qg_2018-1.pdf. Cfr. N. Galantini, *Il principio di obbligatorietà*, *op. cit.*, p. 9, osserva come la “ponderata tardività” dell’iscrizione, vista *in bonam partem* nella circolare del procuratore di Roma, «rischia di generare effetti pregiudizievoli sul diritto di difesa in termini di utilizzabilità successiva di atti non partecipati, salvo richiamare il principio affermato dalla Corte costituzionale secondo cui, se pure in relazione all’uso di prove formate in incidente probatorio, è ammessa per il giudice la “possibilità di sindacare la concreta utilizzabilità della prova assunta” a fronte di “qualsiasi comportamento omissivo addebitabile al pubblico ministero quanto al momento della individuazione della qualità di indagato”» (vds. Corte cost., n. 198/1994).

60. Per Cass., sez. IV, 6 luglio 2006, n. 32776, Rv. 234822, «nel corso delle indagini preliminari il P.M. – salvi i casi di mutamento della qualificazione giuridica del fatto o dell’accertamento di circostanze aggravanti – deve procedere a nuova iscrizione nel registro delle notizie di reato previsto dall’art. 335 c.p.p. sia quando acquisisce elementi in ordine ad ulteriori fatti costituenti reato nei confronti della stessa persona, sia quando raccoglie elementi in relazione al medesimo o ad un nuovo reato a carico di persone diverse dall’originario indagato. Ne consegue che il termine per le indagini preliminari previsto dall’art. 405 cod. proc. pen., decorre in modo autonomo per ciascun indagato dal momento dell’iscrizione del suo nominativo nel registro delle notizie di reato e, per la persona originariamente sottoposta ad indagini, da ciascuna successiva iscrizione». Ha precisato la Corte di cassazione che, per determinare il *dies a quo* ai fini della decorrenza dei termini di durata massima delle indagini preliminari relativi a diversi fatti iscritti sotto lo stesso numero in momenti differenti, l’unico criterio è quello di ordine sostanziale desumibile dall’art. 335 cpp, secondo cui, quando non si tratti di mutamento della qualificazione giuridica del fatto né di diverse circostanze del medesimo fatto, non può parlarsi di aggiornamento di iscrizioni, ma di iscrizione autonoma. Nello stesso senso: «Qualora il P.M. acquisisca nel corso delle indagini preliminari elementi in ordine ad ulteriori fatti costituenti reato nei confronti della stessa persona già iscritta nel registro di cui all’art. 335 cod. proc. pen., deve procedere a nuova iscrizione ed il termine per le indagini preliminari, previsto dall’art. 405 cod. proc. pen., decorre in modo autonomo per ciascuna successiva iscrizione nell’apposito registro, senza che possa essere posto alcun limite all’utilizzazione di elementi emersi prima della detta iscrizione nel corso di accertamenti relativi ad altri fatti» (Cass., sez. III, 18 marzo 2015, n. 32998, Rv. 264191; Cass., sez. II, 18 ottobre 2012, n. 150, ud. dep. 4 gennaio 2013, Rv. 254676). Sono inutilizzabili le prove acquisite oltre il termine di durata delle indagini preliminari decorrente dalla data della prima iscrizione soltanto quando il pubblico ministero, dopo l’iniziale iscrizione del registro delle notizie di reato, abbia provveduto a una successiva iscrizione relativa al medesimo fatto diversamente circostanziato (Cass., sez. VI, n. 29151/2017, Rv. 270573; conf. Cass., sez. V, n. 34510/2018, *Moccia*; Cass., sez. II, n. 15691, *Notaro*; *Id.*, n. 22016/2019).

61. La Cassazione ha chiarito che, ai fini della previsione di cui all’art. 405 cpp, il termine di durata delle indagini preliminari decorre dal momento della effettiva iscrizione nell’apposito registro ex art. 335 cpp delle generalità della persona alla quale il reato sia stato attribuito e non da quello in cui il pubblico ministero abbia disposto l’iscrizione medesima (Cass., sez. VI, n. 10078/2021, Rv. 280718-01; Cass., sez. II, n. 12423/2020, Rv. 279337-01; *contra* Cass., sez. V, n. 44909/2017, Rv. 271619-01).

62. M. Fabri, *Discrezionalità e modalità di azione del pubblico ministero nel procedimento penale*, in *Polis*, n. 2/1997, pp. 180 ss.

63. A.U. Palma, *L’obbligo*, *op.cit.*, p. 9 vi riconduce i casi in cui, pur in presenza di più soggetti indagabili ovvero (di più) reati contestabili, il rappresentante della pubblica accusa sceglie di scaglionare i tempi di iscrizione così da beneficiare per le proprie investigazioni di uno spazio complessivamente più lungo. Va ricordato che il regime di utilizzabilità degli atti in relazione al rapporto temporale con la scadenza dei termini delle indagini preliminari rimane distinto per i singoli indagati in base al principio di autonomia della decorrenza dei predetti termini per ciascun indagato (Cass., sez. IV, 6 luglio 2006, n. 32776, *Meinero*, Rv. 234822; Cass., sez. VI, 12 marzo 2003, n. 19053, *Fumarola*, Rv. 227380); per tale principio, ai fini dell’utilizzabilità degli atti deve aversi riguardo unicamente alla scadenza del termine decorrente per ciascun indagato dalla data di iscrizione nel registro, restando irrilevante che a carico degli indagati si proceda per reati diversi o per il concorso nel medesimo reato.

64. Sulle iscrizioni a modello 45, cfr. le *guidelines* offerte dalla circolare ministeriale n. 533 del 18 ottobre 1989; cfr. anche la circolare 21 aprile 2011 emessa dal DAG, Direzione generale della giustizia penale, e la circolare 11 novembre 2016. Sulla base di tali testi, il registro dei fatti non costituenti reato riguarda le notizie prive, almeno nel momento in cui si procede all’iscrizione, di qualsiasi rilevanza penale e non meritevoli di alcun approfondimento investigativo, poiché relative a fatti che, seppur rispondenti al vero, non sono riconducibili in astratto ad alcun illecito penale (a titolo esemplificativo: perquisizioni di iniziativa con esito negativo, rispetto a fattispecie risultata ex

la sanzione di inutilizzabilità *ex art.* 407, comma 3, cpp prevista per le indagini svolte oltre i termini⁶⁵. Costituisce segno dell'importanza dell'adempimento, per la sua incidenza sulle attività a valle, il fatto che tra le prerogative precipue del procuratore della Repubblica e del procuratore generale presso la Corte di appello vi è proprio quella di assicurare l'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato (*cf.* artt. 2 e 6 d.lgs n. 106/2006).

La natura di atto dovuto dell'iscrizione non ha impedito di riconoscere spazi di discrezionalità tecnica del pubblico ministero rispetto ai presupposti valutativi (con riferimento alla sussistenza «*degli specifici elementi indizianti*», evocati dall'art. 109 disp. att. cpp, norma che, ricorrendo all'avverbio «*eventualmente*», rifugge automatismi), ritenuta non sindacabile da parte del giudice. Sulla scia delle sezioni unite *Tammaro*⁶⁶ la giurisprudenza, infatti, ha stabilmente affermato che l'omessa annotazione della *notitia criminis* sul registro previsto dall'art. 335 cpp, con l'indicazione del nome della persona raggiunta da indizi di colpevolezza e sottoposta a indagini «contestualmente ovvero dal momento in cui esso risulta», non determina l'inutilizzabilità degli atti d'indagine compiuti fino al momento dell'effettiva iscrizione

nel registro, poiché, in tal caso, il termine di durata massima delle indagini preliminari previsto dall'art. 407 cpp, al cui scadere consegue l'inutilizzabilità degli atti d'indagine successivi, decorre per l'indagato dalla data in cui il nome è effettivamente iscritto nel registro delle notizie di reato, e non dalla presunta data nella quale il pubblico ministero avrebbe dovuto iscriverla. Presupponendo l'obbligo di iscrizione l'emersione a carico di una persona di *specifici elementi indizianti* e non di meri sospetti⁶⁷, ne consegue che l'apprezzamento della tempestività dell'iscrizione rientra nell'esclusiva valutazione discrezionale del pubblico ministero⁶⁸ ed è comunque sottratto, in ordine all'*an* e al *quando*, al sindacato del giudice, ferma restando la configurabilità di ipotesi di responsabilità disciplinari o addirittura penali nei confronti del pm negligente⁶⁹. Ripetuta l'affermazione per cui al giudice non spetta il potere di sindacare le scelte del pubblico ministero in ordine al momento dell'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro, al fine di rideterminare il *dies a quo* dei termini di indagine e di dichiarare quindi l'inutilizzabilità degli atti compiuti oltre il termine così ricomputato⁷⁰; così come stabile il riconoscimento per cui la tardiva iscrizione del nome dell'indagato nel registro previsto

post non penalmente rilevante; referti medici da cui non emergano ipotesi di reato suscettibili di approfondimento; informative di accadimenti non suscettibili di univoco inquadramento, come i casi di scomparsa o suicidio; esposti in materia civile e amministrativa; esposti privi di senso ovvero di contenuto abnorme o assurdo; atti espressivi di generiche doglianze riferite ad altrui comportamenti, non riconducibili a ipotesi di rilievo penale; atti riguardanti eventi accidentali; sentenze dichiarative di fallimento). Secondo la giurisprudenza (Cass., sez. unite, n. 34/2001, Rv. 217473-01), mentre il procedimento attivato a seguito di iscrizione degli atti nel registro previsto dall'art. 335 cpp (cd. "mod. 21") ha come esito necessitato l'inizio dell'azione penale o la richiesta di archiviazione, l'iscrizione di atti nel registro non contenente notizie di reato (cd. "mod. 45") può sfociare o in un provvedimento di diretta trasmissione degli atti in archivio da parte del pubblico ministero in relazione a quei fatti che, fin dall'inizio, appaiono come penalmente irrilevanti, o può condurre al medesimo esito della procedura prevista per le ordinarie *notitiae criminis*, qualora siano state compiute indagini preliminari o il fatto originario sia stato riconsiderato o comunque sia sopravvenuta una notizia di reato. In questo secondo caso, l'eventuale richiesta di archiviazione non è condizionata dal previo adempimento, da parte del pubblico ministero, dell'obbligo di reiscrizione degli atti nel registro "mod. 21", in quanto la valutazione, esplicita o implicita, circa la natura degli atti spetta al titolare dell'azione penale indipendentemente dal dato formale dell'iscrizione in questo o quel registro, e al gip non è riconosciuto alcun sindacato né su quella valutazione né sulle modalità di iscrizione degli atti in un registro piuttosto che in un altro.

65. Condivisibile l'osservazione di D. Vicoli, *I tempi delle indagini*, in Aa. Vv., *L'obbligatorietà, op. cit.*, p. 137, per il quale, in un sistema nel quale gli elementi di prova raccolti nella fase preliminare non sono utilizzabili in dibattimento, sono incongrui i limiti cronologici all'attività investigativa; salvo che gli elementi siano spendibili ai fini della diagnosi di colpevolezza, ovvero, adesso (dopo la riforma) per la prognosi per l'utile esercizio dell'azione penale. La giurisprudenza assume utilizzabili gli atti che non siano il risultato di indagini finalizzate alla verifica e all'approfondimento degli elementi emersi nel procedimento penale i cui termini delle indagini preliminari siano scaduti (Cass., sez. I, 30 giugno 2015, n. 36327, *Sgarannella*, Rv. 264527). Il principio è stato affermato rispetto all'acquisizione di atti già esistenti nel fascicolo della procedura fallimentare e non formati a seguito di indagini dirette a integrare gli elementi già raccolti nel procedimento penale così come per gli accertamenti effettuati nella diversa sede amministrativa in tempi successivi alla scadenza del termine delle indagini preliminari, trattandosi di atti che hanno autonoma natura documentale e sono acquisibili ai sensi dell'art. 234 cpp quali prove dei fatti oggettivi in essi rappresentati (Cass., sez. VI, n. 10996/2010, *Vanacore*, Rv. 246686).

66. Cass., sez. unite, n. 16/2000; in precedenza, negli stessi termini, *cf.*, *ex plurimis*, Cass., sez. V, 27 marzo 1999, *Longarini*, Rv. 214866; sez. I, 11 marzo 1999, *Testa*, Rv. 213827; sez. V, 26 maggio 1998, *Nobile*, Rv. 211968; sez. I, 27 marzo 1998, *Dell'Anna*, Rv. 210545.

67. Cass., sez. I, n. 34637/2013, Rv. 257120.

68. Cass., sez. V, n. 22340/2008, Rv. 240491; Cass., sez. VI, n. 40791/2007, Rv. 238039; Cass., sez. IV, n. 39511/2004, Rv. 229578; Cass., sez. VI, n. 20510/2003, Rv. 227210.

69. Cass., sez. VI, n. 4844/2019, Rv. 275046; Cass., sez. unite, n. 40538/2009, Rv. 244376.

70. Cass., sez. II, n. 23299/2008, Rv. 241103.

dall'art. 335 cpp non incide sull'utilizzabilità delle indagini svolte prima della iscrizione⁷¹.

La legge delega, all'art. 1, comma 9, incide su tale assetto fissando i seguenti principi e criteri direttivi: «p) 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; q) prevedere che il giudice, su richiesta motivata dell'interessato, accerti la tempestività dell'iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 del codice di procedura penale della notizia di reato e del nome della persona alla quale lo stesso è attribuito e la retrodati nel caso di ingiustificato e inequivocabile ritardo; prevedere un termine a pena di inammissibilità per la proposizione della richiesta, a decorrere dalla data in cui l'interessato ha facoltà di prendere visione degli atti che imporrebbero l'anticipazione dell'iscrizione della notizia a suo carico; prevedere che, a pena di inammissibilità dell'istanza, l'interessato che chiede la retrodatazione dell'iscrizione della notizia di reato abbia l'onere di indicare le ragioni che sorreggono la richiesta; r) prevedere che il giudice per le indagini preliminari, anche d'ufficio, quando ritiene che il reato è da attribuire a persona individuata, ne ordini l'iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 del codice di procedura penale, se il pubblico ministero ancora non vi ha provveduto; s) prevedere che la mera iscrizione del nome della persona nel registro di cui all'articolo 335 del codice di procedura penale non determini effetti pregiudizievole sul piano civile e amministrativo».

La Commissione Lattanzi aveva sottolineato l'importanza di definire parametri, attraverso la legislazione delegata, per delineare i profili che impongono l'iscrizione della notizia di reato nel registro, facendo decorrere il termine di durata massima delle indagini, con introduzione di forme di controllo, intrinseco ed estrinseco, sulla gestione dei tempi delle indagini, al fine di permettere alla difesa una efficace interazione. Secondo la Commissione, occorre prendere atto della particolare delicatezza di un passaggio troppo spesso considerato un mero atto dovuto e sul rischio che si proceda a un'iscrizione esclusivamente formale di fatti, ma soprattutto di soggetti la cui posizione sia quasi certamente estranea a profili di responsabilità pena-

le. Per un verso, infatti, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo fa discendere le garanzie dell'art. 6 Cedu dalla "soggettivizzazione" dell'indagine, quando questa si polarizzi, da un quadro ad ampio raggio, su specifici soggetti; per altro verso, gli effetti negativi indiretti, correlati all'iscrizione, possono costituire grave nocumento per soggetti comunque destinati a fuoriuscire presto dal quadro investigativo. Secondo la Commissione, però, l'aggancio dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato a una solida base fattuale e soggettiva non deve prestarsi a operazioni di ingiustificato ritardo nell'attivazione delle garanzie riconosciute alla persona sottoposta alle indagini. Sempre nel senso di un controllo oggettivo sulla gestione della notizia di reato, la Commissione ha proposto l'inserimento di un meccanismo di controllo giurisdizionale, attivabile anche dalla difesa, sull'effettiva datazione dell'iscrizione della notizia di reato, cui può conseguire la retrodatazione dell'inizio del periodo investigativo, con correlata inutilizzabilità degli atti compiuti dopo la scadenza del termine e il potere del gip di imporre al pm l'iscrizione del nome della persona cui le indagini sono riferite, laddove l'inquirente non vi abbia provveduto.

Lo sforzo della legge delega ha il merito di aspirare a dotare la materia di un maggiore dettaglio normativo, e dunque appare apprezzabile e coerente con l'esigenza di certezza e la garanzia della corretta evoluzione investigativa e probatoria. È una delle forme in cui si esprime la tendenza ad aprire *finestre di controllo giurisdizionale* su alcuni momenti tipici delle indagini preliminari, che va preferita a interventi gerarchici o disciplinari, che finirebbero per esaltare la logica di separatezza del pubblico ministero e si rivelerebbero potenzialmente compressi dall'indipendenza interna del singoli magistrati dell'ufficio⁷².

Al netto delle declinazioni di dettaglio affidate al legislatore delegato, ne deriverà un impegno di tempestività da parte del pubblico ministero nel censire le condizioni che attivano il proprio dovere di disporre e aggiornare le iscrizioni. Non può escludersi che si ovvi ai problemi di puntualità, prevenendo successive eccezioni difensive, disponendo le cd. iscrizioni retrodatate decorrenti dalla data di ricezione (e non da quella eventualmente successiva di valutazione) della notizia di reato⁷³; è auspicabile che s'individuino termini calibrati sulle peculiarità dell'organizzazione

71. Cass., sez. VI, n. 2818/2007, Rv. 235726.

72. In tal senso, cfr. G. Canzio e F. Fieconi, *Giustizia*, op. cit., pp. 29 e 149-154.

73. Alla stregua dell'attuale disciplina, la giurisprudenza (Cass., sez. II, n. 654/1996, Rv. 204261) ritiene abnorme il provvedimento con il quale il gip, richiesto della proroga del termine per il compimento delle indagini nei confronti di alcuni indagati, restituisca gli atti al pubblico ministero astenendosi dal provvedere sull'istanza e ordinando la retrodatazione dell'iscrizione nel registro previsto dall'art. 335 cpp di altro soggetto, a proposito del quale il titolare dell'azione penale non abbia sollecitato alcuna decisione. Un tale provvedimento,

delle procure, nei quali l'impegno di analisi delle nuove notizie di reato è solo parte del complessivo carico di lavoro. In tal senso, un rinvio a una disciplina di miglior dettaglio affidata ai progetti organizzativi non pare soluzione impropria.

Dalla riforma scaturisce non solo un indubbio potenziamento del ruolo di controllo affidato al gip. Infatti, mutate le regole ex art. 125 disp. att. cpp e 425, comma 3, cpp (vds. *infra*), il vizio di utilizzabilità ex art. 407, comma 3, cp, seppur proiettato nella prospettiva della decisione dibattimentale, è accresciuto nella propria rilevanza, anticipata già al momento dell'esercizio dell'azione penale e del vaglio da realizzare in sede di udienza preliminare.

4. La nuova regola di giudizio per l'archiviazione

L'art. 1, comma 9 della legge delega Cartabia detta principi e criteri direttivi volti a riformare alcuni profili della disciplina in materia di indagini preliminari e udienza preliminare. Nell'esercizio della delega di cui all'art. 1, comma 1, i decreti legislativi dovranno essere adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: «*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*».

Tale formulazione è il frutto di una modifica approvata in sede referente, ispirata alla medesima *ratio* sottesa al testo originario del ddl che faceva riferimento, per la richiesta di archiviazione, all'ipotesi in cui gli elementi acquisiti nelle indagini risultino insufficienti e contraddittori o comunque non consen-

tano «una ragionevole previsione di accoglimento della prospettazione accusatoria del giudizio».

L'attuale parametro dell'infondatezza della notizia di reato all'origine della presentazione della richiesta di archiviazione, fissato dall'art. 125 disp. att. cpp, è costituito dall'inidoneità degli elementi acquisiti nelle indagini preliminari a sostenere l'accusa in giudizio e viene sostituito dall'inidoneità dei medesimi elementi a consentire una "ragionevole previsione di condanna". Analogamente, con la lettera *m*, il Governo è delegato a modificare la disciplina della sentenza di non luogo a procedere al termine dell'udienza preliminare, modificando la regola, enunciata dal comma 3 dell'art. 425 cpp, in base alla quale il gup pronuncia la sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio.

Con riferimento al vigente parametro, la Corte costituzionale ha specificato che il «quadro acquisitivo» va valutato «non nell'ottica del risultato dell'azione, ma in quella della superfluità o no dell'accertamento giudiziale, che è l'autentica prospettiva di un pubblico ministero, il quale, nel sistema, è la parte pubblica incaricata di instaurare il processo»⁷⁴. Tanto che «il vero significato della regola così dettata è, quindi, quello della non equivoca, indubbia superfluità del processo». La successiva elaborazione giurisprudenziale ha chiarito che si tratta di una *prognosi* che concerne l'"utilità" del dibattimento⁷⁵, al quale dovrebbe transitarsi quando quest'ultimo, grazie alle superiori risorse cognitive attivabili con l'impiego del contraddittorio nella formazione della prova, possa apportare elementi rilevanti ai fini della decisione di merito⁷⁶. Nel 1991, la Corte costituzionale ha confermato la legittimità costituzionale dell'art. 125 disp. att. cpp, assumendo che il principio di obbligatorietà dell'azione penale esige che nulla venga sottratto al controllo di legalità effettuato dal giudice e che in esso è insito il *favor actionis*. Con rigetto del contrapposto principio di opportunità – che consente all'organo dell'accusa di non agire anche in base a valutazioni estranee

infatti, è ritenuto in contrasto con il principio generale espresso dall'art. 328 cpp, in forza del quale il gip è tenuto a provvedere sulle richieste delle parti, non essendogli consentito né di omettere di decidere sulla domanda ritualmente rivoltagli né, al di fuori dei casi specificamente previsti dalla legge, di provvedere d'ufficio su materia non devolutagli dalle parti. Nessuna norma, inoltre, al di fuori della particolare ipotesi di cui all'art. 415, comma 2, cpp (relativa all'ordine di iscrivere a carico di una persona identificata un reato già attribuito a ignoti dal pubblico ministero), abilita il giudice per le indagini preliminari a ordinare iscrizioni o annotazioni di sorta, nemmeno sotto la forma della retrodatazione, nel registro delle notizie di reato, la cui tenuta formale dipende esclusivamente dalle determinazioni del procuratore della Repubblica presso il cui ufficio il registro medesimo è custodito.

74. Corte cost., 28 gennaio 1991, n. 88.

75. Cfr. Cass.: sez. V, 28 gennaio 2019, n. 37322; sez. IV, 29 maggio 2018, n. 24073.

76. Così Cass.: sez. V, 28 gennaio 2019, n. 37322; sez. I, 5 dicembre 2018, n. 11570; sez. IV, 23 novembre 2017, n. 851; sez. IV, 3 ottobre 2017, n. 886; sez. IV, 19 maggio 2016, n. 26215; sez. IV, 21 aprile 2016, n. 21592; sez. IV, 20 aprile 2016, n. 19208; sez. IV, 8 marzo 2012, n. 1392; sez. IV, 27 ottobre 2010, n. 44845.

all'oggettiva infondatezza della *notitia criminis* – e regola comportamentale per cui *nei casi dubbi l'azione deve essere esercitata e non omessa*.

Azione penale obbligatoria non significa, però, consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo, né dovere del pm di iniziare il processo per qualsiasi *notitia criminis*. Limite implicito alla obbligatorietà, razionalmente intesa, resta che il processo non si instauri quando oggettivamente superfluo: regola ancor più vera nel nuovo sistema, che pone le indagini preliminari fuori dell'ambito del processo, stabilendo che, al loro esito, l'obbligo di esercitare l'azione penale sorge solo se sia stata verificata la mancanza dei presupposti che rendono doverosa l'archiviazione, che è, appunto, non-esercizio dell'azione (art. 50 cpp). Ha chiosato la Corte: «*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. Il che comporta di verificare l'adeguatezza tra i meccanismi di controllo delle valutazioni di oggettiva non superfluità del processo e lo scopo ultimo del controllo, che è quello di far sì che i processi concretamente non instaurati siano solo quelli risultanti effettivamente superflui. Tale verifica opera su due versanti: da un lato, quello dell'adeguatezza al suddetto fine della regola di giudizio dettata per individuare il discrimine tra archiviazione ed azione*⁷⁷; dall'altro, quello del controllo del giudice⁷⁸ sull'attività omissiva del pubblico ministero, sì da fornirgli la possibilità di contrastare le inerzie e le lacune investigative di quest'ultimo ed evitare che le sue scelte si traducano in esercizio discriminatorio dell'azione (o inazione) penale».

Rispetto all'originaria formulazione dell'art. 125 disp. att. cpp (cfr. l'art. 115 del progetto preliminare collocato) la Corte costituzionale ha ricordato le vivaci critiche del Csm, all'origine dell'ultima versione. L'art. 115 disponeva che «*il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene che gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sarebbero sufficienti al fine della condanna degli imputati*». La formula comportava che «*all'oggetto proprio della valutazione del pubblico ministero circa i risultati delle indagini ai fini dell'esercizio, o no, dell'azione si sostituisse l'oggetto proprio della valutazione del giudice, che investe, appunto, la sufficienza delle prove per la condanna: e ciò in netta contraddizione con il fatto che, nel sistema del codice, quest'ultimo giudizio è frutto di un materiale probatorio da acquisire nel dibattimento. Si sarebbe trattato, inoltre, di una valutazione non coerente alla provvisorietà della fase in cui avrebbe dovuto compiersi, senza tener conto della possibilità di acquisire nuovi elementi dopo la richiesta di rinvio a giudizio (art. 419, terzo comma) o dopo la pronuncia del decreto che dispone il giudizio (art. 430), ovvero nel corso dell'udienza preliminare (art. 422), oltretutto dell'attività probatoria esperibile nel contesto della dialettica dibattimentale*»⁷⁹. Ben diversa la prospettiva dell'attuale art. 125 cit., che impone al pubblico ministero di valutare gli elementi acquisiti non più nella chiave dell'esito finale del processo, bensì nella loro attitudine a giustificare il rinvio a giudizio. Il quadro acquisitivo viene, cioè, valutato non nell'ottica del risultato dell'azione, ma in quella della superfluità o no dell'accertamento giudiziale,

77. Corte cost., n. 88/1991: «*L'efficacia del sistema dei controlli rischierebbe, però, di risultare vana se la regola di giudizio dettata per individuare l'oggettiva superfluità del processo non fosse idonea a segnare il discrimine, spesso labile, tra l'oggettiva superfluità e la mera inopportunità comunque camuffata*».

78. Quale garanzia dell'effettività al controllo del gip sulla richiesta di archiviazione, la Corte costituzionale enuclea la regola (artt. 326 e 358 cpp) secondo cui il pubblico ministero ha il dovere di compiere «ogni attività necessaria» ai fini delle «determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale» (cioè, delle richieste o di archiviazione o di rinvio a giudizio), ivi compresi gli «accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini». È il principio di «completezza» (almeno tendenziale) delle indagini preliminari, necessaria, anzitutto, per consentire al pubblico ministero di esercitare le varie opzioni possibili (tra cui la richiesta di giudizio immediato) e per indurre l'imputato ad accettare i riti alternativi (con presupposta solidità del quadro probatorio); inoltre, per arginare eventuali prassi di esercizio «apparente» dell'azione penale, che, avviando la verifica giurisdizionale sulla base di indagini troppo superficiali, lacunose o monche, si risolverebbero in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale. Tra gli strumenti di controllo del rispetto dell'obbligatorietà dell'azione penale, a garanzia della completezza delle indagini sono annoverabili: la previsione per cui, ove il gip non ritenga accoglibile la richiesta di archiviazione, può, all'esito di un'udienza camerale all'uopo fissata, indicare al pubblico ministero le ulteriori indagini che ritiene necessarie, fissando il termine indispensabile per il loro compimento (art. 409, comma 4, cpp); la facoltà attribuita alla persona offesa dal reato di opporsi alla richiesta di archiviazione, indicando nel contempo l'oggetto dell'investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova (art. 410 cpp); il potere di avocazione del procuratore generale d'ufficio o su richiesta della persona offesa quando il procuratore della Repubblica «non esercita l'azione penale» (artt. 412 e 413 cpp); la comunicazione della fissazione con cui si faccia luogo all'udienza camerale per consentire al procuratore generale di svolgere direttamente le «ulteriori indagini» o le «investigazioni suppletive» (artt. 409, comma 3, 412, comma 2 e 413, comma 2, cpp); la potestà del gip, ove dissenta dalla valutazione di infondatezza della notizia di reato espressa dal pubblico ministero con la richiesta di archiviazione, di ordinare a quest'ultimo di formulare l'imputazione (art. 409, comma 5, cpp).

79. La Corte costituzionale – n. 88/1991 – escluse che la conformità alla legge delega dell'iniziale art. 115 potesse argomentarsi richiamando la regola della direttiva n. 11 («si ha mancanza di prova anche quando essa è insufficiente o contraddittoria»), introdotta per ragioni garantistiche, contro i pregiudizi derivanti dalle assoluzioni per insufficienza di prove e di coerenza delle formule assolutorie con la presunzione d'innocenza: ragioni le quali non avevano nulla a che vedere con la problematica dell'archiviazione.

che è l'autentica prospettiva di un pubblico ministero, il quale, nel sistema, è la parte pubblica incaricata di instaurare il processo. Non solo la sostituzione del termine "idonei" a quello di "sufficienti" designa un *quantum* minore di elementi, ma la loro valutazione diventa funzionale non alla condanna, bensì alla sostenibilità dell'accusa. È stata recuperata, in tal modo, la *provvisorietà* del quadro acquisitivo e la prospettiva *dinamica* propria della fase, dato che l'esclusione della sufficienza dei dati acquisiti consente di far rientrare nella valutazione le *attività integrative* esperibili dopo la richiesta di rinvio a giudizio. L'infondatezza della notizia di reato esprime una valutazione in prospettiva processuale che identifica la *chiara e inequivoca impossibilità di coltivare in maniera attendibile la prospettazione accusatoria in sede dibattimentale*⁸⁰.

Nondimeno, la Corte costituzionale già nel 1991 era consapevole che la tendenza ad allargare l'area di operatività dell'archiviazione, manifestatasi prima con la redazione dell'art. 115 cit. nel progetto preliminare, poi con interpretazioni dell'art. 125 volte a stabilire una sostanziale omogeneità con quello, celava preoccupazioni di deflazione dibattimentale; nondimeno rilevava che il legislatore delegante *non aveva attribuito all'archiviazione una funzione deflattiva* od obiettivi di economia processuale, perseguiti con altri strumenti, quali i riti alternativi e il largo impiego del procedimento pretorile.

La riforma Cartabia, ora, spinge a superare il criterio dell'astratta utilità dell'accertamento dibattimentale e a legittimare l'instaurazione del processo

nei soli casi in cui gli elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari consentano una ragionevole previsione di condanna⁸¹. Il cambiamento che si profila nell'impegno investigativo e valutativo del pubblico ministero appare consistente.

Nel contesto di una rimodulazione della disciplina dei termini per le indagini preliminari⁸², infatti, all'esito di esse il pubblico ministero sarà tenuto a porsi in condizione di svolgere una prognosi che oltrepassa, di molto, la ricognizione di imputazioni azzardate, la valutazione dinamica dell'utilità di una progressione processuale ovvero la previsione ragionevole sulle tematiche bisognose di approfondimento probatorio per calibrate richieste. Al pubblico ministero, infatti, è affidata una valutazione prognostica ragionevole sul risultato dell'azione e, prima, una ricerca esaustiva dei dati probatori rilevanti ai fini dell'emissione di una sentenza di accoglimento della prospettiva accusatoria nel giudizio⁸³. La portata deflattiva rispetto al dibattimento ora è dichiarata, come l'avversione verso l'inutilità dei processi che non giungano a condanna. Il nuovo assetto si inserisce nel contesto di un ammodernamento dell'obbligatorietà dell'azione penale, abbandona il *favor actionis* e, con esso, la regola comportamentale per cui nei casi dubbi l'azione deve essere esercitata e non omessa; resta il controllo di legalità del giudice a garantire che la valutazione svolta dal pm non camuffi margini di inazione per mera inopportunità. Diviene assai critica, poi, la compatibilità tra il principio di completezza (che da tendenziale diventa quasi ultimativa) e quello di continuità investigativa: *«convivenza fisiologicamente ipotizzabile solo se al*

80. Così come formulata, la norma costituiva la traduzione in chiave accusatoria del principio di non superfluità del processo, in quanto il dire che gli elementi acquisiti non sono idonei a sostenere l'accusa equivale al dire che, sulla base di essi, l'accusa è insostenibile e che, quindi, la notizia di reato è, sul piano processuale, infondata. L'impiego, nel testo definitivo, del presente («sono») in luogo del condizionale («sarebbero») proposto dalla Commissione parlamentare consultiva valeva a sottolineare ancor più che l'impossibilità di sostenere la prospettazione accusatoria, *di coltivarla*, cioè, *in maniera attendibile, doveva essere chiara e non equivoca*, coerentemente all'univocità dell'infondatezza («manifesta») che connota la formula usata dal legislatore delegante.

81. La Commissione Lattanzi ha sottolineato come, *«alla luce dell'evoluzione della fase preliminare, vada superato il criterio dell'astratta utilità dell'accertamento dibattimentale; a seguito di indagini che – in linea con quanto richiesto dalla Corte costituzionale – devono risultare tendenzialmente complete (e possono avere una durata significativa), il pubblico ministero sarà chiamato a esercitare l'azione penale solo quando gli elementi raccolti risultino – sulla base di una sorta di “diagnosi prognostica” – tali da poter condurre alla condanna dell'imputato secondo la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, tanto in un eventuale giudizio abbreviato, quanto nel dibattimento. Al contrario, laddove il quadro cognitivo si connoti per la mancanza di elementi capaci di sorreggere una pronuncia di condanna, il pubblico ministero dovrà optare per l'inazione. In tal modo viene valorizzata l'istanza di efficienza processuale propria dell'istituto dell'archiviazione, senza intaccare il canone di obbligatorietà dell'azione penale, che viene tutelato, per un verso, dal controllo del giudice sulla completezza delle indagini e, per l'altro, dalla possibilità di una loro riapertura».*

82. L'art. 1, comma 9, fissa tra i criteri e principi quello di: *«c) modificare i termini di durata delle indagini preliminari, di cui all'articolo 405 del codice di procedura penale, in relazione alla natura dei reati, nelle seguenti misure: 1) sei mesi dalla data in cui il nome della persona alla quale il reato è attribuito è iscritto nel registro delle notizie di reato, per le contravvenzioni; 2) un anno e sei mesi dalla data indicata al numero 1), quando si procede per taluno dei delitti indicati nell'articolo 407, comma 2, del codice di procedura penale; 3) un anno dalla data indicata al numero 1), in tutti gli altri casi; d) prevedere che il pubblico ministero possa chiedere al giudice la proroga dei termini di cui all'articolo 405 del codice di procedura penale una sola volta, prima della scadenza di tali termini, per un tempo non superiore a sei mesi, quando la proroga sia giustificata dalla complessità delle indagini; e) prevedere che, decorsi i termini di durata delle indagini, il pubblico ministero sia tenuto a esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro un termine fissato in misura diversa, in base alla gravità del reato e alla complessità delle indagini preliminari».*

83. Già attualmente, la completezza delle indagini preliminari esige che il pubblico ministero non possa esimersi dal predisporre un esaustivo quadro probatorio in vista dell'esercizio dell'azione penale; sul punto, Corte cost., n. 88/1991; *Id.*, n. 115/2001.

pubblico ministero ci si limiti a chiedere la verifica della non superfluità del giudizio, dal momento che tale attività, ovviamente, non presume la svolgimento di una ricerca esaustiva dei dati probatori rilevanti ai fini dell'emissione di una sentenza»⁸⁴.

5. Altri criteri interni dell'obbligatorietà dell'azione penale: le condizioni di procedibilità, l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto e la sospensione del procedimento per messa alla prova

Il blocco dell'azione penale strettamente funzionale all'inflizione di una punizione, con preferenza verso la nozione dell'obbligatorietà quale regola aperta e non esasperata capace di tener vivi i valori costituzionali ad essa sottesi⁸⁵, è ricollegabile a diverse situazioni rispetto alle quali la riforma Cartabia progetta interventi di potenziamento. Tra essi possono ricordarsi: (i) le condizioni di procedibilità e in particolare la querela (della quale l'art. 1, comma 15, lett. a, prevede l'estensione a reati contro la persona e contro il patrimonio puniti con pena edittale detentiva non superiore nel minimo a due anni)⁸⁶; (ii) la causa di non punibilità della speciale tenuità del fatto *ex art. 131-bis cp* (per la quale l'art. 1, comma 21, lett. a, modifica il limite di applicabilità stabilendolo nella pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, sola o congiunta a pena pecuniaria, in luogo dell'attuale pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni); (iii) le cause di estinzione del reato per condotte successive a seguito di sospensione del procedimento con messa alla prova (della quale l'art. 1, comma 22, lett. a, estende l'applicabilità a specifici reati puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni) o per adempimento di apposite prescrizioni impartite dall'organo accertatore con pagamento di una somma di denaro pari a una frazione dell'ammenda comminata per la contravvenzione (art. 1, comma 23, lett. a).

In proposito, è stato osservato che «*tutti questi istituti hanno il grande vantaggio di assicurare il*

massimo risultato di deflazione processuale al prezzo di un sostanziale potenziamento del ruolo del pubblico ministero, al quale in sostanza vengono conferite ulteriori occasioni di disporre del processo sulla base di sue valutazioni non prive certo di una componente di discrezionalità»⁸⁷. Può condividersi, inoltre, anche l'ulteriore rilievo per cui questi istituti non mettono in discussione il principio di obbligatorietà dell'azione penale: «*E ciò non solo perché la vera ratio dell'art. 112 Cost. sta nell'esclusione di criteri di opportunità estranei alle esigenze sostanziali e processuali della giustizia penale, mentre i parametri di giudizio sono qui tutti interni a dinamiche funzionali proprie della penalità. Ma anche perché il legislatore si è dato carico di determinare in qualche modo questi criteri; e soprattutto perché, a ben vedere, la maggior parte di questi istituti presuppongono che vi sia stato un comportamento successivo del reo che può essere legittimamente assunto come indice di un sopravvenuto venir meno in concreto del "bisogno di pena"*». In effetti, l'improcedibilità per assenza di querela lascia supporre un'intervenuta soluzione "privatistica" del conflitto, così come l'esito positivo della sospensione del procedimento e le condotte successive di ottemperanza alle prescrizioni, che consentono di definire la vicenda senza ricorrere alla pena, in quanto risultino già conseguiti i suoi scopi. Anche per la speciale tenuità del fatto, ad onta di una certa qual contraddizione interna, la riforma prevede il «*rilievo alla condotta susseguente al reato ai fini della valutazione del carattere di particolare tenuità dell'offesa*» (lett. b del comma 21).

La particolare tenuità del fatto (comprensiva delle fattispecie previste dagli artt. 27 DPR n. 448/1998, 34 d.lgs n. 274/2000 e 131-bis cp) rivolge una sfida agli interpreti e agli operatori, chiamati a gestire con duttilità e superare disagi culturali verso un istituto che consacra le condizioni di una pronuncia liberatoria la quale, pur sempre, muove dal presupposto dell'antigiuridicità del fatto e dalla colpevolezza; una chiara ipotesi di depenalizzazione in concreto fondata sull'assenza di "meritevolezza di pena" in ragione dell'esiguità dell'offesa⁸⁸. A ben considerare, però, più

84. Per un'analisi completa, *cfr.* E. Marzaduri, *op. cit.*, p. 120.

85. M. Chiavario, *Ancora sull'azione penale obbligatoria: il principio e la realtà*, in *Id.*, *L'azione penale tra diritto e politica*, Cedam, Padova, 1995, pp. 319 ss.

86. Per questa prospettiva deflattiva, *cfr.* F. Giunta, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Giuffrè, Milano, 1993.

87. F. Palazzo, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *Sistema penale*, 8 settembre 2021 (https://sistemapenale.it/pdf-contenuti/1631027253_palazzo-2021b-profilo-sostanziali-riforma-penale.pdf).

88. Su questa prospettiva *cfr.* F. Giunta, *C'è solo una strada per velocizzare la nostra giustizia: depenalizzare*, *Il Dubbio* (intervista), 24 agosto 2021, che propone quale via maestra il potenziamento delle tecniche di depenalizzazione in concreto, osservando: «*depenalizzazione in astratto presuppone che il fatto incriminato non sia in nessun caso meritevole di pena. Non si tratta di ipotesi numerose. Ben più frequenti sono i fatti storici, corrispondenti alla previsione incriminatrice, che non richiedono di essere puniti in concreto. In questi casi la depenalizzazione "orizzontale" comporterebbe irragionevoli lacune di tutele. La giusta risposta politico-criminale sarebbe una depenalizzazione "verticale", ossia affidata al processo e ispirata a una concezione gradualistica dell'illecito penale*».

che su esigenze di deflazione la causa di non punibilità è sintonizzata sulla proporzionalità della pena (artt. 49 Cdfue, 3 e 27 Cost.), secondo la concezione gradualistica del reato che rimette a una concreta valutazione equitativa la selezione finale della meritevolezza della pena per fatti tipici⁸⁹.

Il potenziamento di queste cause di non punibilità e, soprattutto, di estinzione del reato nella fase delle indagini preliminari, con la valorizzazione delle condotte susseguenti, suscita qualche perplessità per l'assenza di una piena cognizione giurisdizionale in ordine a comportamenti che incidono comunque sulla (non) punibilità. Sennonché, «*a parte il fatto che l'ideale della piena giurisdizione è tendenzialmente incompatibile con l'esigenza di deflazione processuale in concreto, c'è da dire che la natura delle conseguenze giuridiche subite, per di più volontariamente, dall'imputato legittima l'allentamento della garanzia della piena giurisdizionalità*»⁹⁰.

6. Criteri esterni all'obbligatorietà dell'azione penale: i criteri di priorità

Il tema dei criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale è quello più scivoloso, potendosi porre in tensione – se non in contraddizione autentica⁹¹ – con il principio di obbligatorietà dell'azione penale per la parte in cui, dando accesso a valutazioni di opportunità che esorbitando dalla funzione regolativa, propria della razionalizzazione delle risorse rispetto ai servizi da gestire, apre a logiche più propriamente se-

lettive: è tale la scelta di distinguere le notizie di reato da trattare rispetto a quelle da postergare⁹² – specie in contesti di sovraccarico giudiziario – e accantonare sul binario morto della prescrizione⁹³. Anche se ciò può avvenire per esigenze di deflazione⁹⁴, è indubbio che questa è la strada elettiva per introdurre criteri di opportunità esterni al principio di obbligatorietà, che, se non lo pongono radicalmente in discussione⁹⁵, ne esigono una moderna rilettura.

Non volendo drammatizzare la novità della materia, in via generale, molteplici sono gli interventi del legislatore finalizzati a influenzare la tempestività della trattazione di vicende penali in fase di indagini. Si pensi ai mutamenti dei limiti edittali, dei regimi delle iniziative cautelari e precautelari, delle forme di esercizio dell'azione penale, delle norme sulla competenza, fino alle recenti novità sulla specializzazione in seno alla magistratura inquirente per alcune forme di criminalità (cfr. art. 51, commi 3-bis e 3-quinquies, cpp) o sul regime di trattazione dei procedimenti relativi a reati di violenza domestica e di genere (cfr. d.lgs n. 69/2019).

D'altro canto, in presenza di risorse limitate e di servizi ineludibili, il conveniente impiego e l'adeguata distribuzione delle prime non risponde ad opzione ma a ricognizione di principio di realtà. I criteri di priorità varrebbero, così, a rendere più credibile il principio di obbligatorietà, creando un sistema di precedenze trasparenti e prevedibili. La peculiarità dell'intervento sui criteri di priorità, piuttosto, attiene alla portata sistematica dell'intervento, che può aspirare a qualche risultato di efficacia solo in quanto sia esteso all'intera gamma dei reati. Come riconosciuto⁹⁶, «i

89. S. Quattrocolo, *Tenuità*, op. cit., pp. 192-198; M. Donini, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Indice pen.*, n. 1/2003, p. 93.

90. F. Palazzo, *I Profili*, op. cit.

91. Per R. Kostoris, *Obbligatorietà*, op. cit., p. 49, tali criteri non esprimono scelte di discrezionalità tecnica, ma opzioni di autentica politica criminale, sostanziando un giudizio sulla convenienza di perseguire in astratto prioritariamente un reato. Essi dunque confliggono in modo aperto con il principio di obbligatorietà, anche se occorre riconoscere loro il pregio della uniformità e della trasparenza (nello stesso senso P. Gualtieri, *Azione penale*, op. cit., p. 36). F. Palazzo, *Sul pubblico ministero*, op. cit., assume che «*è solo con i criteri esterni di opportunità che viene realmente messa in discussione l'obbligatorietà dell'azione penale: il che significa che ben possono essere percorse e potenziate le strade dei criteri interni, anche in considerazione del fatto che esse, mentre consentono di sfoltire il carico giudiziario senza pregiudicare la tenuta del sistema, sono inoltre pur sempre sottoposte al controllo del giudice*».

92. In termini più problematici, a proposito dei criteri di priorità nell'attuale assetto, G. Salvi, *Discrezionalità, responsabilità, legittimazione democratica del pubblico ministero*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2021, p. 34 (www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/934/2-2021_qg_salvi.pdf), osserva: «*Essi non sono, a mio parere, in contrasto con il principio di obbligatorietà (almeno quando si tratti di postergazione e non di dismissione), ma pongono certamente il problema della responsabilità. Sono scelte rilevantissime e solo in parte disciplinate dal legislatore. Esse comportano vere e proprie scelte di politica criminale. Quali reati perseguire e con quali mezzi. Non punire sistematicamente alcune tipologie di illeciti che più direttamente colpiscono fasce deboli della popolazione, come le truffe o le percosse e le minacce, ad esempio, corrisponde a scelte non irrilevanti e può contribuire ad abbassare la percezione della illegalità*».

93. P. Ferrua, *Criteri di priorità*, in Aa. Vv., *L'obbligatorietà*, op. cit., p. 23.

94. Ne dubita P. Ferrua, *ivi*, p. 29.

95. F. Palazzo, *Sul pubblico ministero*, op. cit., p. 62.

96. A.U. Palma, *L'obbligo*, op. cit., p. 20: «*Mentre le guidelines vigenti nei paesi anglosassoni traspongono in capo al prosecutor un'attitudine genetica di tipo selettivo esonerandolo dall'obbligo di attivarsi, i "criteri di priorità" anelano ad un obiettivo totalmente diverso, circoscritto alla programmazione del lavoro secondo una graduatoria temporale coerente con la gerarchia dei beni e degli interessi tutelati dalla Costituzione. L'azione penale resterà, quindi, obbligatoria così come nessuna indagine potrà essere accantonata; di pari passo, però,*

“criteri di priorità” – nel momento stesso in cui nascono per tamponare una situazione emergenziale, figlia dei ripetuti fallimenti nella gestio degli affari penali – difficilmente possono assurgere a “virtuosismi organizzativi”; essi, all’opposto, rappresentano una sorta di “terapia di massa”⁹⁷, un correttivo all’inefficacia del sistema, una “risposta trasparente ad uno stato di necessità”⁹⁸.

L’esame della materia impone di chiarire ulteriori aspetti: il momento in cui opera la selezione (discernendo i criteri che operano sin dalle indagini da quelli utili alla formazione dei ruoli di udienza), i contenuti di essa (individuazione dei reati più gravi per pene edittali o tipologie per cui accelerare le indagini⁹⁹ o, al contrario, postergazione di quelli bagatellari, prossimi alla prescrizione, etc.)¹⁰⁰ e il soggetto legittimato a compierla.

Quest’ultimo è probabilmente l’aspetto meno discusso, ma più problematico rispetto alle prospettive dello statuto del pubblico ministero. Comune è infatti l’opinione che la portata selettiva di tali criteri – quantomeno in concreto e, certo, nelle realtà territoriali nelle quali carichi di lavoro non paiono fronteggiabili con il conveniente impiego delle risorse attualmente disponibili – esiga una legittimazione democratica diretta del soggetto che li formula e, in particolare, che s’imponga la definizione di una base regolativa di fonte parlamentare¹⁰¹, utile a garantire

una uniformità che prevenga forme di federalismo giudiziario¹⁰². Su questa linea si pone la riforma Carabita, che all’art. 1, comma 9, lett. i, fissa quale principio per il legislatore delegato quello di «prevedere che gli uffici del pubblico ministero, per garantire l’efficace e uniforme esercizio dell’azione penale, nell’ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, individuino criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell’utilizzo efficiente delle risorse disponibili; allineare la procedura di approvazione dei progetti organizzativi delle procure della Repubblica a quella delle tabelle degli uffici giudicanti». In via astratta – ma in concreto le conseguenze potrebbero essere diverse –, i termini dell’impostazione sono chiari: la politica criminale, nelle linee fondamentali, spetta al Parlamento, che ne affida l’attuazione più dettagliata e trasparente ai procuratori della Repubblica.

Sinora, la giustificazione dell’enucleazione dei criteri di priorità con circolari¹⁰³ e nei progetti organizzativi delle procure¹⁰⁴ è stata argomentata dalla portata orientativa di norme processuali (art. 227 d.lgs n. 58/1998, art. 132-bis disp. att. cpp) o disciplinanti prerogative dei procuratori della Repubblica

l’elaborazione di linee direttrici relative alla gestione dei vari procedimenti comporterà standardizzate “deviazioni, per quanto attiene ai tempi dell’agire del pubblico ministero, dal parametro della sopravvenienza delle notizie di reato”, deviazioni che – nel concreto – si sostanzieranno non nella rinuncia ma nella semplice postergazione dell’esercizio dell’azione penale per tutti quei reati ritenuti minusvalenti».

97. G. D’Elia, *I principi costituzionali di stretta legalità, obbligatorietà dell’azione penale ed eguaglianza a proposito dei “criteri di priorità” nell’esercizio dell’azione penale*, in *Giur. cost.*, n. 3/1998, p. 1879.

98. N. Rossi, *Per una concezione “realistica” dell’obbligatorietà dell’azione penale*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 2/1997, p. 315.

99. Filosofia alla base della cd. “circolare Zagrebelski”.

100. Impostazione della cd. “circolare Maddalena”.

101. In questo senso N. Rossi, *Per una cultura*, *op. cit.*, pp. 27-28; R. Kostoris, *Obbligatorietà*, *op. cit.*, p. 50.

102. G. Canzio e F. Fieconi, *Giustizia*, *op. cit.*, p. 150, ritengono imprescindibile la definizione dei criteri di priorità con fonte normativa primaria, evitando una frammentazione territoriale secondo le geometrie variabili delle singole procure.

103. Per esempi di tale auto-regolamentazione dei procuratori della Repubblica, senza pretese di completezza: *cfr.* circolare dell’8 marzo 1989 a firma del procuratore generale e del presidente della Corte d’appello di Torino, in *Cass. pen.*, 1989, pp. 1616 ss.; circolare della Procura della Repubblica, Pretura circondariale di Torino, 16 novembre 1990 (vds. *Una “filosofia” dell’organizzazione del lavoro per la trattazione degli affari penali*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 362); circolare della Procura della Repubblica di Torino, 10 gennaio 2007, n. 50/07 (cd. “circolare Maddalena”), in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 3/2007, con nota di G. Santalucia, *Obbligatorietà dell’azione penale e criteri di priorità*, pp. 617 ss., commentata da M. Deganello, *Notizie di reato ed ingestibilità dei flussi: le scelte organizzative della Procura torinese*, in *Cass. pen.*, n. 4/2011, p. 1592.

Cfr., ancora, il provvedimento organizzativo adottato il 5 marzo 2014 dalla Procura della Repubblica di Roma, rubricato «Criteri di priorità per la richiesta di fissazione di udienza per i procedimenti di competenza del Tribunale in composizione monocratica». Per una disamina dei “criteri di priorità” adottati dalla Procura della Repubblica di Bari, *cfr.* C.P. Blengino, *Esercizio dell’azione penale e processi organizzativi: la selezione del crimine come output della procura*, in C. Sarzotti (a cura di), *Processi di selezione del crimine*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 157 ss.; circolare del 3 ottobre 2018 a firma del procuratore della Repubblica e del presidente del Tribunale di Perugia (<file:///C:/Users/avst/Downloads/linee-guida.pdf>); circolare del 25 novembre 2019 a firma del procuratore della Repubblica e del presidente del Tribunale di Latina (www.tribunale.latina.it/allegatinews/A_26478.pdf); P. Gualtieri, *Azione penale*, *op. cit.*, p. 37, critica la soluzione avallata dal Csm cui riferisce la pretesa di derogare al precetto dell’art. 112 Cost. per esigenze organizzative.

104. R. Kostoris, *Obbligatorietà*, *op. cit.*, p. 49.

(art. 1, comma 2, sul «*corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale*»; art. 4, comma 2, d.lgs n. 106/2006, sulla definizione dei «*criteri generali da seguire per l'impostazione delle indagini in relazione a settori omogenei di procedimenti*»), come ulteriormente declinate nell'art. 3 della circolare del Csm sull'organizzazione degli uffici di procura¹⁰⁵, con rinvio ai principi enunciati nelle delibere consiliari del 9 luglio 2014¹⁰⁶ e dell'11 maggio 2016 in tema, rispettivamente, di «*criteri di priorità nella trattazione degli affari penali*» e di «*linee guida in materia di criteri di priorità e gestione dei flussi di affari – rapporti fra uffici requirenti e uffici giudicanti*»¹⁰⁷.

Molte le voci critiche levatesi rispetto all'assetto attuale¹⁰⁸, anche per segnalare il difetto di fondamento giuridico. Si è osservato, così, che le norme processuali evocate avrebbero natura transitoria e sarebbero destinate a disciplinare i ruoli di udienza e la trattazione dei processi, evidentemente situazioni non omogenee alle indagini¹⁰⁹; per lo più, si sono espressi dubbi, alla stregua di fisiologici rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario, sulla possibilità di attribuire ai singoli procuratori una simile facoltà di determinare la politica criminale, che non può che spettare al Parlamento¹¹⁰, in ossequio al principio di legalità e del processo regolato dalla legge (art. 111, comma 1, Cost.).

105. Circolare del Csm del 16 novembre 2017, modificata con delibera del 16 dicembre 2020, art. 3: «*Ragionevole durata del processo e azione penale obbligatoria*»: «1. Allo scopo di garantire la ragionevole durata del processo, il Procuratore della Repubblica assicura un'attenta e particolareggiata analisi dei flussi e delle pendenze dei procedimenti ed il loro costante monitoraggio, anche avvalendosi della Commissione Flussi istituita presso il Consiglio giudiziario della Corte d'Appello, nonché dei dati acquisiti dai Presidenti dei Tribunali sul ricorso ai riti speciali e sugli esiti delle diverse tipologie di giudizio. 2. Il Procuratore della Repubblica, nel rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale e dei parametri fissati dall'art. 132-bis disp. att. c.p.p. e delle altre disposizioni in materia, può elaborare criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti. Indica i criteri prescelti al fine dell'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, tenendo conto della specifica realtà criminale e territoriale, nonché delle risorse tecnologiche, umane e finanziarie disponibili. 3. Nell'elaborazione dei criteri di priorità, il Procuratore della Repubblica cura l'interlocuzione con il Presidente del tribunale ai fini della massima condivisione, ed opera sia tenendo conto delle indicazioni condivise nella conferenza distrettuale dei dirigenti degli uffici requirenti e giudicanti, sia osservando i principi enunciati nelle delibere consiliari del 9 luglio 2014 e dell'11 maggio 2016 in tema, rispettivamente, di «*criteri di priorità nella trattazione degli affari penali*» e di «*linee guida in materia di criteri di priorità e gestione dei flussi di affari - rapporti fra uffici requirenti e uffici giudicanti*». La circolare, specie a seguito della modifica del 2020, mira a garantire maggiore trasparenza e responsabilità nella direzione dell'Ufficio di procura, ad assicurare più ampia autonomia, anche interna, dei magistrati dell'Ufficio e ad affermare il ruolo di controllo e verifica da parte del circuito del governo autonomo sull'esercizio dei poteri di organizzazione del procuratore. Così N. Rossi, *Per una cultura*, op. cit., p. 23, che osserva: «*la discrezionalità organizzativa del procuratore della Repubblica, pur restando assai ampia, è dunque inquadrata nel sistema di regole generali dell'ordinamento giudiziario e del processo e in un quadro di relazioni con il Csm, con il Consiglio giudiziario, con il procuratore generale presso la corte di appello; in modo da escludere che gli uffici requirenti possano essere strutturati come monadi incomunicanti con l'esterno e sulla base di orientamenti meramente soggettivi dei loro dirigenti*».

106. Con tale delibera il Csm è intervenuto sulla necessità di individuare criteri di priorità nella trattazione degli affari penali negli uffici, in considerazione della concreta e diffusa estrema difficoltà di procedere, nello stesso modo e secondo gli stessi tempi, alla trattazione di tutti gli affari pendenti. Lo scopo è quello di razionalizzare l'allocazione delle scarse risorse disponibili per la trattazione dei procedimenti penali, evitando sia l'affidamento delle scelte di trattazione alla valutazione, caso per caso, del magistrato operante, sia la resa alla pura casualità.

107. Cfr. L. Forteleoni, *Criteri di priorità degli uffici di procura*, in *Magistratura indipendente (online)*, 8 aprile 2019 (www.magistraturaindipendente.it/criteri-di-priorita-degli-uffici-di-procura.htm), il quale ricorda che «*il Csm ha più volte affermato la legittimità della prassi dei criteri di priorità nelle procure, riconoscendoli come moduli organizzativi virtuosi, anche se ha precisato che il suo intervento deve considerarsi limitato alla sfera organizzativa dell'attività giudiziaria, e non autorizzatorio – di fatto o di diritto – della mancata trattazione di taluni procedimenti*». In questo senso, cfr. la risoluzione del Csm del 9 novembre 2006, in *Foro it.*, 2007, III, c. 48. In più occasioni, il Csm ha focalizzato la propria attenzione sull'adozione di parametri orientativi nella tempistica di definizione dei procedimenti penali, in un'ottica di buona amministrazione e uniformità di esercizio dell'azione penale. In particolare, con la delibera del 13 novembre 2008, in merito all'art. 132-bis disp. att. cpp, il Csm: ha individuato la *ratio* sottesa alla disposizione nella necessità di «*mitigare gli effetti deleteri di quell'eccesso di spontaneismo che conduceva in epoche passate giudici e pubblici ministeri ad una valutazione pressoché arbitraria dei tempi di fissazione e trattazione dei processi*»; ha precisato che l'elencazione normativa di cui all'art. 132-bis disp. att. cpp non esauriva le aree di priorità, suscettibili di ampliamento alla luce del prudente apprezzamento del giudice; pur confinando l'operatività dell'art. 132-bis disp. att. cpp all'esercizio della funzione giudicante, ha auspicato «*un opportuno concerto*» con la Procura della Repubblica ai sensi degli artt. 132, comma 2, e 160 disp. att. cpp in ragione delle implicazioni che la selezione di priorità comporta sul principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale e sul suo corretto, puntuale e uniforme esercizio; ha precisato, infine, che i provvedimenti organizzativi in punto di priorità non hanno natura tabellare e non sono dunque soggetti alla procedura prevista per le variazioni tabellari.

108. Nella versione proposta del «ddl Bonafede», spettava alle procure la redazione dei criteri di priorità.

109. P. Ferrua, *Criteri*, op. cit., pp. 25-27.

110. N. Rossi, *Per una cultura*, op. cit., p. 28: «*Soluzione preferibile sembra quella di optare per la fissazione ad opera del Parlamento, con atti di indirizzo a cadenza periodica, di linee di priorità calibrate sulla situazione nazionale, lasciando agli uffici di procura due specifici spazi di intervento per così dire "a valle" della scelta parlamentare. Il primo consistente nell'«adeguamento» delle linee-guida nazionali alle situazioni locali e alle potenzialità operative dell'Ufficio. Il secondo relativo alla possibilità – meramente residuale – della individuazione, ad opera degli uffici di procura, di «priorità locali», specifiche e ristrette, motivate con puntuali riferimenti a dati e situazioni del territorio (ad esempio, territori transfrontalieri, aree con elevati tassi di inquinamento, piazze finanziarie, etc.)*». L'equilibrio tra tale sistema e l'impostazione costituzionale è, però, il mantenimento delle garanzie di indipendenza nello status del pubblico ministero, proprio una delle tematiche critiche scaturenti dall'opzione di politica criminale in esame.

La difesa dell'impostazione attuale – sulla quale la riforma Cartabia mira a intervenire – trae alimento, per contro, da diversi argomenti, non banalizzabili. È obiettiva la contraddizione intrinseca dell'opera di un legislatore pan-penalizzante¹¹¹ che, poi, per realizzare selettive amnistie di fatto, interviene attivamente nel regolamentare precedenze di un traffico da egli stesso incessantemente creato; un regolatore che crea e disfa secondo logiche – a dir poco – divergenti e mutevoli, per non dire capricciose. Peraltro, possono nutrirsi insicurezze sulla sua capacità di continenza: quali le conseguenze dell'insoddisfazione rispetto al modo con i quali i procuratori della Repubblica daranno dettagliata attuazione ai criteri generali? In ogni caso, inevitabile appare la presenza di un margine di discrezionalità tecnica nell'attuazione dei criteri generali fissati dal legislatore – come ammette la stessa Commissione Lattanzi¹¹² – che potrebbe alimentare lo spazio per una responsabilità e di una dipendenza verso il potere politico; situazione all'origine di un cambiamento anche culturale e della posizione ordinamentale dei procuratori¹¹³, dagli esiti non preventivabili. Nel momento in cui quel potere di definizione dei criteri di priorità – ora ammesso in una logica strettamente organizzativa – appare definitivamente sdoganato da una norma primaria, concreto è il rischio di trasferire più sulla magistratura inquirente che sugli interpreti politici – Ministero della giustizia o Parlamento – il protagonismo nella politica criminale. Così, nella ricerca della trasparenza e dell'uniformità potrebbe doversi censire il risultato di una maggior supplenza giudiziaria, per vero già all'origine di molte delle instabilità delle riforme nel sistema giustizia.

Gli effetti istituzionali e ordinamentali del varo di questo programma di politica criminale, quindi, sono tutti da verificare; di certo, come insegna l'esperienza storica, non andrà trascurato che, ove si introduce la discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale, l'opportunità si affaccia quale ospite indiscreto.

Entrambe le componenti richiamano a un esercizio competente e responsabile delle prerogative, rafforzato dall'acquisita base normativa: ma responsabilità sociale non equivale a dipendenza dal (contingente) potere politico.

Può legittimamente dubitarsi che la Politica resterà davvero alla finestra e non riferirà agli attori la responsabilità degli insuccessi nella politica criminale. Prima, però, può nutrirsi più di qualche perplessità sull'opportunità di sottrarre al controllo giudiziale l'esito delle enucleazioni concrete delle priorità da parte dei procuratori della Repubblica quando non si limitino a formali postergazioni – nelle realtà giudiziarie in cui il problema è davvero solo di priorità –, adottando autentiche selezioni dell'azione penale, come deve riconoscersi corrispondere a molte realtà in cui “procrastinare” significa “dismettere” la trattazione.

In proposito, la Commissione Lattanzi aveva immaginato l'introduzione di un meccanismo di coordinamento tra i criteri fissati dagli uffici di procura e quelli definiti dagli uffici giudicanti per la trattazione dei processi, in modo da evitare fenomeni di disallineamento che si traducono in potenziali ritardi nell'esercizio dell'azione penale; si trattava di un intervento che, in parte, era già stato anticipato dagli artt. 3 e 7 della circolare per la formazione dei progetti organizzativi degli uffici di procura nella versione del 2020 (per la quale la redazione del progetto organizzativo è preceduta da un'interlocuzione con il presidente del tribunale relativa agli aspetti organizzativi che interessano e coinvolgono l'ufficio giudicante, mentre nell'elaborazione dei criteri di priorità il procuratore della Repubblica cura l'interlocuzione con il presidente del tribunale ai fini della massima condivisione, e opera tenendo conto delle indicazioni condivise nella conferenza distrettuale dei dirigenti degli uffici requirenti e giudicanti). Una simile forma di raccordo di salvaguardia procedurale non pare, però, una risposta all'altezza dei valori in gioco.

111. Per una ricostruzione assai critica delle tendenze in atto in seno alla legislazione penale, cfr. F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Il Mulino, Bologna, 2019.

112. La Commissione Lattanzi, sottolineando che, nell'architettura costituzionale, le valutazioni di politica criminale non possono che essere affidate al Parlamento, ha proposto che sia tale organo a stabilire, periodicamente (lasciando al legislatore delegato l'onere di indicare il periodo), i criteri generali necessari a garantire efficacia e uniformità nell'esercizio dell'azione penale e nella trattazione dei processi, facendo riferimento anche a un'apposita relazione del Consiglio superiore della magistratura sugli effetti prodotti dai criteri nel periodo precedente. All'interno della cornice complessiva definita dal Parlamento, gli uffici giudiziari dovrebbero provvedere in modo autonomo e indipendente a stabilire criteri che tengano conto dell'effettiva realtà locale – tanto sotto il profilo criminale quanto sotto quello organizzativo – per assicurare un'efficacia concreta alle indicazioni emanate dal Parlamento.

113. P. Gualtieri, *Azione penale, op. cit.*, pp. 38-44, ritiene che la scelta sia coerente con un'alternativa inevitabile tra dipendenza del pm dal potere esecutivo (segnalatamente, dal Ministero della giustizia quale responsabile politico della pretesa punitiva dello Stato e della selezione dei reati da perseguire) e comunque una legittimazione del primo di natura elettiva (soluzione ritenuta compatibile con il quadro costituzionale scaturente dagli artt. 102, comma 3, 106, 107, comma 4, Cost.). R. Kostoris, *Obbligatorietà, op. cit.*, p. 50 riconosce che un'azione penale discrezionale sarebbe difficilmente conciliabile con una posizione di indipendenza del pubblico ministero.

7. Considerazioni conclusive

Obiettivo fondamentale dei recenti progetti e delle riforme nell'ambito del settore giustizia è la riduzione del tempo del giudizio, che registra medie inadeguate. Tutti gli interventi in cantiere in materia di giustizia convergono, dunque, al comune scopo di riportare il processo italiano a un modello di efficienza e competitività. Secondo il PNRR, «*L'efficienza dell'amministrazione della giustizia rappresenta un valore in sé, radicato nella cultura costituzionale europea che richiede di assicurare "rimedi giurisdizionali effettivi" per la tutela dei diritti, specie dei soggetti più deboli. Inoltre, il sistema giudiziario sostiene il funzionamento dell'intera economia. L'efficienza del settore giustizia è condizione indispensabile per lo sviluppo economico e per un corretto funzionamento del mercato*»¹¹⁴.

Alla base del PNRR è assai sviluppata la sensibilità verso la necessità di ricalibrare il sistema giustizia sull'efficienza economica. Tale consapevolezza si impone all'attenzione degli interpreti e degli operatori

del diritto. Il Paese è di fronte a una sfida epocale, la cui drammaticità non ammette d'essere trascurata. Al netto delle necessarie riforme normative e organizzative, non sfugge la necessità di un mutamento culturale della magistratura, chiamata a prendere atto che nel nuovo sistema i valori vivono diversi equilibri e originali integrazioni reciproche.

Sarebbe velleitario ritenere che una buona giurisdizione penale possa esistere prescindendo dalla sorte delle riforme che incidono sugli stadi iniziali del procedimento penale, ovvero sulla fase delle indagini¹¹⁵. Essa non va alimentata solo da una buona legislazione, sciolta da continue spinte emotive, ma anche dall'azione delle procure, sostenuta da una cultura espressa nel concreto impegno comportamentale di salvaguardia di interessi diffusi, quasi sempre la più difficile; solo questa cultura e tale rinnovata responsabilità deontologica¹¹⁶ possono aspirare a preservare autenticamente il ruolo del pubblico ministero quale primo garante dei diritti dell'indagato, competente organo di impulso che rende conto dei risultati dell'esercizio dell'azione penale e soggetto

114. Così il PNRR, ove si può leggere: «*Una giustizia inefficiente peggiora le condizioni di finanziamento delle famiglie e delle imprese: il confronto tra province mostra che un aumento dei procedimenti pendenti di 10 casi per 1000 abitanti corrisponde a una riduzione del rapporto tra prestiti e Pil dell'1,5 per cento. Inoltre, alla durata dei processi più elevata si associa una minore partecipazione delle imprese alle catene globali del valore e una minore dimensione media delle imprese, quest'ultima una delle principali debolezze strutturali del nostro sistema. I dati evidenziano una naturale e stretta compenetrazione intercorrente tra giustizia ed economia: qualsiasi progetto di investimento, per essere reputato credibile, deve potersi innestare in un'economia tutelata, e non rallentata, da un eventuale procedimento giudiziario, così come deve essere posto al riparo da possibili infiltrazioni criminali. Le prospettive di rilancio del nostro Paese sono, insomma, fortemente condizionate dall'approvazione di riforme e investimenti efficaci nel settore della giustizia*».

115. L'indipendenza e l'autonomia del pubblico ministero rappresentano un indispensabile corollario dell'indipendenza del potere giudiziario in genere: cfr. il parere n. 9(2014), «*Norme e principi europei concernenti il pubblico ministero*», del Consiglio consultivo dei pubblici ministeri europei (CCPE). Per una portata attenuata dell'applicabilità al pubblico ministero delle garanzie di indipendenza e di imparzialità proprie del processo equo, sancite dall'art. 6, § 1 della Cedu, cfr. Corte Edu, *Previti c. Italia*, ric. n. 45291/06, 8 dicembre 2009, per la quale esse «*riguardano essenzialmente le autorità giudiziarie chiamate a decidere sul merito di una accusa in materia penale e non si applicano al rappresentante della procura – essendo soprattutto quest'ultimo una delle parti in un procedimento giudiziario in contraddittorio*» – *Priebke c. Italia* (dec.), n. 48799/99, 5 aprile 2001, e *Forcellini c. San Marino* (dec.), n. 34657/97, 28 maggio 2002 – «*o all'organo che, senza esaminare la sua innocenza o la sua colpevolezza, è incaricato di decidere se l'accusato debba essere giudicato da un "tribunale"*» – *De Lorenzo c. Italia* (dec.), n. 69264/01, 12 febbraio 2004, pp. 26-27.

116. Condivisibili le osservazioni di F. Palazzo, *Sul pubblico ministero*, op. cit., p. 61: «*In linea generale, siamo dell'avviso che dinanzi a situazioni critiche così delicate com'è quella del ruolo attualmente assunto dal pubblico ministero, in cui si tratta di contenere una discrezionalità peraltro ineliminabile, non siano tanto gli espedienti normativi a produrre risultati significativi, quanto piuttosto mutamenti dello "stile comportamentale" e quasi dell'abito mentale dei soggetti interessati. E, a questo scopo, fondamentale potrebbe essere la valorizzazione del sistema deontologico più di quello disciplinare: e qui ci troviamo in buona e autorevole compagnia, visto che anche il presidente emerito Giovanni Flick si è espresso recentemente nello stesso senso. Naturalmente, però, il sistema deontologico potrà dare qualche risultato nella misura in cui esso non si atrofizzi in sistema di giustizia integralmente "domestica". Il che significa che molto si gioca sul piano della composizione degli organi chiamati a dare concretezza ai precetti deontologici, specialmente in sede di valutazioni professionali del magistrato: i quali organi dovrebbero dunque vedere una presenza equilibrata ma non insignificante di componenti molto autorevoli e sicuramente indipendenti, ma soprattutto estranei alla magistratura. L'obiettivo di incidere sull'esercizio di poteri inevitabilmente discrezionali del pubblico ministero è raggiungibile non tanto con operazioni di ingegneria o ragioneria normativa quanto con un'operazione culturale, che dovrebbe avere i suoi punti di forza nella rivalutazione del momento deontologico e nel coraggio della magistratura – in questo caso requirente – di una sua sana apertura verso l'esterno, che non ha niente a che fare ovviamente con il pericolo di inquinamento "politico" propiziato dal nefasto correntismo. Tradotto in poche parole: premessa della rivalutazione dell'etica giudiziaria, specie del pubblico ministero che è più esposto a tentazioni protagonistiche, è la revisione della composizione e del meccanismo elettorale dei consigli giudiziari e del Csm. Certamente, poi, l'etica giudiziaria si potenzia anche (o soprattutto?) nei momenti formativi del magistrato, sia quelli all'inizio che quelli durante la carriera*». G. Canzio e F. Fieconi, *Giustizia*, op. cit., p. 40, richiamano l'importanza delle regole deontologiche dettate dall'ordinamento giudiziario e dal codice etico dei magistrati, secondo una visione non autoreferenziale incentrata su laboriosità, diligenza, impegno, equilibrio, rispetto delle parti e dei difensori, attenzione all'ascolto delle ragioni degli altri, leale collaborazione con le istituzioni e gli altri poteri dello Stato, moderazione nel linguaggio, sobrietà e riservatezza anche nei rapporti con i media.

attivo di un giurisdizione socialmente responsabile¹¹⁷. Non secondario lo spazio d'intervento di garanzia ora delineato per il giudice per le indagini preliminari, il cui controllo riprende connotati di pregnanza più simili a quelli del vecchio giudice istruttore.

Dalla riforma scaturisce un bisogno supplementare di professionalità, l'unico in grado di legittimare un impegno investigativo che, per restare presidio di legalità, deve conservare margini ineludibili di discrezionalità senza fuggire la responsabilità¹¹⁸; quest'ultima intesa come "accountability", ovvero quale dovere di resoconto trasparente, necessario contrappeso di una discrezionalità sottratta al mondo dell'abuso e dell'arbitrio e sottoposta a serie possibilità di controllo.

Il principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale è dunque richiesto di declinazioni moderne, ma deve mantenere il *cuore antico*. Esso s'identifica nella regola di controllo giudiziale quale maturata nell'ordinamento costituzionale e democratico¹¹⁹: controllo delle scelte di azione ma ancor più di quelle d'inazione del pubblico ministero. Non lo esigono, forse, solo il bisogno di indipendenza dei pubblici ministeri e le altre garanzie dell'ordinamento giudiziario ma, con essi, un valore che ha accompagnato il principio di obbligatorietà dell'azione penale sin dai suoi esordi e che non pare né scolorito né scontato: l'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge.

117. G. Canzio e F. Fieconi, *op. ult. cit.*, p. 151, rimarcano come la cultura della giurisdizione debba non solo permanere a livello di esercizio dell'azione penale, ma essere anticipata alla fase delle indagini, senza ostacolare l'accertamento dei fatti di reato, riservato alla discrezionalità della pubblica accusa, alla stregua di un'asimmetria nei rapporti tra le parti entro certi limiti ineliminabile. Così anche M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona – Le garanzie fondamentali* (vol. II), Giuffrè, Milano, 1984, p. 27.

118. G. Salvi, *Discrezionalità*, *op. cit.*, p. 34: «Il controllo del giudice riguarda il caso concreto a lui sottoposto e non potrebbe essere diversamente. Ma quel singolo caso arriva al giudice a seguito di scelte dell'ufficio e del delegato che hanno aspetti di grande discrezionalità, non sottoponibili a controllo ma – semmai – a integrazione (con l'ordine del giudice di procedere a nuove indagini in sede di archiviazione, o con la diretta integrazione in udienza): dalla distribuzione delle risorse alle scelte di carattere generale sull'organizzazione delle indagini fino alle scelte del magistrato designato. Già le scelte di investigazione nel singolo procedimento sono cariche di opzioni discrezionali. Ancora di più lo sono quelle (ci si augura non inconsapevoli) che incidono indirettamente sulla funzionalità dell'ufficio e dunque sulla effettività delle scelte investigative. Si pensi alle implicazioni delle opzioni sulla iscrizione della notizia di reato, recentemente ben evidenziate dalla circolare del procuratore della Repubblica di Roma. L'organizzazione dell'ufficio per dipartimenti o gruppi specializzati ha poi un effetto indiretto ma decisivo sull'efficacia delle indagini. Scelte di attribuzione degli affari a seconda di criteri diversi (anzianità, disponibilità, specializzazione, competenza, etc.) non sono certo neutre negli effetti che ne derivano. Si potrebbero fare molti esempi. Oggi quello più chiaro è costituito dai criteri di priorità. [Da qui cfr. nota 92:] Essi non sono, a mio parere, in contrasto con il principio di obbligatorietà (almeno quando si tratti di postergazione e non di dismissione), ma pongono certamente il problema della responsabilità. Sono scelte relevantissime e solo in parte disciplinate dal legislatore. Esse comportano vere e proprie scelte di politica criminale. Quali reati perseguire e con quali mezzi. Non punire sistematicamente alcune tipologie di illeciti che più direttamente colpiscono fasce deboli della popolazione, come le truffe o le percosse e le minacce, ad esempio, corrisponde a scelte non irrilevanti e può contribuire ad abbassare la percezione della illegalità».

119. *Ivi*, p. 33: «Il rispetto della obbligatorietà dell'azione implica che le scelte sulla non azione siano sottoposte al controllo giudiziario (e non di altri organi) e in applicazione della legge. La legge può prevedere anche casi di non azione (o di abbandono dell'azione) che si basino su ragioni di opportunità (ad esempio, la non necessità di perseguire fatti di minore rilievo, quando il danno è risarcito o vi è un ravvedimento operoso, etc.), che siano però formalizzate e dunque sottoponibili a controllo sulla base di parametri stabiliti ex ante».

I “criteri di priorità” tra legge cornice e iniziativa delle procure

di Nello Rossi

Nel panorama di chiaroscuri della legge delega di riforma del processo spicca, come nota positiva, la soluzione adottata in tema di criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale. In luogo del modello autoreferenziale proposto nel ddl Bonafede, nel quale la definizione dei criteri di priorità avveniva tutta nell'ambito del giudiziario, e dell'opzione della Commissione Lattanzi in favore di “periodici” atti di indirizzo parlamentare e di criteri di priorità “dinamici”, il testo della riforma prevede una cornice stabile e vincolante di criteri generali fissata dal «Parlamento con legge», nel cui ambito gli uffici di procura saranno chiamati a predisporre i criteri di priorità. Nell'articolo si elencano i nodi che il legislatore delegato dovrà sciogliere e ci si interroga sulla meta della complessa procedura di predisposizione dei criteri di priorità delineata nella riforma del processo penale, nella quale saranno coinvolti il Ministro della giustizia, il Parlamento, gli uffici giudiziari e il Csm.

1. La legge di riforma del processo penale disciplina i criteri di priorità: le contrastanti reazioni all'innovazione / 2. Tre modelli diversi nel percorso di elaborazione della legge delega / 2.1. Il modello autoreferenziale del ddl Bonafede: la definizione dei criteri di priorità nell'ambito esclusivo del potere giudiziario / 2.2. Lo schema disegnato dalla Commissione Lattanzi: “periodici” atti di indirizzo del Parlamento e criteri di priorità “dinamici” / 2.3. La riforma approvata: una stabile cornice dettata dal «Parlamento con legge» per regolare l'iniziativa delle procure / 3. I nodi che il legislatore delegato dovrà sciogliere / 4. La meta della “operazione criteri”

1. La legge di riforma del processo penale disciplina i criteri di priorità: le contrastanti reazioni all'innovazione

L'adozione da parte degli uffici di procura di «criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi (...) al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre» è ora prevista come adempimento obbligatorio dalla legge delega di riforma del processo penale.

Come è noto, il legislatore si è indotto a intervenire in questa materia, delicata e spinosa, pressato da una duplice esigenza.

Da un lato è forte il bisogno di razionalizzare e rendere trasparenti l'assegnazione e la trattazione dell'enorme carico di notizie di reato affluenti agli uffici di procura, grazie all'impegnativa adozione di criteri di selezione predeterminati delle *notitiae criminis*.

Dall'altro lato, è stata raccolta la diffusa insoddisfazione per lo stato delle cose esistenti, nel quale, in

* Il presente contributo è una rielaborazione del precedente *I criteri di esercizio dell'azione penale. Interviene «il Parlamento con legge»*, pubblicato in anteprima su *Questione giustizia online* l'8 novembre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/i-criteri-di-esercizio-dell-azione-penale-interviene-il-parlamento-con-legge).

assenza di criteri, il puro e semplice richiamo all'obbligatorietà dell'azione penale finisce con il celare una più o meno ampia discrezionalità, esercitata di fatto e non accompagnata da una chiara assunzione di responsabilità per le inevitabili scelte compiute dai capi degli uffici e dai singoli magistrati del pubblico ministero.

Di qui lo stimolo a introdurre una disciplina delle priorità, riproponendo e generalizzando gli esperimenti realizzati da alcune procure che – invocando una sorta di stato di necessità scaturente dal rapporto tra i mezzi disponibili e i fini raggiungibili – avevano scelto di esporre in apposite circolari i criteri di priorità adottati nell'esercizio dell'azione penale.

Se all'origine del recente intervento legislativo stanno sostanzialmente motivazioni identiche o analoghe a quelle dei procuratori "pionieri", il passaggio dalle circolari d'ufficio a una regolamentazione per legge suscita reazioni di segno molto diverso e solleva numerosi interrogativi, destinati ad avere maggior rilievo quando i tratti dell'iniziativa del Governo e del Parlamento acquisiranno una fisionomia compiuta e definitiva in sede di attuazione della delega.

Accanto ai fiduciosi nelle virtù dell'innovazione stanno numerosi scettici, che dubitano della effettiva incisività di una normativa sui criteri di priorità e della sua idoneità a modificare realmente la situazione attuale.

Ci si divide, in sostanza, tra chi sostiene che cambierà poco o nulla e chi dall'innovazione attende una svolta non solo sul piano dell'efficienza ma anche, e forse soprattutto, sul piano della trasparenza e della assunzione di responsabilità nell'esercizio dell'azione penale.

Inoltre, sul piano teorico sono molti, in particolare tra i magistrati, a interrogarsi sulla compatibilità del *novum* legislativo con i principi costituzionali e sulla possibilità che le disposizioni della delega e del successivo decreto legislativo entrino in rotta di collisione con il canone della obbligatorietà dell'azione penale.

L'impressione di chi scrive è che, sino ad ora, ci si sia confrontati e divisi più sulla formula riassuntiva «criteri di priorità» – che ciascuno ha riempito

di contenuti, graditi o sgraditi – che non sul procedimento di enucleazione dei criteri e sulla loro natura. Atteggiamento comprensibile e inevitabile¹ sino a quando non vi era ancora una legge e si rimaneva nel campo fluido delle ipotesi più o meno plausibili e delle proposte suscettibili di mutamento e di emenda; ma non più accettabile ora che la legge delega contiene una formulazione impegnativa e ha ormai tracciato il percorso del legislatore delegato.

Per promuovere il confronto ravvicinato di cui vi è bisogno² e per porre su di una solida base ogni ragionamento, è utile prendere le mosse dal raffronto tra le successive versioni della norma sui criteri di priorità contenute in tre testi distinti, l'ultimo dei quali è divenuto legge.

Occorre cioè ricorrere alla sinossi, disponendo su tre colonne i passi relativi ai criteri di priorità contenuti nell'originaria proposta Bonafede, nell'articolato normativo della Commissione Lattanzi e nella legge delega infine approvata dal Parlamento, cogliendone le diversità – che non sono di sfumature – tra i testi e valutando il punto di approdo finale raggiunto.

2. Tre modelli diversi nel percorso di elaborazione della legge delega

Dall'esame sinottico emergono differenti percorsi di individuazione dei criteri di priorità.

2.1. Il modello autoreferenziale del ddl Bonafede: la definizione dei criteri di priorità nell'ambito esclusivo del potere giudiziario

Il primo quadro era stato delineato dal Ministro della giustizia del secondo Governo Conte.

L'art. 3, lett. *h* del ddl Bonafede (AC 2345) assegnava al legislatore delegato il compito di: «prevedere che gli uffici del pubblico ministero, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, individuino criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle

1. Sul confronto, da tempo in atto, sul tema dei criteri di priorità, cfr. L. Verzelli, *Il lungo dibattito sui criteri di priorità negli uffici giudicanti e requirenti*, in *Arch. pen.*, n. 3/2014, pp. 815 ss. (<https://archiviopenale.it/il-lungo-dibattito-sui-criteri-di-priorita-negli-uffici-giudicanti-e-requirenti/articoli/5018>); M.N. Galantini, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale tra interesse alla persecuzione penale e interesse all'efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 23 settembre 2019 (<https://archiviopcdpc.dirittopenaleuomo.org/upload/3900-galantini2019b.pdf>), e in R. Sacchi (a cura di), *Conflitto di interessi e interessi in conflitto in una prospettiva interdisciplinare*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 173-194; L. Russo, *I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali: confini applicativi ed esercizio dei poteri di vigilanza*, in *Dir. pen. cont.*, 9 novembre 2016, pp. 4 ss. (https://archiviopcdpc.dirittopenaleuomo.org/upload/RUSSOLUCIA_2016a.pdf). Sulla concreta applicazione dei criteri, cfr. G. Grasso, *Sul rilievo dei criteri di priorità nella trattazione degli affari penali nelle delibere del Csm e nelle pronunce della sezione disciplinare*, in *Foro it.*, 2015, III, cc. 259 ss., e L. Forteleoni, *Criteri di priorità degli uffici di procura*, in *Magistratura indipendente (web)*, 8 aprile 2019.

2. A tale confronto questa *Rivista* ha già dato un primo importante contributo con l'ampio saggio di F. Di Vizio, *L'obbligatorietà dell'azione penale efficiente ai tempi del PNRR*, pubblicato in anteprima su questa *Rivista online* il 13 ottobre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/l-obbligatorieta-dell-azione-penale-efficiente-ai-tempi-del-pnrr), ora in questo fascicolo, che, nel quadro di una più vasta analisi della riforma, dedica al capitolo dei criteri di priorità considerazioni particolarmente attente e puntuali.

procure della Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre; prevedere che nell'elaborazione dei criteri di priorità il procuratore della Repubblica curi in ogni caso l'interlocuzione con il procuratore generale presso la corte d'appello e con il presidente del tribunale e tenga conto della specifica realtà criminale e territoriale, delle risorse tecnologiche, umane e finanziarie disponibili e delle indicazioni condivise nella conferenza distrettuale dei dirigenti degli uffici requirenti e giudicanti».

È agevole notare che, nel ddl Bonafede, l'intero circuito di individuazione, di adozione e di controllo sull'attuazione dei criteri di priorità era collocato nell'ambito del giudiziario.

Innanzitutto si prevedeva che l'inserimento, nei progetti organizzativi delle procure, di criteri di priorità trasparenti e predeterminati – finalizzati a selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre – non fosse più rimesso alle scelte dei procuratori della Repubblica ma divenisse “obbligatorio”.

Inoltre, la doverosa elaborazione dei criteri di priorità era affidata ai capi degli uffici di procura, chiamati a svolgerla seguendo due ordini di indicazioni, procedurali e di contenuto.

Sul piano procedurale, il testo sottolineava l'esigenza che i criteri venissero formulati attraverso l'interlocuzione con il procuratore generale presso la corte d'appello e con il presidente del tribunale, e prevedeva che i dirigenti degli uffici tenessero conto delle indicazioni condivise emerse nella conferenza distrettuale dei dirigenti degli uffici requirenti e giudicanti.

Sul versante dei contenuti era previsto che, nella redazione dei criteri, venissero prese in considerazione la specifica realtà criminale e territoriale e le risorse tecnologiche, umane e finanziarie disponibili, in una valutazione combinata di mezzi e fini.

Infine, nella relazione al ddl si aggiungeva che i criteri, «confluendo nei progetti organizzativi», avrebbero dovuto «tenere conto dei principi elaborati in

materia dal Consiglio superiore della magistratura».

L'organo di governo autonomo della magistratura risultava così investito di una funzione di controllo di conformità dei progetti alle indicazioni legislative, controllo che – esercitato secondo principi generali individuati dallo stesso Consiglio superiore – avrebbe dovuto assicurare anche una relativa uniformità della trama organizzativa delle diverse procure.

In definitiva, l'iniziativa partiva dagli uffici di procura (meglio: dai loro dirigenti), si snodava in un confronto tutto interno al contesto giudiziario ed era sottoposta al controllo del Consiglio superiore della magistratura, che grazie al sistematico esercizio di tale funzione sulla base di principi assumeva su di sé anche una funzione di indirizzo.

Il tutto in chiave di totale autoreferenzialità del giudiziario³, senza alcuno spazio per l'intervento del Parlamento nel delineare la cornice della relativa discrezionalità riconosciuta agli uffici di procura e ai loro dirigenti.

2.2. Lo schema disegnato dalla Commissione Lattanzi: “periodici” atti di indirizzo del Parlamento e criteri di priorità “dinamici”

Profonda la distanza culturale e tecnica di questo modello – tutto interno al potere giudiziario – da quello proposto dalla Commissione Lattanzi.

La Commissione individuava in questi termini il compito del legislatore delegato: «prevedere che il Parlamento determini periodicamente, anche sulla base di una relazione presentata dal Consiglio Superiore della Magistratura, i criteri generali necessari a garantire efficacia e uniformità nell'esercizio dell'azione penale e nella trattazione dei processi; prevedere che, nell'ambito dei criteri generali adottati dal Parlamento, gli uffici giudiziari, previa interlocuzione tra uffici requirenti e giudicanti, predispongano i criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale e nella trattazione dei processi, tenuto conto

3. Analoghe considerazioni critiche sulla autoreferenzialità del ddl del Ministro Bonafede sono state svolte da M. Gialuz e J. Della Torre, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alle Camere: per avere processi rapidi (e giusti) occorre un cambio di passo*, in *Sistema penale*, 21 aprile 2020. Per gli Autori, «il principale difetto della proposta Bonafede» sta nel fatto che essa «non affronta il nodo fondamentale che sta al fondo della tematica, ossia l'esigenza di attribuire una legittimazione democratica alle scelte del pubblico ministero. L'errore di fondo è quello di attribuire a un organo politicamente irresponsabile – qual è il procuratore della Repubblica – una delega in bianco a compiere opzioni di politica criminale. I criteri di priorità elaborati dalle procure e avallati dal CSM hanno rappresentato una forma di supplenza rispetto all'incapacità del Parlamento di assumersi la responsabilità di scelte ineludibili. In altre parole, davanti all'inerzia della politica nell'esercitare queste opzioni, alcuni procuratori e l'organo di autogoverno hanno tentato di fissare delle regole. Ora, però, nel momento in cui la politica si incarica di affrontare finalmente una delle tematiche decisive della giustizia penale ci si sarebbe aspettati che fosse attribuito un ruolo centrale al Parlamento nella definizione delle priorità. Ciò non è accaduto nella proposta del Governo. Non resta che auspicare che sia lo stesso Parlamento a rivendicare a sé la responsabilità di dettare le direttive generali in tema di criteri di priorità, le quali potrebbero poi essere specificate, tenuto conto delle peculiarità territoriali, a livello di procure. È evidente la difficoltà di tale prospettiva, ma sarebbe certamente la più rispettosa dell'architettura costituzionale. Ove una tale strada non sia considerata politicamente percorribile, quantomeno è auspicabile che venga chiarito in modo esplicito nel testo della delega, per come oggi configurato, l'obbligo in capo alle procure della Repubblica di rispettare nella stesura dei criteri di priorità le indicazioni del Consiglio superiore della magistratura, onde assicurare così almeno una certa uniformità tra i parametri adottati a livello locale».

della specifica realtà criminale e territoriale, nonché del numero degli affari e delle risorse disponibili».

Dunque, nello schema disegnato dalla Commissione spettava al Parlamento determinare i «criteri generali» necessari a garantire efficacia e uniformità nell'esercizio dell'azione penale e nella trattazione dei processi, mentre in tale quadro dovevano successivamente muoversi gli uffici giudiziari nel predisporre «criteri di priorità» nell'esercizio dell'azione penale e nella trattazione dei processi.

E ciò – si scriveva nella relazione – in «piena coerenza con un'architettura costituzionale nella quale le valutazioni di politica criminale non possono che essere affidate al Parlamento».

Alla «periodicità» degli interventi parlamentari – presumibilmente posti in essere tramite lo strumento fluido dell'atto di indirizzo politico parlamentare – avrebbe perciò fatto riscontro la «dinamicità» dei criteri degli uffici giudiziari, rispondenti agli impulsi di natura politica provenienti dal Parlamento.

A un indubbio merito della Commissione – aver ribadito la centralità dell'intervento parlamentare nella materia – si accompagnava un tratto fortemente problematico, rappresentato dalle caratteristiche degli atti attraverso cui il Parlamento avrebbe dovuto pronunciarsi.

Non si era di fronte a una legge – destinata a fissare una stabile e vincolante cornice di «criteri generali» per gli uffici giudiziari –, ma a periodici atti di indirizzo politico parlamentare, contenenti valutazioni di politica criminale.

Atti, questi, per loro natura fluidi nel contenuto e nelle forme, e per questo maggiormente esposti alle fluttuazioni derivanti dalle mutevoli congiunture politiche, alle occasionali spinte emotive provenienti dall'opinione pubblica e recepite dai parlamentari, nonché agli sconfinamenti dal terreno della fissazione di «criteri generali» alla diretta indicazione di aree di azione da privilegiare e di obiettivi specifici da realizzare. Con la possibilità, tutt'altro che remota, che un tale assetto divenisse fonte di attriti e conflitti tra il potere legislativo e quello giudiziario o, all'opposto, venisse interpretato dai protagonisti della vicenda istituzionale, e segnatamente dagli uffici giudiziari,

solo come un fondale vago e indistinto, scarsamente influente sulle loro attività e inidoneo a vincolarle.

Più in generale, si sarebbe riproposto il problema, non nuovo, dell'intarsio tra legge e atti di indirizzo politico del Parlamento⁴ nella materia dell'esercizio dell'azione penale.

2.3. La riforma approvata: una stabile cornice dettata dal «Parlamento con legge» per regolare l'iniziativa delle procure

Il terzo – e ormai definitivo quadro – è quello contenuto nella legge n. 134 del 27 settembre 2021, 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».

Nella legge di delegazione si assegna al legislatore delegato una traccia notevolmente diversa da quelle sin qui esaminate, consistente nel «prevedere che gli uffici del pubblico ministero, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, individuino criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili; allineare la procedura di approvazione dei progetti organizzativi delle procure della Repubblica a quella delle tabelle degli uffici giudicanti».

Leggendo il testo definitivo, che differisce sensibilmente dai primi due, si constata come la griglia di «criteri generali» – che sta a monte della successiva individuazione dei «criteri di priorità» da parte degli uffici di procura – dovrà essere indicata dal «Parlamento con legge».

Una formulazione, questa, che sembra ispirata dal desiderio di sottolineare il carattere particolarmente solenne e impegnativo dell'atto di determinazione dei «criteri generali», evitando percorsi che, pur rimanendo nel quadro della legalità costituzionale, sminuiscano di fatto il ruolo dell'organo

4. Sul tema è intervenuto di recente G. Buonomo, *La crescente procedimentalizzazione dell'atto parlamentare di indirizzo politico*, pubblicato in anteprima su questa *Rivista online* il 7 ottobre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/la-crescente-procedimentalizzazione-dell-atto-parlamentare-di-indirizzo-politico), ora in questo fascicolo. Nell'articolo sono contenuti ampi riferimenti al dibattito sviluppatosi sul tema della relazione del Ministro della giustizia nella Commissione parlamentare per le riforme costituzionali presieduta dall'On. Massimo D'Alema, nonché alle posizioni assunte dal Sen. Marcello Pera che, nella seduta del 13 febbraio 1997, «aveva richiesto che si parl[asse] anche «della non obbligatorietà dell'azione penale oppure della combinazione dell'obbligatorietà dell'azione penale con le direttive», invocando gli insigni giuristi che «ancora nel 1993» in un convegno avevano parlato di «direttive approvate dal Parlamento, in sede di esame del bilancio del Ministero della giustizia oppure della relazione del Consiglio superiore della magistratura, di direttive date dal Parlamento alle Procure»». L'Autore ricorda inoltre che «quando la «bozza Boato» (sul sistema delle garanzie) affacciò per la prima volta il tema della «relazione al Parlamento» del Ministro della giustizia, la discussione in Commissione si sviluppò lungo il delicato crinale del rapporto tra la pronuncia delle Camere e l'obbligatorietà dell'azione penale sancita dall'articolo 112 Cost.».

di rappresentanza (come nel caso di approvazione dei criteri generali in sede di conversione di un decreto legge o di inserimento delle relative previsioni in uno dei tanti provvedimenti *omnibus*).

Una legge di cornice, dunque, vincolante per tutti i soggetti che dovranno poi concorrere a definire e verificare l'attuazione dei criteri di priorità, e tendenzialmente stabile, salvo eventuali nuovi interventi legislativi.

Un ulteriore aspetto su cui vale la pena di richiamare l'attenzione è che la legge delega attribuisce l'iniziativa di individuazione dei criteri di priorità agli uffici del pubblico ministero (ricalcando sul punto il testo del ddl Bonafede e discostandosi dalla proposta della Commissione Lattanzi, che imperniava l'iniziativa «*sugli uffici giudiziari, previa interlocuzione tra uffici requirenti e giudicanti*»).

Naturalmente, ciò non significa che gli uffici di procura possano operare le loro scelte sui criteri in solitudine o, peggio, in una chiave solipsistica, giacché le interlocuzioni interne agli uffici (con il tribunale e con la procura generale presso la corte di appello) restano assolutamente indispensabili per il buon esito dell'operazione. Ma l'espressa menzione della procura come soggetto motore e responsabile del procedimento si rivela utile per evitare situazioni di stallo nelle ipotesi di valutazioni divergenti, e potenzialmente paralizzanti, tra gli uffici requirenti e giudicanti, mentre al legislatore delegato resta un ampio spazio per disciplinare le interrelazioni tra uffici, fermo restando il potere di iniziativa delle procure.

Infine, la norma della legge delega in tema di criteri si chiude stabilendo che, in sede di redazione del decreto legislativo, «*la procedura di approvazione dei progetti organizzativi delle procure della Repubblica*» venga allineata «*a quella delle tabelle degli uffici giudicanti*».

Un siffatto “allineamento” – rispettoso delle radicali differenze di natura e di scopi dei progetti organizzativi e delle tabelle – sembra destinato, da un lato, a creare le migliori condizioni per il necessario dialogo tra gli uffici e, dall'altro, a consentire al Consiglio superiore di svolgere efficacemente il suo compito di verifica della corretta organizzazione e di un corretto *modus operandi* degli uffici requirenti e giudicanti.

In questo schema, infatti, è il Consiglio a chiudere il cerchio dell'opera di individuazione e applicazione dei criteri nel momento in cui approva gli schemi organizzativi delle procure e degli organi giudicanti, prendendo in considerazione tanto le esigenze di uniformità dell'azione degli uffici giudiziari quanto le motivate ragioni di differenziazione delle singole realtà organizzative.

In conclusione, sul punto: la sequenza disegnata dalla legge delega prende l'avvio con la legge di crite-

ri generali approvata dal Parlamento, prosegue con la predisposizione entro tale cornice legislativa degli specifici criteri di priorità degli uffici di procura e si chiude con il controllo e l'approvazione, da parte del Csm, dei documenti organizzativi sottoposti al suo esame.

3. I nodi che il legislatore delegato dovrà sciogliere

Il sintetico schizzo qui tracciato sulla scorta della legge di riforma lascia aperte non poche questioni, rimesse alle valutazioni e alle scelte del legislatore delegato.

Proviamo a elencarne alcune.

Chi proporrà la legge sui “criteri generali” menzionata nella delega ?

Quali dovranno essere i contenuti – per così dire, necessari e imprescindibili – dell'atto che il Parlamento sarà chiamato a discutere e approvare?

Quanto potrà essere penetrante il controllo del Csm in sede di approvazione dei documenti di organizzazione?

Che debba essere il Ministro della giustizia a proporre al Parlamento la legge cornice sui criteri generali sembra risposta così naturale e fisiologica da risultare scontata.

È il Ministro infatti, anche nella sua veste di presentatore al Parlamento della relazione annuale sull'amministrazione della giustizia, a disporre di un quadro completo dell'assetto organizzativo e delle dotazioni di personale e di mezzi degli uffici giudiziari, nonché dei dati statistici su reati e procedimenti penali.

Ed è solo a partire da tale patrimonio di conoscenze che si possono individuare le coordinate generali, riguardanti le realtà criminali e le strutture del giudiziario, sulle quali si può chiamare il Parlamento a deliberare.

Più problematica la risposta al secondo interrogativo posto, concernente la fisionomia della legge cornice emanata dal Parlamento.

Dalle considerazioni sin qui svolte sul modello prescelto, emerge che al Parlamento non si chiede di individuare “direttamente” priorità comunque motivate riguardanti tipologie di reati o fenomeni criminali, ma di enunciare “parametri” da prendere necessariamente in considerazione e “procedure” da osservare, disegnando il perimetro obbligato e vincolante entro cui gli uffici di procura dovranno successivamente muoversi per definire i concreti criteri di priorità.

Tra i “parametri” ineludibili rientrano i dati quantitativi e qualitativi sui reati e sui fenomeni criminali,

le specificità dei territori e degli ambienti sociali ed economici, le forme di risposta a emergenze temporanee⁵.

Sul versante delle “procedure”, invece, si collocano le previsioni in tema di trasparenza e di assunzione di responsabilità per le scelte compiute, non solo con riferimento al circuito del giudiziario ma anche verso l'esterno, nei confronti delle collettività di riferimento (ad esempio, attraverso la istituzionalizzazione e la generalizzazione dell'esperienza dei bilanci sociali degli uffici di procura).

Una legge di “parametri” relativamente flessibili e di “procedure” in grado di produrre decisioni impegnative, ma anche correzioni di rotta per fronteggiare situazioni nuove e impreviste, dovrebbe scongiurare il rischio che i criteri di priorità divengano sinonimo di una impropria, implicita e silenziosa depenalizzazione delle fattispecie di reato non ritenute prioritarie; così che non venga aprioristicamente cancellata nei loro confronti ogni forma di deterrenza.

4. La meta della “operazione criteri”

Qual è il punto di approdo, quale la desiderabile meta di questa complessa operazione organizzativa e procedurale in cui saranno coinvolti il Governo, il Parlamento, gli uffici giudiziari, il Csm?

Ad avviso di chi scrive, l'obiettivo da raggiungere sta nel promuovere la transizione – culturale e istituzionale insieme – da un'obbligatorietà dell'azione

penale postulata in astratto, ma di fatto scarsamente controllabile e deresponsabilizzata, a un'obbligatorietà temperata e realistica⁶ e, proprio per questo, esercitabile secondo canoni di trasparenza e corredata da assunzione di responsabilità sociale e istituzionale per le scelte compiute⁷.

Come è noto, nei Paesi di democrazia avanzata è in atto da tempo un processo di avvicinamento tra i due modelli, in teoria antitetici, della obbligatorietà e della discrezionalità dell'azione penale.

Un tale avvicinamento è reso possibile dal parallelo affermarsi di un'obbligatorietà realistica, capace di rendere conto delle sue modalità di esercizio, e di una discrezionalità non arbitraria, non capricciosa ma attuata secondo rigorose linee guida e sulla base di *standard* omogenei, in conformità al principio di eguaglianza delle persone di fronte alla legge penale.

Su questo terreno la legge delega promuove un importante passo in avanti.

Abbandonando l'autoreferenzialità del ddl Bonafede e le tentazioni di impulso politico diretto e contingente che potrebbe derivare dai periodici atti di indirizzo parlamentare contemplati nel testo Lattanzi, la riforma assegna al Parlamento il compito che gli è proprio di disegnare con legge una cornice stabile, chiara e vincolante per la successiva opera degli uffici.

Favorendo così l'affermarsi di una cultura della discrezionalità, della responsabilità, della rendicontazione del pubblico ministero italiano, di cui vi sono non pochi segni nella realtà del nostro Paese, ma che certo non può dirsi generalizzata.

5. In questo reticolato occorrerà comunque lasciare aperti gli spazi perché gli uffici rispondano con adeguate motivazioni alle specificità ambientali e locali (ad esempio, quelle di una procura transfrontaliera) e per motivare opzioni particolari, magari solo temporanee, indotte da emergenze improvvise o da situazioni impreviste ed eccezionali (ad esempio, in un'area colpita da un disastro e abbandonata, i furti in appartamento, assurti al rango di fenomeno di sciaccallaggio, potrebbero meritare un impegno maggiore di quanto avviene in un contesto di normalità).

6. Nell'ampia letteratura sul tema, cfr. da ultimo P. Borgna, *Esercizio obbligatorio dell'azione penale nell'era della “pan-penalizzazione”*, in questa *Rivista online*, 31 ottobre 2019, www.questionegiustizia.it/articolo/esercizio-obbligatorio-dell-azione-penale-nell-era-della-pan-penalizzazione-31-10-2019.php. Vds. anche l'importante contributo di R. Kostoris, *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *Riv. dir. proc.*, n. 4/2007, pp. 875 ss. Mi sia consentito, infine, rinviare a un mio lontano scritto: *Per una concezione realistica dell'obbligatorietà dell'azione penale*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 2/1997, pp. 309-318.

7. Nel parlare di concezione *realistica* dell'azione penale, ci si riferisce a un approccio all'esercizio dell'azione penale caratterizzato da una pluralità di fattori, tra cui: a) una ben calibrata valutazione, nell'ambito di ciascun ufficio di procura, dei mezzi disponibili per operare efficacemente nell'area di competenza, accompagnata da una esplicita determinazione di “criteri di priorità” nella trattazione degli affari, giustificata in nome dell'efficacia operativa, di un impiego oculato delle risorse disponibili e del rapporto tra il numero di procedimenti e il personale e i mezzi di cui dispone l'ufficio; b) una valutazione di sostenibilità dell'accusa particolarmente rigorosa nel discernere i procedimenti di cui chiedere l'archiviazione e quelli per i quali sollecitare il giudizio, sulla scorta di indicazioni del capo dell'ufficio e/o di orientamenti maturati a seguito di confronti collegiali tra magistrati (in particolare, dei gruppi specializzati) e di confronti con altri uffici (criterio di selezione oggi reso dalla riforma più stringente, con la previsione che sia richiesta, e disposta, l'archiviazione o che non sia disposto il giudizio, ma emessa sentenza di non luogo a procedere, quando gli elementi acquisiti risultino insufficienti, contraddittori o comunque non consentano una ragionevole previsione di accoglimento della prospettazione accusatoria in giudizio; con l'effetto di sostituire alla sostenibilità dell'accusa in giudizio, quale parametro per l'esercizio dell'azione penale o per il rinvio a giudizio, una ragionevole previsione del pubblico ministero e del giudice dell'udienza preliminare che il giudizio dibattimentale si concluda con una sentenza di condanna del responsabile dei fatti addebitati); c) una attenta valutazione sull'effettiva offensività di determinate condotte – astrattamente riconducibili a fattispecie di reato – oggi istituzionalmente reclamata dall'introduzione dell'istituto dell'archiviazione per tenuità del fatto per reati che si collocano entro limiti di pena legislativamente prefissati; d) la ricerca di una linea di condotta comune e coerente in ordine a soluzioni patteggiate dei procedimenti. Per più ampie considerazioni sul tema, rinvio al mio scritto: *Per una cultura della discrezionalità del pubblico ministero*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2021 (*Stato di diritto e pubblico ministero in Europa*), pp. 16 ss., www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/933/2-2021_qg_rossi.pdf.

La selezione delle priorità nell'esercizio dell'azione penale: la criticabile scelta adottata con la legge 27 settembre 2021, n. 134¹

di Armando Spataro

La delega conferita al legislatore delegato in materia di criteri di priorità tocca temi di rilievo costituzionale: l'obbligatorietà dell'azione penale e il principio di separazione dei poteri, tra tutti. Nell'articolo si ripercorrono i termini dell'articolato dibattito – dalle esperienze pionieristiche alle recenti circolari date dal Csm – auspicando che, nell'attuazione della delega, si riesca a trovare un punto di equilibrio che stabilisca una ripartizione tra le responsabilità parlamentari e le responsabilità del sistema giudiziario, essendo da scongiurare il rischio di introdurre nell'ordinamento una obbligatorietà dell'azione penale in forma politicamente orientata.

1. Premessa / 2. Le ragioni della scelta delle priorità, partendo dalla crisi dell'obbligatorietà dell'azione penale, principio irrinunciabile e attuale / 3. La “storia” del dibattito sui “criteri di priorità” e il succedersi di provvedimenti legislativi, consiliari e di procuratori della Repubblica / 4. Attribuzione al Parlamento della individuazione – con legge – dei criteri di priorità per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale: una scelta criticabile / 5. Una valutazione finale, ma anche un auspicio

1. Premessa

La riforma della giustizia approvata con la legge 27 settembre 2021, n. 134 prevede, come è noto, una serie di deleghe al Governo e altre norme immediatamente applicabili (rispettivamente indicate negli artt. 1 e 2), che nel loro complesso riguardano numerose modifiche al codice di procedura penale e al codice penale, nonché in materia di giustizia riparativa e per la celere definizione dei procedimenti giudiziari.

In questa sede, però, ci si occuperà di un solo tema della riforma, oggetto di dibattito tra i giuristi, quello disciplinato dall'art. 1, comma 9, lett. i, in base

al quale «*gli uffici del pubblico ministero, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, nell'ambito di criteri generali indicati con legge dal Parlamento*», dovranno individuare «*criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle Procure*» (e, dunque, da sottoporre al Csm come già ora previsto), «*al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili*».

È pure previsto che ciò avvenga allineando la procedura di approvazione dei suddetti progetti organizzativi a quella delle tabelle degli uffici giudicanti.

* Il presente contributo è stato pubblicato in anteprima su *Questione giustizia online* il 20 dicembre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/la-selezione-delle-priorita).

La questione sul tappeto è dunque quella della elaborazione dei criteri di priorità nell'esercizio dell'obbligatoria azione penale, con riferimento sia ai loro contenuti che alla procedura per la loro approvazione.

Chi scrive ha sempre svolto, per tutto l'arco della sua carriera professionale (salvo i quattro anni di attività fuori ruolo, quale componente del Csm, tra il 1998 e il 2002), funzioni di pubblico ministero presso le Procure della Repubblica di Milano (come sostituto e come procuratore aggiunto) e, negli ultimi quattro anni e mezzo, di Torino (come procuratore della Repubblica): la premessa è opportuna per spiegare come tale esperienza lo induca a formulare un giudizio negativo circa l'attribuzione al Parlamento della competenza a legiferare in ordine ai criteri generali cui le procure dovranno attenersi nell'elaborazione dei suddetti criteri di priorità, sia pure nell'ambito di una valutazione sostanzialmente positiva già più volte espressa in ordine alla riforma nel suo complesso¹.

2. Le ragioni della scelta delle priorità, partendo dalla crisi dell'obbligatorietà dell'azione penale, principio irrinunciabile e attuale

Appare utile, per meglio spiegare tale valutazione critica, illustrare le ragioni e la storia ultratrentennale del dibattito sulle priorità, partendo però dalla innegabile incompatibilità concettuale tra le scelte di priorità nella trattazione degli affari penali e il principio di obbligatorietà dell'azione penale, non certo superata dalle ripetute assicurazioni, *politically correct*, secondo cui l'applicazione delle prime non violerebbe il secondo.

Come è noto, però, a costo di ripetere l'ovvio, il principio di obbligatorietà dell'azione penale postula per il pm l'obbligo di avviare l'indagine preliminare per ogni tipo di reato di cui egli abbia comunque

notizia, anche se l'azione penale in senso proprio è quella che si promuove alla fine delle indagini stesse, in presenza di elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio². Secondo quanto previsto dall'art. 330 cpp, il pm è anzi abilitato a prendere notizia dei reati anche di propria iniziativa, senza limitarsi a ricevere le notizie che gli provengono dalla polizia giudiziaria o, sotto forma di denunce e querele, dai privati cittadini.

Il significato letterale del termine "obbligatorietà", riferito all'azione penale, indica dunque un dovere assoluto per il pm di procedere per ogni reato conosciuto. Egli non gode di alcuna discrezionalità "politica" che gli consenta di scegliere di non farlo per alcuni reati: il principio vale, naturalmente, sia per i reati più gravi, che per quelli di minima importanza e offensività.

Ciò discende direttamente da quanto previsto nell'art. 112 della Costituzione italiana («*Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale*») e non costituisce, quindi, una delle possibili scelte tecniche che il nostro sistema processuale potrebbe o meno adottare. Anzi, proprio il rango costituzionale del principio lo rende un cardine del nostro sistema giudiziario, tanto che ad esso fanno riferimento, nel codice di procedura penale, tutte le disposizioni in tema di "azione penale" a partire dall'art. 50.

Sarebbe sufficiente, anzi, per spiegarne l'importanza e il valore di garanzia dell'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge che il principio conserva anche nell'attualità, ricordare che nel corso del confronto tenutosi nella fase preparatoria della Costituzione e in quella immediatamente preliminare alla sua approvazione, la discussione sul potere giudiziario investì anche il principio di obbligatorietà dell'azione penale, sostenuto e difeso da giuristi come Piero Calamandrei, Giovanni Uberti, Giuseppe Bettiol e Giovanni Leone, che lo ritennero centrale e irrinunciabile nell'ambito dello Stato di diritto, nonché principio fondamentale in uno Stato democratico moderno. E la Corte costituzionale, dal canto

1. Si rimanda, da ultimo, a *La riforma del processo penale (legge 27 settembre 2021, n. 134)*, in *Politica del diritto*, n. 4/2021, pp. 639 ss.

2. In proposito, va ricordato che, con l'art. 1, comma 9, lett. a e m della l. n. 134/2021, si vuole introdurre un mutamento di prospettiva secondo cui il pm (lett. a) chiede il rinvio a giudizio solo quando gli elementi acquisiti consentono una «ragionevole previsione di condanna», e allo stesso modo (lett. m), con modifica dell'art. 425, comma 3, cpp, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi acquisiti non consentono una «ragionevole previsione di condanna».

Attraverso questa previsione, si intendono evitare giudizi superflui o inutili mediante una più approfondita prognosi di condanna per il rinvio a giudizio.

In realtà, ad avviso di chi scrive, si tratta di previsione inutile, di natura sostanzialmente lessicale. Attualmente, in luogo del principio citato, vige quello di richiesta di archiviazione da parte del pm e di obbligo di proscioglimento da parte del giudice quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti o non idonei a sostenere l'accusa in giudizio.

Le due previsioni, pur se lessicalmente diverse, hanno lo stesso contenuto, essendo evidente che la possibilità di sostenere l'accusa in giudizio si fonda (o dovrebbe fondarsi) – per il pm – sulla ragionevole previsione dell'accoglimento della propria richiesta di condanna. E il ragionamento, con le ovvie differenze, si adatta anche al giudice che deve disporre o meno il rinvio a giudizio.

Detto questo, pur se sostanzialmente ultroneo, può però essere accolto l'invito istituzionale a una valutazione più rigorosa degli elementi di prova disponibili, che include anche un maggiore sforzo del pm di acquisizione probatoria durante la fase delle indagini, senza alcuna concessione alla errata logica di quei magistrati che ritengono di poterla rinviare al dibattimento.

suo, ha ricordato che «*il principio di obbligatorietà è punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale (...) talché il suo venir meno ne altererebbe l'assetto complessivo*» (sent. n. 88/1991). Non è inutile ricordare ancora oggi queste citazioni: esse permettono di smentire che la difesa del principio di obbligatorietà sia di natura formalistica, quasi si parlasse di un feticcio, e di comprendere quanto sia delicata la questione delle priorità nell'esercizio dell'azione penale.

Ma si obietta che, nonostante quanto previsto dall'art. 112 della Costituzione, soltanto una parte dei reati commessi vengono effettivamente perseguiti e l'obbligatorietà dell'azione penale, conseguentemente, non trova effettiva applicazione nella realtà: le notizie di reato pervenute al pm e le procedure d'indagine che si avviano sarebbero infatti troppo numerose e ingestibili, costringendo il pm stesso a operare una selezione. Egli, quindi, pur obbligato per legge a non scegliere, finirebbe per agire discrezionalmente scegliendo gli affari da trattare e quelli da trascurare, il tutto senza criteri predeterminati, anzi con criteri diversi tra procura e procura o, all'interno del singolo ufficio, perfino tra un pm e un altro. Con la conseguenza che, per i procedimenti non trattati, il destino finale sarebbe costituito dalla estinzione per prescrizione dei reati che ne sono oggetto o dall'archiviazione per avere lasciato trascorrere i termini massimi di durata delle indagini preliminari senza acquisire alcun elemento utile a promuovere l'azione penale. Verso la metà degli anni novanta, poi, a cavallo del periodo delle prime grandi inchieste sulla corruzione del mondo politico (a partire da quella denominata "Mani pulite"), iniziarono a manifestarsi nei confronti dei magistrati, soprattutto dei pubblici ministeri, persino accuse di violazione dolosa del principio di obbligatorietà dell'azione penale. Secondo tali accuse, la cui valenza offensiva è evidente, il pm sarebbe *indifferente* all'esito dei procedimenti di cui è oberato, mentre in altri la scelta di procedere o meno per un reato finirebbe con l'essere politicamente orientata, al punto da indurre il pm a perseguire i reati in cui sono coinvolti personaggi di orientamento politico a lui non gradito e, contemporaneamente, a tralasciarne altri che pure destano grave allarme sociale e pericolo per la sicurezza dei cittadini. Si tratta di affermazioni che vengono ciclicamente reiterate persino nell'attualità: si ricordi, ad esempio, l'accusa di "giustizia a orologeria" che ritorna a proposito di inchieste che sarebbero avviate o concluse – si dice – in occasione di scadenze elettorali o per colpire personaggi politici sgraditi.

A questo punto, le proposte "costruttive" per la modifica del sistema esistente si differenziano in ordine all'individuazione dell'istituzione o autorità cui

attribuire competenza e responsabilità di dettare periodicamente i criteri-guida uniformi per l'esercizio discrezionale dell'azione penale da parte dei pubblici ministeri.

Quale potrebbe essere tale istituzione o autorità? Il Governo, tramite indicazioni del Ministro della giustizia o il Ministro stesso, afferma taluno, con ciò aprendo la strada alla sottoposizione del pm all'esecutivo. Il Parlamento, previa discussione generale e trasparente, rispondono altri, così accettando la possibilità che l'azione penale sia condizionata dalle scelte della maggioranza politica di turno e che il dibattito parlamentare finisca inevitabilmente con l'investire il modo di operare di questo o quell'ufficio giudiziario. Ma c'è pure chi individua l'istituzione competente a regolare la presunta discrezionalità dei pm nel Consiglio superiore della magistratura (che mai, invece, si è ritenuto competente a orientare il merito delle scelte giurisdizionali), chi pensa al Procuratore generale presso la Corte di cassazione, chi ai consigli giudiziari operanti su base distrettuale e così in grado di valorizzare esigenze territoriali, chi ai singoli procuratori della Repubblica (cui, anche per questo, dovrebbero essere riconosciuti ulteriori poteri di tipo gerarchico). E c'è pure chi pensa a una interlocuzione complessa tra tutte – o quasi tutte – queste istituzioni, ritenendole a vario titolo competenti.

In particolare, cresce il numero di quanti ritengono che, grazie a quanto previsto nel testo-base in materia di organizzazione degli uffici di procura (d.lgs 20 febbraio 2006, n. 106, come modificato con l. 24 ottobre 2006, n. 269), rientri tra i poteri del procuratore quello della selezione discrezionale delle priorità nella trattazione degli affari penali negli uffici dei pm, visto che gli è attribuita la «titolarità esclusiva dell'azione penale» (art. 1, comma 1, d.lgs n. 106/2006). In realtà, la indubbia accentuazione del ruolo del procuratore della Repubblica non ne ha affatto determinato una sovraordinazione gerarchica assoluta rispetto agli altri componenti dell'ufficio: egli, titolare dei poteri riconosciutigli in tema di organizzazione dell'ufficio (ex art. 1, comma 6, d.lgs n. 106/2006), deve ispirare la sua azione al dovere di assicurare il corretto, puntuale e uniforme esercizio dell'azione penale (ex art. 1, comma 2, d.lgs n. 106/2006, che richiama pure il doveroso rispetto delle regole del giusto processo), ma non può certo impartire disposizioni tali da incrinare il principio di obbligatorietà della stessa azione penale. Del resto, tale obbligo viene riferito, nell'art. 112 Cost., al pubblico ministero come ufficio e dunque con tale principio devono armonizzarsi l'interpretazione e l'applicazione del d.lgs n. 106/2006. La norma, pertanto, non può che fare riferimento al dovere-potere del procuratore di organizzare e coordinare l'esercizio dell'azione penale nel rispetto della

legge e dei criteri omogenei approvati, ma non certo in dipendenza dei suoi orientamenti soggettivi o di scelte contingenti, per quanto motivate. Egli, insomma, esercita solo una gerarchia di tipo organizzativo, mentre, in tema di selezione di eventuali criteri di priorità, è comunque tenuto ad adeguare l'organizzazione dell'ufficio alle scelte elaborate dai dirigenti degli uffici giudicanti.

Non si tratta – come il Csm ha più volte ripetuto – di selezionare regole per scegliere quali reati trattare e quali abbandonare, ma solo per decidere quali trattare prima degli altri, in difetto delle risorse e delle condizioni materiali per agire contemporaneamente su tutti.

Vi è poi un altro argomento, spesso utilizzato a sostegno delle ragioni sia dei giuristi “tecnici” che di quelli “politici”. Esso nasce da uno sforzo incolto di usare il diritto comparato a proprio uso e consumo, e consiste nell'affermare che il sistema italiano costituirebbe l'eccezione in un panorama internazionale asseritamente caratterizzato dal principio di discrezionalità dell'azione penale e da quello inevitabilmente connesso della dipendenza del pm dal potere esecutivo, che ne detta le linee d'azione. L'affermazione è sicuramente errata: esistono in Europa, infatti, sistemi in cui l'azione penale è obbligatoria, altri in cui è discrezionale, altri ancora in cui esistono temperamenti all'uno o all'altro principio (per cui l'obbligatorietà è talvolta condizionata all'effettiva gravità del reato e, dunque, all'“economicità” in senso lato del processo, mentre la discrezionalità è orientata dal prevalere dell'interesse delle vittime dei reati). Negli Stati Uniti, poi, le direttive per l'esercizio dell'azione penale sono periodicamente dettate dall'*Attorney General* (figura che racchiude in sé le funzioni tanto del nostro Ministro della giustizia che del Procuratore generale presso la Cassazione), ma lì – e questa è la principale differenza con l'Italia – nemmeno il Presidente protesta se il *Prosecutor* lo incrimina. Nei sistemi europei in cui le direttive dell'esecutivo regolano il principio della discrezionalità dell'azione penale, esiste comunque la figura del giudice istruttore indipendente (da noi abolita da ormai più di trent'anni), che può rimediare alle inerzie del pm.

Insomma, il significato del dato comparatistico non può essere enfatizzato né assunto come parametro di valutazione del nostro sistema. E le differenze ordinamentali esistenti tra uno Stato e l'altro spesso derivano da secolari differenze di cultura giuridica e politica.

L'elencazione delle ragioni della crisi del principio di obbligatorietà dell'azione penale e dei possi-

bili rimedi (inclusi riferimenti al controverso tema delle priorità) richiederebbe il doppio dello spazio, già troppo ampio, occupato dalla presente relazione, ma sia permesso a chi scrive citare la propria esperienza professionale, che lo ha portato a partecipare a numerosi incontri di coordinamento investigativo e di studio a livello internazionale, anche extra-europeo, constatando dappertutto che il modello italiano, fondato su indipendenza dei pm e giudici dal potere politico, sul loro possibile mutamento di carriere e sull'assoluta obbligatorietà dell'azione penale, costituisce il modello ideale che si vorrebbe esistente in ogni sistema nazionale.

Il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, in realtà, deve essere difeso con convinzione perché – come si è detto – garantisce l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge: per questo è semmai «il malato da aiutare a guarire, non la malattia da cancellare»³, come in molti vorrebbero!

Ed è chiara la ragione per cui quel principio garantisce l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge: essi sanno che, essendo il pm obbligato a perseguirli per i reati di cui abbia notizia, tutti i responsabili raggiunti da prove sufficienti saranno condotti dinanzi a un tribunale per essere giudicati, senza distinzione di razza, religione, censo e senza possibilità di influenza sull'esito delle indagini del loro eventuale potere economico o politico.

Ci si deve domandare, allora, come mai esistano accaniti “detrattori” del principio affermato nell'art. 112 Cost., pronti a sostenere che si potrebbe rendere discrezionale l'azione penale senza necessità di trasformare il pm in un organo dipendente dall'esecutivo e senza compromettere altri principi costituzionali.

Le ragioni addotte a sostegno di questa posizione sono di duplice natura: tecniche, quelle di alcuni osservatori e giuristi che possono essere definiti “pragmatici”; politiche, quelle di chi – magari obliquamente – intende condizionare il ruolo del pubblico ministero, apparentemente preservandone l'indipendenza dall'esecutivo.

Entrambe le posizioni si fondano su un identico rilievo di partenza, quello concernente le note difficoltà che si oppongono all'effettiva realizzazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

È pur vero, però, che al fine di garantire lo “stato di salute” della giurisdizione, nonché la sua rapidità ed efficienza, è importante l'organizzazione delle procure della Repubblica, da cui dipende l'effettività dell'azione penale obbligatoria. Per tutti i pm, infatti, ma soprattutto per i dirigenti delle procure, non bastano più integrità morale e scienza giuridica: occorre

3. Affermazione condivisibile di Marcello Maddalena.

anche saper coniugare i valori della propria indipendenza e professionalità con sperimentati modelli di efficienza.

In effetti, ormai da molti anni le difficoltà di gestione dell'elevato numero di procedimenti penali iscritti crea enormi problemi alle procure della Repubblica e, a seguire, ai giudici di primo grado e a quelli d'appello.

Si rischia l'inutilità sostanziale del lavoro a monte dei pubblici ministeri ogni qualvolta non si tenga conto delle capacità recettive degli uffici giudicanti a valle, monocratici e collegiali. Questi, infatti, si troverebbero nell'impossibilità di gestire o definire, per le parti di rispettiva competenza, tutti i procedimenti oggetto di indagini o di promovimento dell'azione penale da parte della procura. Di qui le elaborazioni di direttive che i dirigenti degli uffici giudiziari devono impartire per una gestione razionale degli affari da trattare, quelle che hanno assunto la definizione tecnica di "criteri di priorità".

3. La "storia" del dibattito sui "criteri di priorità" e il succedersi di provvedimenti legislativi, consiliari e di procuratori della Repubblica

Tecnicamente, il tema delle priorità cominciò a essere discusso ben prima delle inchieste di "Mani pulite", che pure alimentarono veri e propri scontri tra politica e magistratura.

Saranno di seguito elencati e sintetizzati gli interventi normativi, le risoluzioni e delibere del Csm e alcune circolari dei dirigenti degli uffici giudiziari, il tutto evidenziandone l'ordine cronologico, gli eventuali nessi e distinguendoli per tipologia. Il numero di tali provvedimenti è talmente alto da rendere possibile, pur essendo stata utilizzata una delle principali fonti di tale classificazione (vds. il testo di V. Pacileo⁴), qualche omissione di cui l'autore si scusa sin d'ora.

Già in una *circolare del Csm del 1977* si raccomandava la programmazione del lavoro degli uffici giudiziari «in modo tale da consentire in primo luogo la trattazione sollecita dei processi più gravi, intesi anche con riferimento alla tutela giurisdizionale dei beni collettivi» (*Notiziario*, n. 11/1977, p. 5).

A quella appena citata seguirono altre delibere, tra cui la *risoluzione del Csm 9 giugno 1981*, con la quale si dettavano criteri di trattazione prioritaria relativamente ai reati commessi da magistrati.

Venendo da epoca più recente, in particolare al periodo fine anni ottanta - inizio anni novanta, in conseguenza della difficile situazione in cui si trovavano le procure presso le preture circondariali, destinatarie della stragrande maggioranza delle notizie di reato, fu emanata il 16 novembre 1990 la storica "circolare Zagrebelsky", di Vladimiro Zagrebelsky, quale procuratore della Repubblica presso la Pretura di Torino. Probabilmente per la prima volta in un ufficio giudiziario del Paese, tale circolare dava luogo a un'articolazione di un programma di lavoro secondo linee di priorità nella trattazione degli affari che, come è stato ricordato⁵, presentava un inquadramento generale del problema con ancoraggi costituzionali (come i principi di uguaglianza e di buona amministrazione) che giustificavano l'intervento regolatore proposto. Già in quella circolare, però, si sottolineava la delicatezza, rispetto alla più agevole selezione di priorità all'interno di identiche tipologie di reato, di quella tra fattispecie di reato diverse, «chiaro essendo che è impossibile un discorso che releghi intere categorie di fatti, individuati per il titolo di reato, nella condizione di non poter essere mai prese in considerazione».

In occasione dell'istituzione del giudice unico di primo grado, con l'*art. 227 d.lgs 19 febbraio 1998, n. 51*, collocato nelle disposizioni transitorie e finali del testo, fu poi previsto che, «[a]l fine di assicurare la rapida definizione dei processi pendenti alla data di efficacia del presente decreto [2 giugno 1999, ndr], nella trattazione dei procedimenti e nella formazione dei ruoli di udienza, anche indipendentemente dalla data del commesso reato o da quella delle iscrizioni del procedimento, si tiene conto della gravità e della concreta offensività del reato, del pregiudizio che può derivare dal ritardo per la formazione della prova e per l'accertamento dei fatti, nonché dell'interesse della persona offesa» (comma 1), e che «Gli uffici comunicano tempestivamente al Csm i criteri di priorità ai quali si atterranno per la trattazione dei procedimenti e per la fissazione delle udienze» (comma 2). L'*art. 227* indicava dunque, in via generale e astratta, i criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti pendenti al 2 giugno 1999, di fatto delegando, seppure con gli inevitabili margini di elasticità, i singoli magistrati (requirenti ma anche giudicanti) a individuare i casi in cui procedere subito senza accantonare i fascicoli: e cioè i casi di «gravità» e «concreta offensività», ovvero quelli in cui vi era «pregiudizio per la formazione della prova e per l'accertamento

4. V. Pacileo, *Pubblico ministero. Ruolo e funzioni nel processo*, UTET Giuridica, Milano, 2011, nella parte intitolata *I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale. Compatibilità costituzionale*, pp. 206 ss.

5. V. Pacileo, *op. ult. cit.*

dei fatti» derivante dal ritardo o un «interesse» della persona offesa alla sollecita trattazione del procedimento. L'art. 227 citato, riguardando solo le citate pendenze, ha dunque esaurito la sua funzione.

Con l'art. 132-bis disp. att. cpp – introdotto con dl 24 novembre 2000, n. 341 (conv. con modifiche in l. 19 gennaio 2001, n. 4), e poi sostituito con il cd. «decreto sicurezza», cioè il dl 23 maggio 2008, n. 92 (conv. con modifiche in l. 24 luglio 2008, n. 125) – fu progressivamente assicurata (anche con *ulteriori modifiche protrattesi fino al 2019*) nella «formazione dei ruoli di udienza» e nella «trattazione dei processi» la «priorità assoluta» ai seguenti processi (elencati nel comma 1), con dovere per i dirigenti degli uffici giudiziari di adottare i provvedimenti organizzativi necessari per assicurarne la conseguente rapida definizione (comma 2).

L'originaria formulazione della norma prevedeva che:

«1. Nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione dei processi è assicurata la priorità assoluta:

a) ai processi relativi ai delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice e ai delitti di criminalità organizzata, anche terroristica;

b) ai processi relativi ai delitti commessi in violazione delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro e delle norme in materia di circolazione stradale, ai delitti di cui al testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nonché ai delitti puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni;

c) ai processi a carico di imputati detenuti, anche per reato diverso da quello per cui si procede;

d) ai processi nei quali l'imputato è stato sottoposto ad arresto o a fermo di indiziato di delitto, ovvero a misura cautelare personale, anche revocata o la cui efficacia sia cessata;

e) ai processi nei quali è contestata la recidiva, ai sensi dell'articolo 99, quarto comma, del codice penale;

f) ai processi da celebrare con giudizio direttissimo e con giudizio immediato».

Con successivi interventi, venivano poi inserite nella norma le seguenti nuove previsioni in tema di priorità assoluta, sempre e solo per formazione dei ruoli di udienza e trattazione dei processi da assicurarsi:

«a-bis) ai delitti previsti dagli articoli 572 e da 609 bis a 609 octies e 612 bis del codice penale» (lettera inserita dall'art. 2, comma 2, dl 14 agosto 2013, n. 93, conv. con modifiche in l. 15 ottobre 2013, n. 119);

«a-ter) ai processi relativi ai delitti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi in presenza delle circostanze di cui agli articoli 52, secondo, terzo e quarto comma, e 55, secondo comma, del codice penale» (lettera inserita dall'art. 9 l. 26 aprile 2019, n. 36);

«f-bis) ai processi relativi ai delitti di cui agli articoli 317, 319, 319 ter, 319 quater, 320, 321 e 322 bis del codice penale» (lettera aggiunta dall'art. 1, comma 74, l. 23 giugno 2017, n. 103, a decorrere dal 3 agosto 2017);

«f-ter) ai processi nei quali vi sono beni sequestrati in funzione della confisca di cui all'art. 12 sexies del decreto legge 8 giugno 1992 n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992 n. 356 e successive modificazioni» (lettera aggiunta dall'art. 30, comma 2, lett. c, l. 17 ottobre 2017, n. 161).

Il tema delle priorità, oggetto di questi plurimi interventi sull'art. 132-bis disp. att. cpp, era tornato d'attualità anche a causa della emanazione della legge 31 luglio 2006, n. 241, di concessione dell'indulto non accompagnata da provvedimento di amnistia, come invece era sempre avvenuto in precedenza. Si era così posto il problema di quale trattamento riservare ai procedimenti che con ogni ragionevolezza, in base al titolo del reato e ad altre circostanze di fatto, pur in caso di condanna, si sarebbero conclusi con l'irrogazione di una pena contenuta nei limiti (fino a tre anni di pena detentiva) dell'indulto.

Per garantire effettiva precedenza ai processi indicati nel citato art. 132-bis, l'art. 2-ter della citata l. n. 125/2008 facoltizzava i dirigenti degli uffici a individuare i criteri per il rinvio (non superiore a diciotto mesi) dei processi per reati ricadenti sotto la previsione dell'indulto di cui alla l. n. 241/2006, tenendo peraltro conto della gravità e offensività del reato, del pregiudizio alla formazione della prova derivante dal ritardo, dell'interesse della persona offesa.

Intanto, alcuni procuratori intervennero dotandosi, sul piano organizzativo, di regole per decidere quali procedimenti mandare avanti e quali tralasciare in base al titolo del reato, all'interesse della persona offesa, all'esistenza di una particolare recidiva e così via. Della questione il Csm, non solo in quanto recettore di questi piani organizzativi, venne investito direttamente dal Ministro della giustizia, che ne sollecitava gli interventi razionalizzatori di eventuale competenza, evitando di promuovere il varo di un provvedimento di amnistia.

Il Csm, con *risoluzione del 9 novembre 2006*, ritenne allora di non poter dare una risposta risolutiva e uniforme al tema della selezione dei procedimenti da privilegiare, ritenendosene impedito dal riparto delle competenze costituzionali. Ribadiva,

però, la doverosa percorribilità, sul piano tabellare, di una organizzazione razionale degli uffici per dare effettività all'amministrazione della giustizia, invitando i dirigenti degli uffici (inquirenti e giudicanti), nell'ambito delle loro competenze, ad adottare iniziative e provvedimenti idonei a razionalizzare la trattazione degli affari e l'impiego, a tal fine, delle risorse disponibili.

Con successiva *deliberazione del 15 maggio 2007*, il Csm, «lungi dall'escludere in radice la definizione secondo giustizia di ogni procedimento o processo alla luce del principio di obbligatorietà dell'azione penale, dà corpo e sostanza ai richiesti criteri di priorità che necessariamente tengono conto delle scarse risorse disponibili».

In questa cornice, a Torino, il 10 maggio 2007, il procuratore della Repubblica presso il locale Tribunale, Marcello Maddalena, emise direttive in tema di trattazione dei procedimenti in conseguenza dell'applicazione della l. 31 luglio 2006, n. 241 che aveva concesso il citato indulto. Tale importante provvedimento riguardava, però, solo un limitato numero di procedimenti, quelli per reati che consentono la citazione diretta a giudizio, dunque tendenzialmente meno gravi, e comunque commessi prima del 2 maggio 2006 (prima, cioè, della data fissata dal legislatore come data ultima di commissione dei reati ai fini dell'applicazione dell'indulto). All'interno delle singole fattispecie criminose veniva indicata tutta una serie di eccezioni e limitazioni, e vi si prevedeva inoltre che, in tutti i casi in cui vi fosse un interesse concreto alla celebrazione del processo da parte di qualsiasi soggetto processuale, la circolare non trovasse applicazione, così come in presenza di altre circostanze (ad esempio: se uno degli imputati o indagati fosse un recidivo reiterato o fosse stato dichiarato delinquente professionale o abituale o per tendenza, o in tutti i casi in cui il singolo magistrato ritenesse per qualsiasi ragione di procedere normalmente, etc.). Si trattava, insomma, di un provvedimento importante, ma con un oggetto estremamente limitato.

Il Csm, peraltro, con *risoluzione del 13 novembre 2008*, esprimeva apprezzamento per le previsioni contenute nell'art. 132-bis disp. att. cpp, ritenute idonee a superare «l'eccesso di spontaneismo» di cui avevano dato prova in passato giudici e pubblici ministeri nella «valutazione pressoché arbitraria dei tempi di fissazione e di successiva trattazione dei processi». Nella delibera si sottolineava, accanto al parallelismo con la disposizione dell'art. 227 d.lgs n. 51/1998, che «l'attuale disciplina è però portatrice di una forza imperativa senz'altro diversa, rafforzata,

com'è oggi, dalla copertura costituzionale del precetto della ragionevole durata del processo».

Occorre domandarsi – ha scritto V. Pacileo⁶ – se i criteri di cui all'art. 132-bis disp. att. cpp siano applicabili o, addirittura, cogenti per gli uffici di procura. Il secondo quesito richiede una risposta negativa, poiché la disposizione riguarda i ruoli di udienza e i «processi» e ne è attribuita l'applicazione ai dirigenti degli uffici giudicanti. Viceversa, sembra senz'altro potersi riconoscere l'estensibilità dei criteri di priorità alla fase delle indagini preliminari, sia in ossequio a un generale principio di unitarietà della giurisdizione (o, in questo caso, di omogeneità) sia, per ragioni più pratiche e stringenti, per il fatto che la procura non potrebbe che adeguarsi, già a monte, alla modulazione cronologica dei procedimenti da portare davanti al proprio giudice. Questa interpretazione è stata avallata dalla stessa risoluzione del 13 novembre 2008 del Csm, allorché sono state sottolineate le implicazioni del nuovo dettato normativo anche sull'attuazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale, conseguendone la evidenziata necessità che il dirigente dell'ufficio giudicante imposti la selezione delle priorità previo concerto con l'ufficio di procura.

Sono stati numerosi, comunque, gli *ulteriori interventi del Csm in tema di priorità, deliberati negli anni 2009, 2014, 2016, 2017, 2018, 2020 e 2021*:

- con la *risoluzione dell'8 luglio 2009*, il Csm ha rappresentato l'opportunità della trattazione sollecitata dei reati di violenza familiare e di quelli in danno di soggetti deboli;

- con la *risoluzione del 28 luglio 2009*, ha raccomandato la pronta definizione dei procedimenti per infortuni sul lavoro;

- nelle *delibere* adottate in data 9 e 10 luglio 2014, si affermava che le procure devono conformarsi agli orientamenti degli uffici giudicanti e che il rischio di prescrizione non può essere criterio di «postergazione». In sostanza, in tali delibere consiliari si confermava che ogni eventuale scelta di priorità nella trattazione degli affari penali compete innanzitutto agli organi giudicanti e non alle procure della Repubblica, le quali, diversamente, rischierebbero di vanificare il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale e di dar spazio alla possibile discrezionalità delle loro scelte.

In particolare, in quella del 9 luglio 2014 sui «Criteri di priorità nella trattazione degli affari penali», il Csm aveva raccomandato ai procuratori, «in assenza di un sistema di tipizzazione delle priorità legislativamente predeterminato» (che non veniva certo auspicato), di tener conto dei criteri adottati

6. Op. ult. cit.

dai corrispondenti uffici giudicanti nell'«individuazione di linee guida finalizzate a scongiurare l'insorgenza di ingiustificate disparità nel concreto esercizio dell'azione penale».

Nella delibera del 10 luglio 2014, inoltre, il Csm, rivolgendosi ai dirigenti degli uffici giudicanti e ribadendo ancora una volta l'impossibilità di adottare «provvedimenti che comportino un accantonamento di procedimenti per farne conseguire gli effetti estintivi per prescrizione», confermava la loro competenza a selezionare i criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti e ricordava che il procuratore della Repubblica di Roma (dei cui provvedimenti organizzativi in quella delibera si limitava a “prendere atto”) non aveva fatto altro che conformarsi, nelle proprie scelte, a quelle adottate in sede di variazione tabellare dal presidente del Tribunale di Roma;

- nella seduta dell'11 maggio 2016, il Consiglio superiore della magistratura – adottando una nuova delibera in tema di linee guida in materia di criteri di priorità e gestione dei flussi di affari – ha affermato che «è preciso compito del Presidente del Tribunale e del Procuratore della Repubblica individuare, in applicazione di principi di coordinamento e leale collaborazione, i moduli attuativi delle priorità e della gestione dei flussi di affari, con il comune obiettivo di evitare determinazioni unilaterali, anche tenendo conto delle valutazioni compiute in sede di conferenza distrettuale»;

- la circolare del Csm del 16 novembre 2017 in tema di «organizzazione degli Uffici di Procura» prevede, all'art. 4, lett. g, che il procuratore possa individuare i criteri di priorità nella trattazione degli affari, come previsto dall'art. 3 (sul cui contenuto si rimanda a quello identico, appresso specificato, in ordine alla circolare del 16 dicembre 2020);

- la circolare del 16 novembre 2017 è stata aggiornata dal Csm con successive modifiche del 18 giugno 2018, che non hanno riguardato direttamente il tema di priorità. Tuttavia, nella relazione d'accompagnamento si legge che «appare evidente come la natura di scelta organizzativa propria del provvedimento con cui sono adottati i criteri di priorità, espressamente finalizzati a garantire la complessiva ragionevole durata del processo e il buon andamento della risposta di giustizia, imponga una valutazione che, pur nel rispetto tendenziale del principio di omogeneità di trattazione degli affari sul territorio nazionale, sia modulata sulle contingenti necessità operative del distretto. In altri termini, una volta chiarito che, allo stato della legislazione vigente, l'individuazione di criteri di priorità è legittima solamente quando abbia l'obiettivo di fornire un'adeguata risposta alla domanda di giustizia e non già quello di consentire al magistrato la scelta della tipologia di reati da perseguire, è evidente che

tale individuazione, per risultare efficace, deve muovere dall'analisi di dati oggettivi su base territoriale, costituiti, quanto meno, della qualità e della quantità dei procedimenti pendenti. Consentire la trattazione prioritaria di una ben determinata tipologia di reati, difatti, non permetterà solo di affrontare con maggiore rapidità la richiesta di intervento più pressante proveniente dal territorio, ma assicurerà, altresì, una risposta a tutte le istanze degli utenti del servizio giustizia, attraverso diverse scelte organizzative capaci di differenziare le sole modalità di trattazione degli affari (per esempio privilegiando un rito rispetto a un altro, dedicandovi una diversa forza lavoro, unificandone la trattazione, etc.). Scelte, queste, ovviamente da condividersi con l'ufficio giudicante del Distretto e nell'ambito della più ampia conferenza distrettuale, suggerita dalla circolare vigente»;

- il 9 maggio 2018, il Csm ha approvato la «Risoluzione sulle linee guida in tema di organizzazione e buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica»;

- il 16 dicembre 2020, il Csm ha approvato la nuova e più recente circolare sulla organizzazione degli Uffici di Procura che, per quanto qui interessa, all'art. 3 prevede quanto segue:

- comma 2: «Il Procuratore della Repubblica, nel rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale e dei parametri fissati dall'art. 132 bis disp. att. c.p.p. e delle altre disposizioni in materia, può elaborare criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti. Indica i criteri prescelti al fine dell'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, tenendo conto della specifica realtà criminale e territoriale, nonché delle risorse tecnologiche, umane e finanziarie disponibili»;

- comma 3: «Nell'elaborazione dei criteri di priorità, il Procuratore della Repubblica cura l'interlocuzione con il Presidente del tribunale ai fini della massima condivisione, ed opera sia tenendo conto delle indicazioni condivise nella conferenza distrettuale dei dirigenti degli uffici requirenti e giudicanti, sia osservando i principi enunciati nelle delibere consiliari del 9 luglio 2014 e dell'11 maggio 2016 in tema, rispettivamente, di “criteri di priorità nella trattazione degli affari penali” e di “linee guida in materia di criteri di priorità e gestione dei flussi di affari - rapporti fra uffici requirenti e uffici giudicanti”»;

- nell'art. 4, comma 1, lett. g, si ribadisce che il procuratore della Repubblica «può individuare i criteri di priorità nella trattazione degli affari, come previsto dall'art. 3»;

- infine, nell'odg del plenum del 15 dicembre 2021 è prevista la proposta di approvazione di una risposta (deliberata all'unanimità dalla VII commissione) a un quesito trasmesso il 12 febbraio 2019 al Csm dal

procuratore della Repubblica di Verona, a seguito di contrasto interpretativo con alcuni sostituti. Nella proposta calendarizzata, dopo la ricostruzione cronologica e i contenuti dei provvedimenti del Csm in materia di priorità, si afferma quanto segue:

«a) l'adozione dei criteri di priorità ulteriori rispetto a quelli di legge da parte del dirigente dell'ufficio di Procura non lede il principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 101 Cost.), essendo gli stessi funzionali alla tutela di interessi di pari rilevanza costituzionale, e, in particolare, dell'efficienza giudiziaria (art. 97 Cost.), del giusto processo e della sua ragionevole durata (art. 111 Cost.), purché ciò avvenga all'esito di un iter partecipato, quindi, previo confronto con i magistrati dell'ufficio, allo scopo di renderli partecipi e di acquisire i loro contributi;

b) nel perseguimento dell'obiettivo di garantire uniformità ed omogeneità all'azione complessiva dell'ufficio, il dirigente dell'ufficio requirente, in materia di priorità, può non solo individuare i procedimenti a trattazione anticipata e quelli postergati, ma fornire ai magistrati dell'ufficio indicazioni generali circa gli astratti presupposti per l'applicazione di istituti processuali deflattivi; dette direttive costituiranno un necessario criterio di riferimento per i magistrati dell'ufficio relativamente all'indicazione dei procedimenti prioritari, ferma la possibilità per il singolo sostituto di valutare, con prudente apprezzamento, se le peculiarità del caso concreto giustificano la deroga a tale criterio di riferimento, previa interlocuzione con il Procuratore della Repubblica, nell'ambito dei rapporti di leale collaborazione con la dirigenza dell'ufficio; per la residua parte varranno come criteri generali ed astratti di orientamento;

c) i protocolli tra dirigenti degli uffici giudicanti e requirenti, contenenti la formalizzazione delle intese intervenute in materia di priorità, sono ammissibili, costituendo coerente attuazione del principio della condivisione e della necessaria interlocuzione tra uffici, espresso nell'art. 3, co. 3, della Circolare sulle Procure e nelle delibere del 2014 e del 2016, in esso richiamate. Tali accordi possono avere ad oggetto: 1) i criteri di priorità (in essi sempre incluse quelle indicate all'art. 132 bis cit.), intesi come graduazione temporale dell'ordine di trattazione dei procedimenti, con individuazione di quelli cui va attribuita precedenza e di quelli postergati [omissis];

d) le previsioni dei protocolli, nei limiti in cui contengono soluzioni rientranti nei poteri organizzativi del dirigente dell'ufficio, ove recepite nel progetto organizzativo o in un atto ad hoc, adottato nel rispetto dell'iter indicato nelle delibere del 2014 e 2016, richiamate all'art. 3, co. 3, della Circolare sulle Procure, sono efficaci nei confronti dei magistrati dell'ufficio requirente come necessario criterio di riferimento, nella

parte in cui indicano le priorità, ferma la possibilità per il singolo sostituto di valutare, con prudente apprezzamento, se le peculiarità del caso concreto giustificano la deroga a tale criterio di riferimento, previa interlocuzione con il Procuratore della Repubblica, nell'ambito dei rapporti di leale collaborazione con la dirigenza dell'ufficio; per la residua parte varranno come criteri generali ed astratti di orientamento;

e) esorbitano dall'oggetto della concertazione ammessa e, ancor più a monte, dall'ambito dei poteri del dirigente in materia di criteri di priorità, l'indicazione di soluzioni processuali con diretta incidenza sul concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali sprovviste di adeguato supporto normativo di rango primario (quali ad esempio l'archiviazione c.d. processuale)».

Esaurito l'elenco dei provvedimenti consiliari in tema di priorità, vanno ora ricordati due progetti di riforma costituzionale che pure hanno riguardato, tra l'altro, il tema qui in discussione: il progetto di riforma del 1997 della Commissione bicamerale presieduta dall'On. D'Alema e la cd. "riforma epocale" approvata dal Consiglio dei ministri il 10 marzo 2011, poi finita su "binario morto".

In ogni parte del mondo, come è noto, si registrano contrasti tra giustizia, politica, economia, ma in nessuna parte del mondo il livello di tali contrasti ha portato, come in Italia, a una situazione di vero pericolo per l'indipendenza della magistratura e al rischio di violazione del principio della separazione dei poteri che è alla base di ogni ordinamento democratico.

Un rischio che aveva preso corpo con le proposte della mai abbastanza vituperata Commissione bicamerale per le riforme costituzionali, nata nel 1997, presieduta da D'Alema e di cui Marco Boato era relatore per la giustizia. Il Sen. Marcello Pera, nella seduta del 13 febbraio 1997, aveva richiesto che si parlasse anche della non obbligatorietà dell'azione penale, oppure della combinazione dell'obbligatorietà dell'azione penale con le direttive approvate dal Parlamento. Un progetto che fortunatamente non ebbe seguito alcuno.

Negli anni successivi, comunque, si è continuato a discutere di riforme da attuarsi rapidamente in nome dell'efficienza e delle garanzie per i cittadini, discutendo anche della possibilità di attribuzione al Parlamento, su proposta del Ministro della giustizia, delle scelte delle priorità investigative (il che, secondo l'opinione sin qui già espressa da chi scrive, sarebbe stato sufficiente di per sé a vanificare il principio di obbligatorietà dell'azione penale e a depotenziare il ruolo del pm, senza neppure necessità di sottoporlo al controllo dell'esecutivo), nonché dello sganciamento

dell'attività della polizia giudiziaria dalla direzione e dal controllo del pm (oggetto di un ulteriore progetto di riforma del procedimento penale, contenuto nel ddl n. 1440, approvato dal Consiglio dei ministri il 6 febbraio 2009 e poi non approvato).

Ma il progetto di riforma più pericoloso in tema di priorità fu quello approvato dal Consiglio dei ministri il 10 marzo 2011 e pubblicamente presentato, dopo pochi giorni, dal Ministro della giustizia Alfano e dal Presidente del Consiglio Berlusconi.

Tale riforma, definita "epocale", se fosse stata approvata, avrebbe fatto saltare l'equilibrio tra i poteri dello Stato e l'indipendenza della magistratura.

Era infatti una riforma decisamente più pericolosa di altre in precedenza progettate, a partire dal fatto che nella proposta di nuova formulazione degli articoli della Carta si faceva riferimento a ben undici future leggi ordinarie di attuazione, cui veniva affidato il compito di precisare i contenuti effettivi e concreti dei principi che si intendevano modificare. Si manteneva fermo, per esempio, il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, ma si prevedeva che sarebbe stata esercitata «secondo i criteri stabiliti dalla legge». Con la conseguenza che non di obbligatorietà si sarebbe trattato, ma di priorità decise dalla maggioranza parlamentare di turno.

Nella relazione di accompagnamento del ddl costituzionale si affermava che, con le modifiche proposte, si intendeva allineare il nostro sistema «alle corrispondenti disposizioni di altri ordinamenti democratici e del cosiddetto Corpus juris per la istituzione di un pubblico ministero europeo (...) a significare che i margini di valutazione [dell'uso dell'azione penale] non possono essere affidati a determinazioni soggettive o casuali, ma devono trovare sempre, quale che sia il modello processuale, una regolamentazione obiettiva e predeterminata che solo la legge è in grado di garantire. Particolari esigenze storiche, sociali ed economiche, infatti, possono indurre il legislatore a fissare criteri in forza dei quali, ad esempio, debba esser data prioritaria trattazione ad indagini concernenti determinati reati; fermo restando l'obbligo, esaurite queste, di curare anche le indagini relative alle altre fattispecie penalmente rilevanti».

Anche questo progetto, con la fine dell'epoca berlusconiana, non ebbe fortunatamente seguito.

Nella stessa direzione di quella "epocale" era orientata la proposta di legge costituzionale elaborata dall'Unione delle Camere penali italiane (Ucpi), anch'essa contenente riferimenti all'obbligatorietà dell'azione penale e al tema delle priorità.

L'Ucpi, infatti, ha presentato alla Camera dei deputati nella XVII legislatura, il 31 ottobre 2017, una proposta di legge costituzionale di iniziativa po-

polare, recante «Norme per l'attuazione della separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura».

Tra le proposte di modifica costituzionale elaborate dall'Ucpi, si colloca quella di modifica dell'art. 112 della Costituzione, secondo cui, dopo le parole «Il Pubblico Ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale» dovrebbero essere aggiunte le seguenti: «secondo le forme previste dalla legge».

Questa opzione può essere meglio valutata se la si legge con quanto espresso nel cd. "punto dell'Unione" del 17 febbraio 2020 sul ddl di riforma penale (cd. "riforma Cartabia"), secondo cui è incostituzionale la scelta di consegnare all'Ufficio del pubblico ministero l'individuazione di criteri di priorità, al fine della selezione delle notizie di reato da trattare (art. 3, lett. h). Solo il Parlamento può essere legittimato a regolare il sistema penale con decisioni fondate su trasparenti criteri di politica giudiziaria. L'unico temperamento al principio di obbligatorietà dell'azione penale che il nostro ordinamento può recepire non può che essere quello che riserva al potere legislativo il compito di regolare il sistema penale con regole fondate su trasparenti criteri di politica giudiziaria.

Una proposta tanto indefinita quanto inaccettabile, almeno per chi scrive.

4. Attribuzione al Parlamento della individuazione – con legge – dei criteri di priorità per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale: una scelta criticabile

A questo punto, dopo avere illustrato le innegabili criticità che ostacolano l'effettiva realizzazione dell'obbligatorietà dell'azione penale, le ragioni che hanno portato all'ingresso nell'ordinamento delle scelte di priorità ai fini dell'efficace promovimento dell'azione penale, nonché i provvedimenti legislativi, consiliari e alcune circolari di procuratori intervenute in materia, è utile tornare all'analisi dell'art. 1, comma 9, lett. i della legge delega n. 134/2021 e alla prospettazione dei rischi che, in concreto, potrebbero derivarne.

La legge n. 134/2021, è bene ripeterlo, è costituita da due articoli:

- l'art. 1 (composto da 28 commi, spesso comprendenti, come l'art. 2, lunghi sottocommi, secondo una prassi criticabile ormai invalsa nelle scelte parlamentari), che prevede una serie di deleghe al Governo;

- l'art. 2 (composto da 24 commi, inclusi quelli relativi alle disposizioni di accompagnamento della riforma), che contiene novelle al codice penale e al codice di procedura penale, immediatamente precettive.

In generale, le disposizioni del ddl sono quindi riconducibili a una serie di diverse finalità, tra le quali è preminente l'esigenza di accelerare il processo penale, che ben poco ha a che fare, però, con la selezione delle priorità, la quale non è peraltro compresa in alcun modo in ciò che "ci chiede l'Europa", un'affermazione ormai di rito che rischia di trasformarsi in un alibi se non la si usa con attenzione.

Alla luce di quanto sin qui precisato, appare già evidente l'opinione di chi scrive, fortemente critica nei confronti della norma in questione. È bene, comunque, approfondire il tema anche con riferimenti alle opposte opinioni di chi apprezza la scelta del legislatore.

Con l'art. 1, comma 9, lett. i, si prevede – come si è detto – che gli uffici del pubblico ministero, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, nell'ambito di criteri generali indicati con legge dal Parlamento, individuino priorità trasparenti e predeterminate, da indicare nei progetti organizzativi delle procure (da sottoporre al Csm come già ora previsto), "allineandoli", quanto alla procedura di approvazione, a quella delle tabelle degli uffici giudicanti.

La prima parte di questa previsione, a parere di chi scrive, non è in alcun modo condivisibile: la selezione delle priorità di intervento dei pubblici ministeri, anche solo nell'ambito di linee guida generali e non di un cogente catalogo di reati, non può essere materia di competenza del Parlamento (e, conseguentemente, delle maggioranze esistenti) perché ciò aprirebbe la strada a seri pericoli per l'autonomia della magistratura e dei pubblici ministeri in particolare, e finirebbe con il determinare seri rischi per il già illustrato principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale.

Le preoccupazioni, peraltro, non possono mancare se solo si volge lo sguardo indietro e ci si ricorda delle pessime riforme (spesso definite da giuristi autorevoli "leggi *ad personam*") o pericolosi progetti di riforme che abbiamo conosciuto in anni recenti, inclusi – oltre quelli già ricordati – i "pacchetti sicurezza" che negli anni 2008-2009 favorirono l'estendersi di una xenofobia incontrollata come, esattamente dieci anni dopo, i "decreti-sicurezza" del 2018 (con abrogazione della "protezione umanitaria" e ampliamento dei criteri di diniego e revoca della protezione internazionale) e del 2019 (con cui veniva rafforzata la "politica dei porti chiusi").

Il punto di partenza, allora, è l'esame del contenuto delle leggi precedenti sin qui intervenute in

materia di priorità: da quello che si è fin qui detto, risulta evidente che il Parlamento, nonostante progetti abortiti e intenzioni mal celate, non è sin qui mai intervenuto con scelte di merito per individuare un catalogo dei reati che le procure dovrebbero prioritariamente trattare.

Rimandando a quanto già precisato, Parlamento e Governo non lo hanno fatto né in occasione dell'istituzione del giudice unico di primo grado, con l'art. 227 d.lgs 19 febbraio 1998, n. 5 (che, come si è detto, non può più considerarsi in vigore), né con l'art. 132-bis disp. att. cpp – introdotto con dl 24 novembre 2000, n. 341, e oggetto poi di successive modifiche protrattesi fino al 2019, trattandosi in questo caso di norma che, pur inglobando indicazioni costituenti criteri di orientamento anche per l'azione dei pm, è indirizzata agli organi giudicanti ai fini della «*formazione dei ruoli di udienza*», fase che interviene successivamente al promovimento dell'azione penale.

Si afferma, a sostegno di un giudizio positivo sulla riforma qui in discussione, che comunque, a seguito della delega contenuta nell'art. 1, comma 9, lett. i della l. n. 134/2021, l'adozione da parte degli uffici di procura dei criteri di priorità trasparenti e predeterminati da inserire nei progetti organizzativi diventerà obbligatoria, mentre ora non lo è. L'affermazione è discutibile, apparendo evidente che, anche se frutto di una normativa secondaria (le delibere del Csm), le soluzioni organizzative sin qui adottate dal Csm in tema di priorità rivestono carattere cogente e devono essere rispettate dagli uffici di procura.

La risoluzione dell'11 maggio 2016, ad esempio, parla di «*Soluzioni necessitate, si auspica temporanee, concertate e rispettose delle rispettive competenze*», e la risposta a quesito posta all'odg del Csm del 15 dicembre 2021 ricorda, in termini tassativi, che «*non potranno essere ritenuti conformi alla normativa secondaria moduli organizzativi destinati a rinnovarsi tacitamente, risolvendosi in misure non temporanee, ma tendenzialmente stabili. È necessario, invero, che le iniziative intraprese siano effettivamente coerenti rispetto alle concrete condizioni degli uffici in un determinato momento e che vengano modificate e adeguate con il variare dei flussi, delle pendenze e delle sopravvenienze, da monitorare periodicamente*».

Del resto, in assenza di un carattere cogente delle varie disposizioni del Csm, non si spiegherebbe il fatto che, per quanto noto a chi scrive, essendo cessato il periodo dei «procuratori "pionieri"»⁷, nessun

7. Felice definizione di N. Rossi, *I criteri di esercizio dell'azione penale. Interviene «il Parlamento con legge»*, in questa Rivista online, 8 novembre 2021, www.questionegiustizia.it/articolo/i-criteri-di-esercizio-dell-azione-penale-interviene-il-parlamento-con-legge, ora in versione aggiornata, con diverso titolo, in questo fascicolo – *I "criteri di priorità" tra legge cornice e iniziativa delle procure*.

procuratore (da quelli delle principali sedi a quelli di sedi di piccola e media dimensione) si sottrae al conseguente dovere di elaborazione dei criteri di priorità, previa interlocuzione con i presidenti di Tribunale, e al conseguente loro inserimento nei criteri di organizzazione dell'ufficio. Tra l'altro, è significativo che sia già da tempo previsto l'intervento valutativo del Csm che, pur non potendo determinare modifiche o "bocciature" dei progetti organizzativi, può contenere osservazioni critiche che sollecitano i dirigenti delle procure a eventuali aggiustamenti e che, comunque, sono inserite nel fascicolo personale del dirigente anche ai fini delle valutazioni di professionalità e delle procedure di rinnovo dell'incarico direttivo dopo la prima scadenza.

Recentemente, con la nuova circolare sull'organizzazione delle procure approvata il 16 dicembre 2020, il Csm, pur nel rispetto del potere di organizzare gli uffici reagenti attribuito al procuratore della Repubblica con la riforma del 2006 – scelta funzionale a imprimere un'impronta unitaria all'ufficio –, ha ulteriormente affermato il suo ruolo di "garanzia" attraverso la possibilità di *presa d'atto* "con rilievi" o con "osservazioni" dei progetti organizzativi di quegli uffici, onde verificare la trasparenza del corretto esercizio delle competenze dei procuratori accentuando, nel contempo, il proprio potere di "indirizzo" in funzione dell'uso uniforme di attribuzioni assai delicate che concorrono ad assicurare il rispetto delle garanzie costituzionali. Insomma, al ruolo e al "potere" del procuratore fa da contrappeso la responsabilità delle scelte organizzative, la cui rispondenza e funzionalità al corretto e imparziale esercizio dell'azione penale spetta vagliare al Csm, cui il progetto organizzativo deve essere inviato per l'art. 1, comma 7, d.lgs n. 106/2006⁸. Non sembra dunque che al procuratore sia oggi consentito evitare la selezione delle priorità nell'esercizio dell'azione penale, che ormai costituisce un obbligo derivante dalla normativa secondaria.

Si afferma, però, che dall'esame della delega emerge con chiarezza che il compito del Parlamento non consisterà nel compiere scelte di merito e nell'individuare direttamente i settori prioritari dell'intervento penale, ma nell'indicare i parametri generali e le procedure che gli uffici dovranno seguire nell'enunciare le loro priorità, adeguate al territorio in cui operano⁹: ciò appare un auspicio condivisibile, pur se incompatibile con i contenuti di pubbliche prese di posizione, anche durante la fase di elaborazione delle riforme, di molti esponenti politici, che hanno affermato invece la

necessità di interventi sul catalogo dei reati prioritari onde finalmente indirizzare l'azione delle procure.

Ed eccoci allora al "dunque" della questione: se il testo della riforma prevede una cornice stabile e vincolante di criteri generali fissata dal «Parlamento con legge», nel cui ambito gli uffici di procura saranno chiamati a predisporre i criteri di priorità, di quali "criteri" stiamo in concreto parlando o, meglio, qual è il significato dell'espressione «criteri generali e vincolanti»? Stiamo parlando di criteri organizzativi e procedurali o di un catalogo di tipologia di reati e/o di interessi prioritari tutelati dalle leggi penali?

La domanda non è banale poiché la normativa primaria possibile già esiste: quella di cui all'art. 132-*bis* delle norme di attuazione del cpp, che, pur diretta agli organi giudicanti, costituisce – come si è detto – anche criterio di indirizzo per le procure che devono elaborare i loro criteri di priorità sulla base di interlocuzione con i tribunali, come prevedono, anche sul piano procedurale, le citate molteplici delibere consiliari.

Diversamente, ove si intendesse far riferimento a una selezione di reati da deliberare con legge, ci si troverebbe di fronte a un'inammissibile invasione di competenze e a una grave violazione del principio costituzionale della separazione dei poteri e dell'indipendenza della magistratura. Nessun parlamento (con legge) o governo (anche sulla base di una delega del legislatore) potrebbe impartire ordini ai pubblici ministeri su come selezionare le priorità dei loro interventi che, evidentemente, non riguarderebbero solo la fase del promovimento dell'azione penale, ma anche quella prodromica delle investigazioni. Ne sarebbero condizionati anche i presidi di polizia giudiziaria, dipendenti dall'ag nelle indagini giudiziarie, ma dai vari ministeri sul piano amministrativo.

Ma il rischio più evidente rimane quello di vedere l'azione della magistratura dipendere, come già si è detto, da scelte del Parlamento e del Governo indirizzate dalle maggioranze politiche di turno, sempre più fluttuanti, instabili e persino divise nel periodo storico che il nostro Paese sta vivendo. Si pensi, ad esempio, al peso politico che hanno assunto l'utilizzo strumentale del diritto alla sicurezza e il populismo dilagante in tema di immigrazione. È logico ritenere, anzi, che se il Parlamento avesse dovuto indicare priorità nell'esercizio dell'azione penale nel periodo del primo Governo Conte, quello cd. "giallo-verde", vi sarebbero state incluse quelle connesse ai reati in materia di immigrazione, introdotti con l'ormai noto

8. Queste osservazioni sono sintesi di una comunicazione inviata il 23 dicembre 2020 da cinque componenti togati del Csm alla *mailing list* dell'Associazione nazionale magistrati.

9. N. Rossi, *op. cit.*

primo “decreto sicurezza” del 2018 (e poi con il secondo del 2019), risultati spesso lesivi dei diritti fondamentali degli immigrati richiedenti asilo o protezione internazionale.

E se quanto previsto dall’art. 132-*bis*, comma 1, lett. *b* delle norme di attuazione del cpp fosse vincolante anche per i pm, magari attraverso una nuova norma di richiamo, diventerebbero prioritari ai fini delle indagini e dell’azione penale anche reati minori previsti dal d.lgs 25 luglio 1998, n. 286, tra cui quello di cui all’art. 10 («Respingimento») che, nel comma 2-*ter* (introdotto con il “decreto sicurezza” del 4 ottobre 2018, conv. in l. 1° dicembre 2018, n.132), prevede la punizione fino a quattro anni di reclusione dello straniero che abbia trasgredito al provvedimento di respingimento: reato da perseguire, certo, ma – viene da chiedersi – in via prioritaria?

E sia concessa anche la citazione di direttive – poi inserite nel successivo progetto organizzativo dell’ufficio – che chi scrive ha emesso il 9 luglio 2018 come procuratore di Torino per un più efficace contrasto dei reati motivati o aggravati da ragioni di odio e discriminazione etnico-religiosa, *da trattare come prioritari*, con qualunque rito applicabile, con conseguente rapido svolgimento di tutte le indagini necessarie e tendenzialmente evitando di richiedere l’archiviazione per particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* cp) dei procedimenti iscritti per i suddetti reati: quelle direttive sarebbero state compatibili con gli orientamenti della maggioranza politica di quel periodo? E cosa succederebbe se, di fronte a una non condivisa direttiva di legge sulle priorità, il pm si rifiutasse di rispettarla?

La risposta di chi apprezza la norma citata in premessa è nota: il Governo sarebbe delegato a prevedere con decreto legislativo solo che le scelte di priorità effettuate dalle procure si collochino nella cornice dei criteri generali indicati dal Parlamento!

Tra l’altro, le scelte di priorità in questione non possono essere sempre omogenee tra i vari uffici di procura, in considerazione delle diverse necessità ed esigenze territoriali. E già esistono le elencate direttive del Csm (che non ha inteso mai arrogarsi il compito di scelte di merito), le quali obbligano i procuratori della Repubblica e i presidenti dei tribunali a elaborare insieme criteri di priorità nell’esercizio dell’azione penale, tenendo conto di vari parametri (tra cui il grado di interesse delle parti offese dai reati).

Non è azzardato ipotizzare che questa nuova previsione della l. n. 134/2021, se non ragionevolmente interpretata dal Governo delegato (con precisazione, ad esempio, del valore eventualmente solo indicativo

- e non cogente - delle delibere parlamentari in tema di priorità dell’azione penale), finirà con l’essere sottoposta al vaglio della Corte costituzionale.

Ma qui si tocca un altro problema: ammesso che governi e parlamenti si adeguino a un ruolo meramente procedurale, appare evidente che le leggi in materia dovrebbero succedersi con una periodicità omogenea rispetto a quella che caratterizza la predisposizione – secondo la normativa consiliare – di tabelle dei giudicanti e progetti organizzativi delle procure¹⁰: si può essere certi che ciò avverrà?

È poi noto che tutti gli uffici giudiziari sono attinti da *deficit* di organico e strutturali e che selezioni di priorità e progetti organizzativi non possono che adeguarsi alle rispettive disponibilità di risorse, senza possibilità di omogeneità nazionale, neppure sul piano procedurale: come potrà, allora, una futura legge nazionale, per di più periodica, farsi carico di ciò? Forse allegando alla legge tabelle con previsioni diversificate per ogni distretto o – addirittura – per ogni circondario o quasi?

E altrettanto, a quel punto, dovrebbe dirsi rispetto all’ancor più grave problema delle diverse peculiarità che caratterizzano spesso la presenza di varie forme di criminalità in molte aree territoriali di competenza delle procure.

È corretta la definizione di “criteri di priorità dinamici” con riferimento alla relativa selezione delle priorità di competenza delle procure e ai suoi periodici aggiornamenti, ma non si può certo accettare che ciò riguardi anche le competenze che in materia verranno affidate al Parlamento.

Il legislatore, quanto alle valutazioni di politica criminale di sua competenza e prescindendo dai pur importanti e necessari interventi su personale e strutture, dispone ovviamente dello strumento del varo di leggi contenenti previsione di nuovi reati (pur se il panpenalismo, anche a seguito della normativa sanzionatoria europea, è ormai una delle cause della crisi dell’obbligatorietà dell’azione penale), depenalizzazione di alcune secondarie fattispecie criminali, aumento o diminuzione delle pene, amnistia o indulto, etc., ma il Parlamento non può in alcun modo arrogarsi il compito di prevedere quali siano i reati su cui le procure debbano indagare prioritariamente.

Sostenere che tali ultime competenze debbano essere esclusivamente riservate agli uffici giudiziari, secondo direttive generali e procedurali previste nelle delibere del Csm (nei termini oggi previsti), non è per nulla frutto di autoreferenzialità, ma di attenzione alla doverosa tutela dell’indipendenza dell’ordine giudiziario.

10. Non a caso, nella *Relazione* della Commissione Lattanzi si parla di necessità di periodici atti di indirizzo parlamentare.

Né significa attribuirle a un organo politicamente irresponsabile come il procuratore, per la semplice ragione che il procuratore non è in alcun modo organo politico.

5. Una valutazione finale, ma anche un auspicio

In conclusione, la formulazione della norma qui in discussione rischia di determinare equivoci e problemi non secondari.

È d'obbligo attendere con fiducia che il Governo predisponga il testo delegatogli, che – si augura chi scrive – potrebbe limitarsi a trasferire sul piano legislativo, se non le si ritenesse già vincolanti, alcune delle previsioni già contenute nelle citate delibere consiliari, quali, ad esempio:

- l'obbligo dei procuratori della Repubblica di selezionare le priorità nell'azione penale, valutando a tal fine risorse umane e strutturali dell'ufficio, nonché statistiche relative ai carichi di lavoro, tipologia ed evoluzione della criminalità locale, occasionali e particolari esigenze (ad esempio, emergenze ambientali), il tutto nel rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale e delle delibere del Csm;

- il dovere di interlocuzione interna con i magistrati dell'ufficio;

- quello di interlocuzione con i presidenti di tribunale, onde inserirle in omogenei assetti organizzativi;

- il coordinamento possibile in sede distrettuale, a fini di omogeneità dei progetti organizzativi da adottare nei circondari, da affidare ai procuratori generali presso le corti d'appello, purché tale compito non

venga inteso in chiave gerarchica e di scelte cogenti per i singoli procuratori (il che sarebbe contrario al nostro assetto ordinamentale della figura del pubblico ministero).

Molto importante sarebbe anche la previsione di doverose interlocuzioni dei procuratori con i rappresentanti dei rispettivi organismi forensi e con i responsabili dei presidi di polizia giudiziaria operanti nel circondario, nonché quella di adottare motivati provvedimenti a seguito di osservazioni critiche eventualmente formulate dal Csm in sede di controllo dei piani organizzativi.

Tutto ciò senza alcuno sconfinamento da parte del Parlamento nelle competenze proprie degli uffici giudiziari e dei procuratori della Repubblica (il che aprirebbe la strada alla sottoposizione del pm all'esecutivo) e senza cedimento alcuno rispetto alla doverosa difesa e "cura" dell'obbligatorietà dell'azione penale, che non può esistere in forma politicamente orientata: per questo la selezione delle priorità di intervento dei pm, anche solo nell'ambito di linee guida generali e non di un cogente catalogo di reati, non può essere materia sottratta alla competenza dell'autorità giudiziaria. Ed è questo che costituisce la linea di confine tra il sistema ordinamentale-giudiziario italiano e quello di altri Paesi europei, per cui costituisce un modello.

Ha scritto Juanito Patrone, grande conoscitore dei sistemi giudiziari stranieri: «sono convinto che in Italia molte cose, nel rito penale e nella stessa organizzazione della magistratura, possano e debbano essere riviste, senza però cadere nella trappola di una maggiore influenza della politica sull'azione penale e sulla carriera dei magistrati»¹¹.

Sono totalmente d'accordo con queste parole.

11. I.J. Patrone (già sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione), *Il prosecutor negli Stati Uniti. Un esempio da seguire?*, in questa *Rivista online*, 11 marzo 2021, www.questionegiustizia.it/articolo/il-prosecutor-negli-stati-uniti-un-esempio-da-seguire. La frase qui riportata si riferisce, comunque, alla proposta di legge costituzionale della Unione delle Camere penali, in precedenza citata.

La crescente procedimentalizzazione dell'atto parlamentare di indirizzo politico¹

di Giampiero Buonomo

La legge delega di riforma del processo penale assegna al legislatore delegato il compito di prevedere che gli uffici del pubblico ministero individuino – nell'ambito di criteri generali indicati dal Parlamento con legge – priorità trasparenti e predeterminate di selezione delle notizie di reato. A fronte di tale previsione, lo scritto esplora una tematica posta a monte delle discussioni e dei confronti che scaturiranno dalla nuova normativa, ma che è imprescindibile per coglierne la valenza e le implicazioni: le caratteristiche dell'atto parlamentare di indirizzo politico e la sua crescente procedimentalizzazione.

1. L'antica controversia sul confine tra funzione di controllo e funzione di indirizzo politico ha origine, come assai spesso il diritto parlamentare, nella storia delle istituzioni: è dipeso meno dalla lettera del regolamento, e più dalla successiva evoluzione della prassi, se e quale atto si sia nel tempo trasformato, da strumento rivolto al Governo per chiedergli conto del passato, a indirizzo del cui adempimento tenerlo responsabile per il futuro. Tra mozione, risoluzione e ordine del giorno si sono andati affinando criteri discretivi spesso dettati dalle torsioni del precedente, cui solo in un secondo momento si è data consacrazione positiva nella modifica regolamentare.

Se l'elemento estrinseco della fase procedurale può offrire un appiglio per cogliere realtà così proteiformi, in linea di massima può dirsi – con la relazione della Giunta del regolamento sul progetto di nuovo regolamento del Senato del 1971 – che la risoluzione si distingue dall'ordine del giorno perché non ha carattere accessorio rispetto a un *iter* principale, mentre si distingue dalla mozione perché può soltanto concludere una discussione e non anche introdurla. Se dunque una relazione (governativa, e non solo) viene posta all'ordine del giorno, le valutazioni che essa sollecita possono dare luogo alla presentazione e

al voto di una proposta di risoluzione; alla stessa stregua, la stessa mozione (o il gruppo di mozioni) messa all'ordine del giorno può dare luogo a una discussione, al termine della quale venga invece proposta una risoluzione.

La differenza tra i due regolamenti parlamentari non aiuta a districarsi dal ginepraio delle definizioni: quello del Senato mantiene la *sedes materiae* tradizionale, in cui la sola mozione resta nel capo XIX, procedendo quasi per gemmazione dagli atti di sindacato ispettivo; quello della Camera, invece, colloca le mozioni nel capo delle risoluzioni e ambedue nella parte III (procedure di indirizzo, di controllo e di informazione) che contiene – in altro capo – pure il sindacato ispettivo.

Basti indicare – nella reviviscenza della risoluzione, operata nei regolamenti del 1971 – una comune coloritura di indirizzo politico più definita rispetto agli altri atti: a fianco della risoluzione in assemblea, infatti, emergeva la nuova modalità della risoluzione in commissione. Nel relativo esame, sia l'art. 117 RC che l'art. 50 RS prescrivono la presenza dell'Esecutivo, con ciò chiaramente ricollegandosi al nesso fiduciario, che la dottrina richiede debba essere mantenuto – lungo tutto il percorso di vita dell'Esecutivo

* Il presente contributo è stato pubblicato in anteprima su *Questione giustizia online* il 7 ottobre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/la-crescente-procedimentalizzazione-dell-atto-parlamentare-di-indirizzo-politico).

– mediante “aggiornamenti” del programma di governo o sue precisazioni in rapporto ad eventi sopravvenuti. La risoluzione approvata dalla commissione – con cui indicare al Governo indirizzi più puntuali, rispetto all’iniziale mandato programmatico contenuto nella mozione di fiducia – comporta l’ulteriore problema che la Costituzione contempla il nesso fiduciario direttamente col *plenum* di ciascuna Camera e non con le sue articolazioni interne.

Al pericolo di una frammentazione della visione unitaria propria della politica generale del Governo pone, perciò, rimedio la *requête* all’assemblea, conferita (anche) al Governo in “appello” rispetto al voto della commissione; dall’altro, la necessità che l’esame in commissione si sviluppi rispetto a un “affare assegnato” dalla presidenza (art. 50, comma 2, RS) previene “autoattribuzioni” che la commissione stessa dovesse operare nel generico ambito delle materie di sua competenza. Rispetto alla rigidità del disegno di legge, l’affare assegnato dalla presidenza è svincolato dall’imperatività della clausola di entrata in vigore (a contenuto prettamente normativo) e, pertanto, segue una vastissima tipologia: al suo interno si annoverano «relazioni, documenti e atti pervenuti al Senato» (secondo periodo del comma 1 dell’art. 34 RS) e questo, nella strutturazione istituzionale pluri-livello degli ultimi anni, ha significato anche fuoriuscire dalla classica dicotomia Governo/Parlamento.

Nelle prime esperienze di contatto con le nuove autorità indipendenti, ad esempio, il problema del confine del sindacato parlamentare e del riparto tra i poteri era affrontato con molta circospezione. Per l’art. 23 l. 10 ottobre 1990, n. 287, la relazione annuale dell’Autorità per la tutela della concorrenza e del mercato perveniva al Parlamento in via mediata, trasmessa al Presidente del Consiglio dei ministri. Così pure la relazione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di cui all’art. 1 l. 31 luglio 1997, n. 249. Ma già il testo unico della radiotelevisione, di cui al d.lgs 31 luglio 2005, n. 177, saltava il passaggio e, all’art. 35, prevedeva che l’Autorità presenta al Parlamento una relazione annuale sulla tutela dei diritti dei minori; addirittura, una relazione informativa semestrale è direttamente inviata dall’Autorità alla Commissione parlamentare per l’infanzia.

La Corte dei conti godeva pur da prima di un trattamento nominato, grazie alle norme regolamentari in cui la risoluzione compariva come possibile sbocco di esame di atti tipici, da essa trasmessi alle Ca-

mere: l’art. 132 RS la contempla come esito in commissione dell’esame dei decreti registrati con riserva dalla Corte dei conti; l’art. 131 RS, per l’esame delle relazioni della Corte dei conti sugli enti sovvenzionati dallo Stato, addirittura la prevede come proposta della Commissione di merito, da veicolare – mercé la Quinta Commissione – nella relazione generale che questa porta in assemblea prima dell’esame del bilancio dello Stato.

Ma è stata la presidenza Violante alla Camera che ha positivamente disposto, il 24 novembre 1997, un criterio di ammissibilità che circoscrive al rapporto Governo-Parlamento l’impiego di «mozioni, interpellanze e interrogazioni» e, «in quanto compatibili», degli «altri atti di iniziativa parlamentare»: per l’articolo 139-*bis* RC il presidente ne valuta l’ammissibilità con riguardo alla coerenza tra le varie parti, alla competenza e alla connessa responsabilità del Governo nei confronti del Parlamento (nonché alla tutela dell’onorabilità dei singoli e del prestigio delle istituzioni).

Certo, l’ammissibilità va modulata in rapporto allo strumento prescelto, e per esempio un’interrogazione ha senza dubbio potenzialità, lesiva del riparto, assai minore rispetto a un atto di indirizzo: il Governo può non rispondere o eccepire nella risposta l’inappropriatezza della domanda, laddove essa richieda una valutazione (o, peggio, un intervento) su attività di un’autorità indipendente¹. Ecco perché – nonostante la precettistica, di cui alla circolare del presidente della Camera 21 febbraio 1996 – nell’ammissibilità degli atti di sindacato ispettivo si può giustificare una maggiore tolleranza delle presidenze, sensibili al controvalore rappresentato dagli artt. 67 e 68 Cost.; trovarsi vincolato in un voto che integra il mandato fiduciario, invece, è senza dubbio più serio e potenzialmente irrimediabile per il Governo. L’art. 97, comma 1, RS – nell’attribuire al presidente il giudizio sulle proposte scritte – consente anche al Senato di ergere una barriera contro questi tentativi, alla stessa stregua della Camera²; del resto, nella sentenza n. 379 del 2003 la Corte costituzionale espressamente menziona «il vaglio di ammissibilità attribuito al Presidente» come *prius* rispetto all’annuncio e alla pubblicazione degli atti che esprimono la funzione ispettivo-politica del parlamentare.

La domanda è se basti affidarsi alla *soft law* delle Camere o se, nel prevedere una relazione al Parlamento, non si debba anche più precisamente proceduralizzarne l’esame: se una comunicazione (scritta

1. Cfr. Senato della Repubblica, resoconto stenografico del 23 maggio 2012, allegato B, pp. 64 e 80.

2. Sull’eterointegrazione dei regolamenti parlamentari, vds. R. Ibrido, *L’uso dei precedenti da parte dei presidenti d’assemblea: il metodo storico-casistico di interpretazione del diritto parlamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2012, www.osservatoriosullefonti.it/mobile-saggi/speciali/seminario-i-precedenti-nel-diritto-parlamentare/572-r-ibrido/file.

o orale che fosse) di un componente del Governo legittima l'assemblea elettiva – o una sua sede ristretta, salvo appello alla maggiore – ad assumere una delibera, occorre sceverare esattamente le potenzialità di questa delibera e i suoi possibili effetti.

2. Proprio a strettissimo ridosso della modifica regolamentare della Camera del 1997 si era sviluppato un dibattito che – sebbene temporaneamente bloccato dallo stallo in cui cadde la Commissione parlamentare per le riforme costituzionali presieduta da Massimo D'Alema – sollecitava la riflessione sull'argomento. Era abbastanza oscuro, infatti, quale fosse il punto esatto in cui un atto di indirizzo incrocia il riparto competenziale tra i poteri dello Stato, soprattutto quando siano esterni al circuito democratico che – nella definizione di Alessandro Pizzorusso – delinea il *continuum* corpo elettorale-Parlamento-Governo.

In rapporto alle proposte di revisione costituzionale attinenti a un potere diffuso come la magistratura, il senatore Marcello Pera aveva richiesto «che si parli anche della non obbligatorietà dell'azione penale oppure della combinazione dell'obbligatorietà dell'azione penale con le direttive» (seduta del 13 febbraio 1997), invocando gli insigni giuristi che «ancora nel 1993» in un convegno avevano parlato «in sede di esame del bilancio del Ministero della giustizia oppure della relazione del consiglio superiore della magistratura, di direttive date dal Parlamento alle Procure». In sede di audizione, poi, il procuratore generale della Cassazione del tempo, Ferdinando Zucconi Galli Fonseca, aveva giudicato «quanto mai opportuna» la previsione di una «relazione annuale del ministro della giustizia al Parlamento sull'esercizio dell'azione penale; non invece del procuratore generale della Cassazione, non solo perché egli non ha alcun rapporto con l'azione penale e dovrebbe assumere un'ulteriore funzione aggiuntiva di cui non sarebbe chiara la natura, ma perché la funzione di raccordo con il Parlamento ha carattere politico e a me pare che debba essere svolta da un'autorità politica» (seduta del 15 aprile 1997).

Quando la “bozza Boato” (sul sistema delle garanzie) affacciò per la prima volta il tema della “relazione al Parlamento” del Ministro della giustizia, la discussione in Commissione si sviluppò lungo il delicato crinale del rapporto tra la pronuncia delle Camere e l'obbligatorietà dell'azione penale sancita dall'art. 112 Cost. La proposta, il 27 maggio 1997, riscosse ben tre interventi contrari, sia pur diversamente modulati: i senatori Fausto Marchetti e Giovanni Russo ne chiesero lo spostamento all'art. 110 (relativo alle competenze del Ministro) e la limitazione contenutistica al solo “stato della giustizia”, per evitare che fosse concepita come «strumento di specifico controllo sullo stesso

esercizio dell'azione penale». Più sfumata fu la posizione della senatrice Ersilia Salvato, che riteneva comunque necessario superare la discrezionalità evitando di attribuire «un potere troppo vasto a magistrati di carriera burocratica, che sono privi della necessaria legittimazione democratica per esercitarla»; la strada dell'assoggettamento del pubblico ministero al potere politico non è «la strada che abbiamo intrapreso e che vogliamo intraprendere. Le strade sono altre: quella della relazione del Ministro di grazia e giustizia al Parlamento è sicuramente interessante. Un'altra strada potrebbe essere quella del coinvolgimento nell'amministrazione della giustizia di una platea più ampia, che non sia composta soltanto da chi lavora quotidianamente in tema di giustizia (magistrati, avvocatura) ma che veda una sorta di partecipazione popolare».

In ogni caso, com'è noto, non se ne fece niente. Ma il dibattito non fu senza effetti. Il più noto fu la novella all'articolo 86 dell'ordinamento giudiziario (di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12), con cui la legge 25 luglio 2005, n. 150 introdusse l'istituto della relazione ministeriale al Parlamento sullo stato della giustizia: da allora la si presenta sotto forma di comunicazioni alle Camere, da rendere «entro il ventesimo giorno dalla data di inizio di ciascun anno giudiziario»; essa si diffonde «sull'amministrazione della giustizia nel precedente anno nonché sugli interventi da adottare ai sensi dell'articolo 110 della Costituzione e sugli orientamenti e i programmi legislativi del Governo in materia di giustizia per l'anno in corso».

In fase preparatoria, la strada preclusa da Galli Fonseca fu in parte tentata dai senatori Tommaso Sodano e Luigi Malabarba, i quali nel novembre 2004 chiesero che fosse il primo presidente della Cassazione a comunicare al Ministro, per ogni anno giudiziario, la relazione generale sull'amministrazione della giustizia: ma l'emendamento 1.103 al ddl n. 1296-B della XIV legislatura fu dichiarato improponibile, mentre prevalse il testo che un maxiemendamento del Governo Berlusconi II aveva proposto in assemblea alla Camera sin dal 29 giugno 2004.

Approvata la legge di novella all'ordinamento giudiziario, nacque il problema dell'intarsio tra leggi e delibere delle Camere: i precedenti non soccorrevano granché. L'unico precedente in termini – la relazione presentata il 23 aprile 1970 dal Ministro alle Camere, allegata a una relazione del Consiglio superiore della magistratura su «realità sociale e amministrazione della giustizia» – riposava su un ordine del giorno delle Camere, per cui era tutto costruito sul versante endo-parlamentare: stavolta, invece, il fondamento verteva direttamente su un obbligo di legge.

Quanto ai precedenti eterogenei, già l'art. 31 della legge 27 aprile 1982, n. 186 prevedeva che il Presidente del consiglio riferisse «annualmente al Parlamento

con una relazione sullo stato della giustizia amministrativa e sugli incarichi conferiti» ai sensi dell'art. 29, terzo comma della stessa legge. Ma quella relazione (Doc. LXI) è meramente deferita alla commissione competente (Affari costituzionali) e segue la normale trattazione degli affari assegnati: mera eventualità di discussione in sede ristretta e di votazione di una risoluzione.

Invece, la scelta legislativa di prevedere «comunicazioni alle Camere» del Ministro, sull'amministrazione della giustizia, innalzava la procedura alla massima sede di trattazione parlamentare, l'Aula: ciò pur in presenza della prassi, subito affermatasi, per cui le comunicazioni del Ministro della giustizia, di fatto, si riducono a una versione in prosa della relazione, comunque ritualmente presentata per iscritto e depositata agli atti del Parlamento (Doc. IX). La rilevanza della questione è attestata dal dibattito che ne è seguito e che, da tre lustri, porta addirittura i presidenti dei gruppi parlamentari a firmare per primi le proposte di risoluzione: per quanto la relazione alla modifica regolamentare della Camera del 1971 precisasse che lo strumento della risoluzione era reintrodotta in via ordinaria per consentire alle commissioni di formulare il proprio orientamento su aspetti della politica settoriale di loro competenza, qui si versa in quell'ambito residuale per il quale la risoluzione può essere proposta direttamente in assemblea dal singolo parlamentare. Se la relazione del Ministro non viene neanche deferita come affare alle commissioni di merito, evidentemente l'atto di indirizzo assurge a livello di politica generale del Governo: esaminata direttamente dall'assemblea di ciascun ramo del Parlamento, si conclude con il voto di una o più proposte di risoluzione, avanzate ai sensi degli artt. 105 RS e 118 RC.

Si versa, pertanto, in uno dei procedimenti parlamentari tipizzati per legge, che vanno sempre più affacciandosi nella normazione più recente e che scuotono le consolidate convinzioni intorno all'auto-sufficienza del regolamento parlamentare in virtù del procedimento stesso. Quella del 2005 era ancora una fase di elaborazione abbastanza rudimentale, in cui la questione del rapporto tra legge e delibere parlamentari (previste dai regolamenti di cui all'art. 64 Cost.) era lungi dall'essere sciverata. Nei tre lustri successivi, la situazione è sostanzialmente mutata.

È quindi dirimente un esame della legislazione, per cogliere come la sua ricaduta – in termini di relazioni interistituzionali – si sia andata atteggiando rispetto agli strumenti previsti dal diritto parlamentare.

3. Il primo punto di contatto tra legge e procedura parlamentare è senza dubbio la legge 5 agosto 1978, n. 468: ma le parti più rilevanti di quella disciplina, che riformava alcune norme di contabilità generale dello

Stato in materia di bilancio, furono piuttosto foriere di una importante revisione regolamentare (che al capo XV del regolamento del Senato fu compiuta sotto la sapiente guida del compianto Paolo De Ioanna); eccezione che conferma la regola era l'art. 11-ter, sulla relazione quadrimestrale della Corte dei conti al Parlamento sulla tipologia delle coperture adottate nelle leggi di spesa (nonché «su richiesta delle Commissioni parlamentari competenti nelle modalità previste dai Regolamenti parlamentari», sulla congruenza tra le conseguenze finanziarie dei decreti legislativi e le norme di copertura recate dalla legge di delega).

Solo in sede di successiva revisione e sostituzione di quella legge, alla nuova e più dettagliata determinazione dei contenuti del DEF («Documento di economia e finanza») la legge 31 dicembre 2009, n. 196 ha aggiunto un elemento di compartecipazione parlamentare che potremmo dire «coacervato»: l'art. 10, comma 1, dichiara che il DEF è definito «come risultante dalle conseguenti deliberazioni parlamentari». Non si tratta quindi soltanto di un affare assegnato alla Commissione bilancio (articolo 125 RS), che riferisce all'assemblea in un esame che si conclude con una risoluzione (emendabile e votabile non secondo ordine di presentazione, come di norma, ma a partire da quella accolta dal Governo: art. 125-bis RS): questa risoluzione entra nella sequenza contenutistica che fissa gli obiettivi della successiva legge di bilancio, tanto è vero che, qualora si renda necessaria in corso d'anno una modifica degli obiettivi di finanza pubblica, la nota di aggiornamento al DEF segue la stessa procedura di trasmissione alle Camere e di successivo esame (art. 10-bis).

Ancor più illuminante è la sorte che riceve l'indicazione, in allegato al DEF, dei disegni di legge collegati alla manovra di finanza pubblica: qui l'intarsio funziona in senso doppio perché – al di là della previsione secondo cui «i regolamenti determinano le procedure e i termini per l'esame dei disegni di legge collegati» (ultimo periodo del comma 6 dell'articolo 10 citato) – l'art. 126-bis, comma 2-bis, RS prevede che il presidente del Senato accerta se i disegni di legge collegati rechino disposizioni estranee al proprio oggetto come definito dalla legislazione vigente «nonché dal documento di economia e finanza come approvato dalla risoluzione parlamentare». Il sinolo perfetto che si consegue – per convergenza tra la relazione governativa recante il DEF (Doc. LVII) e la risoluzione parlamentare – diviene addirittura parametro di proponibilità di ulteriori atti parlamentari: e che atti! Il disegno di legge, il principe degli atti parlamentari, è costretto a soccombere dinanzi a un atto di indirizzo, sia pur provocato dall'esame di un affare assegnato sul quale la Commissione bilancio è tenuta a riferire all'assemblea.

Ma, forse, è più interessante ancora cogliere l'evoluzione ulteriore che la materia ha ricevuto, a partire dal meccanismo di correzione degli scostamenti rispetto all'obiettivo programmatico strutturale (di cui il DEF indica la misura e l'articolazione temporale): con legge costituzionale n. 1 del 2012, il nuovo art. 81 Cost. ha previsto che la maggioranza assoluta dei componenti delle due Camere possa autorizzare lo scostamento temporaneo del saldo strutturale. La legge 24 dicembre 2012, n. 243 non si è limitata a definire gli eventi eccezionali in presenza dei quali l'autorizzazione può essere data. Il suo art. 6, comma 3, ha anche prescritto la trasmissione di una relazione alle Camere «per le conseguenti deliberazioni parlamentari»: esse consisteranno nell'autorizzazione richiesta, *uno actu* con l'approvazione del piano di rientro contenuto nella relazione (ultimo periodo del comma 3 citato), e possono anche comportare la sospensione del predetto meccanismo di correzione (comma 3 dell'art. 8). Nel caso più recente, la relazione sullo scostamento è stata presentata dal Governo Draghi il 15 aprile 2021 nella veste di annesso al DEF (Doc. LVII, n. 4) e il 22 aprile 2021 ha dato luogo all'approvazione delle risoluzioni di maggioranza in ciascuna Camera.

La delibera parlamentare ha qui la copertura massima, quella della Costituzione (e di una legge di attuazione particolarissima come la n. 243/2012): ma resta un caso di *continuum* Governo-Parlamento dal quale discende anche un intarsio legge-delibera, i cui effetti sono ancora tutti da sceverare. Se infatti il legislatore ordinario di spesa si è finora trovato vincolato da una legge di contabilità dei bilanci pubblici “a resistenza passiva rafforzata” – perché per la prima volta di essa la Carta prescrive l'approvazione a maggioranza assoluta dei componenti delle due Camere –, sarebbe da comprendere se, seguendo lo stesso principio, la medesima prevalenza riverberi dalla delibera di autorizzazione allo scostamento a favore delle successive leggi di spesa.

L'altra procedura parlamentare con effetti tipizzati *ex lege* si riscontra nella più recente legislazione nazionale in materia unionale europea, frutto della sedimentazione delle leggi “La Pergola”, “Buttiglione” e “Moavero Milanese”. La legge 24 dicembre 2012, n. 234 contempla una panoplia di informative e consultazioni del Governo nei confronti del Parlamento, per garantire la partecipazione delle assemblee rappresentative al processo decisionale dell'Unione europea. Le «Relazioni annuali al Parlamento» sulla partecipazione italiana all'Unione europea (Doc. LXXXVI la programmatica e Doc. LXXXVII la consuntiva) sono il più tradizionale degli strumenti, ma anche quello le cui ricadute in termini di esame parlamentare sono disciplinate meno: l'art. 13 si limita a tipizzarne il

contenuto, ma di fatto la prassi parlamentare ne svolge un esame congiunto – che nella sede referente del Senato si conclude, ai sensi dell'art. 142 RS, con una relazione della XIV Commissione all'assemblea – con la (assai più rilevante) legge di delegazione europea, corredando l'approvazione di questa in assemblea con una “coda” consistente nel voto di una risoluzione sulle due relazioni.

Piuttosto, all'art. 7 sono espressamente previsti «atti di indirizzo delle Camere» al Governo sui progetti e sugli atti riguardanti la fase “ascendente” della normazione europea; a lato dei più dettagliati pareri sulla sussidiarietà (art. 8), trasmissioni di documenti utili alla definizione delle politiche europee (art. 9), richieste di apporre la «riserva di esame parlamentare» (art. 10), la residuale categoria degli “atti di indirizzo” parrebbe continuare a riposare sul generale rinvio all'autonomia regolamentare parlamentare. Per il comma 1 dell'art. 7, infatti, sono i «competenti organi parlamentari» che «possono adottare ogni opportuno atto di indirizzo al Governo, secondo le disposizioni dei Regolamenti delle Camere» (peraltro arricchiti, nelle ultime revisioni, di norme *ad hoc*: la risoluzione dell'art. 144 RS e il documento di cui all'art. 127 RC). In realtà, ingerenze della legge non mancano neppure qui: il “meccanismo del freno di emergenza” per l'art. 12 opera, come vincolo per il Governo, solo se «entrambe» le Camere adottino un atto di indirizzo «in tal senso».

Ancora più interessante è come la “legge Moavero” declina la clausola unionale europea, che subordina l'entrata in vigore di una decisione «alla previa approvazione degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali» (art. 11): le Camere ricevono la decisione dal Governo «ai fini delle opportune deliberazioni» e si considerano approvate «in caso di deliberazione positiva di entrambe le Camere»; nel caso in cui si tratti di procedure semplificate di revisione dei trattati che estendano le competenze dell'Unione, è comunque necessaria la legge. Qui si colgono due interessanti linee di intervento: da un lato, l'utilizzo del voto parlamentare per precostituirsi un'acquiescenza del legislativo dinanzi a casi dubbi (pertanto, il voto deve riguardare ambedue le Camere e deve essere nel medesimo senso); dall'altro lato, la legge n. 234 reca una vera e propria *actio finium regundorum*, a valle della quale l'atto di disposizione parlamentare non può invadere la competenza dello stesso legislatore e, men che meno, il riparto di competenze tra poteri dello Stato fissato dalla Costituzione.

Certo, che una legge ordinaria si pretenda vera e propria “norma sulle fonti” si presta ad antiche e irrisolte obiezioni. Ma è altrettanto innegabile che quando la norma primaria riproduce o esplicita un assetto

degli interessi delineato direttamente in Costituzione, non solo il suo fondamento è stato affermato positivamente dalla Corte costituzionale³, ma la sua qualità è stata invocata anche al di fuori del contenzioso costituzionale⁴.

Tutto sta, quindi, ad acclarare se la “norma sulle fonti” dettata per legge ordinaria rispecchi pedissequamente l’assetto tra i poteri dello Stato delineato dalla Costituzione: anche a prescindere dalla possibilità di invocare una resistenza passiva rafforzata, rispetto all’applicazione della seconda parte del primo comma dell’art. 15 delle preleggi, l’intarsio con le deliberazioni parlamentari pone un problema, semmai, diverso: esso emerse in tutta la sua virulenza nel terzo e più controverso caso di contatto tra legge e atto d’indirizzo parlamentare, verificatosi nel 2013.

4. Quale sia l’assetto dei poteri costituzionali in materia di politica estera e di difesa è un problema annoso, intorno al quale si sono cimentati non soltanto i giuristi. Il punto di caduta politico più solido – il primo che non derivasse da produzioni difensionali di generali felloni, da apodittici *statement* amministrativi o da assiomatiche relazioni di commissioni nominate dal Presidente Cossiga – resta l’art. 1, comma 1, lett. a della legge 18 febbraio 1997, n. 25, secondo cui il Ministro della difesa attua le deliberazioni in materia di difesa e sicurezza adottate dal Governo, sottoposte all’esame del Consiglio supremo di difesa e approvate dal Parlamento.

Anche qui la modalità di approvazione parlamentare coinvolge in guisa binaria le Camere, nella doppia veste di legislatore (a letture convergenti) e di autrici (*uti singuli*) di atti di indirizzo.

La ricaduta meglio procedimentalizzata di quello schema decisionale fu la risoluzione n. 7-01007 “Ruffino”, con cui la Commissione difesa della Camera dei deputati il 16 dicembre 2001 delineò il coinvolgimento sinergico dei massimi poteri dello Stato nell’assunzione delle determinazioni inerenti l’impiego delle Forze armate previsto dalla legge n. 25 del 1997: il Governo ha l’obbligo di porre il Presidente della Repubblica nelle condizioni di conoscere e valutare tempestivamente ogni determinazione relativa all’impiego di Forze armate all’estero; il Governo adotta le deliberazioni di carattere generale in materia di difesa e sicurezza, in sede di Consiglio dei ministri, e ne informa tempestivamente le Came-

re; il Parlamento (entrambe le Camere o anche una sola di esse, oppure le sette competenti Commissioni parlamentari, nel regime di autonomia previsto dalla Costituzione per gli organi parlamentari), sulla base delle comunicazioni del Governo, approva, in tempi compatibili con l’adempimento dei previsti impegni internazionali, le determinazioni da questi assunte; il Governo, acquisita la posizione delle Camere o anche una sola di esse, può emanare un decreto-legge recante la copertura amministrativa o finanziaria della missione, ovvero proporre un disegno di legge; il Ministro della difesa attua le deliberazioni adottate dal Governo, impartendo le necessarie direttive al Capo di stato maggiore della difesa.

Con la legge 21 luglio 2016, n. 145, quella modalità è stata ulteriormente semplificata, nel comprensibile desiderio di superare il sistema dei decreti-legge annuali di rifinanziamento delle missioni internazionali: ciò è avvenuto sospingendo verso una procedura autorizzatoria parlamentare di tipo non legislativo le missioni Onu, Nato o Ue, nonché tutto ciò che comporta spostamento di personale e assetti, civili e militari, nell’ambito di operazioni militari o di polizia fuori del territorio nazionale conformi alla legalità internazionale. La ricca procedimentalizzazione dell’atto d’indirizzo parlamentare fa tesoro delle precedenti esperienze: per l’art. 2 le deliberazioni del Consiglio dei ministri sono soggette a un obbligo di trattazione delle Camere («tempestivamente le discutono»); pur innestandosi nei regolamenti esistenti («secondo le norme dei rispettivi regolamenti»), questi «atti di indirizzo» hanno per legge un contenuto nominato («autorizzano (...) ovvero ne negano l’autorizzazione»). Gli effetti interinali, previsti dal comma 4-*bis* per le deliberazioni governative, decorrono dalla data di presentazione alle Camere e lo stesso è disposto per la relazione analitica annuale sulle missioni in corso: anch’essa, per l’art. 3, presentata alle Camere per la discussione «e le conseguenti deliberazioni parlamentari»; è di inizio agosto 2021 la trattazione dell’assemblea del Senato della relazione, proposta ai sensi dell’art. 50, comma 3, RS, sulla risoluzione Doc. XXIV, n. 48, approvata dalle Commissioni riunite esteri e difesa sulla proroga delle missioni per il 2021.

Si tratta di un ambito di applicazione che sfiora, in più punti, l’assetto dei poteri definito dalla Costituzione in tema di politica estera e di difesa: non a caso, la procedura delineata ricalca la decisione delle

3. Vds. la normativa contenuta nell’art. 3 l. n. 140/2003, che «può considerarsi di attuazione, e cioè finalizzata a rendere immediatamente e direttamente operativo sul piano processuale il disposto dell’art. 68, primo comma» della Costituzione: sent. 7-16 aprile 2004, n. 120.

4. Vds. la lettera trasmessa il 22 febbraio 2011 ai presidenti di assemblea e al Presidente del Consiglio, con cui il Presidente della Repubblica segnalava che l’inserimento nei decreti di norme non omogenee e «spesso» prive del carattere di straordinarietà e urgenza si poneva «in contrasto con i principi sanciti all’art. 77 della Costituzione e dall’articolo 15, comma 3, della legge di attuazione costituzionale n. 400 del 1988 recepiti dalle stesse norme dei regolamenti parlamentari» (corsivo aggiunto).

due Camere per la deliberazione dello stato di guerra, di cui all'art. 78 Cost., coinvolgendo con una comunicazione preventiva il Capo dello Stato (titolare del potere declaratorio di cui all'art. 87, comma 9, Cost.). Ai sensi del comma 1 dell'art. 1, la disciplina dello stato di guerra è esplicitamente salvaguardata (e, per l'effetto, relegata all'ipotesi più residuale, troncando l'antica richiesta di estendersi per analogia le *measures short of war*): ma ai presenti fini è rimarchevole anche la riserva che, all'ultimo periodo del comma 2 dell'articolo 2, prevede che sia comunque necessaria la presentazione di un disegno di legge, in ossequio alla riserva di cui all'articolo 103, comma 3, primo periodo della Costituzione, quando si intenda prevedere l'applicazione a una specifica missione delle norme del codice penale militare di guerra.

Sia pure in altro ambito, quello del cd. "diritto parlamentare amministrativo", il parere n. 2016/2018 di una Commissione speciale del Consiglio di Stato ha indicato proprio nella preesistenza di una riserva di legge i limiti entro cui opera l'"intarsio" tra le due fonti, legislativa e regolamentare. Laddove la Costituzione riserva espressamente una determinata materia alla legge, ci potrà essere – *non trattandosi di riserva assoluta* – un concorso, variamente atteggiato, tra legge e regolamento parlamentare, negli alternativi e plausibili sensi: (a) della regolazione esclusivamente per legge; (b) del concorso tra legge e regolamento parlamentare, quest'ultimo tipicamente in funzione esecutiva, attuativa o integrativa; laddove, infine, la Costituzione non formuli alcuna espressa riserva o preferenza, sarà altresì possibile (c) l'integrale rimesione alla fonte regolamentare (§ 2.2, pp. 4-5).

Non solo, quindi, lo schema "compartecipato" – tra tutte le istituzioni, per "accontentarsi" di una delibera parlamentare – non può violare il riparto tra i poteri dello Stato; esso non può neppure contrapporsi alla previsione di una riserva assoluta di legge prevista in Costituzione. Certo, la lettura di questi limiti non è sempre univoca e il soccorso del contenzioso costituzionale può essere invocato quando i vari attori la vedano diversamente. Ma, per il momento, nella ricognizione della scarsa prassi pre-contenziosa, ci si deve limitare alla più chiassosa delle scaramucce, quella sviluppatasi nel luglio 2013 intorno alla risoluzione parlamentare sugli F35.

Tutto ebbe origine da una indebita commistione tra funzione di indirizzo e funzione consultiva, operata in sede di approvazione della l. 31 dicembre 2012, n. 244, recante la delega al Governo per la revisione dello strumento militare nazionale. Già in fase preparatoria fu accolto un ordine del giorno che impegnava il Governo – «tenendo conto del prossimo scioglimento delle Camere e dei tempi di ricostituzione delle Commissioni parlamentari» (che avrebbero dovuto

esprimere il parere non vincolante sugli schemi di decreto legislativo delegato al Governo) – ad adottare i decreti legislativi «in modo da consentire che il nuovo Parlamento possa pienamente esplicitare i propri poteri di indirizzo e di controllo in relazione agli atti attuativi della delega conferita».

La commistione era ancor più evidente nella procedura con cui l'art. 4 l. n. 244 disciplinava i «programmi di ammodernamento e rinnovamento dei sistemi d'arma, delle opere, dei mezzi e dei beni direttamente destinati alla difesa nazionale». La relativa "pianificazione" era oggetto della consueta relazione ministeriale al Parlamento (novella dell'art. 536, comma 1 del predetto codice), semmai integrata da apposito allegato laddove contenga «piani di spesa gravanti sugli ordinari stanziamenti di bilancio, ma destinati al completamento di programmi pluriennali finanziati nei precedenti esercizi con leggi speciali, se non richiedono finanziamenti integrativi» (comma 4 della citata novella).

A valle della pianificazione (e della sua eventuale trattazione, con gli usuali strumenti regolamentari di indirizzo), si bipartivano due possibili effetti: approvazione per legge dei programmi che «richiedono finanziamenti di natura straordinaria» (comma 3, lett. a); approvazione con decreto del Ministro della difesa (comma 3, lett. b) «se si tratta di programmi finanziati attraverso gli ordinari stanziamenti di bilancio, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze se tali programmi sono di durata pluriennale». Mentre la prima fattispecie era frutto di un evidente riguardo alla riserva di legge di cui all'art. 81 Cost., la seconda entrava nel *proprium* delle attività governative di esecuzione di leggi già vigenti: pur tuttavia, il citato comma 3 statuiva che «gli schemi di decreto di cui al periodo precedente sono trasmessi alle Camere per l'espressione del parere delle Commissioni competenti. I pareri sono espressi entro quaranta giorni dalla data di assegnazione. Decorso inutilmente il termine per l'espressione del parere, i decreti possono essere adottati. Il Governo, qualora non intenda conformarsi alle condizioni formulate dalle Commissioni competenti, ovvero quando le stesse Commissioni esprimano parere contrario, trasmette nuovamente alle Camere gli schemi di decreto corredati delle necessarie controdeduzioni per i pareri definitivi delle Commissioni competenti da esprimere entro trenta giorni dalla loro assegnazione. In tal caso, qualora entro il termine indicato le Commissioni competenti esprimano sugli schemi di decreto parere contrario a maggioranza assoluta dei componenti, *motivato con riferimento alla mancata coerenza con il piano di impiego pluriennale di cui al comma 1*, il programma non può essere adottato. In ogni altro caso, il Governo può procedere all'adozione dei decreti» (corsivo aggiunto).

Varie erano le criticità di questa previsione e, forse, era inevitabile che esplodessero a livello politico-istituzionale: è avvenuto dopo appena sei mesi, quando venne in discussione alla Camera la “mozione Marcon ed altri” per la cancellazione della partecipazione italiana al programma di realizzazione dell’aereo *Joint Strike Fighter*. Per ottenere la reiezione della mozione, il punto di mediazione interno alla maggioranza fu raggiunto – il 24 giugno 2013 all’aula della Camera – votando la mozione 1-00125: invocando al Parlamento la competenza a sindacare sulla coerenza dell’adozione dei programmi dei sistemi d’arma con l’evoluzione geopolitica (che, invece, nel comma 3 era una mera conformità alla relazione governativa del comma 1), la mozione proclamava «lo scopo di garantire al Parlamento di esercitare le proprie prerogative». In considerazione dell’indagine conoscitiva deliberata dalle commissioni competenti in funzione di tale sindacato, la Camera impegnava il Governo «relativamente al programma F35, a non procedere a nessuna fase di ulteriore acquisizione senza che il Parlamento si sia espresso nel merito, ai sensi dell’articolo 4 della legge 31 dicembre 2012, n. 244».

La trattazione della “sede consultiva su atti del Governo” veniva, grazie alla mozione, convertita in ostacolo politico-parlamentare alla prosecuzione del già finanziato programma F35: la forzatura era evidente anche rispetto alla semantica legislativa, perché la trasmissione del programma, secondo l’art. 536, comma 3, lett. b, attivava un sub-procedimento consultivo «salvo quanto disposto al comma 4 (e sempre che i programmi non si riferiscano al mantenimento delle dotazioni o al ripianamento delle scorte)». Qui subentra – in senso decisivo per valutarne l’acquiescenza o meno – l’esistenza di un interesse ad agire dei poteri che si assumono invasivi: nella fattispecie, essi si espressero in una sede peculiare, di collegamento di tutta la verticale istituzionale che governa la politica militare della Repubblica, quale il Consiglio supremo di difesa (CSD).

Lo stesso codice dell’ordinamento militare aveva riconosciuto il ruolo del Consiglio supremo di difesa (art. 2 d.lgs 15 marzo 2010, n. 66), per l’esame dei «problemi generali politici e tecnici attinenti alla difesa nazionale» e per la determinazione dei criteri e la fissazione delle direttive «per l’organizzazione e il coordinamento delle attività che comunque la riguardano»: un ruolo la cui atipicità («è inoltre convocato, tutte le volte che se ne ravvisi la necessità») è statuita dall’art. 8, comma 2 del medesimo codice, salvaguardato dall’art. 2, comma 1 della citata l. 21 luglio 2016, n. 145.

Il 3 luglio 2013, dopo la convocazione del CSD sotto la presidenza del Capo dello Stato, fu diramato un comunicato del Quirinale assai esplicito nella

ripulsa dell’atto di indirizzo parlamentare: primo, «si è rilevato come l’attuazione della legge 244/2012 debba riflettere indirizzi strategici»; secondo, «tale facoltà del Parlamento non può tradursi in un diritto di veto su decisioni operative e provvedimenti tecnici che, per loro natura, rientrano tra le responsabilità costituzionali dell’Esecutivo». Il Presidente Giorgio Napolitano volle così richiamare ciascun organo della Repubblica a esercitare le proprie funzioni nel rispetto del principio della separazione dei poteri. Quest’ultimo viene qui in rilievo in una doppia accezione: un Parlamento che non sia soddisfatto di come il Governo si stia conducendo, nella “normazione a cascata”, ha – in un sistema che, a differenza di quello francese, non conosce la “riserva di regolamento” – il rimedio ordinario di modificare la legge e disciplinare direttamente la *res controversa*; se poi l’assetto dei poteri, individuato dall’art. 1, comma 1, lett. a, l. 18 febbraio 1997, n. 25, è realmente di attuazione costituzionale, allora la ricognizione effettuata dal CSD riconosce un ruolo autonomo al Quirinale (ancor più che al Governo) e il Parlamento non può invaderla, pena un conflitto “giustiziabile” a Palazzo della Consulta.

La successiva baruffa mediatica con il vice-presidente della Camera (che non aveva mancato di rimproverare anche i titolari delle presidenze dei due rami del Parlamento) è affidata alle note di colore di una decorsa stagione del populismo istituzionale: quello che qui interessa, come precedente parlamentare, è il monito a non intersecare i due piani dello strumento di indirizzo parlamentare (che poteva coacervarsi, sul modello del DEF, nella pianificazione governativa dei «programmi di ammodernamento e rinnovamento dei sistemi d’arma, delle opere, dei mezzi e dei beni direttamente destinati alla difesa nazionale») e quello di controllo sul corretto esercizio della delega (o dell’autorizzazione a emanare decreti attuativi). È intorno a questo pericolo, e alle modalità per prevenirlo, che potrebbe essere costruita una previsione legislativa che dovesse regolare – sottraendola alla *soft law* del diritto parlamentare – l’indicazione di “criteri generali” nell’ambito dei quali gli uffici del pubblico ministero predeterminino la selezione delle notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre.

5. Non è solo la “baruffa chiozzotta” sugli F35 a sconsigliare di lasciare alla disciplina di diritto parlamentare la predeterminazione dei criteri di selezione delle priorità nell’esame delle notizie di reato. È anche, e soprattutto, la fuoriuscita dallo stretto ambito del nesso fiduciario – per la presenza di poteri dello Stato ad esso estranei, a partire da quello del pubblico ministero, le cui attribuzioni riposano sugli artt. 109 e 112 Cost. – che sconsiglia l’atto di indirizzo: esso, nella sua formulazione classica di «impegna il Governo

a... », rischierebbe di andare fuori centro, sia che si tratti di mozione che di risoluzione.

Anche quando una proposta di risoluzione – sotto il vigente regime delle comunicazioni del Governo sull'amministrazione della giustizia – si è dilungata sull'azione penale, il testo era inevitabilmente generico: l'atto 6-00027 del 20 gennaio 2010, a firma D'Alia ed altri, al § IV, a) dichiarava che «si impone, tuttavia, una riflessione sui criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale, oggi sostanzialmente discrezionali». Confinata solo alle premesse, la considerazione "invasiva" era stata comunque posta ai voti e respinta, ma non dichiarata inammissibile dalla presidenza.

Una legge che dovesse regolare questo tipo di selezione potrebbe ben individuare – secondo il modello delle leggi citate – modalità di indirizzo parlamentare nei confronti del Governo; così come potrebbe ben essere riutilizzato il ricco compendio conoscitivo, messo a disposizione con la relazione annualmente oggetto delle comunicazioni del Governo, meglio dettagliando i dati riferiti all'attuazione dell'art. 132-bis disp. att. cpp e richiedendo che la relazione enunci le strategie organizzative per il rientro da scostamenti giudicati anomali o inaccettabili. Ma dovrebbe essere sempre salvaguardato ciò che attiene all'attività giurisdizionale e che (come già avvenuto per il codice penale militare di guerra, citato nella legge sulle missioni militari) è oggetto di riserva assoluta di legge: pena un vizio di legittimità costituzionale della legge che detta i criteri generali (ma anche un conflitto di attribuzione, in caso di sua attuazione mercé una statuzione parlamentare espressa in modo tale da alterare l'assetto tra poteri dello Stato), mai potrebbe un atto di indirizzo entrare nello specifico della giurisdizione (nella sua doppia versione di funzione requirente e funzione giudicante).

Semmai, una legge che consacrasse – anche per gli uffici di procura – quanto previsto dalla circolare Csm 9 luglio 2014 per gli uffici giudicanti, potrebbe trarne l'occasione per procedimentalizzare un monitoraggio

degli effetti, del quale il Parlamento è di sicuro parte in causa, e non soltanto sotto il profilo finanziario. Facendo confluire nel citato Doc. IX anche una disamina dello stato dell'arte nei singoli uffici giudiziari, in riferimento all'esercizio del potere di selezione e agli effetti delle priorità indicate sulla durata dei procedimenti (e sulla improcedibilità, laddove l'istituto processuale dovesse essere introdotto anche da noi), l'atto di indirizzo potrebbe "orientare" l'amministrazione (della giustizia, ma anche le altre investite della prevenzione dei comportamenti socialmente pericolosi) a investire risorse (umane, finanziarie, investigative) in senso più "mirato": si potrebbe anche indicare ai servizi di prevenzione, rieducazione e cura sul territorio l'ambito lasciato "scoperto" dalla persecuzione penale, indirizzando le pubbliche amministrazioni competenti a supplire – mediante un rafforzamento degli strumenti loro propri – alla minore probabilità di esercizio dell'azione penale.

Un possibile effetto indiretto, di diritto parlamentare, sarebbe anche quello di "riappropriazione" della materia da parte delle Commissioni permanenti: se anche si mantenesse – per l'espressione dell'atto di indirizzo – l'aulica (e, spesso, solo simbolica) sede di trattazione dell'assemblea per le comunicazioni di cui all'art. 86 ord. giudiziario, si potrebbe valorizzare l'istituto ispettivo già contemplato dai vigenti regolamenti parlamentari, e non solo in riferimento allo stato di attuazione delle leggi. Per il comma 2 dell'art. 46 RS, ad esempio, le Commissioni permanenti possono richiedere ai rappresentanti del Governo di riferire, anche per iscritto, in merito all'attuazione data a «ordini del giorno, mozioni e risoluzioni approvati dal Senato o accettati dal Governo». Si ristabilisce qui l'unitarietà teleologica dei tre atti di indirizzo politico da cui siamo partiti, al di là della loro diversa procedimentalizzazione e differente evoluzione storica: chiedere conto al Governo dell'impegno di cui è stato onerato e di cui il Parlamento, mercé il nesso fiduciario, ha titolo e ragione per investire il suo primo interlocutore istituzionale.

Se l'esercizio dell'azione penale diventa obbligatorio... nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge¹

di *Saule Panizza*

Nel contributo si ripercorrono le ragioni costituzionali del principio di obbligatorietà dell'azione penale, quale strumento di garanzia per l'esercizio indipendente della funzione inquirente e requirente e di garanzia di eguale trattamento dei cittadini di fronte alla legge penale. Da questa base muove poi l'ulteriore riflessione dell'Autore, che si interroga sulle possibili implicazioni che può sollevare sul piano costituzionale la previsione che gli uffici del pubblico ministero individuino criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge.

1. L'art. 112 Cost. e i significati attribuiti dalla giurisprudenza costituzionale al principio di obbligatorietà dell'azione penale / 2. Il contesto ordinamentale e la dimensione tabellare / 3. La tematica dei criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale / 4. La recente riemersione dei criteri di priorità nel quadro di crisi del governo autonomo della magistratura e nell'ottica dell'efficienza della giustizia / 5. Prime osservazioni sulla legge n. 134/2021 in riferimento all'individuazione dei criteri di priorità per l'esercizio dell'azione penale / 6. Cosa rimane della formulazione dell'art. 112 Cost.?

1. L'art. 112 Cost. e i significati attribuiti dalla giurisprudenza costituzionale al principio di obbligatorietà dell'azione penale

Esaminare le vicende attuali in ordine al principio di obbligatorietà dell'azione penale per il pubblico

ministero implica affrontare un tema che affonda le proprie radici nella configurazione pre-repubblicana dell'ordinamento giudiziario, si sviluppa in un disegno costituzionale non privo di incertezze e arriva a noi attraverso una lunga serie di riforme legislative e interventi giurisprudenziali, in particolare della Corte costituzionale¹.

* Pubblicato in anteprima su questa *Rivista online* il 5 gennaio 2022 (www.questionegiustizia.it/articolo/se-l-esercizio-dell-azione-penale), il presente testo rappresenta una prima rielaborazione della relazione svolta al Seminario dal titolo «Ricordando Alessandro Pizzorusso. Rileggendo "L'ordinamento giudiziario"», tenutosi a Pisa il 15 dicembre 2021; la versione finale è destinata al volume che raccoglierà i relativi scritti.

1. Una accurata disamina sull'obbligatorietà dell'azione penale, corredata di ampi cenni storici, si può leggere in F. Di Vizio, *L'obbligatorietà dell'azione penale efficiente ai tempi del PNRR*, in questa *Rivista online*, 13 ottobre 2021, www.questionegiustizia.it/articolo/l-obbligatorieta-dell-azione-penale-efficiente-ai-tempi-del-pnrr, ora in questo fascicolo; in generale, al tema «Pubblico ministero e Stato di diritto in Europa» è dedicato per intero il fascicolo n. 2/2021 di *Questione giustizia*: in esso si segnalano, in particolare, sul rapporto tra discrezionalità ed esercizio dell'azione penale, i contributi di N. Rossi, *Per una cultura della discrezionalità del pubblico ministero* e di F. Palazzo, *Sul pubblico ministero: riformare sì, ma con giudizio*, rispettivamente pp. 16 ss. e 59 ss. (www.questionegiustizia.it/data/rivista/pdf/42/2021-2_qg_pubblico-ministero-e-stato-di-diritto-in-europa.pdf).

Il testo dell'art. 112 Cost. («Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale») trova il proprio antecedente nell'art. 101 del «Progetto di Costituzione della Repubblica italiana», discusso in Assemblea costituente nella seduta antimeridiana del 27 novembre 1947, il quale prevedeva che «L'azione penale è pubblica. Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitarla e non la può mai sospendere o ritardare»². Rispetto ad esso furono presentati vari emendamenti, e importanti affermazioni si ricavano proprio dal dibattito che ha condotto alla formulazione definitivamente approvata³. L'organizzazione e le funzioni del pubblico ministero rappresentano, peraltro, un nodo cruciale dell'assetto complessivo della magistratura, oltre che un elemento qualificante dell'intero modello di ordinamento giudiziario, ed è noto come alla definizione di esso molto abbia contribuito, negli anni, la giurisprudenza costituzionale⁴. La Corte ne ha infatti ricavato un nucleo duro di significato e una precisa valenza di garanzia.

Il senso del principio è stato rinvenuto nella esplicita volontà di escludere una qualsiasi discrezionalità del pm in ordine al promovimento dell'azione penale. Questo significato profondo, a sua volta, si è venuto precisando alla luce di una serie di ulteriori corollari⁵.

Accanto al nucleo così individuato, come corroborato alla luce della disciplina processual-penalistica in particolare, la giurisprudenza costituzionale è venuta annettendo al principio costituzionale quella che potremmo definire una robusta portata di garanzia. Essa si concretizza in una duplice direzione, secondo

linee di sviluppo che appaiono peraltro inscindibili tra loro, come nettamente affermato a partire soprattutto dalla sentenza n. 84/1979: il disposto costituzionale che sancisce l'obbligatorietà dell'azione penale ad opera del pm, vi si legge, è elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del pm nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale.

L'affermazione, elaborata nel vigore del vecchio codice di procedura penale, è riproposta con immutata nettezza anche nel vigore del nuovo, ad opera della giurisprudenza successiva al 1989. La testimonianza più netta si ha con la sentenza n. 88/1991, della quale mette conto riportare il passaggio argomentativo più significativo: «il principio di legalità, che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere; e questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può essere salvaguardata che attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale. Realizzare la legalità nell'eguaglianza non è, però, concretamente possibile se l'organo cui l'azione è demandata dipende da altri poteri: sicché di tali principi è imprescindibile requisito l'indipendenza del pubblico ministero». Fino a pervenire a una delle affermazioni più note sul tema, quella per cui «[i]l principio di obbligatorietà è, dunque, punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale, talché il suo venir meno ne altererebbe l'assetto complessivo».

2. Il testo a base della discussione proseguiva prevedendo che «Le udienze sono pubbliche, salvo che la legge per ragioni di ordine pubblico o di moralità disponga altrimenti. Tutti i provvedimenti giurisdizionali debbono essere motivati». Per la ricostruzione del dibattito in Assemblea costituente, vds. G. D'Elia, *Commento all'art. 112*, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, UTET Giuridica, Milano, 2006, pp. 2126 ss.

3. Per alcune considerazioni sul punto, sia consentito rinviare a S. Panizza, *Fondamento e attualità del principio di obbligatorietà per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale*, in A. Pace - S. Bartole - R. Romboli (a cura di), *Problemi attuali della giustizia in Italia. Atti del Seminario di studio tenuto a Roma l'8 giugno 2009*, Jovene, Napoli, 2010, pp. 147 ss.

4. Vds., per tutti, A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Einaudi, Torino, 1982 (ora raccolto in *Id.*, *L'ordinamento giudiziario*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, insieme a vari altri scritti dell'A. sull'ordinamento giudiziario); la natura del pm quale "nodo irrisolto" degli studi sull'ordinamento giudiziario viene sottolineata, tra gli altri, da N. Zanon e F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2008 (II ed.), p. 137; vds. altresì R. Romboli, *Il pubblico ministero nell'ordinamento costituzionale e l'esercizio dell'azione penale*, in S. Panizza - A. Pizzorusso - R. Romboli (a cura di), *Ordinamento giudiziario e forense. Volume I: Antologia di scritti*, Plus, Pisa, 2002, p. 307, il quale individua gli aspetti di livello costituzionale più discussi attinenti alla figura del pm nella sua natura e indipendenza esterna, nell'obbligatorietà dell'azione penale e nell'indipendenza interna; per un efficace inquadramento di sintesi sull'organizzazione della magistratura, cfr. S. Bartole, *Il potere giudiziario*, Il Mulino, Bologna, 2008, spec. pp. 53 ss.

5. Tra essi, esaminando la giurisprudenza anche più risalente, quello per cui non è escluso che l'ordinamento possa stabilire che determinate condizioni concorrano perché l'azione possa essere promossa o proseguita. Circa la titolarità, quella per cui non si stabilisce, in astratto, che il promovimento dell'azione spetti esclusivamente al pm. Quanto alla valenza della regola generale, quella secondo cui i casi di deroga possono esser stabiliti solo da norme costituzionali, operando cioè un bilanciamento tra principi costituzionali (il 112 da un lato, quelli eventualmente in grado di delimitarne la sfera di operatività sulla base di interessi almeno altrettanto meritevoli di salvaguardia costituzionale, dall'altro). La conseguente inaccettabilità di un blocco delle attività processuali per lungo tempo, il quale, come tale, finirebbe per violare irrimediabilmente il principio costituzionale. Ancora, la circostanza che l'osservanza del potere-dovere del pm non sia esente da controlli e possa anche, se del caso, essere garantita da sanzioni.

2. Il contesto ordinamentale e la dimensione tabellare

All'inquadramento del pubblico ministero molto hanno contribuito anche le previsioni legislative che si sono succedute, a partire dalla configurazione ordinamentale dell'organo contenuta nel titolo III del rd n. 12/1941 (artt. 69 ss.), come modificata fin dal rd.lgs n. 511/1946 e poi nei decenni di vita repubblicana, specie tra gli anni ottanta e novanta del secolo scorso, in corrispondenza con il passaggio al nuovo codice di procedura penale. Basterebbe qui ricordare l'art. 70 della legge di ordinamento giudiziario («*Costituzione del pubblico ministero*»), a sua volta correlato con l'art. 53 cpp («*Autonomia del pubblico ministero nell'udienza*»), il quale ultimo stabilisce la piena autonomia del pm in udienza e i possibili casi di sostituzione⁶.

Un ulteriore elemento da considerare è rappresentato dal sistema tabellare, vale a dire l'insieme di regole e attività, frutto della progressiva elaborazione del Consiglio superiore della magistratura (a partire dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso) e di successive conferme legislative, attraverso le quali sono stati invertei molti principi costituzionali in tema di ordinamento giudiziario, dall'indipendenza e inamovibilità dei magistrati al giudice naturale pre-costituito per legge⁷. A partire dalla fine degli anni ottanta, la materia tabellare ha finito per estendersi anche all'organizzazione degli uffici del pm, sia pure con una serie di previsioni in parte differenti rispetto a quelle applicabili agli uffici giudicanti. I passaggi maggiormente significativi, per quanto qui interessa, sono rappresentati dall'introduzione, nel 1988, nella legge di ordinamento giudiziario, dell'art. 7-bis («*Tabelle degli uffici giudicanti*») e dell'art. 7-ter («*Criteri per l'assegnazione degli affari e la sostituzione dei giudici impediti*») e la circostanza che in quest'ultima disposizione sia poi stato aggiunto (dall'art. 6 d.lgs n. 51/1998) un ultimo comma, a tenore del quale

«Il Consiglio superiore della magistratura determina i criteri generali per l'organizzazione degli uffici del pubblico ministero e per l'eventuale ripartizione di essi in gruppi di lavoro».

Tali indicazioni sono state riccamente sviluppate attraverso le circolari sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari, con conseguenze significative. Su tale assetto ha poi inciso, come noto, la riforma originata dalla legge n. 150/2005, cui poi hanno fatto seguito, sul tema, il decreto legislativo n. 106/2006 e i ritocchi disposti dalla legge n. 269/2006 (minor rilievo rivestono, ai nostri fini, le ulteriori modifiche apportate a vari aspetti della riforma da parte della legge n. 111/2007)⁸.

Limitandosi ad accennare agli aspetti che più direttamente coinvolgono l'esercizio dell'azione penale e il significato rivestito dall'art. 112 Cost., mette innanzitutto conto ricordare come l'*iter* di approvazione della l. n. 150/2005 sia stato caratterizzato da un rinvio presidenziale sul testo approvato in prima battuta dalle Camere⁹. Accanto a una osservazione attinente al *drafting* normativo, il Capo dello Stato evidenziava, si ricorderà, quattro motivi di «palese incostituzionalità», i primi due dei quali si riferivano a una serie di disposizioni costituzionali, tra cui anche l'art. 112¹⁰.

Il primo aveva attinenza alla disposizione riguardante le «*Relazioni sull'amministrazione della giustizia*», osservandosi, in particolare, che ciò configurava un potere di indirizzo in capo al Ministro della giustizia, che non trova cittadinanza nel titolo IV, parte II della Costituzione, in base al quale l'esercizio autonomo e indipendente della funzione giudiziaria è pienamente tutelato, sia nei confronti del potere esecutivo, sia rispetto alle attribuzioni dello stesso Csm, e si aggiungeva che «l'indicazione di obiettivi primari che l'attività giudiziaria dovrebbe perseguire nel corso dell'anno ("linee di politica giudiziaria") determina di per sé la violazione anche dell'articolo 112 della Costituzione, in base al quale "il pubblico ministero ha

6. Per un esame complessivo della figura del pubblico ministero, con particolare attenzione rivolta anche ai nessi interni all'ufficio determinati dall'art. 70 rd n. 12/1941 e dall'art. 53 cpp, vds. C. Morselli, voce *Pubblico ministero*, in *Digesto discipline penali*, X, 1995, p. 476, cui si rinvia anche per indicazioni relative al "profluvio bibliografico" riguardante l'assetto della magistratura requirente.

7. Sulle origini e il rilievo del sistema tabellare, vds., volendo, S. Panizza, *Sistema tabellare e ordinamento giudiziario*, in *Nomos*, n. 2-3/1992, p. 55; per una ricostruzione aggiornata, vds. C.M. Galoppi, *Il Csm e l'organizzazione degli uffici giudiziari*, in Aa. Vv., *Il governo autonomo della magistratura a sessant'anni dalla legge istitutiva del Consiglio superiore della magistratura (l. 24 marzo 1958 n. 195)*, in *Foro it.*, 2019, V, cc. 1 ss., part. cc. 77 ss.

8. Per un commento complessivo del primo intervento e delle successive modifiche vds. Aa. Vv., *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro it.*, 2006, V, cc. 1 ss.; Aa. Vv., *La «riforma della riforma» dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro it.*, 2008, V, cc. 87 ss.; nonché i vari interventi raccolti nel fascicolo n. 4/2006 di *Legislazione penale*, pp. 675 ss.

9. Vds. sul punto, in particolare, M. Luciani, *Il rinvio presidenziale*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 6.

10. Si tratta di aspetti che rivestono un significato di rilievo anche nel contesto attuale. Al di là, infatti, delle previsioni legislative che li hanno in quel caso originati, i rilievi presidenziali attingono il proprio fondamento dalla precisa valenza di garanzia ricavabile dal precetto costituzionale.

l'obbligo di esercitare l'azione penale": il carattere assolutamente generico della formulazione della norma in esame crea uno spazio di discrezionalità politica destinato ad incidere sulla giurisdizione».

Il secondo investiva la disposizione riguardante l'istituzione, presso ogni direzione generale regionale o interregionale dell'organizzazione giudiziaria, dell'ufficio per il monitoraggio dell'esito dei procedimenti, in tutte le fasi o gradi del giudizio, al fine di verificare l'eventuale sussistenza di rilevanti livelli di infondatezza giudiziariamente accertata della pretesa punitiva manifestata con l'esercizio dell'azione penale o con i mezzi di impugnazione ovvero di annullamento di sentenze per carenze o distorsioni della motivazione, ovvero di altre situazioni inequivocabilmente rivelatrici di carenze professionali. Dopo aver riscontrato contrasti con vari principi costituzionali, si osservava nel messaggio presidenziale che «da questa forma di monitoraggio, avente ad oggetto il contenuto dei provvedimenti giudiziari, deriva un grave condizionamento dei magistrati nell'esercizio delle loro funzioni; in particolare, il riferimento alla possibilità di verificare livelli di infondatezza "della pretesa punitiva manifestata con l'esercizio dell'azione penale" integra una ulteriore violazione del citato articolo 112 della Costituzione».

Non si tornerà, qui, sui contenuti di quelle riforme, se non per ricordare che in occasione di esse venne anche abrogata la parte dell'art. 7-ter, comma 3 dell'ordinamento giudiziario a suo tempo introdotta per dare "copertura" legislativa ai poteri del Csm di definizione degli assetti organizzativi degli uffici di procura, ciò che ha finito per produrre, come si dirà, una cospicua serie di interventi del Consiglio con successive deliberazioni.

3. La tematica dei criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale

All'interno del più generale contesto così delineatosi intorno alla figura del pubblico ministero, negli anni si è posta a più riprese la tematica dei cd. "criteri di priorità" nell'esercizio dell'azione penale, soprat-

tutto quale problema pratico-quantitativo di un ordinamento in costante difficoltà nel far corrispondere la prassi alla teoria¹¹. In sostanza, l'art. 112 Cost. esigerebbe che ad ogni *notitia criminis* sia dato un seguito ugualmente tempestivo, ma ciò risulta impossibile nella realtà, con la conseguenza che verrebbero talora elaborati e praticati criteri di priorità nella trattazione delle notizie di reato, ma in via di fatto e occasionalmente, non invece sulla base di norme o comunque indicazioni previgenti, con sostanziale elusione del principio costituzionale¹².

Di fronte all'esistenza del problema, sarebbe buona norma, in primo luogo, interrogarsi sulle sue origini, allo scopo di individuarne le cause, per muovere da lì alla ricerca dei possibili rimedi. In verità, questo non sempre accade e i modi di affrontare il tema divergono. Né è privo di significato il fatto che le proposte di soluzione abbiano fino ad ora oscillato, anche in ambito dottrinario, tra interventi sul piano del diritto costituzionale ovvero su quello della normativa primaria o secondaria – quanto ai contenuti, con indicazioni nel senso di individuare competenze in capo a nuovi soggetti, (più semplici) attività di razionalizzazione incidenti sul piano operativo, mediante l'elaborazione di criteri pratici o persino (fattuali) modifiche di comportamento da parte degli operatori, capi e magistrati addetti agli uffici del pubblico ministero¹³.

Senza pretesa di ripercorrere l'ampio ventaglio di posizioni espresse e mirando invece, più semplicemente, a sintetizzare una impostazione largamente diffusa, si può dire che la tematica dei criteri di priorità venga di norma affrontata, in concreto, una volta poste alcune premesse. Se si opta per rimanere nell'attuale quadro costituzionale di riferimento (ben diverso il caso, ovviamente, che gli stessi principi costituzionali siano messi in discussione), si tende ad accettare, quale dato di partenza in qualche modo ineludibile, che il legislatore non sia in grado (per varie ragioni) di approvare interventi, sostanziali o processuali, capaci di ridurre, al limite fino a eliminare, il problema della discrezionalità di fatto (una più larga depenalizzazione, l'ampliamento dei reati perseguibili a querela,

11. Si veda, tra gli altri, G. D'Elia, *Commento, op. cit.*, pp. 2127-2128, il quale, premesso il significato di garanzia (anche) dell'eguaglianza della disposizione in commento, osserva che «il carico di lavoro e le strutture insufficienti o, comunque, inadeguate impongono al Pubblico Ministero di selezionare, secondo criteri inevitabilmente personali e, dunque, arbitrari, le *notitiae criminis* da trattare e quelle da relegare nel limbo della prescrizione ovvero dell'archiviazione per pseudo-infondatezza della notizia di reato».

12. Per questa impostazione, vds. N. Zanon e F. Biondi, *Il sistema, op. cit.*, p. 151; già A. Pizzorusso, *Riflessioni sul ruolo del pubblico ministero*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 3/1982, pp. 513 ss., constatava invero l'impossibilità di dare all'obbligatorietà un contenuto sempre concreto, similmente a quanto si verifica in ambito parlamentare circa l'obbligo delle Camere di prendere in esame tutti i progetti di legge ad esse presentati.

13. Per disamine sul punto, corredate di ampi riferimenti bibliografici, normativi e giurisprudenziali, vds. D. Vicoli, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 251 ss.; S. Catalano, *Rimedi peggiori dei mali: sui criteri di priorità nell'azione penale*, in *Quad. cost.*, n. 1/2008, pp. 65 ss.

l'allargamento dei casi di archiviazione, il ricorso ai riti alternativi, etc.). Come conseguenza, i criteri di priorità diventano una sorta di *extrema ratio* necessitata, finendosi spesso per concentrare la riflessione in particolare su chi li debba (o possa) porre, e quale sia il fondamento giuridico di tale attribuzione, oltre che sull'atto allo scopo necessario, con le relative conseguenze¹⁴.

Da qui l'attenzione riservata a enucleare le possibili ipotesi dei soggetti cui affidare il compito di porre tali criteri: il Parlamento (soluzione da taluni individuata come la meno problematica), il Governo e in particolare il Ministro della giustizia, il Consiglio superiore della magistratura, i procuratori generali della Repubblica, i capi degli uffici di procura. E, a seguire, l'attenzione allo strumento da utilizzare: atti normativi (variamente collocati), risoluzioni parlamentari, circolari (di diversa provenienza), istruzioni, etc., anche basandosi su alcuni precedenti che non sono mancati negli anni (la cd. "circolare Zagrebelsky" del 1990; lo smaltimento dei processi previsto dall'art. 227 d.lgs n. 51/1998; l'art. 132-bis disp. att. cpp, relativo alla formazione dei ruoli di udienza e alla priorità nella trattazione dei processi; etc.)¹⁵.

Questa riflessione appare importante, perché consente di apprezzare gli effetti sulla problematica che ci occupa al variare della prospettiva del soggetto e dello strumento con cui i criteri potrebbero essere posti. Appare evidente, infatti, che la situazione presenta elementi di diversità significativi a seconda che il soggetto sia interno o esterno rispetto all'ordinamento giudiziario, così come in relazione alla legittimazione di cui sia dotato, oltre che ai legami propri con l'ufficio di procura (capo dell'ufficio, procuratore generale della Repubblica, Csm titolare dei poteri di amministrazione della giurisdizione, Ministro dotato del potere di vigilanza, e così via)¹⁶.

Si tratta, però, di una prospettiva che rischia di risultare parziale e incompleta. Un'adeguata considerazione meriterebbero, infatti, oltre al soggetto e alla fonte, i profili legati al contesto e alle finalità con cui i criteri di priorità vengano posti. Ben diverso è che sia valorizzato il momento organizzativo dell'ufficio o quello strumentale delle risorse, quello verticale tra i diversi uffici del pm, quello disciplinare o altro ancora. Così come cambia la prospettiva alla luce della procedimentalizzazione che venga, o meno, prevista e in ragione degli eventuali accordi con soggetti esterni all'ordinamento giudiziario. Tutto ciò si connette al fondamento costituzionale dell'intervento e ai principi che potrebbero esserne, più o meno direttamente, coinvolti (la problematica non richiama, infatti, com'è stato osservato, il solo art. 112 Cost., ma vengono in rilievo una serie di altri principi, dall'eguaglianza al diritto di difesa, fino ad arrivare al buon funzionamento degli uffici e alla politica di utilizzo delle risorse umane e finanziarie). In questo senso, non andrebbero trascurati i tre elementi di fondo che dal principio ha tratto la giurisprudenza della Corte costituzionale, sopra ricordata: esclusione della discrezionalità nel promovimento dell'azione penale, elemento di garanzia dell'indipendenza del pm nell'esercizio della propria funzione ed elemento di garanzia dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale. È questo nucleo – nella contemporanea presenza e nella penetrazione dei profili che lo compongono – che dovrebbe essere tenuto presente nel momento in cui si vada a esaminare l'una o l'altra soluzione; così come è rispetto a questo nucleo che si dovrà, semmai, effettuare un'opera di bilanciamento dei valori costituzionali in gioco.

In tale prospettiva, è naturale che le varie soluzioni si differenzino e possano risultare più o meno

14. Per una visione comparatistica del tema, anche nei suoi aspetti di principio, che riscontra dinamiche di convergenza degli ordinamenti continentali in materia di azione penale, con i sistemi ad azione discrezionale orientati verso un maggior controllo delle scelte del pubblico ministero e le aperture alla discrezionalità degli ordinamenti che accolgono il principio di obbligatorietà, vds. L. Luparia, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, pp. 1751 ss., il quale individua nel dibattito sull'introduzione dei criteri di priorità nella trattazione delle *notitiae criminis* in Italia un varco verso ipotesi di discrezionalità controllata; per il rilievo al fenomeno della discrezionalità di fatto come conseguenza della diffusa disapplicazione del principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale, vds. R. Romboli, *Il pubblico ministero*, op. cit., p. 313, il quale non manca di osservare che si tratta «essenzialmente di un problema del legislatore ordinario», il quale dovrà intervenire per garantire il rispetto del principio o comunque ridurre il divario con l'attuazione pratica.

15. Per maggiori dettagli, vds. ancora D. Vicoli, *Scelte del pubblico ministero*, op. cit., pp. 258 ss.; S. Catalano, *Rimedi peggiori dei mali*, op. cit., pp. 67 ss.; una disamina degli interventi normativi che in qualche modo hanno delineato criteri di priorità in ambito penale (per la definizione dei processi pendenti o per la formazione dei ruoli di udienza) è ora contenuta nel *dossier* del 31 luglio 2021, predisposto dalle Camere del Parlamento in occasione della riforma del processo penale (AC 2435-A), di cui oltre nel testo, al quale si rinvia per una più completa ricostruzione sul punto.

16. Dopo aver osservato che «in linea di principio, i criteri che possono presiedere all'esercizio dell'azione penale sono fondamentalmente di tre ordini: criteri *sostanziali*, *interni* alle finalità della repressione penale; criteri *processuali*, *interni* alle finalità del processo; criteri *esterni* alle finalità sia sostanziali che processuali, di varia *opportunità*», segnala F. Palazzo, *Sul pubblico ministero*, op. cit., p. 62, che i criteri esterni possono essere articolati variamente almeno in relazione a due profili: il contenuto e gli organi competenti a formalizzarli, dove la grande alternativa è tra organi politici e organi interni all'ordine giudiziario.

rispettose dell'indipendenza del pm o dell'eguaglianza dei cittadini, o in grado di aggredire in misura maggiore o minore l'area della discrezionalità di fatto nella selezione delle notizie di reato rispetto alle quali procedere e dei relativi tempi¹⁷.

4. La recente riemersione dei criteri di priorità nel quadro di crisi del governo autonomo della magistratura e nell'ottica dell'efficienza della giustizia

Come altri aspetti dell'ordinamento giudiziario, anche il ruolo del pm e la questione dell'azione penale non possono, poi, essere esaminati in astratto, poiché essi si collegano e dipendono dall'assetto complessivo del sistema, di cui è parte fondante la scelta originaria nel senso dell'autonomia e indipendenza della magistratura, attraverso il governo autonomo di essa. Tema che, come noto, ha evidenziato marcate criticità, in particolare negli anni a noi più vicini. L'evoluzione del modello di ordinamento giudiziario del nostro Paese, incentrata sul Csm, in epoca recente ha mostrato profili non poco problematici, a partire dal

tema del cd. correntismo, fino a coinvolgere le modalità di elezione, la composizione e l'organizzazione del Consiglio superiore, ormai al centro, da oltre due anni, più ancora che in passato, di vari progetti e insistenti iniziative di riforma¹⁸.

Altro elemento che sembra poter incidere in misura rilevante, nel conteso presente, sul tema che ci occupa è la pressante esigenza di efficienza del sistema, che trova ora un punto di ricaduta nel «Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza» (PNRR), il quale dedica una parte di rilievo al tema della riforma della giustizia¹⁹.

Non è un caso, allora, che sia stata recentemente approvata in Parlamento la legge per l'efficienza del processo penale (legge n. 134/2021), che delega il Governo ad adottare, nel termine di un anno dalla sua data di entrata in vigore, uno o più decreti legislativi per la modifica del codice di procedura penale, delle norme di attuazione del codice di procedura penale, del codice penale e della collegata legislazione speciale nonché delle disposizioni dell'ordinamento giudiziario in materia di progetti organizzativi delle procure della Repubblica, per la revisione del regime sanzionatorio dei reati e per l'introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa e

17. Attribuire il potere al Governo lascia intravedere, per fare un esempio, il rischio di un maggior tasso di compromissione dell'obbligatorietà, dell'indipendenza dei magistrati e dell'eguaglianza dei cittadini di quel che sarebbe nell'ipotesi di investire i vertici degli uffici (ciò che pure potrebbe porre a rischio l'eguaglianza e non assicurerebbe forse a pieno l'indipendenza) o il Parlamento (anche a chi sostiene che l'intervento della legge farebbe salva l'indipendenza e l'eguaglianza non potrebbe sfuggire che, per tale via, si finirebbe per modificare il significato stesso del principio costituzionale consacrato nella formula dell'art. 112; sul punto si tornerà oltre, nel testo).

18. Per una disamina, a partire dal cd. «ddl Bonafede», vds. M. Volpi, *Il Consiglio Superiore della Magistratura: snodi problematici e prospettive di riforma*, relazione tenuta al seminario annuale del Gruppo di Pisa del 23 ottobre 2020 (www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Mauro_Volpi_-_Il_Consiglio_superiore_della_magistratura_snodi_problematici_e_prospettive_di_riforma.pdf); un quadro delle reazioni alla crisi che ha investito il Consiglio si ricava, ad esempio, dalla lettura del fascicolo n. 3/2019 di *Questione giustizia* (obiettivo: *Magistrati oltre la crisi?*); vds. anche N. Rossi, *Questione morale o questione democratica?*, in questa *Rivista online*, 26 gennaio 2021, www.questionegiustizia.it/articolo/questione-morale-o-questione-democratica, il quale osserva, con preoccupazione, che «ciò che il presente ci mostra di più e di diverso rispetto alla storia recente della magistratura è la penetrazione della crisi nel cuore dei meccanismi della democrazia associativa e della democrazia consiliare, cioè nelle strutture sociali ed istituzionali che dovrebbero costituire i naturali antidoti all'affermarsi di prassi deteriori nel governo della magistratura»; tutto questo fa apparire quanto mai lontano il fascicolo n. 4/2017 della *Rivista*, il cui titolo era: *L'orgoglio dell'autogoverno: una sfida possibile per i 60 anni del Csm*. Ai meccanismi di elezione dei componenti del Csm e al ruolo dell'associazionismo tra i magistrati sono rispettivamente dedicati i contributi di M. Cicala, *Rappresentanza, istituzioni e sistemi elettorali (la problematica relativa al Csm)*, e di E. Bruti Liberati, *Le correnti e il Csm*, in Aa. Vv., *Il governo autonomo, op. cit.*, pp. 122 ss. e 129 ss.; per un inquadramento degli aspetti salienti delle varie proposte di riforma, vds. F. Dal Canto, *Note minime sul disegno di legge Bonafede di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 1/2021, pp. 164 ss., cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

19. Nel capitolo sulla riforma della giustizia si legge, in apertura, che «[i]l sistema della giustizia italiana, caratterizzato da solide garanzie di autonomia e di indipendenza e da un alto profilo di professionalità dei magistrati, soffre di un fondamentale problema: i tempi della celebrazione dei processi. La durata dei processi incide negativamente sulla percezione della qualità della giustizia resa nelle aule giudiziarie e ne offusca indebitamente il valore, secondo la nota massima per cui «giustizia ritardata è giustizia denegata». I problemi legati al fattore «tempo» sono al centro dell'attenzione nel dibattito interno e sono stati ripetutamente rimarcati nelle competenti sedi europee»; sull'efficienza come parola chiave che accomuna le due riforme Cartabia, quella civile e quella penale, vds. G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della «legge Cartabia»*, in *Sistema penale*, 15 ottobre 2021, il quale ricorda che, nella storia della Corte di Strasburgo, l'Italia vanta «l'imbarazzante primato internazionale di primo Paese per numero di condanne per violazione dell'art. 6 Cedu relativamente alla durata dei processi»: oltre 1200, il doppio del Paese – la Turchia – che si colloca al secondo posto. Per un riscontro, a partire dal monitoraggio della giustizia penale relativo agli anni 2003-2021, incentrato in particolare sul numero di procedimenti pendenti, si possono vedere i dati sul sito del Ministero della giustizia (www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_9_13.page). Al tema «La riforma della giustizia civile secondo la legge delega 26 novembre 2021, n. 206» è dedicato per intero il fascicolo n. 3/2021 di *Questione giustizia*.

di una disciplina organica dell'ufficio per il processo penale²⁰.

L'art. 1, comma 9, in particolare, per quanto qui maggiormente interessa, prevede che nell'esercizio della delega, i decreti legislativi recanti modifiche al codice di procedura penale in materia di indagini preliminari e di udienza preliminare e alle disposizioni dell'ordinamento giudiziario in materia di progetti organizzativi delle procure della Repubblica, siano adottati nel rispetto di una serie di principi e criteri direttivi. Tra essi, sono diversi quelli che hanno rilievo sul principio che ci occupa, si pensi alla lett. 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», o alla lett. e: «prevedere che, decorsi i termini di durata delle indagini, il pubblico ministero sia tenuto a esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro un termine fissato in misura diversa, in base alla gravità del reato e alla complessità delle indagini preliminari»; ma quello assolutamente centrale e per tanti versi innovativo è costituito dalla lett. i. Qui infatti si stabilisce che, nell'esercizio della delega, i decreti dovranno «prevedere che gli uffici del pubblico ministero, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, individuino criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili; allineare la procedura di approvazione dei progetti organizzativi delle procure della Repubblica a quella delle tabelle degli uffici giudicanti».

Per la prima volta l'intervento legislativo aggrava in maniera così diretta il principio dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, imponendo fin da ora alcune riflessioni, in attesa del decreto legislativo di attuazione.

5. Prime osservazioni sulla legge n. 134/2021 in riferimento all'individuazione dei criteri di priorità per l'esercizio dell'azione penale

Già in passato alcuni interventi normativi di rango primario avevano affrontato il tema dei criteri di priorità, ma con un'ottica differente.

Il d.lgs n. 51/1998, istitutivo del giudice unico di primo grado, aveva previsto che, «al fine di assicurare la rapida definizione dei processi pendenti alla data di efficacia del decreto, nella trattazione dei procedimenti e nella formazione dei ruoli di udienza, anche indipendentemente dalla data del commesso reato o da quella delle iscrizioni del procedimento, si [tenesse] conto della gravità e della concreta offensività del reato, del pregiudizio che può derivare dal ritardo per la formazione della prova e per l'accertamento dei fatti, nonché dell'interesse della persona offesa», con conseguente obbligo per gli uffici di comunicare «tempestivamente al Csm i criteri di priorità ai quali si atterranno per la trattazione dei procedimenti e per la fissazione delle udienze». L'art. 132-bis disp. att. cpp, introdotto da parte del dl n. 341/2000, convertito in legge n. 4/2001 (e a seguire ulteriormente modificato), stabiliva a sua volta che, nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione dei processi, si assegnasse priorità assoluta a particolari procedimenti. Il tema era poi stato in qualche modo lambito, sia pure implicitamente, con le riforme del 2005-2007, sopra ricordate, a partire dai poteri organizzativi attribuiti ai vertici degli uffici di procura.

Su queste previsioni si sono inseriti diversi interventi del Consiglio superiore, anche al fine di garantire i principi di buona amministrazione e l'affermata esigenza di uniformità dell'azione penale²¹. Le indicazioni del Consiglio, in particolare, hanno finalizzato i poteri organizzativi del procuratore della Repubblica al conseguimento degli obiettivi della ragionevole durata del processo, anche nella fase investigativa, e al corretto, puntuale e uniforme esercizio dell'azione penale, nel rispetto delle norme sul giusto processo e sull'indipendenza dei magistrati

20. Per un commento complessivo, in due parti, vds. G. De Marzo, *La legge delega disegnata dalla riforma Cartabia con riguardo al processo penale*, in *Foro it.*, 2021, V, cc. 257 ss. e 293 ss.

21. Una ricostruzione analitica della storia del dibattito sui criteri di priorità e del succedersi di provvedimenti legislativi, consiliari e di procuratori della Repubblica è ora contenuta in A. Spataro, *La selezione delle priorità nell'esercizio dell'azione penale: la criticabile scelta adottata con la Legge 27 settembre 2021, n. 134* – pubblicato in anteprima su *Questione giustizia online* il 20 dicembre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/la-selezione-delle-priorita) –, in questo fascicolo, il quale, rispetto alla scelta legislativa sul punto consacrata nella legge delega, osserva che la prima parte della previsione «non è in alcun modo condivisibile: la selezione delle priorità di intervento dei pubblici ministeri, anche solo nell'ambito di linee guida generali e non di un cogente catalogo di reati, non può essere materia di competenza del Parlamento (e, conseguentemente, delle maggioranze esistenti) perché ciò aprirebbe la strada a seri pericoli per l'autonomia della magistratura e dei pubblici ministeri in particolare, e finirebbe con il determinare seri rischi per il già illustrato principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale».

dell'ufficio, ispirandosi a principi di partecipazione e leale collaborazione. Con specifico riferimento ai criteri di priorità, si stabilisce che il procuratore «indica i criteri prescelti al fine dell'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, tenendo conto della specifica realtà criminale e territoriale, nonché delle risorse tecnologiche, umane e finanziarie disponibili», curando costantemente l'interlocuzione con il presidente del tribunale e con gli uffici giudicanti.

In questo quadro, l'approvazione della l. n. 134/2021 segna una indubbia svolta, poiché per la prima volta il legislatore positivizza, a livello di fonte primaria, l'esigenza di individuare criteri di priorità per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale e colloca il Parlamento nel relativo circuito²².

Una prima osservazione che sembra di poter fare, al riguardo, attiene alla circostanza che una simile innovazione avrebbe forse potuto (e dovuto) trovare spazio nel titolo del provvedimento che la contiene. È pur vero che siamo già di fronte a un titolo piuttosto articolato («Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari») e a un contenuto vario e complesso, ma l'art. 1, comma 9, lett. i, sembra introdurre, a tutti gli effetti, la prima disciplina (attuativa?) del disposto costituzionale dell'art. 112 e forse avrebbe «meritato» un richiamo fin dall'inquadramento del provvedimento.

Quanto alla scelta definitivamente operata, a seguito di un ripensamento rispetto all'impianto originario della proposta²³, essa stabilisce, come detto, che l'attuazione governativa dovrà «prevedere che gli uffici del pubblico ministero, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, nell'ambito dei

criteri generali indicati dal Parlamento con legge, individuino criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili; allineare la procedura di approvazione dei progetti organizzativi delle procure della Repubblica a quella delle tabelle degli uffici giudicanti». In sostanza, volendo semplificare, si delinea un procedimento a tre stadi:

- nel primo interviene il Parlamento con legge, indicando «criteri generali»;

- nel secondo gli uffici del pubblico ministero, i quali, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, individueranno «criteri di priorità trasparenti e predeterminati», da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili;

- nel terzo, infine, il Csm, dovendosi allineare la procedura di approvazione dei progetti organizzativi delle procure della Repubblica a quella delle tabelle degli uffici giudicanti.

I primi commenti hanno evidenziato i non pochi nodi problematici che il legislatore delegato dovrà o potrà, magari, almeno in parte, provare a sciogliere:

- in che cosa consistano i «criteri generali» che il Parlamento indicherà con legge, se di natura prevalentemente sostanziale o procedurale²⁴;

- come sia da intendere una previsione che contiene non una semplice riserva di legge ma una riserva di legge del Parlamento e se essa sia compatibile, per

22. Osserva F. Di Vizio, *L'obbligatorietà, op. cit.*, pp. 4 ss., che la positivizzazione dei criteri di priorità dell'azione penale progettata dalla legge delega Cartabia offre «una delle prospettive di azione più nuove e problematiche dell'intera riforma»; a giudizio dell'A., nel tempo è mutato il concetto di esercizio dell'azione penale e l'obbligatorietà si delinea ormai come regola della legalità, per cui «l'esercizio del potere di azione costituisce dovere in presenza di presupposti e modalità disciplinate dalla legge ordinaria, rifuggendo criteri di opportunità enucleati surrettiziamente»: se ciò ha creato le condizioni di prime esperienze di bilanciamento di interessi costituzionali in rapporto con quello di obbligatorietà, governate sulla base di norme che disciplinano i poteri discrezionali del pm e del giudice, con «i criteri esterni di opportunità» (con le problematiche articolazioni di contenuto e degli organi competenti a «formalizzarli») viene realmente messa in discussione l'obbligatorietà dell'azione penale».

23. Evidenzia, in particolare, questo aspetto N. Rossi, *I «criteri di priorità» tra legge cornice e iniziativa delle procure*, in questo fascicolo – cfr. *Id.*, *I criteri di esercizio dell'azione penale. Interviene il Parlamento con legge*, in *Questione giustizia online*, 8 novembre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/i-criteri-di-esercizio-dell-azione-penale-interviene-il-parlamento-con-legge) –, il quale sottolinea, mediante una puntuale sinossi, l'evoluzione della previsione relativa ai criteri di priorità contenuti nell'originaria proposta Bonafede, poi nell'articolato normativo della Commissione Lattanzi e infine nella legge delega approvata dal Parlamento, cogliendo le diversità tra i testi e valutando il punto di approdo finale raggiunto: in sintesi, dal modello autoreferenziale (la definizione dei criteri di priorità nell'ambito esclusivo del potere giudiziario) a quello di criteri di priorità dinamici (ad opera degli uffici giudiziari nell'ambito dei criteri generali determinati periodicamente dal Parlamento), a quello di una stabile cornice dettata dal Parlamento con legge per regolare l'iniziativa delle procure.

24. Come si ricorderà, l'espressione «criteri generali» era stata, ad esempio, a suo tempo utilizzata dal legislatore nell'art. 7-ter dell'ordinamento giudiziario a indicare l'attribuzione del Csm nell'ottica dell'organizzazione degli uffici del pm («Il Consiglio superiore della magistratura determina i *criteri generali* per l'organizzazione degli uffici del pubblico ministero e per l'eventuale ripartizione di essi in gruppi di lavoro» - corsivo aggiunto).

esempio, con l'esercizio di una delega o in occasione della conversione di un decreto-legge governativo (profili, peraltro, che forse solo la prassi potrà riuscire a chiarire); a chi sia possibile l'iniziativa o se essa sia in qualche modo riservata²⁵;

- in che cosa consistano i criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, che gli uffici del pubblico ministero dovranno individuare per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili;

- come si possa garantire l'uniformità a fronte dell'abbandono dell'obbligatorietà; come evitare i rischi, da più parti paventati, che l'operazione si trasformi in un elenco di reati aprioristicamente destinati a venir di fatto depenalizzati, con una sostanziale rinuncia alla pretesa punitiva da parte di quello stesso Stato che, per altro verso, continua a manifestare una non sopita tendenza a penalizzare nuove fattispecie;

- quale ruolo finirà per svolgere il Csm, stante il richiesto allineamento della procedura di approvazione dei progetti organizzativi delle procure della Re-

pubblica a quella delle tabelle degli uffici giudicanti. Quanto penetrante, in particolare, potrà o dovrà essere il suo controllo (tema ancor più sensibile alla luce del quadro complessivo di percezione del governo autonomo della magistratura prodotto dalle vicende degli anni a noi più vicini).

Accanto ai nodi problematici, i primi commenti già consentono all'osservatore di misurare i differenti giudizi sulla riforma, anche all'interno della stessa magistratura²⁶.

6. Cosa rimane della formulazione dell'art. 112 Cost.?

In chiusura di queste brevi osservazioni, in una prospettiva più strettamente costituzionalistica, sembra affacciarsi un dubbio, concernente la portata dell'obbligatorietà quale sancita dall'art. 112 Cost. e il connesso rischio, se non di uno svuotamento, certo di una modificazione profonda del suo significato.

La Carta costituzionale contiene, come noto, vari richiami al concetto di obbligo, nessuno dei quali pare formulato con la medesima perentorietà della disposizione in esame²⁷.

25. Osserva al riguardo N. Rossi, *I criteri, op. cit.*, che la soluzione naturale e fisiologica è quella del Ministro della giustizia, anche nella sua veste di presentatore al Parlamento della relazione annuale sull'amministrazione della giustizia.

26. N. Rossi, *op. ult. cit.*, ad esempio, individua l'obiettivo da raggiungere nel «promuovere la transizione – culturale e istituzionale insieme – da una obbligatorietà dell'azione penale postulata in astratto, ma di fatto scarsamente controllabile e deresponsabilizzata, a una obbligatorietà temperata e realistica e, proprio per questo, esercitabile secondo canoni di trasparenza e corredata da assunzione di responsabilità sociale e istituzionale per le scelte compiute», sulla scia del processo di avvicinamento ormai da tempo in atto tra i due modelli, in teoria antitetici, dell'obbligatorietà e della discrezionalità dell'azione penale. Per A. Spataro, *La selezione, op. cit.*, «la formulazione della norma qui in discussione rischia di determinare equivoci e problemi non secondari», per cui è «d'obbligo attendere con fiducia che il Governo predisponga il testo delegatogli che – si augura chi scrive – potrebbe limitarsi a trasferire sul piano legislativo, se non le si ritenesse già vincolanti, alcune delle previsioni già contenute nelle citate delibere consiliari». Secondo F. Di Vizio, *L'obbligatorietà, op. cit.*, «gli effetti istituzionali e ordinamentali del varo di questo programma di politica criminale (...) sono tutti da verificare; di certo, come insegna l'esperienza storica, non andrà trascurato che ove si introduce la discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale l'opportunità si affaccia quale ospite indiscreto» e «può legittimamente dubitarsi che la Politica resterà davvero alla finestra e non riferirà agli attuatori la responsabilità degli insuccessi nella politica criminale».

27. Art. 16, comma 2: «Ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli *obblighi* di legge»; art. 32, comma 2: «Nessuno può essere *obbligato* a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»; art. 33, comma 4: «La legge, nel fissare i diritti e gli *obblighi* delle scuole non statali che chiedono la parità, deve assicurare ad esse piena libertà e ai loro alunni un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni di scuole statali»; art. 34, comma 2: «L'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è *obbligatoria* e gratuita»; art. 35, comma 4: «Riconosce la libertà di emigrazione, salvo gli *obblighi* stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e tutela il lavoro italiano all'estero»; art. 39, commi 2 e 4: «Ai sindacati non può essere imposto altro *obbligo* se non la loro registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge. I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia *obbligatoria* per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce»; art. 44, comma 1: «Al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, la legge impone *obblighi* e vincoli alla proprietà terriera privata, fissa limiti alla sua estensione secondo le regioni e le zone agrarie, promuove ed impone la bonifica delle terre, la trasformazione del latifondo e la ricostituzione delle unità produttive; aiuta la piccola e la media proprietà»; art. 52, comma 2: «Il servizio militare è *obbligatorio* nei limiti e modi stabiliti dalla legge. Il suo adempimento non pregiudica la posizione di lavoro del cittadino, né l'esercizio dei diritti politici»; art. 64, comma 4: «I membri del Governo, anche se non fanno parte delle Camere, hanno diritto, e se richiesti *obbligo*, di assistere alle sedute. Devono essere sentiti ogni volta che lo richiedono»; art. 68, comma 2: «Senza autorizzazione della Camera alla quale appartiene, nessun membro del Parlamento può essere sottoposto a perquisizione personale o domiciliare, né può essere arrestato o altrimenti privato della libertà personale, o mantenuto in detenzione, salvo che in esecuzione di una sentenza irrevocabile di condanna, ovvero se sia colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è previsto l'arresto *obbligatorio* in flagranza»; art. 94, comma 4: «Il voto contrario di una o d'entrambe le Camere su una proposta del Governo non importa *obbligo* di dimissioni»; art. 112: «Il pubblico ministero ha l'*obbligo* di esercitare l'azione penale»; art. 117, comma 1: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli *obblighi* internazionali»; XI disp. trans. e fin.: «Fino a cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione si possono, con leggi costituzionali,

Si tratta, infatti, in questo caso, di un preciso obbligo di fare, formulato in positivo, posto in capo a un soggetto ben determinato, obbligo non condizionato ad alcunché e per il quale non viene fatto rinvio, almeno espressamente, a una successiva forma di attuazione o concretizzazione. Si tratta, oltre tutto, dell'articolo più breve dell'intero testo costituzionale, la cui asciuttezza pare sintomatica, sul piano linguistico, della particolare rigosità e fermezza del precetto.

Se così è, sembra difficile negare che l'intervento legislativo in parola porterà a trasformarne, di fatto, il contenuto normativo. Non più «il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale», ma, potremmo dire, «il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge»²⁸. Con il che, pare abbastanza scontato, la questione potrebbe rapidamente condurre a un giudizio di legittimità innanzi alla Corte costituzionale.

formare altre Regioni, a modificazione dell'elenco di cui all'art. 131, anche senza il concorso delle condizioni richieste dal primo comma dell'articolo 132, fermo rimanendo tuttavia l'*obbligo* di sentire le popolazioni interessate».

28. Una formula non distante da quella in altre occasioni utilizzata dal Costituente – si pensi all'art. 52 («Il servizio militare è obbligatorio nei limiti e modi stabiliti dalla legge») –; si ricorderà incidentalmente come, sulla base di essa, il legislatore abbia con il tempo previsto la sospensione del servizio obbligatorio di leva.

Verso una nuova istruzione formale? Il ruolo del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari

di Gaetano Ruta

La “riforma Cartabia” investe profondamente la fase delle indagini preliminari, incidendo su snodi fondamentali, quali il momento “genetico” dell’iscrizione della notizia di reato e del nominativo della persona cui esso è da attribuire, e il momento “conclusivo” delle determinazioni sull’esercizio dell’azione penale. Sono attribuiti incisivi poteri al giudice per le indagini preliminari, che obbligano a ripensare non solo la fisionomia e la finalità delle indagini, ma anche l’equilibrio di poteri e di rapporti tra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari.

1. Le premesse normative / 2. Una iperbole / 3. Il controllo del giudice sulla tempestività dell’iscrizione / 3.1. La “riforma Orlando” e alcune linee interpretative / 3.2. Il controllo del giudice sull’iscrizione e possibili effetti sul piano della prova / 3.3. Le disposizioni della legge delega / 3.3.1. L’articolo 1, comma 9, lett. r e s / 3.3.2. L’articolo 1, comma 9, lett. p / 3.3.3. L’articolo 1, comma 9, lett. q / 4. La stasi del procedimento / 4.1. L’articolo 1, comma 9, lett. e e f / 4.2. L’articolo 1, comma 9, lett. g e h / 5. I presupposti dell’archiviazione / 5.1. Le preclusioni finte... come finestre dipinte / 6. Una immagine

1. Le premesse normative

La legge 27 settembre 2021, n. 134 abbraccia un ventaglio amplissimo di disposizioni del sistema penale secondo una ispirazione di fondo, apertamente rimarcata nel procedimento di formazione legislativa, di maggiore efficienza nella salvaguardia delle garanzie¹.

Non vi è fase della procedura penale che sia rimasta estranea all’intervento riformatore e ciò riguarda anche le indagini preliminari, in cui nevralgico è il ruolo del pubblico ministero.

L’art. 1, comma 9, incide in alcuni dei gangli fondamentali di questa fase. Per fermarsi solo ad alcuni

dei più rilevanti passaggi, vanno evidenziati: i presupposti per la richiesta di archiviazione (lett. a), la durata delle indagini preliminari (lett. c), i presupposti e la durata della proroga (lett. d), i rimedi contro la “stasi” del procedimento (lett. e, f, g, h), i criteri di priorità nella trattazione delle notizie di reato (lett. i), i presupposti dell’iscrizione e il sindacato del giudice sulla iscrizione del nome della persona nel registro di cui all’art. 335 cpp (lett. p, q, r, s), l’individuazione di “criteri più stringenti” per la riapertura delle indagini ai sensi dell’art. 414 cpp (lett. t). Connessa alla fase delle indagini è poi la previsione, contenuta al comma 24, dell’autonoma impugnazione del decreto di perquisizione, cui non abbia fatto seguito il sequestro.

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.

Si tratta di un intervento riformatore che incide in maniera significativa e assai problematica sulla fase delle indagini e sulla posizione del pubblico ministero.

Occorre certamente una spinta in avanti, le esigenze di efficienza non devono essere vanificate; bisogna, tuttavia, essere consapevoli della direzione che si imprime al cambiamento.

Il pubblico ministero è chiamato da tempo a ripensare il proprio ruolo.

Esso non può essere associato, nel contesto attuale, al solo modello della obbligatorietà dell'azione penale. Come è stato autorevolmente sostenuto, l'obbligatorietà dell'azione penale «copre solo una parte dell'agire del Pubblico Ministero». Essa rappresenta l'imprescindibile garanzia della sua indipendenza e il criterio attraverso cui valutarne sul piano processuale (ed eventualmente disciplinare) la correttezza, con il fine sempre di assicurare l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

Ma non basta. Si avverte sempre più una esigenza di "legittimazione democratica" di questa figura, che ne dilata inevitabilmente i momenti di impegno e i profili di responsabilità².

Se ne trovano tracce anche nella legislazione recente. La materia della giustizia riparativa (ampiamente trattata nella l. n. 134/2021) e l'attuazione della direttiva (UE) 2016/343, sulla presunzione di innocenza, pongono questioni nuove, cui il pubblico ministero non deve sottrarsi: il significato della pena (una funzione "risocializzante"?) e il rispetto della posizione dell'imputato nel contesto sociale, di cui chi opera nel processo penale deve farsi carico.

Ci si aspetta, se così può dirsi, un pubblico ministero *open minded*, che sappia osservare i doveri che discendono dall'applicazione della legge, nel rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale, essendo al contempo alimentato da afflato culturale e sensibilità sociale. Un magistrato che sappia cogliere il senso della "consonanza" con la Repubblica³.

Non sono risposte facili e, soprattutto, non sono risposte che passano (solo) da riforme normative.

La strada che è stata imboccata sembra volere riposizionare la figura del pubblico ministero rispetto al ruolo centrale che, storicamente, ha avuto nella fase delle indagini preliminari, sin dall'entrata in vi-

gore del codice Vassalli, affiancandogli la figura del giudice per le indagini preliminari, che potrebbe assurgere a titolare di poteri decisionali in precedenza appannaggio esclusivo del pubblico ministero.

2. Una iperbole

Il codice del 1930 conosceva la distinzione tra "istruzione sommaria" e "istruzione formale". La prima era riservata a taluni specifici casi, delineati dall'art. 389: sorpresa in flagranza quando non si poteva procedere a giudizio direttissimo; reato commesso mentre l'imputato era arrestato, detenuto o internato per misura di sicurezza, quando non si poteva procedere con giudizio direttissimo; confessione da parte dell'imputato di aver commesso il reato, sempre che non fossero necessari ulteriori atti di istruzione; evidenza della prova, sempre che l'imputazione non comportasse la pena dell'ergastolo; reati di competenza del pretore. Per tutti gli altri casi la regola era quella dell'istruzione formale.

Come si ebbe a dire, «l'istruzione sommaria si ha nei casi in cui l'indagine è più semplice e più spedita; l'istruzione formale nei casi in cui l'indagine è più complessa e più lunga»⁴.

Con una semplificazione non del tutto corretta, ma che aiuta a rendere l'idea, l'istruzione sommaria aveva per presupposti gli stessi che sono oggi alla base dei riti "anticipatori" del dibattimento (il giudizio immediato, quando non si fa corso al giudizio direttissimo, e i procedimenti a citazione diretta).

L'istruzione sommaria era condotta dal pubblico ministero, l'istruzione formale dal giudice istruttore. Da qui un duplice volto del pubblico ministero, che operava di volta in volta quale "agente" o quale "consulente del giudice"⁵. Il governo dell'istruzione formale era infatti nelle mani del giudice istruttore, che veniva investito del procedimento con una richiesta del pubblico ministero, dando impulso all'attività di raccolta delle prove attraverso un contraddittorio "monco e diseguale" (a danno delle parti private), regolato dallo stesso giudice, che ne dettava tempi e scadenze⁶.

Gli accostamenti storici vanno condotti con precisione, bisogna evitare sovrapposizioni improprie e

2. G. Salvi, *Discrezionalità, responsabilità, legittimazione democratica del Pubblico Ministero*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 2/2021, www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/934/2-2021_qg_salvi.pdf.

3. P.L. Zanchetta, *La legittimazione e il suo doppio (Magistrati e consonanza con la Repubblica)*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2016, www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/381/qg_2016-4_07.pdf.

4. G. Leone, *Diritto processuale penale*, Iovene, Napoli, 1968, p. 313.

5. G. Leone, *op. ult. cit.*, p. 63.

6. F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 440.

confronti grossolani. Il modello processuale del 1930 è troppo distante da quello attuale, strutturalmente e culturalmente, per spingersi oltre.

Vi è da dire, tuttavia, che un sussulto inconscio il modello del passato lo provoca.

A torto o a ragione, la spinta riformatrice sembra tradire una vistosa sfiducia verso la figura del pubblico ministero. Vi sono tante falle nel sistema, si potrebbe arguire da una visione complessiva del progetto, ma nulla incide così negativamente come l'attività che fa perno sulla posizione del pubblico ministero: che poi è alla base di tutto, perché il processo è un edificio che poggia su quanto viene costruito nelle indagini.

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 (costituiscono) 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.

I profili che verranno affrontati nei capitoli che seguono attengono a tre passaggi della riforma che ha investito la fase delle indagini, per ragioni diverse tra i più complessi e dunque meritevoli di maggiore attenzione: la retrodatazione dell'iscrizione, la stasi del procedimento, i presupposti per la richiesta di archiviazione (con una riflessione aggiuntiva sugli effetti preclusivi del provvedimento di archiviazione e la riapertura delle indagini).

Resta fuori l'altro grande tema che coinvolge le indagini preliminari: la determinazione di priorità nella trattazione delle notizie di reato. Ma tale aspetto, per quanto delicato, presenta risvolti più ordinamentali che processuali, riguardando l'identificazione dell'organo chiamato a stabilire l'ordine delle priorità e la compatibilità di esse con il principio sancito dall'art. 112 Cost.⁷.

3. Il controllo del giudice sulla tempestività dell'iscrizione

L'iscrizione della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 cpp e, contestualmente o dal momento in cui risulta, del nome della persona cui lo stesso è attribuito, è funzione propria del pubblico ministero.

7. Vds. F. Di Vizio, *L'obbligatorietà dell'azione penale efficiente ai tempi del PNRR*, in questa *Rivista online*, 13 ottobre 2021, www.questionegiustizia.it/articolo/l-obbligatorieta-dell-azione-penale-efficiente-ai-tempi-del-pnrr; N. Rossi, *I criteri di esercizio dell'azione penale. Interviene «il Parlamento con legge»*, *ivi*, 8 novembre 2021, www.questionegiustizia.it/articolo/i-criteri-di-esercizio-dell-azione-penale-interviene-il-parlamento-con-legge; A. Spataro, *La selezione delle priorità nell'esercizio dell'azione penale: la criticabile scelta adottata con la Legge 27 settembre 2021, n.134*, *ivi*, 20 dicembre 2021, www.questionegiustizia.it/articolo/la-selezione-delle-priorita; S. Panizza, *Se l'esercizio dell'azione penale diventa obbligatorio... nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge*, *ivi*, 5 gennaio 2022, www.questionegiustizia.it/articolo/se-l-esercizio-dell-azione-penale. Tutti i contributi sopra citati, pubblicati in anteprima su *Questione giustizia online*, fanno parte di questo fascicolo (*ivi* compresa la rielaborazione dello scritto di N. Rossi: *I "criteri di priorità" tra legge cornice e iniziativa delle procure*).

Questi, secondo l'indicazione contenuta nella legge, è chiamato a darvi corso "immediatamente".

Non è nuovo e più volte si è posto nella giurisprudenza di legittimità il tema del controllo giudiziale sulla tempestiva iscrizione del nome della persona indagata nel registro delle notizie di reato. Questione evidentemente collegata alla definizione dei presupposti sulla base dei quali essa deve avvenire.

La giurisprudenza, pur con alcune oscillazioni, è stata ferma nel tempo nel ribadire la insindacabilità del momento dell'iscrizione, atto che rientra nell'esercizio di un potere rimesso al pubblico ministero, suscettibile di eventuale censura in sede disciplinare, ma non in quella processuale.

Due note sentenze delle sezioni unite penali, a distanza di dieci anni l'una dall'altra, hanno sostenuto questo principio, che ha certamente il merito di avere assicurato stabilità a uno snodo processuale gravido di conseguenze; e questo, nella piena consapevolezza della rilevanza della questione e della estrema delicatezza degli interessi in gioco⁸.

Le ragioni poste a fondamento dell'esclusione del sindacato giurisdizionale sul momento dell'iscrizione sono molteplici e risultano approfondite, in particolare nella sentenza *Lattanzi*, con riflessioni ancora oggi di grande attualità. La Corte di cassazione afferma che tale atto costituisce un «dovere» in capo al pubblico ministero, rispetto alla violazione del quale sono configurabili conseguenze disciplinari e finanche penali. Ma tale dovere si colloca in un quadro "fluidico", rappresentando l'iscrizione un'attività "complessa", nella quale convergono una pluralità di considerazioni relative alla configurazione storica del fatto, alla sua qualificazione giuridica, all'attribuibilità di esso a una determinata persona. Alla base di essa vi è una valutazione che deve basarsi non su meri sospetti, ma su specifici elementi indiziari. Tale valutazione sconta sovente, sul piano temporale, lo scarto rispetto al momento in cui la notizia di reato è stata trasmessa al pubblico ministero, oltre allo *spatium deliberandi* che deve ragionevolmente essergli concesso. Un potenziale intervento del giudice, che la Corte qualifica nei termini di "controllo

sostitutivo" e altrove come potere surrogatorio rispetto al pubblico ministero, si esporrebbe a queste variabili. Per quanto rappresenti un atto dovuto, il momento in cui scatta il dovere di iscrizione non è facile a definirsi e ciò rende oltremodo incerti i confini di un eventuale controllo. «Manca una struttura normativa di riferimento», sostengono i giudici di legittimità. «Non esiste, infatti, nel sistema, né un principio generale di "sindacabilità" degli atti del pubblico ministero, né un altrettanto generalizzato compito di "garanzia" affidato al giudice per le indagini preliminari. Si tratta, infatti, di un giudice "per" le indagini, e non "delle" indagini preliminari, il quale – proprio per impedire la riproduzione di funzioni *lato sensu* "istruttorie" – non governa l'attività di indagine né è chiamato a controllarla, svolgendo funzioni, si è detto, "intermittenti", che sono soltanto quelle previste dall'ordinamento. Stabilisce, infatti, l'art. 328 cod. proc. pen., che il giudice per le indagini preliminari provvede sulle richieste del pubblico ministero, delle parti private e della persona offesa "nei casi previsti dalla legge". Compiti, dunque, non soltanto limitati, ma anche tassativamente tipizzati».

Vi è il richiamo, nella sentenza *Lattanzi*, alla necessità di un intervento normativo, se davvero si vuole attribuire un sindacato giurisdizionale di tal fatta: un intervento accorto e prudente, che tenga conto delle conseguenze che ne possono scaturire. La retrodatazione dell'iscrizione comporta l'inutilizzabilità degli atti di indagine che risultino compiuti dopo che sia spirato il termine derivante dalla rettifica compiuta dal giudice. I rischi sulla dispersione del materiale investigativo sono sotto gli occhi di tutti.

3.1. La "riforma Orlando" e alcune linee interpretative

Poco più di quattro anni fa, prima dello spirare della passata legislatura, un importante intervento di modifica aveva investito il processo penale e in particolare la fase conclusiva delle indagini preliminari. Si tratta della legge 23 giugno 2017, n. 103, la cd. "riforma Orlando".

8. Cass., sez. unite, 21 giugno 2000, n. 16, *Tammaro*: «Quanto all'eccezione di inutilizzabilità della prova in conseguenza della denunciata iscrizione tardiva nel registro degli indagati, eseguita solo dopo il deposito della relazione del consulente, deve ribadirsi il principio giurisprudenziale ripetutamente affermato da questa Corte, secondo il quale l'omessa annotazione della notizia criminis sul registro previsto dall'articolo 335 Cpp, con l'indicazione del nome della persona raggiunta da indizi di colpevolezza e sottoposta ad indagini "contestualmente ovvero dal momento in cui esso risulta", non determina l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti fino al momento dell'effettiva iscrizione nel registro, poiché, in tal caso, il termine di durata massima delle indagini preliminari, previsto dall'articolo 407 Cpp, al cui scadere consegue l'inutilizzabilità degli atti di indagine successivi, decorre per l'indagato dalla data in cui il nome è effettivamente iscritto nel registro delle notizie di reato, e non dalla presunta data nella quale il pubblico ministero avrebbe dovuto iscriverla. Presupponendo l'obbligo d'iscrizione che a carico di una persona emerga l'esistenza di specifici elementi indiziari e non di meri sospetti, ne consegue che l'apprezzamento della tempestività dell'iscrizione rientra nell'esclusiva valutazione discrezionale del pubblico ministero ed è comunque sottratto, in ordine all'an e al quando, al sindacato del giudice, ferma restando la configurabilità di ipotesi di responsabilità disciplinari o addirittura penali nei confronti del p.m. negligente (cfr., ex plurimis, Cass., Sez. V, 27 marzo 1999, rv. 214866, Sez. I 11 marzo 1999, rv. 213827, Sez. V, 26 maggio 1998, rv. 211968; Sez. I, 27 marzo 1998, rv. 210545, e numerose altre conformi)»; Cass., sez. unite, 24 settembre 2009, n. 40538, *Lattanzi*, sopra richiamata nei passaggi più rilevanti.

Si registrava già allora l'esistenza di rischi di stasi, connessi alla non puntuale adozione da parte del pubblico ministero delle determinazioni conclusive. Sul reticolo di disposizioni processuali emanate nel 2017 si tornerà in seguito, perché esse si intrecciano in maniera potenzialmente molto confusa con quelle che potranno derivare dall'attuazione della legge delega.

Occorre qui soffermarsi, invece, sulle modifiche dell'ordinamento giudiziario attuate con la riforma Orlando, rilevanti proprio ai fini del controllo sulla tempestiva iscrizione delle notizie di reato e del nominativo della persona cui il reato deve essere attribuito. Il riferimento è all'art. 1, comma 75 della legge 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 legge n. 103/2017 l'inciso «l'osservanza delle disposizioni relative alla iscrizione delle notizie di reato». Una riaffermazione sul piano ordinamentale, si potrebbe arguire, dell'attribuzione all'ufficio del pubblico ministero delle incombenze di cui all'art. 335 cpp e della correlativa responsabilità che su di esso grava.

A seguito dell'emanazione della suddetta legge, è stata adottata dal procuratore della Repubblica di Roma la circolare n. 3225 del 2 ottobre 2017, che contiene indicazioni estremamente rilevanti, oltre che esemplari per chiarezza espositiva, sui presupposti della iscrizione. La suddetta circolare muove dalla disposizione di cui all'art. 109 disp. att. cpp, a mente del quale «La segreteria della Procura della Repubblica annota sugli atti che possono contenere notizia di reato la data e l'ora in cui sono pervenuti in ufficio e li sottopone immediatamente al Procuratore della Repubblica per l'eventuale iscrizione nel registro delle notizie di reato». L'uso della locuzione «eventuale» rimanda a un'attività necessaria di valutazione sia in ordine all'esistenza dei presupposti per l'iscrizione, sia in ordine alla scelta del registro (Mod. 45, Mod. 44, Mod. 21, che corrispondono rispettivamente ai registri relativi ai fatti non costituenti notizia di reato, fatti di reato a carico di indagati ignoti, fatti di reato a carico di indagati noti). Sulla base di queste premesse normative, nel documento della Procura di Roma è sviluppato questo ragionamento:

«Il presupposto è una considerazione ovvia: per procedere ad attività di indagine, alla richiesta di archiviazione o all'esercizio dell'azione penale, è indispensabile che il procedimento possa avere ad og-

getto un "fatto", vale a dire un accadimento suscettibile di una sia pure sommaria descrizione, sia perché sufficientemente delineata nello spazio e nel tempo, sia perché i suoi contorni materiali siano tali da consentirne l'astratta sussunzione in un titolo di reato. Prima di questo livello minimo di specificazione e qualificazione di un "fatto" è possibile solo procedere ad iscrivere l'atto in questione nel registro degli atti non costituenti notizia di reato (Mod. 45) (...). 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 sia 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 pregiudizievole 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 inscriptionis*, criterio non formalizzato ed estraneo al sistema».

3.2. Il controllo del giudice sull'iscrizione e possibili effetti sul piano della prova

Negare al giudice il sindacato sulla "tempestività" dell'iscrizione non ha impedito, nel sistema attuale, la possibilità per il giudice stesso di valutare la necessità di iscrizione della notizia di reato nei confronti di un determinato soggetto o, a determinati fini, stabilirne la qualifica soggettiva di indagato. Siamo su piani diversi.

È noto nella prassi giudiziaria come, a seguito della richiesta di archiviazione, il giudice possa ordinare l'iscrizione dell'indagato nel registro di cui all'art. 335 cpp (ma non ordinare la formulazione dell'imputazione nei

confronti di chi non risulti iscritto o non sia identificato, incorrendosi altrimenti in un atto abnorme)⁹.

Un diverso tipo di controllo attiene al procedimento di formazione della prova. Pur avendo negato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che disciplinano il procedimento di iscrizione e la sua insindacabilità da parte del giudice, la Corte costituzionale ha preso posizione sulla utilizzabilità degli elementi di prova assunti quando il soggetto era già gravato da quegli elementi indiziari che avrebbero reso dovuta l'iscrizione e, ciò nonostante, tale iscrizione non vi sia stata. Con l'ordinanza n. 307/2005 la Corte costituzionale, sia pure nell'ambito di una motivazione assai sintetica e solo in un passaggio incidentale, sostiene che l'iscrizione assolva una funzione meramente ricognitiva di uno *status* che ha basi sostanziali, poggiando sulla direzione soggettiva impressa alle indagini. Ne deriva che «le garanzie difensive che la legge accorda alla persona sottoposta alle indagini, in relazione ai singoli atti compiuti, debbano ritenersi pienamente operanti anche in assenza dell'iscrizione: con la conseguenza che il tardivo espletamento della formalità non può essere considerato fonte di pregiudizio al diritto di difesa». Siamo, a ben vedere, su un piano molto diverso dal sindacato sul termine di iscrizione e sulla potenziale retrodatazione di esso. Ancorché con formule ellittiche, la Corte costituzionale sembra richiamare il principio di cui all'art. 63, comma 2, cpp, che sul piano della prova dichiarativa prevede l'inutilizzabilità non solo *contra se*, ma addirittura *erga alios*, delle dichiarazioni rese da chi sin dall'inizio avrebbe dovuto essere esaminato nella veste di indagato. Una patologia che attiene all'assunzione della singola prova, in funzione di garanzia dell'indagato ed eventualmente anche dei terzi, ma certamente non in grado di travolgere tutta l'indagine o parte di essa.

3.3. Le disposizioni della legge delega

Le disposizioni della legge delega che riguardano l'iscrizione sono contenute all'art. 1, comma 9, lett. p, q, r e s.

La lettera p prevede che debbano essere precisati i presupposti per l'iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 cpp della notizia di reato e del nome della persona cui lo stesso è attribuito, in modo da soddisfare esigenze di garanzia, certezza e uniformità delle iscrizioni.

La lettera q prevede un meccanismo di controllo sulla tempestività dell'iscrizione, promosso dall'indagato, con un termine di decadenza decorrente dal

momento in cui lo stesso ha facoltà di prendere visione degli atti che imporrebbero l'anticipazione della iscrizione e con un onere di allegazione a suo carico.

La lettera r prevede che il giudice per le indagini preliminari, anche d'ufficio, quando ritiene che il reato sia da attribuire a persona individuata, ne ordini l'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 cpp, se il pubblico ministero non vi ha provveduto.

La lettera s dispone che la mera iscrizione del nome della persona nel registro di cui all'art. 335 cpp non determini effetti pregiudizievoli sul piano civile e amministrativo.

Siamo dunque al cospetto di diverse disposizioni, dal contenuto eterogeneo e dai confini non chiari.

3.3.1. L'articolo 1, comma 9, lett. r e s

Appaiono definiti i contorni delle lettere r e s.

Nel primo caso, si riconosce al giudice per le indagini preliminari un potere, da esercitare incidentalmente nel corso delle indagini, che si esplica nell'ordine indirizzato al pubblico ministero di iscrizione del nominativo di una persona individuata. Con un parallelismo rispetto a quanto già ora si verifica in sede di deliberazione della richiesta di archiviazione – allorché il giudice, respingendo la richiesta di archiviazione ordina al pubblico ministero l'iscrizione della persona nel registro degli indagati –, può dirsi che questa previsione determini una potenziale anticipazione del momento in cui questo tipo di potere viene di norma esercitato. Sono molteplici le ipotesi in cui ciò può avvenire, pressoché tutti i casi in cui vi sia un intervento incidentale del giudice (intercettazioni, misure cautelari, proroghe d'indagine, incidente probatorio).

Nel secondo, si declina un principio di garanzia: la non idoneità dell'iscrizione, in quanto tale, a generare effetti pregiudizievoli su un piano extrapenale.

Molto più complesse e gravide di problemi applicativi le questioni che scaturiscono dalle due ulteriori previsioni.

3.3.2. L'articolo 1, comma 9, lett. p

Con la lettera p, la legge di delegazione rimette al legislatore delegato di «precisare» i presupposti dell'iscrizione, in modo da soddisfare esigenze di garanzia, certezza e uniformità. Vi è da chiedersi, anzitutto, se una formulazione di questo tipo soddisfi i requisiti stabiliti dall'art. 76 Cost. Se è vero che «[l]'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi», nel caso di specie tali principi e criteri

9. Cass., sez. V pen., 4 aprile 2019 – 6 agosto 2019, n. 36160, *PMT c. ignoti*.

direttivi mancano del tutto. L'espressione «precisare i presupposti dell'iscrizione» si risolve stilisticamente in una formulazione tautologica, perfettamente sovrapponibile al principio affermato dalla Costituzione, ma del tutto priva di contenuto. Quali sono, vi è da chiedersi, i «principi e criteri direttivi» sulla base dei quali precisare i presupposti della iscrizione? Non certo «le esigenze di garanzia, uniformità e certezza», perché questi sono semmai gli effetti auspicabilmente derivanti dall'intervento normativo, non un valido criterio informatore per definirli.

La «precisazione dei presupposti» è dunque integralmente rimessa al legislatore delegato. E i termini della questione – lo si è visto nel richiamo al contenuto della sentenza *Lattanzi* – sono tutt'altro che semplici. Vi è da ritenere che lo sforzo di definizione compiuto dal Procuratore di Roma nel 2017 sia difficilmente superabile. Ma anche attenendosi ai principi delineati in questa circolare, i margini di incertezza restano ampi, in ambiti tutt'altro che infrequenti.

Si possono ipotizzare alcuni esempi, ma la prassi sarà certamente più ricca.

Vi sono le ipotesi del concorso di persone e di cooperazione colposa nel reato, laddove spesso è tutt'altro che agevole definire i termini del contributo rilevante (si pensi, nei casi di reati commessi in seno ad organi collegiali, all'insorgere dei cd. «segnali di allarme»; o ancora, nei reati colposi, ai lavori in *équipe*).

Si consideri l'ipotesi dei reati a condotta frazionata, ove non è agevole comprendere se si tratti di più reati unificati dal vincolo della continuazione o di un unico reato caratterizzato da una condotta diluita nel tempo.

Si pensi poi alle ipotesi, decisamente ricorrenti nella micro- come nella macrocriminalità, di reati commessi a catena, dove l'aggiornamento delle notizie di reato rischia di esporsi a variabili in fatto non facilmente controllabili.

E questo, ovviamente, senza nulla aggiungere alle considerazioni già svolte sull'area grigia che avvolge sempre una valutazione embrionale di indizi e la direzione delle indagini.

Il rischio, come condivisibilmente è stato affermato, è che si tornerà indietro nel tempo, con una regressione culturale, alla concezione della iscrizione come «atto dovuto» e alla distorta applicazione del «tutti e tutto» subito. Per un pubblico ministero sarà molto più tranquillizzante, per non incorrere in patologie processuali e inutilizzabilità di atti, procedere a iscrizioni massive. Con l'effetto di raggiungere un

risultato opposto a quello dichiarato dal legislatore delegante: non una maggiore efficienza, ma una proliferazione di iscrizioni, l'esposizione di tanti cittadini alle traversie del procedimento penale, un complessivo appesantimento del sistema¹⁰.

3.3.3. L'articolo 1, comma 9, lett. q

La legge pone questioni, se possibile, ancora più complesse per quanto riguarda il procedimento di retrodatazione. Sembra certo che il giudice non possa disporre d'ufficio la retrodatazione dell'iscrizione, ma solo su istanza motivata di parte. La legge parla di «interessato», ma non sembrerebbe esservi dubbio sul fatto che la legittimazione a formulare la richiesta compete al solo indagato, considerato che viene previsto un termine di decadenza decorrente «dalla data in cui l'interessato ha facoltà di prendere visione degli atti che imporrebbero l'anticipazione dell'iscrizione della notizia a suo carico».

Viene specificato che la retrodatazione possa essere disposta solo in caso di «ingiustificato ed inequivocabile ritardo» e forse questa formula, se rigidamente applicata, può spuntare le armi di chi tenta di utilizzare strumentalmente questo rimedio e assicurare così stabilità al sistema.

Per il resto, la legge non chiarisce se il controllo debba avvenire cartolarmente o in udienza e nel contraddittorio tra le parti (quali parti poi? Gli altri indagati? Le persone offese? Il solo pubblico ministero?). Esigenze di semplificazione suggerirebbero una verifica cartolare, accompagnata da un'interlocuzione con il pubblico ministero, che sarebbe chiamato a rilasciare un parere. Un contraddittorio in udienza, soprattutto se nella fase delle indagini preliminari e quindi con la necessità di fissare un'udienza *ad hoc*, finirebbe per appesantire la procedura, senza probabilmente fornire contributi accrescitivi.

Complessa rischia di rivelarsi anche la determinazione del momento a partire dal quale scatta il termine di decadenza. Si tratta infatti di un termine connesso al realizzarsi di un momento conoscitivo, che nella procedura penale si collega ad una almeno parziale *discovery*. Il punto è che tale presupposto si realizza sempre, di norma, con la chiusura delle indagini, ma può ricorrere anche in altre fasi, ad esempio in sede cautelare o a fronte di altre situazioni che rendano necessario un almeno parziale deposito degli atti. Non vi è dunque una data certa, ma un momento variabile, inevitabilmente legato allo sviluppo e alle

10. N. Rossi, *Iscrivere tempestivamente le notizie di reato. Il pm in bilico tra precetti virtuosi e potenti remore?*, in questa Rivista online, 18 giugno 2021, www.questionegiustizia.it/articolo/iscrivere-tempestivamente-le-notizie-di-reato-il-pm-in-bilico-tra-precetti-virtuosi-e-potenti-remore.

cadenze dell'indagine. Non pare, peraltro, revocabile in dubbio che il momento finale debba essere identificato con la chiusura delle indagini, o comunque con il diverso momento in cui l'interessato abbia la piena disponibilità degli atti di indagine (l'avviso ex art. 415-bis cpp ovvero l'atto di esercizio dell'azione penale nei procedimenti che non contemplano la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini).

Gli effetti della retrodatazione, lo si è visto, sono quelli dell'inutilizzabilità degli atti di indagine che dovessero risultare compiuti fuori termine. Il tipo di patologia che discende da questa situazione presenta indubbe peculiarità. Si sarebbe infatti in presenza di una «inutilizzabilità patologica», per richiamarsi alle categorie concettuali della sentenza *Tammaro* sopra citata, per sua natura rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, ai sensi dell'art. 191 cpp. Nel caso di specie, lo si è visto, la questione deve essere dedotta su istanza di parte, senza esercizio di poteri d'ufficio da parte del giudice, e questo appare un primo significativo scostamento rispetto alla regola generale.

Occorre poi verificare se e in che termini la decisione del giudice possa essere oggetto di impugnazione o di una qualche forma di emenda. La legge non contiene alcuna indicazione sul punto, ma è evidente l'interesse per le parti coinvolte, incluso ovviamente il pubblico ministero. Da un lato, la possibilità di controvertere sulla retrodatazione dell'iscrizione introduce pericolosi elementi di incertezza sulla tenuta del giudizio, che viene così appesantito da una variabile ulteriore, nelle varie fasi in cui è destinato a svilupparsi. Vi è peraltro da dire, in senso contrario, che un controllo rispetto a un tema così delicato appare assolutamente necessario. Nella prospettiva di accusa, una decisione sbagliata da parte del giudice per le indagini preliminari si risolve in un'amputazione del fascicolo del pubblico ministero, con intuibili ripercussioni sul merito del giudizio. Si pensi, solo a titolo di esempio, a un'ordinanza che, disponendo la retrodatazione, escluda l'utilizzabilità di intercettazioni o di verbali di sommarie informazioni testimoniali assunte dopo lo spirare del termine ricalcolato. In una eventuale fase dibattimentale, nulla dovrebbe ostare a una rivisitazione della decisione da parte del giudice di merito, chiamato in sede di ammissione delle prove a delibare una richiesta, ai sensi degli artt. 190 e 493 cpp, di trascrizione delle intercettazioni o di esame dei testimoni che erano stati fatti in precedenza cadere sotto la scure di una erronea retrodatazione.

L'auspicio, che sembrerebbe trovare conferma nel disposto normativo, è in ogni caso che di questa disciplina si dia una lettura fortemente restrittiva. Se la legge consente la retrodatazione solo nel caso di «ingiustificato ed inequivocabile ritardo», la valuta-

zione del giudice non potrà essere di tipo meramente sostitutivo rispetto a quella affidata al pubblico ministero. La retrodatazione, per intenderci, dovrà riguardare i soli casi in cui gli elementi indizianti siano non solo «specifici» (per usare i riferimenti giurisprudenziali, richiamati anche nella circolare del Procuratore di Roma), ma anche «autoevidenti». Vi è *un di più* nel perimetro di valutazione del giudice. Non è facile a definirsi, ma dalla legge delega sembra trasparire in maniera chiara. I poteri di pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari non devono sovrapporsi. Per assicurare stabilità al sistema, la valutazione del giudice non potrà fondarsi sugli stessi parametri rimessi al pubblico ministero, perché troppo ampie sono le zone d'ombra. Il giudice dovrà censurare sul piano processuale le sole patologie evidenti, intervenendo laddove la mancata iscrizione si collochi in un quadro di emergenze indiziarie che non consentono letture alternative e rendano per ciò solo ingiustificabile il ritardo. Non dovranno trovare spazio, perché fonte di grande incertezza, decisioni assunte sulla base di un semplice dissenso o di una diversa lettura della rilevanza indiziaria degli atti.

4. La stasi del procedimento

Sino ad ora si è affrontato il tema della tardiva iscrizione della notizia di reato e, soprattutto, del nome della persona cui lo stesso deve essere attribuito. Una patologia che attiene alla fase «genetica» del procedimento.

Ora la prospettiva cambia, ci si deve spostare in avanti, alla fase «conclusiva» delle indagini, anch'essa al centro da tempo di tensioni applicative, perché sovente fonte di un rilevante rallentamento del procedimento.

Il tema della definizione delle indagini, che nel suo naturale epilogo avviene con l'esercizio dell'azione penale o con la richiesta di archiviazione, aveva conosciuto un importante intervento riformatore con la già citata riforma Orlando, nel 2017. Occorreva porre un argine a una stasi del procedimento, registrata in tutti i casi in cui, nonostante fosse decorso il termine delle indagini, il pubblico ministero non avesse proceduto ad adottare le proprie determinazioni finali. La strada intrapresa allora faceva leva sul controllo gerarchico, interno alla procura generale presso la corte d'appello, destinataria di doveri informativi da parte delle procure della Repubblica del rispettivo distretto (art. 407, comma 3-bis, cpp) e titolare di un potere di avocazione (art. 412 cpp). L'inerzia del pubblico ministero trovava risposta nell'esercizio di un potere sostitutivo da parte del procuratore generale presso la corte d'appello.

Questo assetto non sembra destinato a venire meno con la riforma Cartabia, attraverso la quale, tuttavia, vengono introdotte nuove disposizioni, che si andranno a sovrapporre a quelle preesistenti, con lo scopo di imprimere una definizione sicura e temporalmente controllabile del procedimento. Tale scelta di politica legislativa trae probabilmente origine dalla idea di inadeguatezza delle precedenti misure.

Anche in questo caso, come rispetto alla fase dell'iscrizione, sono ampliati i poteri del giudice per le indagini preliminari, secondo forme peraltro tutte ancora da definire.

La legge delega disciplina la materia all'art. 1, comma 9, lettere *e*, *f*, *g* e *h*. Più lineari a un primo giudizio, si può dire, le previsioni contenute nelle lettere *e* e *f*. Molto più complessa l'interpretazione delle lettere *g* e *h*.

4.1. L'articolo 1, comma 9, lett. e e f

La lettera *e* prevede che, decorsi i termini di durata delle indagini, il pubblico ministero sia tenuto a esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro un termine fissato in misura diversa, in base alla gravità del reato e alla complessità delle indagini preliminari. La disposizione si pone nel solco di analogia previsione già contenuta nella riforma Orlando (art. 407, comma 3-bis, cpp), che voleva riconoscere al pubblico ministero, fuori dal termine delle indagini, un "momento di riflessione" o, altrimenti detto, uno *spatium deliberandi* funzionale a una consapevole adozione delle proprie determinazioni. Certo è che questo arco di tempo non può essere lasciato alla mercé del caso, e i ripetuti rallentamenti registrati nella prassi rendono effettivamente opportuna una più rigida scansione degli adempimenti.

Il tema, come sempre, è vedere come.

La lettera *f* prevede che siano predisposti idonei meccanismi procedurali volti a consentire alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa di prendere cognizione degli atti di indagine quando, scaduto il termine di cui alla lett. *e*, il pubblico ministero non abbia assunto le proprie determinazioni in ordine all'azione penale, nel rispetto della tutela del segreto investigativo nelle indagini sui reati di cui all'art. 407 cpp e di eventuali ulteriori esigenze di cui all'art. 7, par. 4 della direttiva (UE) 2012/13. Si tratta di disposizione che sembrerebbe legittimare una *discovery* degli atti, su richiesta degli interessati (indagato e persona offesa), una volta infruttuosamente spirato il termine per le determinazioni conclusive da parte del pubblico ministero. Si tratta, peraltro, di un diritto "temperato", avuto riguardo alle limitazioni che la stessa legge delega pone. In particolare, il riferimento all'art. 407 cpp introduce un ampio ventaglio

di ipotesi in cui l'accesso agli atti potrebbe essere precluso: se si pone mente alle previsioni di cui al comma 2, lett. *b* e *d* dell'art. 407, riferite rispettivamente ai casi di particolare complessità delle investigazioni e di collegamento con altre indagini ai sensi dell'art. 371 cpp (pendenti cioè presso altri uffici del pubblico ministero), si comprende bene come il rifiuto di accesso agli atti possa trovare ampie ragioni, interne come esterne allo stesso procedimento nel quale la richiesta viene presentata. E di ragioni "esterne" al procedimento si può parlare anche con riferimento alla previsione di cui all'art. 7, par. 4 della direttiva (UE) 2012/13, che pone una limitazione all'accesso agli atti del procedimento penale, laddove «l'accesso a parte della documentazione relativa all'indagine possa comportare una grave minaccia per la vita o per i diritti fondamentali di un'altra persona o se tale rifiuto è strettamente necessario per la salvaguardia di interessi pubblici importanti, come in casi in cui l'accesso possa mettere a repentaglio le indagini in corso, o qualora possa minacciare gravemente la sicurezza interna dello Stato membro in cui si svolge il procedimento penale».

4.2. L'articolo 1, comma 9, lett. g e h

Estremamente problematica si rivela la lettura delle successive lettere *g* e *h*.

La lettera *g* dispone che sia prevista «una disciplina che, in ogni caso, rimedi alla stasi del procedimento, mediante un intervento del giudice per le indagini preliminari». Si tratta, tra le tante, della disposizione che maggiormente si espone a dubbi di costituzionalità per violazione dell'art. 76 Cost. Non solo non è definita la fase in cui tale «stasi» si verrebbe a creare (iniziale, finale, intermedia?), ma neppure i presupposti di essa: si ha stasi perché il pubblico ministero non ha assunto determinate iniziative investigative (o non ne ha assunta alcuna, facendo decorrere il termine di indagine senza il compimento di alcun atto, se non la ricezione della notizia di reato)? O, addirittura, si ha stasi perché il pubblico ministero ha ommesso di adottare iniziative cautelari? Oppure deve intendersi la stasi confinata alla sola fase conclusiva, quando vi è ritardo nella scelta tra azione e inazione?

E, ancora, chi ha titolo per dolersi di questa stasi, sollecitando l'intervento del giudice? La persona offesa dal reato, che non si sente tutelata e pretende venga impresso al procedimento un impulso più deciso? O la polizia giudiziaria, magari frustrata da incomprensioni nella direzione delle indagini decisa dal pubblico ministero?

Sono tutte domande senza risposta e, per questo, tale previsione è davvero esposta al denunciato dubbio di incostituzionalità: si tratta di legge delega

che non contiene i principi e i criteri direttivi cui deve uniformarsi il legislatore delegato.

La vaghezza è tale che parrebbe potersi mettere in discussione anche un principio cardine della procedura penale, quale il *ne procedat iudex ex officio*.

Si potrebbe supporre, anche per la lettura congiunta con la precedente lett. *e* e la successiva lett. *h*, che il legislatore delegante abbia avuto a mente la stasi che si consuma nella sola fase conclusiva delle indagini¹¹: questa potrebbe essere una lettura che dà coerenza alla norma e ne restringe l'ambito di applicazione. Restano, tuttavia, indefiniti le modalità di intervento del giudice e lo sviluppo dei rapporti con il pubblico ministero per lo "sblocco" della stasi.

La lett. *h* sembra porsi in rapporto di specialità rispetto alla previsione della lett. *g*, investendo le ipotesi in cui l'inerzia del pubblico ministero sia a valle della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini, quando la *discovery* vi è stata e deve assumersi la decisione sull'esercizio dell'azione penale, dopo un eventuale contraddittorio interno con indagato e difensore. Anche questa previsione soffre delle stesse limitazioni registrate rispetto alla lett. *g*: non sono disciplinate le modalità di intervento del giudice per le indagini preliminari, neanche nelle linee generali che dovrebbe contenere una legge di delegazione legislativa, né sono delineate le forme di raccordo rispetto alle prerogative del pubblico ministero in ordine all'esercizio dell'azione penale.

5. I presupposti dell'archiviazione

Secondo un insegnamento mai messo in discussione da alcuno, le indagini preliminari sono funzionali alle determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale. Mai la formulazione della imputazione reca lo stigma della colpevolezza, che discende solo da una sentenza di condanna, pronunciata all'esito di un processo condotto nel rispetto dei principi sanciti dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 Cedu. Non è un vago parlare, anche il legislatore a noi più vicino nel tempo fa appello a questi principi. La recente attuazione della direttiva sulla presunzione di innocenza, richiamata nella premessa di questo lavoro, ammonisce gli operatori processuali a rispettare il principio di non colpevolezza anche nell'uso del linguaggio, astenendosi dall'utilizzo di espressioni improprie, all'interno come all'esterno del procedimento penale.

La scelta della legge delega di ancorare la richiesta di archiviazione a una valutazione che non consenta una ragionevole previsione di condanna appare distonica rispetto a una tradizione culturale e di sistema che dovrebbe essere interiorizzata e patrimonio di tutti.

Si potrebbe obiettare che la riforma mira ad ampliare il ventaglio dell'archiviazione, ritenendo insufficiente il concreto operare di questo istituto. E, in questo senso, si dovrebbe leggere anche la riformulazione dell'art. 425 cpp.

Si tratta di obiezioni molto discutibili, che non tengono adeguatamente in considerazione la chiave di lettura che, sin dal 1991, la Corte costituzionale ha dato della disposizione che nel nostro codice definisce il presupposto dell'archiviazione per infondatezza della notizia di reato, l'art. 125 disp. att. cpp. La sentenza n. 88/1991 trae origine da una questione di costituzionalità per eccesso di delega: il giudice rimettente dubitava della legittimità costituzionale della norma per contrasto con l'art. 2 direttiva n. 50 della legge delega, che prevedeva il «potere-dovere del giudice di disporre su richiesta del Pubblico Ministero l'archiviazione per manifesta infondatezza della notizia di reato». Come conciliare il riferimento alla «manifesta infondatezza» con una locuzione normativa che definisce il presupposto dell'archiviazione in termini di «inidoneità degli atti a sostenere l'accusa in giudizio»? L'incostituzionalità venne esclusa sulla base di un percorso argomentativo articolato. La Corte affermò come «limite implicito alla obbligatorietà dell'azione penale, razionalmente intesa, (...) 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'innalzamento». 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»¹².

Non si comprende dove il sistema, almeno nel suo impianto teorico, sia in questo senso inadeguato. La disciplina attuale rispetta anzitutto la duplicità di fasi che connota la procedura penale, indagini preliminari e processo; delinea un ragionevole meccanismo di

11. G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia"*, in *Sistema penale*, 15 ottobre 2021; L. D'Ancona, *Riforma del processo penale e giudice per le indagini preliminari*, in questa *Rivista online*, 9 novembre 2021, www.questionegiustizia.it/articolo/riforma-del-processo-penale-e-giudice-per-le-indagini-preliminari, pubblicato in anteprima su *Questione giustizia online*, ora in questo fascicolo.

12. G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 109.

raccordo, incentrato sulla necessità di evitare processi “superflui”; riconduce il presupposto dell’archiviazione al compimento di indagini “complete”, in grado quindi di assicurare un giudizio prognostico munito di attendibilità e storicamente verificabile.

Tutto ciò è o dovrebbe essere in grado di “evitare processi inutili” e assicurare un adeguato effetto deflativo, senza necessità di ricorrere a formule diverse.

La conseguenza che, per contro, si può attendere dall’attuazione della legge delega è quella di imbrigliare e forse “burocratizzare” la fase delle indagini preliminari. Il principio di completezza delle indagini, di fronte a una formula di archiviazione che si avvicina sempre più a una delle tipiche formule di proscioglimento nel merito, richiederà controlli ancora più pervasivi da parte del giudice. E potrebbe allargarsi, almeno nella prassi, il raggio di azione della persona offesa, che con l’atto di opposizione avrebbe buon gioco a pretendere un ventaglio di attività incisivo, prima che si escluda un giudizio prognostico di colpevolezza. Non dovrebbe sorprendere, nel futuro, un accrescimento e una maggiore difficoltà nella gestione del contraddittorio con le persone offese.

5.1. *Le preclusioni finte... come finestre dipinte*

L’art. 1, comma 9, lett. *t* della legge delega dispone che siano previsti «criteri più stringenti ai fini dell’adozione del decreto di riapertura delle indagini di cui all’art. 414 c.p.p.». Ancora una volta una norma dai confini quanto mai incerti: la legge pretende «criteri più stringenti» ma non ne chiarisce in alcun modo la portata, affidandosi integralmente al legislatore delegato e incorrendo in una possibile violazione dell’art. 76 Cost.

In sé, peraltro, la previsione non deve sorprendere. L’art. 414 cpp introduce nell’ordinamento un effetto preclusivo connesso all’adozione del provvedimento di archiviazione. Un effetto preclusivo limitato, può ben dirsi, che tuttavia sottostà a un controllo giudiziale¹³. È chiaro che, se la linea del legislatore è di assimilare l’archiviazione a un “quasi proscioglimento” nel merito, la relativa decisione deve essere munita di un effetto espansivo più forte, anche rispetto al rischio (per l’indagato) di una riapertura delle indagini. Non una preclusione assoluta, come nel caso dell’art. 649 cpp, ma una preclusione più

seria, come nell’ipotesi intermedia della sentenza di non luogo a procedere, revocabile solo nei casi previsti dall’art. 434 cpp.

Non era questo, è tuttavia importante tenerlo a mente, quello che pensavano i grandi processualisti del nostro tempo. Le parole di Cordero: «*Ed ecco una simmetria falsa come le finestre dipinte: il Pubblico Ministero chiede un provvedimento che lo autorizzi a non agire; idem nel caso inverso, quando voglia riesumare l’affare archiviato. Sono ipotesi molto diverse: l’inazione esige un controllo, essendo obbligatorio l’impulso al processo; quando indaga su possibili reati, il Pubblico Ministero adempie degli obblighi. Considerata a parte iudicis, la situazione appare ancora più stravagante: il Pubblico Ministero gli chiede una riapertura delle indagini motivata dalla esigenza di nuove investigazioni: o è gratuito ossequio formale, non essendo possibili dinieghi; o il giudice vuol sapere perché quel caso debba essere riesumato, e magari esercita una supervisione sul nuovo piano sottopostogli, posando a giudice superstruttore*»¹⁴. Sfiducia verso i pubblici ministeri, diffidenza nei confronti di figure che si presentano – ancora nelle parole di Cordero – come «*orchi quarentes quem devorent*»¹⁵. E così, tuttavia, si erode la logica delle indagini, si appesantiscono i meccanismi procedurali, si altera ancora di più il sistema.

6. Una immagine

Campeggia lungo tutta la facciata, di fronte allo sguardo delle parti e alle spalle dei giudici. Nell’aula della prima sezione penale del Tribunale di Milano, al terzo piano del Palazzo di giustizia, un affresco richiama tutti noi al senso e al valore della storia.

Si staglia al centro una imponente figura maschile che impugna una spada e tende con l’altra mano un ampio telo, a protezione di un vecchio appoggiato a un bastone e di una donna con un bambino. A sinistra, sullo sfondo, si intravedono il Colosseo e l’arco di Costantino; a destra l’Acropoli e il Partenone. Una immagine centrale che evoca un’idea di giustizia veterotestamentaria e, a fianco, figure simboliche del mondo romano e di quello greco.

Siamo i discendenti, sembra ammonirci questa immagine, di civiltà portatrici di valori imperituri, che il tempo non ha fatto venire meno.

13. Cass., sez. II penale, 14 maggio 2019, n. 37479, *Costanzo*.

14. F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 424.

15. *Ivi*, p. 428.

Cova nel profondo la ricerca di invarianti, l'onda lunga del pensiero che si sedimenta nel tempo, l'esigenza di stabilità.

Nel diritto la stabilità è un valore, non un limite, ad essa è associata la garanzia della prevedibilità, delle decisioni come dei meccanismi che ne sono alla base.

Volgiamo lo sguardo in avanti, identifichiamo strategie di progresso. Ma, come gli affluenti, non ci separiamo mai del tutto dal letto del fiume, che continua ad alimentare il nostro corso e nel quale, prima o poi, siamo destinati a rifluire.

Riforma del processo penale e giudice per le indagini preliminari

di Linda D'Ancona

Nel presente contributo si passano in rassegna le previsioni della legge delega sulla riforma del processo penale che interessano il giudice per le indagini preliminari. Si esaminano le previsioni della legge delega, scrutinandone la coerenza rispetto agli obiettivi di accelerazione ed efficienza perseguiti dal disegno riformatore, ponendo particolare attenzione alle modalità con cui potrà essere attuata la delega e soffermandosi sulle criticità che potrebbero determinarsi su snodi particolarmente delicati del procedimento (con particolare attenzione ai *rimedi contro le stasi processuali* e al *sindacato sulla tempestività dell'iscrizione della notizia di reato*).

1. Introduzione / 2. La durata delle indagini preliminari / 3. La stasi del procedimento e i suoi rimedi / 4. L'iscrizione dell'indagato nel registro delle notizie di reato / 5. Il presupposto per l'archiviazione / 6. Conclusioni

1. Introduzione

All'apparenza non sembrano molte le modifiche che dovranno essere introdotte alla fase delle indagini preliminari. La legge delega prevede alcuni "ritocchi" ai termini di durata massima delle indagini preliminari, ai presupposti per l'archiviazione, e alcune possibilità di intervento del giudice per le indagini preliminari per fronteggiare eventuali stasi del procedimento gestito dal pubblico ministero.

Come spesso accade, l'apparenza può ingannare. Le novità incideranno sui termini per le indagini preliminari e sui presupposti per l'archiviazione, prevedendo meccanismi processuali in parte comprensibili, in parte non chiari nella loro attuazione concreta.

La riforma della fase delle indagini si propone di produrre un effetto deflattivo e, in senso ampio, di maggiore efficienza del sistema, senza intaccare

il principio di obbligatorietà dell'azione penale. L'obiettivo di ottenere un filtro concreto nella fase delle indagini dovrebbe consentire di evitare che una mole di procedimenti passino alla fase del giudizio a causa di un'inadeguata prognosi circa il loro esito. Le nuove disposizioni processuali presupporranno maggiore impegno e attenzione da parte del pubblico ministero e del giudice per le indagini preliminari: sarà a loro affidata l'attuazione concreta del sistema delineato dal legislatore delegante.

2. La durata delle indagini preliminari

Il comma 9, lett. c della legge delega fissa in modo stringente i nuovi termini di durata delle indagini preliminari: sei mesi dalla data di iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro delle notizie di reato, per

* Questo scritto è stato pubblicato in anteprima su *Questione giustizia online* il 9 novembre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/riforma-del-processo-penale-e-giudice-per-le-indagini-preliminari).

le contravvenzioni; un anno e sei mesi per i procedimenti di criminalità organizzata e per tutti gli altri delitti elencati nell'art. 407, comma 2, cpp; un anno per i procedimenti relativi a tutti gli altri delitti.

Considerata la formulazione letterale della disposizione in commento, non sembra che residui al legislatore delegato alcuno spazio di manovra rispetto ai termini massimi di durata delle indagini preliminari. Il testo dell'emanando decreto legislativo non potrà fare altro che recepire i termini indicati dalla legge delega: probabilmente si sono voluti fissare i periodi massimi di durata delle indagini preliminari in modo da non consentire equivoci, per poi introdurre il nuovo regime insieme alla restante disciplina. Probabilmente si è ritenuto che non avrebbe avuto senso introdurre la nuova disciplina dei termini delle indagini preliminari senza che entrassero in vigore le restanti modifiche; peraltro, l'indicazione anticipata dei nuovi termini per le indagini preliminari consente agli uffici di procura di iniziare a organizzarsi in vista dell'entrata in vigore delle modifiche. In tal senso, si può ravvisare una connessione tra i termini di durata delle indagini preliminari e la previsione, contenuta nella lett. *i* del comma 9, dei criteri di priorità da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica: la finalità di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza impone che si tengano presenti i termini di durata massima delle indagini preliminari in relazione a ciascuna tipologia di reato.

Dal punto di vista concreto, la durata massima delle indagini preliminari si riduce soltanto per i procedimenti relativi a contravvenzioni, passando da diciotto mesi a un anno, come già evidenziato nella relazione conclusiva dei lavori della Commissione Lattanzi. Per i procedimenti relativi agli altri reati, il termine massimo rimane identico a quello attuale, con la differenza che si abolisce la richiesta di proroga alla scadenza dei sei mesi (o di un anno, per i reati di cui all'art. 407, comma 2, lett. *a*, cpp). Il pubblico ministero potrà dunque svolgere le indagini per un intero anno o diciotto mesi (per i procedimenti relativi a reati di criminalità organizzata e agli altri reati indicati nell'art. 407, comma 2, lett. *a*, cpp), senza dover dare comunicazione all'indagato dell'esistenza del procedimento; tuttavia, una volta scaduto il termine, l'unico motivo che potrà determinare una proroga dei termini sarà la complessità delle indagini. Rispetto all'attuale formulazione, verrà abrogato il primo comma dell'art. 406 cpp e verrà, probabilmente, modificato il secondo comma. Una sola possibilità di proroga, dunque, per «complessità delle indagini» laddove, attualmente, la prima proroga può essere concessa per «giusta causa» e la seconda per «particolare complessità delle indagini ovvero di oggettiva impossibilità di concluderle en-

tro il termine stabilito». Tenendo presente che, sul piano applicativo, tra «complessità» e «particolare complessità» delle indagini potrebbe non cogliersi la differenza, quel che sembra esclusa sarà la possibilità di prorogare le indagini per oggettiva impossibilità di concluderle entro il termine.

Al di là delle sfumature linguistiche, il legislatore delegante ha presumibilmente voluto esigere un controllo pregnante, da parte del giudice per le indagini preliminari, circa l'effettiva necessità di proseguire le indagini. Ciò significa, probabilmente, che per autorizzare la proroga il gip dovrà esaminare tutti gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero e verificare se ci sono concreti spazi per la prosecuzione delle indagini: sarebbe anche utile che il pm indicasse quali indagini deve ancora svolgere.

Sembra che il legislatore delegante abbia inteso limitare i casi di proroga delle indagini: a tale deduzione si giunge correlando la nuova disciplina dei termini delle indagini alla modifica dei presupposti per la richiesta di archiviazione: il comma 9, lett. *a* dell'art. 1 della legge delega prevede infatti la nuova regola di giudizio per l'archiviazione, individuata nella mancanza di elementi indiziari che consentano una ragionevole previsione di condanna (vds. *infra*).

Il primo, importante, momento di valutazione e filtro sarà quindi collocato al termine delle indagini preliminari: questa sembra essere anche la ragione per cui, decorsi i termini per le indagini, il pubblico ministero sarà tenuto a esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro un termine fissato in misura diversa, in base alla gravità del reato e alla complessità delle indagini preliminari, secondo quanto previsto dal comma 9, lett. *e* dell'art. 1 della legge delega.

Il legislatore delegato ha previsto anche un meccanismo processuale volto a evitare che, decorso il termine di durata delle indagini preliminari, il pubblico ministero lasci decorrere inutilmente il termine stabilito senza esercitare l'azione penale né chiedere l'archiviazione.

L'ipotesi in questione va inquadrata nell'ambito delle ulteriori novità introdotte dal legislatore delegato per garantire efficienza e ragionevole durata del procedimento.

3. La stasi del procedimento e i suoi rimedi

Il legislatore delegato ha previsto una serie di novità volte a scongiurare la stasi del procedimento nella fase delle indagini preliminari. Lo scopo è quello di garantire tempi certi e ragionevoli nella definizione del procedimento, assicurare efficienza al sistema e, nel contempo, perseguire l'intento deflattivo attraverso

un controllo del giudice per le indagini preliminari sull'attività di indagine del pubblico ministero. L'obiettivo appare in linea con lo spirito della riforma; tuttavia la disciplina, definita soltanto nelle finalità, presenta aspetti critici di non poco momento.

La lett. *g* della legge delega impone l'introduzione di una disciplina che, «in ogni caso, rimedi alla stasi del procedimento mediante un intervento del giudice delle indagini preliminari».

Analogamente, la lett. *h* stabilisce che si prevedano analoghi rimedi alla stasi del procedimento qualora, dopo la notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini, il pubblico ministero non assuma tempestivamente le determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale.

Non sembra ipotizzabile una stasi del procedimento fino a quando non siano decorsi i termini delle indagini preliminari, e nemmeno qualora il pubblico ministero chieda e ottenga la proroga delle indagini: per "stasi" del procedimento deve intendersi, verosimilmente, la mancata assunzione di determinazioni da parte del pm qualora siano decorsi, con o senza proroga, i termini delle indagini preliminari e l'ulteriore «pausa di riflessione» di cui alla lett. *e* del comma 9 dell'art. 1, che corrisponde all'attuale formulazione dell'art. 407, comma 3-bis, cpp.

La Commissione Lattanzi, nella relazione conclusiva, ipotizza una sorta di *discovery* automatica per fronteggiare l'inazione del pubblico ministero. Attualmente il rimedio all'inerzia del pm è costituito dall'avocazione delle indagini da parte del procuratore generale presso la corte di appello; l'intervento del giudice sarà concorrente con quello del procuratore generale? Posto che non vi è traccia di una delega per l'abrogazione dell'art. 412 cpp, occorrerà prevedere un coordinamento tra l'avocazione del procuratore generale e l'intervento del giudice per le indagini preliminari. Non è chiaro, poi, in quale modo si potrà realizzare la *discovery* automatica indicata dalla Commissione Lattanzi, a cui va riconosciuta la paternità della formulazione delle lett. *g* e *h* del comma 9 della legge delega.

Conviene seguire l'ordine secondo cui sono enunciate le disposizioni di legge.

Dopo la lettera *e*, che introduce un termine concesso al pm per determinarsi e variabile a seconda della tipologia dei reati, la lett. *f* stabilisce di predisporre idonei meccanismi procedurali volti a consentire alle parti private di prendere cognizione degli atti di indagine, qualora sia scaduto anche il termine concesso al pm per determinarsi, e tuttavia l'inquirente non abbia ancora deciso se esercitare l'azione penale. Sembra proprio che si introduca una sorta di *discovery* degli atti del procedimento, onde consentire all'indagato e alla parte offesa di avere contezza del compendio indiziario pur in presenza di

un'inerzia del pubblico ministero. Verosimilmente, l'esigenza sottesa alla previsione normativa va ricollegata all'ampliamento delle garanzie difensive e alla finalità di speditezza del procedimento. Decorsi tutti i termini, la durata delle indagini preliminari non è più ragionevole, e occorre ideare un meccanismo che induca il pm a determinarsi: l'intenzione del legislatore non sembra essere quella di prevedere sanzioni a carico del pubblico ministero, tantomeno di natura disciplinare, poiché si è scelta la strada di prevedere strumenti acceleratori che operino *nel* processo, non al di fuori di esso.

Orbene, tenuto conto che l'avviso di conclusione delle indagini prevede già la *discovery* degli atti di indagine, la previsione della lettera *f* si colloca nella fase successiva al decorso dei termini delle indagini e prima della notificazione dell'avviso della loro conclusione. In altre parole, la previsione della legge delega mira a rimediare all'inerzia del pm qualora, decorsi i termini delle indagini, non si decida a notificare l'avviso della conclusione previsto dall'art. 415-bis cpp. L'ipotesi può effettivamente verificarsi, e non è detto che ciò non sia successo in svariati casi. A questo punto l'unico modo per sollecitare il pm sembra essere il ricorso al gip: indagato e parte offesa potranno, probabilmente, depositare al giudice un'apposita istanza; il gip, verificate le condizioni prospettate dalle parti, ordinerà al pm la *discovery*, che a quel punto potrebbe concretarsi anche soltanto nella notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini, da cui consegue il deposito degli atti presso la segreteria dell'inquirente, e anche con accesso informatico sulla piattaforma apposita.

Rimane da stabilire cosa accadrà nei procedimenti relativi a reati di criminalità organizzata e agli altri reati previsti dall'art. 407 cpp. Fermo restando che, ai sensi del comma 9, lett. *f*, una volta decorsi i più lunghi termini delle indagini per i reati di criminalità organizzata sussiste l'esigenza di ampliare il ventaglio delle garanzie difensive anche per tale tipologia di procedimenti, l'obbligo di tener conto delle esigenze di tutela del segreto investigativo può significare che il pubblico ministero sarà tenuto a depositare soltanto gli atti che penserà di utilizzare in caso di richiesta di rinvio a giudizio, mentre gli altri documenti, produttivi di eventuali ulteriori indagini in relazione ad altre ipotesi di reato, potranno non essere svelati.

Nei procedimenti per reati di criminalità organizzata si porranno verosimilmente problemi relativi ai tempi di deposito dei brogliacci e delle registrazioni delle intercettazioni effettuate nel corso delle indagini, così come altre questioni sorgeranno probabilmente sull'utilizzo di intercettazioni non inserite negli atti messi a disposizione delle parti nella fase prevista dalla lett. *f* del comma 9.

Con riferimento alla lett. *g* del comma 9, il rimedio alla stasi del procedimento affidato al gip dopo il deposito degli atti investigativi non sembra poter prescindere dalla fissazione di un'udienza camerale per garantire il contraddittorio tra le parti, ancorché nella forma semplificata prevista dall'art. 127 cpp. L'inerzia del pubblico ministero non sembra questione da poter risolvere soltanto tra inquirente e giudice.

L'ipotesi di cui alla lett. *h* del comma 9 sembra più agevole da configurare: dopo la notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini, l'indagato è informato dell'esistenza del procedimento, può accedere agli atti di indagine e può verificare i termini di durata delle indagini. In caso di inutile decorso di tutti i termini, ivi compresi quelli di riflessione dopo la chiusura delle indagini, l'indagato potrebbe avanzare un'istanza al giudice per le indagini preliminari, al fine di compulsare il pubblico ministero a formulare le sue richieste; a quel punto spetterà al giudice il compito di rimediare alla stasi, probabilmente fissando un'udienza camerale per la discussione circa le determinazioni sull'azione penale. Entro la data di udienza, il pubblico ministero dovrà far pervenire la sua opzione per l'archiviazione o il rinvio a giudizio. Si tratta di un'ipotesi di attuazione della norma, che si fonda sul principio del contraddittorio tra le parti.

Tuttavia, la vera criticità circa la stasi del procedimento è riferibile al caso di pendenza di una richiesta di misura cautelare avanzata al gip, il quale, alla scadenza dei termini per le indagini, non abbia ancora emesso la relativa ordinanza¹. Qui la stasi del procedimento è determinata dal ritardo del giudice, il quale non ha un termine per la decisione sulla richiesta di misura cautelare e non è prevista alcuna sanzione per il ritardo. Ad aggravare la situazione è il fatto che, verosimilmente, la richiesta di applicazione di misura cautelare è avanzata quando le indagini sono il più possibile complete ed è quindi decorso già parecchio tempo dall'iscrizione della notizia di reato, poiché altrimenti non risulterebbe sostanziato il requisito della gravità indiziaria. Si osserva che l'adozione della misura cautelare, se confermata all'esito della procedura di riesame, consente di accedere al giudizio immediato e favorisce la scelta di riti alternativi, con conseguente riduzione dei tempi del giudizio di primo grado. La scelta di prevedere un'ulteriore riduzione della pena di un sesto nel caso in cui l'imputato decida di non impugnare la sentenza emessa all'esito del giudizio abbreviato (comma 10, lett. *b*, n. 2) mostra l'intenzione del legislatore di assicurare un ampio ricorso alla scelta di tale rito.

In sostanza, manca un coordinamento tra il meccanismo ideato per compulsare il pm a determinarsi in ordine all'azione penale e la pendenza di richiesta di misura cautelare non ancora esitata dal gip. Attualmente, sembra che il procuratore generale non eserciti il potere di avocazione qualora penda una richiesta di misura cautelare, in quanto il ritardo del pubblico ministero titolare delle indagini è giustificato dall'attesa della decisione del giudice sulla cautela. Pertanto, sulla falsariga dell'orientamento del procuratore generale presso la corte di appello, si può ipotizzare che per «stasi del procedimento» si intenda soltanto l'inerzia del pubblico ministero, mentre il decorso del tempo determinato dalla pendenza della richiesta cautelare non rientri nella nozione di inerzia dell'organo inquirente e fuoriesca, quindi, dalle previsioni di cui all'art. 1, comma 9, lett. *e* e *g*.

Non si può non tenere conto del fatto che nei procedimenti relativi a fatti di criminalità organizzata le richieste di misure cautelari sono molte, molto complesse, e spesso richiedono un tempo non breve per la decisione del giudice; inoltre, una corretta decisione sulle richieste di misure cautelari non solo è doverosa, ma consente anche di velocizzare il processo nelle fasi successive, con effettiva riduzione dei tempi di durata dei processi. Pertanto, non sembra coerente provocare una strozzatura dei procedimenti, con obbligo di rispettare i tempi per l'esercizio dell'azione penale, nei casi in cui il pubblico ministero ritenga necessario il ricorso all'applicazione di misure cautelari.

In sintesi, la finalità di evitare la stasi del procedimento dovrà essere coordinata con l'attuale normativa in materia di misure cautelari personali e con il potere di avocazione assegnato al procuratore generale in caso di mancato esercizio dell'azione penale.

Invero, sebbene la misura cautelare costituisca tutela interinale al processo e anche se non sempre è necessario farvi ricorso, purtuttavia si deve tener conto della realtà: spesso in procedimenti complessi, specie in materia di reati di criminalità organizzata, la richiesta di applicazione di misure cautelari rappresenta la logica conseguenza di indagini complesse da cui emerge l'attualità delle condotte e l'intenso pericolo di reiterazione dei reati, sia associativi che di attuazione del programma criminoso. Di questo aspetto, che caratterizza larga parte del territorio, non può non tenersi conto, anche se apparentemente può sembrare patologica una stasi del procedimento principale determinata dalla lunghezza del tempo necessario a provvedere sulla richiesta cautelare.

1. Sulla questione in esame, il Consiglio superiore della magistratura, nell'articolato parere al disegno di legge delega, ha evidenziato l'esistenza di un "punto di collisione" tra decorso del termine per le indagini preliminari e pendenza di richiesta di misura cautelare personale.

4. L'iscrizione dell'indagato nel registro delle notizie di reato

L'obbligo di precisare i presupposti per l'iscrizione della notizia di reato e del nome dell'indagato nel registro di cui all'art. 335 cpp è previsto nell'art. 1, comma 9, lett. *p* della legge delega. Lo scopo è quello di soddisfare le esigenze di garanzia, certezza e uniformità delle iscrizioni ed era già emerso dalla relazione conclusiva della Commissione Lattanzi, che aveva anche indicato un parametro di origine giurisprudenziale per la successiva formulazione della norma di attuazione della delega.

Le sezioni unite della Corte di cassazione, con la sentenza n. 16 del 2000, hanno affermato che occorrono specifici elementi indiziati e non meri sospetti a carico di un individuo per iscriverlo nel registro delle notizie di reato, e che al giudice non spetta il potere di sindacare le scelte del pubblico ministero in ordine al momento dell'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro, al fine di rideterminare il *dies a quo* dei termini di indagine e di dichiarare quindi l'inutilizzabilità degli atti compiuti oltre il termine così ricomputato. Tali principi risultano ormai consolidati nella giurisprudenza di legittimità, ed è per tale motivo che il legislatore delegante ha deciso di introdurre il potere di controllo del giudice per le indagini preliminari sulla tempestività dell'iscrizione della notizia di reato.

Vediamo, in concreto, come le disposizioni della legge delega potranno essere tradotte in norme processuali.

Non sembra molto complicato attribuire significato alla locuzione «specifici elementi indiziati e non meri sospetti»: escluse le denunce anonime e quelle che attribuiscono a un soggetto condotte non sussumibili in fattispecie criminose, può trattarsi anche di un solo elemento indiziante, purché proveniente da una fonte idonea a costituire indizio di colpevolezza. Sembra esclusa l'eventualità che nell'attuazione della delega si proceda a un'elencazione dei casi di fonti indiziati, e in ogni caso non potrebbe essere un'indicazione tassativa.

Ciò posto, anche l'ipotesi prevista dalla lett. *r* del comma 9 non presenta particolari problemi attuativi: quando ravvisi specifici elementi indiziati, il giudice per le indagini preliminari potrà ordinare al pubblico ministero l'iscrizione della notizia di reato, sempre che l'inquirente non vi abbia già provveduto. Del resto, già allo stato attuale non è infrequente che il gip ravvisi elementi indiziati a carico di persona determinata e lo evidenzi in un proprio provvedimento.

La vera criticità è rappresentata dalla previsione della lett. *q* del comma 9, non tanto dal punto di vista applicativo, quanto per il numero di casi in cui, pre-

vedibilmente, si farà ricorso alla richiesta di accertamento della tempestività dell'iscrizione della notizia di reato.

Il meccanismo potrebbe essere analogo a quello dell'opposizione alla richiesta di archiviazione: previsione di un termine di decadenza per la formulazione dell'istanza, che a pena di inammissibilità dovrà contenere le ragioni poste a fondamento della richiesta di retrodatazione; qualora l'istanza sia tempestiva e ammissibile, dovrà essere fissata l'udienza camerale, all'esito della quale il gip deciderà con ordinanza. Il termine per la richiesta di retrodatazione decorrerà dal primo momento in cui si concreta la *discovery* degli atti di indagine. Nel caso di palese inammissibilità, è possibile che il giudice provveda con decreto, senza dover fissare udienza camerale.

La competenza a decidere sull'istanza è attribuita unicamente al giudice per le indagini preliminari, ragion per cui è esclusa la possibilità di prevedere la riproposizione dell'istanza in fasi o gradi successivi. Si sarebbe potuta prevedere l'ipotesi del reclamo al tribunale in composizione monocratica nel caso in cui il gip provveda con decreto di inammissibilità, analogamente a quanto previsto dall'art. 410-*bis* del codice di rito. Tuttavia, tale previsione non è contenuta nella legge delega, così che il legislatore delegato non potrà affrontare la criticità evidenziata, a meno di non incorrere in un eccesso di delega.

L'esigenza indicata dal legislatore delegante appare quella di consentire l'esercizio di un controllo più penetrante sulle attività del pubblico ministero. Tuttavia, più ampio è lo spettro di controllo attribuito al gip, maggiore potrà essere la durata del procedimento. Per fronteggiare il rischio di un allungamento dei tempi dei procedimenti, occorrerà probabilmente ridistribuire le risorse negli uffici giudicanti di primo grado, ampliando le sezioni dei giudici per le indagini preliminari e dell'udienza preliminare, anche in vista delle modifiche alla disciplina dell'udienza preliminare e dei riti alternativi.

5. Il presupposto per l'archiviazione

L'attuale formulazione dell'art. 125 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale prevede che il pubblico ministero richieda l'archiviazione quando gli elementi raccolti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio. Cambia, quindi, il punto di vista e con esso la regola di valutazione, per il pm e per il giudice: occorrerà infatti valutare se gli elementi indiziari raccolti saranno sufficienti non a sostenere l'accusa in giudizio, ma a consentire di giungere a una pronuncia di condanna.

Premesso che anche la lett. a del comma 9 fissa un preciso criterio a cui il legislatore delegato dovrà attenersi lasciando soltanto la scelta su quale norma processuale modificare (probabilmente l'art. 125 delle disposizioni di attuazione), l'intento deflattivo posto a fondamento della riforma dovrà essere in primo luogo metabolizzato dal pubblico ministero, per l'evidente ragione che, nel caso in cui l'ufficio di procura non ampli il ventaglio delle richieste di archiviazione, non si avrà una reale riduzione dei procedimenti pendenti.

Con riferimento all'art. 125 delle disposizioni di attuazione al codice di rito, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 88/1991², ha affermato che il pubblico ministero deve effettuare una valutazione degli elementi acquisiti in chiave della loro attitudine a giustificare il rinvio a giudizio: la valutazione degli indizi è considerata funzionale alla sostenibilità dell'accusa, non alla condanna. La Corte ha così messo in luce il principio di "non superfluità del processo" così che finora non può disporsi l'archiviazione ogni volta che il procedimento merita il vaglio dibattimentale. La giurisprudenza di legittimità ha condiviso tale impostazione³ e l'ha fatta propria, ritenendo che si imponga il vaglio dibattimentale ogni volta che l'accusa sia sostenibile e il giudizio sia quindi "utile", anche se poi l'esito del dibattimento può essere di tipo assolutorio.

Le nuove norme, che impongono al legislatore delegato di intervenire parallelamente e in ugual modo sul presupposto per l'archiviazione e sulla regola di giudizio per il proscioglimento, sono volte a superare il criterio della semplice utilità o non superfluità del processo, per consentire l'apertura della fase del giudizio solo nel caso di ragionevole previsione di condanna. Il mutamento dello scopo da perseguire è evidente: il procedimento può passare alla fase del giudizio soltanto quando vi è una ragionevole probabilità di condanna; in caso contrario, il processo è inutile.

In proposito, la Commissione Lattanzi ha ritenuto che, «*alla luce dell'evoluzione della fase preliminare, vada superato il criterio dell'astratta utilità dell'ac-*

certamento dibattimentale; a seguito di indagini che – in linea con quanto richiesto dalla Corte costituzionale – devono risultare tendenzialmente complete (e possono avere una durata significativa), il pubblico ministero sarà chiamato a esercitare l'azione penale solo quando gli elementi raccolti risultino – sulla base di una sorta di "diagnosi prognostica" – tali da poter condurre alla condanna dell'imputato secondo la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, tanto in un eventuale giudizio abbreviato, quanto nel dibattimento. Al contrario, laddove il quadro cognitivo si connoti per la mancanza di elementi capaci di sorreggere una pronuncia di condanna, il pubblico ministero dovrà optare per l'inazione. In tal modo viene valorizzata l'istanza di efficienza processuale propria dell'istituto dell'archiviazione, senza intaccare il canone dell'obbligatorietà dell'azione penale, che viene tutelato, per un verso, dal controllo del giudice sulla completezza delle indagini e, per l'altro, dalla possibilità di una loro riapertura».

Valorizzare il connotato di efficienza processuale senza intaccare il canone dell'obbligatorietà dell'azione penale significa, in primo luogo, attribuire un significato sufficientemente chiaro e preciso alla locuzione «ragionevole probabilità di condanna».

Si può ipotizzare che il legislatore delegante abbia tenuto presente il criterio elaborato dalla giurisprudenza per la valutazione circa la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza ai fini dell'emissione delle misure cautelari: la valutazione degli indizi in termini di futura, qualificata probabilità di condanna costituisce condizione per applicare una misura restrittiva della libertà personale, e obbliga il giudice per le indagini preliminari a prospettare lo sviluppo processuale degli elementi raccolti, a considerare se gli indizi coprono tutti gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice e a valutare se, al di là di fatti imprevedibili quali la ritrattazione di un testimone, l'indagato sarà condannato o meno.

L'assenza di una ragionevole probabilità di condanna sembra un criterio mutuato *a contrario* dalla condizione generale di applicabilità delle misure cautelari personali (art. 273 cpp), richiedendo tuttavia

2. Come evidenziato anche nel *dossier* della Camera dei deputati, con la sentenza n. 88/1991 la Corte costituzionale ha evidenziato che il quadro degli elementi acquisiti va valutato «non nell'ottica del risultato dell'azione, ma in quella della superfluità o no dell'accertamento giudiziale, che è l'autentica prospettiva di un pubblico ministero, il quale, nel sistema, è la parte pubblica incaricata di instaurare il processo».

3. Sia pure con riferimento alla sentenza di non luogo a procedere, la Corte di cassazione ha affermato che la valutazione del giudice deve essere parametrata alla ragionevole prognosi di inutilità del dibattimento, così che, in presenza di elementi suscettibili di valutazione aperta e discrezionale, idonei a fondare soluzioni alternative, è logicamente incongruo escludere lo sviluppo dialettico del contraddittorio e la verifica dibattimentale (Cass., nn. 37322/2019, 15942/2016, 41162/2014, 22864/2009, 45275/2001). In sostanza, ai sensi dell'art. 425 cpp, si può prosciogliere solo nel caso in cui non si possano acquisire nuove prove o non sia possibile valutare in chiave diversa gli elementi già acquisiti. Il parallelismo tra archiviazione e proscioglimento appare palese: il giudice proscioglie quando il pubblico ministero ha erroneamente chiesto il rinvio a giudizio invece di chiedere l'archiviazione, e non siano acquisibili ulteriori elementi di prova.

un minor grado di intensità. Invero, il procedimento transiterà alla fase del giudizio in presenza di una ragionevole probabilità di condanna, laddove invece per le misure cautelari si richiede la sussistenza di una qualificata probabilità di condanna; se ne desume che, per l'archiviazione, la mancanza di ragionevole probabilità di condanna dovrebbe corrispondere a una prognosi di inidoneità degli elementi raccolti a determinare la condanna dell'indagato, in uno con l'oggettiva impossibilità di acquisire ulteriori indizi.

Da ciò consegue che sarà richiesta al pubblico ministero una maggiore attenzione al quadro indiziario e ai suoi sviluppi dibattimentali, effettuando una valutazione rigorosa degli elementi probatori in suo possesso alla scadenza dei termini per le indagini preliminari.

Sembra proprio che sia tramontata l'epoca dell'astratta utilità della fase dibattimentale.

Il meccanismo delineato dal legislatore imporrà un controllo più stringente da parte del giudice per le indagini preliminari, e renderà necessaria un'adeguata motivazione del decreto di archiviazione in ordine alla prognosi di esito dibattimentale. Infatti, poiché le indagini potranno essere riaperte solo in presenza di criteri più stringenti rispetto a quelli attuali – comma 9, lett. *t* della legge delega – e tenuto conto dell'obbligo di motivazione quale fonte di legittimazione del potere del giudice, sembra evidente che il giudice per le indagini preliminari dovrà dare conto, in motivazione, delle ragioni per cui ritiene che non si giungerà a una pronuncia di condanna nei confronti dell'indagato.

Parallelamente, è prevedibile ipotizzare che aumenteranno le opposizioni alle richieste di archiviazione, con conseguente aumento dei procedimenti camerale che il gip dovrà fissare e trattare. Spesso si tratta di procedimenti complicati, originati da controversie di tipo civilistico nelle quali si profilano aspetti di carattere penale.

Per raggiungere un effetto deflattivo concreto sarebbe stato opportuno inserire nella legge delega anche una linea guida per la riforma dei presupposti per l'opposizione alla richiesta di archiviazione. Invero, attualmente l'opposizione alla richiesta di archiviazione è ammissibile quando siano indicati l'oggetto dell'investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova. Non sono infrequenti i casi di opposizione alla richiesta di archiviazione in cui formalmente sono rispettati i presupposti di ammissibilità, ma nella sostanza non vi è nulla di nuovo rispetto alle indagini

già espletate: spesso si prospettano temi di indagine già sviluppati dal pubblico ministero o si chiedono nuove indagini senza chiarire che cosa si intende dimostrare, o ancora si chiede di sentire nuovamente persone informate dei fatti già escusse, ovvero di acquisire elementi che già dalla prospettazione si rivelano impossibili da reperire. Ciò comporta che, formalmente, si dovrà fissare l'udienza camerale, ma non vi è nulla di realmente nuovo o inesplorato rispetto alle indagini espletate dal pm.

In assenza di una previsione del legislatore delegante, sembra possibile ritenere che l'intento deflattivo cui il legislatore si è ispirato possa permeare anche la valutazione sull'opposizione alla richiesta di archiviazione.

In conclusione, il sistema delineato dal legislatore delegante per le indagini preliminari poggia su due pilastri: rigorosa osservanza dei termini delle investigazioni e chiusura del procedimento in tutti i casi in cui, prevedibilmente, non si può arrivare a una condanna nei confronti dell'indagato.

In astratto, sembra che si potrà ottenere una diminuzione dei procedimenti che passeranno alla fase del giudizio; in concreto, molto dipenderà dagli uffici di procura e dalla loro capacità di dotarsi di linee guida per la valutazione del criterio di «ragionevole probabilità di condanna», che sarà a fondamento della chiusura del procedimento in fase di indagini o, al più, in fase di udienza preliminare (art. 425 cpp nella formulazione che risulterà dall'attuazione della delega); e anche al giudice sarà richiesta una valutazione più approfondita di quella attuale, analogamente a quanto accadrà per l'udienza preliminare.

6. Conclusioni

All'esito della disamina sin qui effettuata senza pretesa di esaustività, può affermarsi che il testo della legge delega risponde alle esigenze poste a fondamento della riforma: sembra soddisfatto l'obiettivo di razionalizzare il procedimento in fase di indagini, e risultano concretamente delineati i meccanismi acceleratori che dovranno fronteggiare i rischi di ritardo o di stasi della fase delle indagini, ampliando anche la piattaforma delle garanzie difensive e degli strumenti a disposizione delle parti private finalizzati alla *discovery* degli atti nonché al rispetto dei tempi del procedimento⁴. Risulta altresì rispettato

4. Sul punto cfr. G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia"*, in *Sistema penale*, 15 ottobre 2021; G. Canzio, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, *ivi*, 25 agosto 2021. In termini favorevoli alla riforma, nella parte relativa alle indagini, sembra esprimersi anche G. Fiandaca, *La riforma della giustizia secondo la commissione Lattanzi*, *Il Foglio*, 18 giugno 2021 (www.ilfoglio.it/giustizia/2021/06/18/news/la-riforma-della-giustizia-secondo-la-commissione-lattanzi-2533476/).

il principio di obbligatorietà dell'azione penale e non depotenziato il ruolo del pubblico ministero nella fase delle indagini e nelle determinazioni circa l'esercizio dell'azione penale.

Alla valutazione positiva non può che accompagnarsi l'auspicio di un puntuale e tempestivo esercizio della delega.

Tuttavia, il legislatore delegante avrebbe potuto osare di più, rendendo effettivo anche il ricorso all'incidente probatorio in fase di indagini. Come è noto, soltanto nell'ipotesi prevista dal comma 1-*bis* dell'art. 392 cpp è difficile che la richiesta di incidente probatorio sia respinta: in tutti gli altri casi, il giudice per le indagini preliminari può non accogliere la richiesta senza particolare obbligo di motivazione, dal momento che la sua decisione è impugnabile esclusivamente se abnorme; pertanto, il rifiuto di incidente probatorio è in sostanza insindacabile, anche qualora fondato su argomentazioni non condivisibili o addirittura ispirato dall'intento di non dedicarsi a un'attività processuale che, inevitabilmente, richiede tempo e attenzione. Nel rispetto dei criteri di razionalizzazione e accelerazione del processo, sarebbe stato logico prevedere la facoltà per le parti di impugnare l'ordinanza con cui il gip respinge la richiesta di incidente probatorio, prevedendo una sorta di reclamo a un organo giurisdizionale di controllo circa la pertinenza e validità della decisione. La valutazione in sede di reclamo potrebbe essere affidata al tribunale in composizione monocratica, come nel caso di ordinanza di rigetto dell'opposizione alla richiesta di archiviazione, o al giudice dell'udienza preliminare, il quale deciderebbe soltanto sul reclamo, restituendo gli atti al gip per la celebrazione dell'incidente probatorio in

caso di accoglimento dell'opposizione. La seconda soluzione avrebbe, però, il difetto di aumentare i casi di incompatibilità tra giudice delle indagini e giudice dell'udienza preliminare, determinando ulteriori criticità organizzative nelle sezioni gip/gup; in ogni caso, la previsione del reclamo andrebbe introdotta poiché sarebbe del tutto in linea con l'impianto della "riforma Cartabia" e consentirebbe anche di giungere a più consapevoli determinazioni circa l'esercizio dell'azione penale a seguito dell'acquisizione di vere e proprie prove, che potrebbero rivelarsi decisive per la soluzione di casi concreti.

Infine, è appena il caso di evidenziare il mancato coordinamento tra la riforma dell'art. 380, comma 2, lett. *l-ter* del codice di rito e la disciplina delle misure cautelari personali. Il reato di violazione del divieto di allontanamento dalla casa familiare e di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 387-*bis*, cp) è punito con la reclusione fino a tre anni, limite che non consente l'applicazione di misure cautelari detentive: l'obbligo di arresto in flagranza, introdotto con specifica norma già in vigore, impone al giudice per le indagini preliminari di convalidare l'arresto in presenza degli indizi di reato, ma di dover subito dopo liberare l'indagato per inapplicabilità di qualsiasi misura di tipo detentivo. Ci si augura che tale incongruenza venga al più presto risolta in un senso o nell'altro, ossia eliminando la previsione dell'arresto obbligatorio in flagranza per il reato di cui all'art. 387-*bis* cp, oppure prevedendo un'ipotesi eccezionale di applicabilità di misura cautelare detentiva, nella specie gli arresti domiciliari e non anche la custodia in carcere, alla cui applicazione ostano il comma 2-*bis* dell'art. 275 e l'art. 280 cpp.

Il giudice dell'udienza preliminare nella riforma

di *Ezia Maccora e Giuseppe Battarino*

L'esame delle novità introdotte dalla legge 27 settembre 2021, n. 134 è l'occasione per riflettere sul modello di giudice dell'udienza preliminare che si dovrebbe delineare a partire dall'obiettivo di riduzione dei tempi del processo (o meglio, del procedimento) penale, ma anche considerando l'evoluzione e le prospettive di questa funzione giudiziaria. Solo ripensando l'organizzazione degli uffici giudiziari e investendo sull'ufficio gip-gup quale snodo principale del processo, la riforma sarà efficace e avrà una prospettiva effettiva per il rispetto della ragionevole durata del processo.

1. Il contenuto della legge n. 134 del 2021 sull'udienza preliminare / 2. Doppia alimentazione del processo penale e ruolo del giudice / 3. Un futuro "giudice preliminare" prima del dibattimento? / 4. Le risorse necessarie perché il gip-gup possa svolgere la sua nuova funzione / 5. Un'occasione per ripensare l'organizzazione. La sfida della specializzazione per materia e della formazione

1. Il contenuto della legge n. 134 del 2021 sull'udienza preliminare

La delega legislativa contenuta nella legge n. 134 del 2021 prevede l'introduzione di norme riformatrici del procedimento penale che riguardano direttamente o indirettamente l'udienza preliminare, e che avranno come conseguenza un'evoluzione della figura del giudice dell'udienza preliminare.

La visione latamente deflattiva che l'impianto della riforma reca con sé si dovrà misurare con una visione estesa del procedimento penale, con le prassi – che già hanno largamente condizionato la funzionalità del sistema penale e specificamente dell'udienza preliminare – e con le risorse concretamente a disposizione per l'esercizio nei tribunali di ogni dimensione delle funzioni di giudice per le indagini preliminari e di giudice dell'udienza preliminare.

Vi sono alcune previsioni non direttamente riguardanti l'udienza preliminare che tuttavia vanno

considerate, in questo quadro, in quanto destinate a riflettersi su quel passaggio processuale.

Si può peraltro notare che la delegazione legislativa è compresa in un unico complesso di criteri «in materia d'indagini preliminari e di udienza preliminare e» relativi «alle disposizioni dell'ordinamento giudiziario in materia di progetti organizzativi delle procure della Repubblica» dando il senso di un'integrazione – necessaria funzionalmente, inevitabile culturalmente – delle attività di diversi uffici e magistrati coinvolti nello sviluppo del procedimento penale.

L'articolo 1, comma 9 della legge n. 134 del 2021 contiene queste direttive:

«e) prevedere che, decorsi i termini di durata delle indagini, il pubblico ministero sia tenuto a esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro un termine fissato in misura diversa, in base alla gravità del reato e alla complessità delle indagini preliminari;
(...)

g) prevedere una disciplina che, in ogni caso, rimedi alla stasi del procedimento, mediante un intervento del giudice per le indagini preliminari;

h) prevedere analoghi rimedi alla stasi del procedimento nelle ipotesi in cui, dopo la notificazione dell'avviso di cui all'articolo 415-bis del codice di procedura penale, il pubblico ministero non assuma tempestivamente le determinazioni in ordine all'azione penale».

Ci si può chiedere quali saranno i riflessi in fase di udienza preliminare del mancato rispetto delle norme introdotte a seguito dell'esercizio della delega, laddove non rilevato dal giudice per le indagini preliminari: sarà il legislatore delegato a dover stabilire gli effetti in un arco di possibilità che spazia dalla mera irregolarità, all'inutilizzabilità, alla regressione del procedimento.

Considerazioni analoghe valgono per la dibattuta questione della tempestività dell'iscrizione nominativa nel registro degli indagati in relazione ai termini di durata massima delle indagini (anch'essi coinvolti dalla riforma):

«q) prevedere che il giudice, su richiesta motivata dell'interessato, accerti la tempestività dell'iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 del codice di procedura penale della notizia di reato e del nome della persona alla quale lo stesso è attribuito e la retrodati nel caso di ingiustificato e inequivocabile ritardo; prevedere un termine a pena di inammissibilità per la proposizione della richiesta, a decorrere dalla data in cui l'interessato ha facoltà di prendere visione degli atti che imporrebbero l'anticipazione dell'iscrizione della notizia a suo carico; prevedere che, a pena di inammissibilità dell'istanza, l'interessato che chiede la retrodatazione dell'iscrizione della notizia di reato abbia l'onere di indicare le ragioni che sorreggono la richiesta».

Così formulata, la previsione pare implicitamente individuare nell'avviso di conclusione delle indagini preliminari il momento ultimo in cui porre la questione, considerato che è con quell'atto che l'interessato «ha facoltà di prendere visione degli atti che imporrebbero l'anticipazione dell'iscrizione della notizia a suo carico» (e non si vede come questa esigenza possa derivare da elementi estranei agli atti di indagine oggetto di *discovery*): si tratterebbe dunque di un subprocedimento di verifica affidata al giudice per le indagini preliminari.

Così impostata, la questione sembrerebbe non poter riguardare il giudice dell'udienza preliminare, di fronte al quale, oggi, vengono sollevate questioni

relative all'inutilizzabilità per tardiva iscrizione di atti valutabili ai fini del rinvio a giudizio o del giudizio abbreviato (salvi gli effetti della novella di cui alla legge 23 giugno 2017, n. 103, che ha introdotto i limiti di cui al comma 6-bis dell'art. 438 cpp): anche se sembra difficile negare al giudice dell'udienza preliminare una giurisdizione sul contenuto degli atti che egli deve porre a fondamento della sua decisione.

Si inserisce in una visione regolatrice dell'intero «senso» del procedimento penale l'intervento sull'art. 125 disp. att. cpp:

«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».

La proiezione dibattimentale piena della regola sulle scelte finali della fase delle indagini preliminari ha una sua corrispondenza nella successiva previsione in materia di udienza preliminare:

«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».

La modifica normativa giungerà ad esito di una vicenda «storica» di tentativo dei giudici di merito di utilizzare l'art. 425 cpp 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.

La posizione restrittiva della Corte di cassazione rispetto alle possibilità del giudice dell'udienza preliminare, in definitiva, riguarda proprio la figura di questo giudice: a cui si è chiesto di abbassare lo sguardo sulle carte dell'indagine preliminare senza consentirgli di alzarlo, essendo in grado di farlo, spingendolo fino all'orizzonte della pronuncia del giudice del dibattimento; per anticiparla evitando un processo inutile, contraddittorio rispetto al principio di ragionevole durata, risparmiando all'imputato la protrazione della sua condizione, e alle persone offese la frustrazione di un tempo ulteriore di attesa prima di un esito indesiderato.

La giurisprudenza di merito aveva già provato ad alzare questo sguardo, ma proprio l'orientamento restrittivo della Corte di cassazione ne ha impedito il cammino¹.

1. Cass., sez. II, 7-18 aprile 2016, n. 15942 (Rv. 266443 - 01); Cass., sez. II, 5-20 novembre 2015, n. 46145 (Rv. 265246 - 01): «Attesa la funzione di «filtro» svolta dall'udienza preliminare, ai fini della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, il Gup deve valutare, sotto il solo profilo processuale, se gli elementi probatori acquisiti risultino insufficienti, contraddittori o comunque inidonei a sostenere l'accusa in giudizio, esprimendo un giudizio prognostico circa l'inutilità del dibattimento, senza poter effettuare una comples-

Oggi la legge interviene con la nuova formulazione dell'art. 425 cp.

Si tratta ora di capire quale sarà la misura degli effetti sull'interpretazione del proprio ruolo da parte del giudice dell'udienza preliminare che produrrà l'innovazione sul parametro di giudizio per la pronuncia di sentenza di non luogo a procedere.

Bisogna a questo proposito considerare che le prassi, tra i diversi tribunali e talora all'interno dello stesso tribunale, si sono storicamente stratificate, sicché nell'esperienza giudiziaria nazionale è possibile trovare, accanto a udienze preliminari fortemente anticipatorie del merito processuale pieno (con scelte ampie di riti alternativi - che aumentano in ragione della fiducia che il "singolo" giudice produce nelle parti -, con l'uso esteso della sentenza di non luogo a procedere), altre rimaste allo stadio di 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 dibattimenti.

Prassi diverse che in parte dipendono dall'azione del giudice (soprattutto quanto alle pronunce delle sentenze *ex art. 425 cpp*), in parte dalle difese, che sono i veri *dominus* per le richieste di definizione del procedimento attraverso l'accesso a un rito alternativo e che comunque anche attraverso l'uso delle indagini difensive posso introdurre elementi utili all'adozione di pronunce di proscioglimento da parte del giudice dell'udienza preliminare.

Sull'udienza preliminare e sugli uffici e le sezioni gip-gup rifluiscono comunque altre disposizioni della riforma, quali:

- l'estensione dei casi di citazione diretta:

«*l*) estendere il catalogo dei reati di competenza del tribunale in composizione monocratica per i quali l'azione penale è esercitata nelle forme di cui all'articolo 552 del codice di procedura penale a delitti da individuare tra quelli puniti con la pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni, anche se congiunta alla pena della multa, che non presentino rilevanti difficoltà di accertamento»;

- le regole di giudizio in materia di verifica dell'imputazione:

«*n*) prevedere che, in caso di violazione della disposizione dell'articolo 417, comma 1, lettera *b*), del codice di procedura penale, il giudice, sentite le parti, quando il pubblico ministero non provvede alla riformulazione dell'imputazione, dichiarare, anche d'ufficio,

la nullità e restituisca gli atti; prevedere che, al fine di consentire che il fatto, le circostanze aggravanti e quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, nonché i relativi articoli di legge, siano indicati in termini corrispondenti a quanto emerge dagli atti, il giudice, sentite le parti, ove il pubblico ministero non provveda alle necessarie modifiche, restituisca, anche d'ufficio, gli atti al pubblico ministero»;

- sulla costituzione di parte civile

«*o*) prevedere che, nei processi con udienza preliminare, l'eventuale costituzione di parte civile debba avvenire, a pena di decadenza, per le imputazioni contestate, entro il compimento degli accertamenti relativi alla regolare costituzione delle parti, a norma dell'articolo 420 del codice di procedura penale; prevedere che, salva contraria volontà espressa della parte rappresentata e fuori dei casi di mancanza di procura alle liti ai sensi dell'articolo 100 del codice di procedura penale, la procura per l'esercizio dell'azione civile in sede penale, rilasciata ai sensi dell'articolo 122 del predetto codice, conferisca al difensore la legittimazione all'esercizio dell'azione civile con facoltà di trasferire ad altri il potere di sottoscrivere l'atto di costituzione per garantire il potere di costituirsi parte civile».

La riforma si occupa anche dell'"ibridazione" del giudizio abbreviato, costituita dal giudizio abbreviato condizionato, istituito anch'esso soggetto a oscillazioni nella prassi, e di forte impatto sul lavoro del giudice dell'udienza preliminare:

«*b*) in materia di giudizio abbreviato: 1) modificare le condizioni per l'accoglimento della richiesta di giudizio abbreviato subordinata a un'integrazione probatoria, ai sensi dell'articolo 438, comma 5, del codice di procedura penale, prevedendo l'ammissione del giudizio abbreviato se l'integrazione risulta necessaria ai fini della decisione e se il procedimento speciale produce un'economia processuale in rapporto ai tempi di svolgimento del giudizio dibattimentale».

2. Doppia alimentazione del processo penale e ruolo del giudice

La riforma non affronta – e probabilmente non poteva farlo senza una revisione profonda di tutto il sistema penale – il vizio di origine dell'introduzione

sa ed approfondita disamina del merito» (in motivazione, la Suprema corte ha precisato che il proscioglimento deve essere escluso in tutti i casi in cui gli elementi acquisiti a carico si prestino a letture alternative o aperte, o comunque a essere diversamente valutati in dibattimento, anche alla luce delle future acquisizioni probatorie).

Peraltro, alcuni interventi di apertura anche della giurisprudenza di legittimità vi sono stati: *cfr.* L. Semeraro, *Con viva e vibrante soddisfazione. Una nuova interpretazione dell'art. 425 c.p.p. si affaccia in Cassazione*, in questa Rivista online, 14 dicembre 2015, www.questionegiustizia.it/articolo/con-viva-e-vibrante-soddisfazione_14-12-2015.php.

del procedimento penale “modello 1989”: compatibile con un numero limitato di processi, coerente con un modello complessivo di sistema penale basato su un diritto penale minimo, vigoroso, socialmente significativo, e non invece moltiplicato, simbolico, ridondante, cartaceo.

In questi anni il vizio si è amplificato per una “doppia alimentazione” incontrollata del processo penale: da un lato, un legislatore penale simbolico se non bulimico, che incoraggia nei cittadini un approccio istintuale panpenalistico in forza del quale con una “bella denuncia” si risolve ogni questione; dall’altro, un esercizio dell’azione penale che gli esiti processuali effettivi mostrano essere di efficacia largamente inferiore a quella che un sistema accusatorio richiede.

È solo empiricamente e frammentariamente rilevabile l’effetto produttivo di questa vera e propria distorsione derivante dall’insufficiente accuratezza degli atti di indagine e dall’inseguimento di 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.

A questa situazione, già di per sé idonea a rendere impervia la quotidianità del lavoro dei giudici degli uffici e delle sezioni gip-gup, si aggiungono dei pesanti corollari che la riforma non sembra poter compensare: la misura cautelare personale – gigantesca per numero di indagati o di addebiti – come “fase necessaria” di taluni procedimenti penali; l’aumento delle opposizioni all’archiviazione; l’uso esteso dell’anomalia processuale e costituzionale del decreto penale di condanna come strumento di definizione di “affari semplici” che, però, sono vicende di vita enormi per i cittadini che le vivono.

3. Un futuro “giudice preliminare” prima del dibattimento?

Se l’udienza preliminare sembra dover diventare una sede di maggiore filtro rispetto a processi privi di prospettiva dibattimentale, anche per il giudizio dibattimentale monocratico la riforma prevede qualcosa di analogo, al comma 11 dell’articolo 1, con disposizioni che disegnano una fase preliminare addossata alla celebrazione del dibattimento:

«a) nei procedimenti a citazione diretta di cui all’articolo 550 del codice di procedura penale, introdurre un’udienza predibattimentale in camera di consiglio, innanzi a un giudice diverso da quello davanti al quale, eventualmente, dovrà celebrarsi il dibattimento;

(...)

d) prevedere che, in assenza di richieste di definizioni alternative di cui alla lettera e), il giudice valuti, sulla base degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, se sussistono le condizioni per pronunciare sentenza di non luogo a procedere perché gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna;

e) prevedere che, nel caso in cui il processo, nell’udienza di cui alla lettera a), non sia definito con procedimento speciale o con sentenza di non luogo a procedere, il giudice fissi la data per una nuova udienza, da tenersi non prima di venti giorni di fronte a un altro giudice, per l’apertura e la celebrazione del dibattimento; coordinare la disciplina dell’articolo 468 del codice di procedura penale con le disposizioni adottate ai sensi della presente lettera;

f) prevedere che il giudice non possa pronunciare sentenza di non luogo a procedere, nei casi di cui alla lettera d), se ritiene che dal proscioglimento debba conseguire l’applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca;

g) prevedere che alla sentenza di non luogo a procedere di cui alla lettera d) del presente comma si applichino gli articoli 426, 427 e 428 del codice di procedura penale e le disposizioni del titolo X del libro V dello stesso codice, adeguandone il contenuto in rapporto alla competenza del tribunale in composizione monocratica».

È legittimo chiedersi dove i tribunali troveranno le risorse per le udienze predibattimentali (non solo magistrati, ma anche personale amministrativo: a meno di non immaginare già ora una possibile stabilizzazione degli addetti all’ufficio per il processo che nei prossimi mesi faranno ingresso negli uffici giudiziari ma che, per il momento, sono figure con contratto a tempo determinato e strettamente funzionali al raggiungimento degli obiettivi previsti dal PNRR, che verranno valutati nel 2026) e quali saranno le capacità predittive di un “giudice preliminare” privo delle conoscenze del giudice dell’udienza preliminare perché non in possesso – come invece quello – del fascicolo delle indagini preliminari.

In realtà il momento in cui il giudice può avere la visione di cosa potrà accadere in dibattimento è quello in cui si discute del “piano euristico” del processo, cioè delle prove che le parti intendono far assumere nel dibattimento e del “che cosa vogliono” dal dibattimento.

In questa logica rischiano di essere contraddittorie altre disposizioni:

«a) prevedere che, quando non è possibile esaurire il dibattimento in una sola udienza, dopo la lettura dell’ordinanza con cui provvede all’ammissione delle prove il giudice comunichi alle parti il calendario delle udienze per l’istruzione dibattimentale e per lo svolgimento della discussione;

b) prevedere che le parti illustrino le rispettive richieste di prova nei limiti strettamente necessari alla verifica dell'ammissibilità delle prove ai sensi dell'articolo 190 del codice di procedura penale».

Ci si deve chiedere come può fare il giudice a programmare un complesso dibattimento penale se gli è precluso sapere fino in fondo qual è il programma delle parti di quel processo.

Rischiamo di avviarci a una divaricazione di ruoli che invece, in una prospettiva razionalizzatrice, potrebbe essere unificata (normativamente? Organizzativamente?).

Se la logica è quella di sostanziale sfiducia nel *self-restraint* del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale e dunque della necessità di un vaglio giurisdizionale preliminare, bisognerà trovare il modo di coordinare (con le norme? Con un nuovo "pensiero organizzativo"? Con una seria redistribuzione di risorse interne ai tribunali? Con prassi innovative e adeguate?) le attività del giudice che valuta la "ragionevole probabilità di condanna" sulla base dell'illustrazione del "programma euristico delle parti": in un subprocedimento nel quale le parti possono proporre un rito alternativo, in cui, su istanza di parte o di ufficio, emergano i motivi di un "non doversi procedere oltre", e venga illustrato analiticamente che cosa si ritiene possibile provare in un futuro dibattimento, affinché il giudice possa valutare se quel dibattimento sia effettivamente utile.

Insomma, tornando all'udienza preliminare, un luogo in cui – assegnando le risorse indispensabili e vivendo la consapevolezza dei ruoli – non accada più che la microdialettica delle parti si compendia 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.

4. Le risorse necessarie perché il gip-gup possa svolgere la sua nuova funzione

Con la riforma, appena illustrata nei suoi tratti essenziali, aumentano sensibilmente le competenze del giudice dell'udienza preliminare: nuovo canone

di valutazione *ex art.* 425 cpp e quindi nuovo e più efficace filtro delle ipotesi accusatorie con invio al dibattimento solo di ciò che consente una prognosi di condanna dell'imputato, da cui conseguirà la diminuzione dei decreti che dispongono il giudizio e un sensibile innalzamento delle più impegnative sentenze di non luogo a procedere.

Aumenteranno nel contempo anche le competenze del giudice per le indagini preliminari: verifica delle iscrizioni nel registro degli indagati, verifica sulla durata delle indagini, sulla stasi e sulla *discovery* degli atti di indagati (controlli che ragionevolmente verranno eseguiti con interlocuzioni che richiederanno la fissazione e celebrazione di specifiche udienze camerale), verifica sulla chiarezza dell'inculpazione, nuovo criterio per l'archiviazione che prognosticamente aumenterà notevolmente il numero di opposizioni con pari necessità di fissazione e celebrazione di udienze se non muterà il criterio normativo per l'eventuale ammissibilità della opposizione.

L'ufficio gip-gup diventerà quindi sempre di più un anello strategico dell'intero procedimento penale e sarà determinante al fine di mantenere i canoni della ragionevole durata e rispettare, nella prossima attualità, le condizioni poste dal PNRR, che verranno valutate nell'anno 2026.

Le nuove competenze previste dalla riforma in capo al giudice per le indagini preliminari e al giudice dell'udienza preliminare, peraltro, devono essere valutate insieme se si considera la costante scelta ordinamentale del Consiglio superiore della magistratura di ritenere indispensabile l'unità delle funzioni gip e gup in capo a ogni magistrato, considerando che la piena osmosi di tali funzioni sia funzionale ad assicurare il miglior esercizio della complessa funzione giurisdizionale². In tal senso anche la costante normativa tabellare, che ritiene fondamentale l'unità delle funzioni gip e gup e le rappresenta come un *unicum* da salvaguardare proprio per raggiungere quella professionalità piena, veicolo di migliore esercizio della giurisdizione³.

Né può ritenersi, sulla base del nuovo dato normativo e in attesa di conoscere i relativi decreti delegati, se tali nuove competenze potranno essere bilanciate dall'aumento dei procedimenti affidati all'*iter* della citazione diretta e quindi sottratti all'udienza preliminare innanzi all'ufficio gip-gup.

Ne consegue che i dirigenti degli uffici non potranno che rivedere da subito le attuali organizzazioni del settore penale dei tribunali, potenziando gli uffici gip-gup sia come magistrati sia come personale

2. Csm, risposta a quesito del 5 novembre 2008.

3. Cfr. l'art. 74 della circolare sulle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2020-2022.

amministrativo, perché solo così ogni magistrato potrà avere quei tempi congrui che sono il presupposto indefettibile per dare effettiva attuazione alla riforma.

Allo stesso modo, il Consiglio superiore della magistratura dovrà rivedere le percentuali indicate nella circolare sulle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari in relazione alle dimensioni dell'organico degli uffici gip-gup rapportate a quelle del tribunale nel suo complesso e della procura della Repubblica⁴.

In ogni caso sarà prioritario dare sempre copertura effettiva a tale organico invertendo le prassi oggi in vigore dove proprio gli uffici gip-gup maggiormente risentono delle scoperture di organico e del *turnover* di magistrati, sia per il maturare del termine di ultradecennalità sia perché l'aumento esponenziale dell'impegno richiesto ai magistrati che svolgono funzioni di giudice per le indagini preliminari e di giudice dell'udienza preliminare – che la riforma farà ulteriormente aumentare – ha progressivamente reso meno gradita, e quindi di difficile copertura, questa funzione.

Se si condivide che si tratta di uffici che costituiranno un punto nevralgico del processo penale e del suo tempo ragionevole, occorrerà considerare come prioritaria la stabilità dell'organico dei magistrati e del personale amministrativo che li compongono⁵.

Senza effettiva copertura e ragionevole stabilità nessun serio programma organizzativo può essere

immaginato al fine di mantenere alta l'azione di filtro dell'udienza preliminare e assicurare tempi congrui di decisione, perché tutte le risorse dovranno sempre essere impiegate nel rincorrere le emergenze e dare soluzione ad esse sole.

5. Un'occasione per ripensare l'organizzazione. La sfida della specializzazione per materia e della formazione

L'ufficio gip-gup non può più ritenersi caratterizzato da una specializzazione di funzione (giudice della fase o dell'atto) incentrata principalmente nel controllo dell'attività del pubblico ministero, circostanza che in passato assorbiva ogni altra questione di specializzazione per materia. Tale impostazione trova oggi una esplicita smentita nelle circolari del Consiglio superiore (criteri di organizzazione in tema di violenza di genere e tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti) e nella stessa evoluzione normativa sui termini massimi di permanenza nella singola posizione tabellare. Infatti, mentre in origine la permanenza massima per la funzione gip-gup era espressamente stabilita dalla normativa primaria nella misura di sei anni consecutivi⁶ e non vi era disposizione normativa analoga per altre funzioni, oggi la funzione gip-gup è regolamentata

4. Cfr. l'art. 72 della circolare sulle tabelle 2020-2022, citata alla nota precedente:

«1. Alle sezioni Gip/Gup dei tribunali, per assicurarne la piena funzionalità tenuto conto, in particolare, dei compiti gravanti sul tribunale capoluogo del distretto e delle attuali competenze del giudice per le indagini preliminari e del giudice dell'udienza preliminare, è assegnato un numero di magistrati adeguato alle esigenze e ai flussi degli affari, e non inferiore ad un terzo rispetto al numero di magistrati previsti in organico presso la relativa Procura della Repubblica e a un decimo rispetto all'organico dell'intero tribunale.

2. Tale percentuale è maggiorata in misura non inferiore ai 2/5 rispetto all'organico della Procura per gli uffici del tribunale capoluogo del distretto presso il quale opera la direzione distrettuale antimafia, e ciò al fine di assicurare la massima celerità nella trattazione dei procedimenti di cui all'articolo 51, 3 bis, c.p.p..

3. I dirigenti degli uffici motivano espressamente le ragioni per le quali non ritengono sussistere le condizioni per il rispetto di tali porzioni, anche in relazione all'effettiva copertura degli organici delle procure della Repubblica e degli stessi tribunali.

4. Il dimensionamento della sezione Gip/Gup tiene espressamente conto del rapporto con il carico di lavoro dei giudici del dibattimento, avuto riguardo in particolare al numero di definizioni di procedimenti nel corso della fase delle indagini preliminari o all'esito dell'udienza preliminare».

5. Non sarà più possibile avere vacanze di organico come quelle oggi presenti, ad esempio, all'ufficio gip del Tribunale di Milano, che, a fronte di una pianta organica che prevede 39 magistrati oltre il presidente e il presidente aggiunto, opera attualmente con la presenza di soli 29 magistrati. Un ufficio con un carico di lavoro molto importante e una qualità della giurisdizione impegnativa, solo se si pensi all'incidenza dei reati economici, molto spesso particolarmente complessi dal punto di vista giuridico, e dove la definizione dei procedimenti attraverso l'accesso ai riti alternativi è particolarmente consistente. I dati sono esemplificativi: nel periodo 2018-2019, a fronte di 2992 decreti che dispongono il giudizio, sono state emesse 3464 sentenze; nell'anno 2019-2020 (anno interessato dalla pandemia e dall'incendio che ha coinvolto il settimo piano del Palazzo di giustizia, sede dell'ufficio gip), a fronte di 2275 decreti che dispongono il giudizio, vi sono state 2397 sentenze; nell'anno 2020-2021, a fronte di 2538 decreti che dispongono il giudizio, le sentenze emesse sono state 3573. Le sentenze risultano sempre superiori ai decreti che dispongono il giudizio e tale rapporto è confermato anche negli anni precedenti. Con la riforma e con la nuova valutazione demandata al giudice ex art. 425 cpp, il filtro proprio dell'udienza preliminare è destinato ad ampliarsi in modo consistente.

Ma problemi analoghi sono presenti in tribunali di tutte le dimensioni: la mancata copertura di una sola unità in uffici composti da un numero variabile tra due e quattro magistrati – dimensioni di quasi tutti i tribunali non distrettuali – significa una carenza di organico tra il 25% e il 50%: da questo punto di vista, l'attenzione e la vigilanza dei consigli giudiziari e del Consiglio superiore della magistratura dovrebbe essere massima.

6. Art. 57 l. n. 479/1999 – “legge Carotti”.

in termini analoghi alle altre posizioni tabellari e trova la propria regolamentazione nel limite di permanenza decennale: così è stabilito dalla normativa primaria⁷ e da quella secondaria⁸.

È quindi lo stesso legislatore a ritenere che non esista più una specificità della funzione gip-gup, che infatti viene regolamentata in via generale al pari delle altre posizioni tabellari.

Inoltre, occorre sottolineare che la funzione gip-gup si è molto estesa negli ultimi anni, con un importante ampliamento del momento della cognizione determinato dal maggior accesso alla richiesta di riti alternativi, ed è destinata a incrementarsi ulteriormente.

La riforma, infatti, amplia ulteriormente le possibilità di accesso ai riti alternativi e rende molto più pregnante la valutazione dei casi di proscioglimento ex art. 425 cpp.

Le ragioni che oggi militano per una specializzazione per materia negli uffici di procura e in dibattimento (della cui necessità ormai nessuno più discute) sorreggono la scelta di procedere a una parziale specializzazione anche all'ufficio gip-gup («il valore aggiunto derivante dalla specializzazione del giudice nelle materie di interesse non esaurisce la sua importanza nella fase dibattimentale e, anzi, si proietta a quella delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare»: risoluzione Csm, 9 maggio 2018).

Anche la normativa secondaria spinge verso l'adozione di aree di specializzazione.

Con la citata risoluzione, approvata con delibera 9 maggio 2018 («Linee guida in tema di organizzazione per la trattazione di procedimenti relativi a reati di violenza di genere»), per la prima volta il Consiglio espressamente invita a creare forme di specializzazione negli uffici gip-gup con riferimento al settore delle fasce deboli: «gli incombenti processuali di competenza del Gip/Gup appaiono connotati da una delicatezza pari a quella delle attività tipiche dei giudici del dibattimento e non giustificano differenziazioni tra le due funzioni in relazione all'aspetto della specializzazione».

Molti i principi richiamati nella suddetta delibera a favore di tale soluzione, a partire da quello più generale secondo cui «la circolare sulla tabelle ha inteso confermare e rafforzare l'opzione culturale di privilegiare la specializzazione come paradigma or-

ganizzativo idoneo ad evitare dispersioni di energie professionali e ad assicurare la migliore risposta giudiziaria», nonché a «rimarcare l'importanza del fattore esperienziale sotteso alla specializzazione, che ha, peraltro, positive ricadute anche in termini di omogeneità e rapidità della risposta giudiziaria».

Il Consiglio superiore auspica che tale modello organizzativo sia attuato negli uffici gip-gup di grandi dimensioni (il pensiero corre a Milano, Roma e Napoli). La mancata istituzione di ruoli specializzati è considerata l'*extrema ratio* (impossibilità di un'agevole distribuzione degli affari, ricadute negative sui criteri di assegnazione e distribuzioni degli affari agli altri giudici) e solo in questo caso il Consiglio superiore sottolinea la necessità di operare sul piano della formazione per mantenere in capo a tutti i giudici dell'ufficio una professionalità adeguata alla peculiarità della materia. La specializzazione e la formazione non sono quindi strade alternative, ma subordinate, nel senso che solo qualora non possa operarsi con la specializzazione dei ruoli è previsto un investimento sul momento formativo⁹.

È evidente che ben diversa si presenta la situazione di uffici di dimensione meno grande, che tuttavia costituiscono concretamente la quasi totalità del panorama nazionale.

Le esigenze di effettiva copertura e ragionevole stabilità degli organici di magistrati e personale amministrativo sono, lo si è detto, la precondizione perché la riforma abbia un minimo di credibilità.

È qui che la complementarietà tra specializzazione e formazione può trovare senso.

Organici limitati ma effettivamente coperti, e un'organizzazione sulla quale le capacità reali e non cartacee dei dirigenti degli uffici si devono misurare, consentirebbero, negli uffici di non grandi dimensioni, la fuoriuscita dalla quotidianità dell'emergenza della quantità straripante di provvedimenti da emettere *ad horas*, e dunque un investimento sulla formazione, sull'autoformazione e sulla meditata costruzione di prassi virtuose che coinvolgano a monte della funzione gip-gup gli uffici di procura, a valle le sezioni dibattimentali, comprendendo l'interlocuzione con l'avvocatura.

La riforma spinge a scelte organizzative indispensabili e innovative. Saranno coinvolti il Ministero della giustizia per la predisposizione delle risorse,

7. D.lgs n. 160 del 30 gennaio 2006, come modificato dalla l. 30 luglio 2007, n. 111.

8. Regolamento del Consiglio superiore della magistratura, deliberato il 13 marzo 2008.

9. «Se non fosse possibile l'istituzione di ruoli specializzati, dovrà essere massimamente curata la formazione di tutti i magistrati, attivando sia gli strumenti interni agli uffici, che quelli rimessi alla formazione centrale e decentrata e privilegiando, anche in questo caso, scambi interdisciplinari con altri operatori del settore».

il Consiglio superiore della magistratura per aggiornare la propria normativa secondaria, i dirigenti per predisporre i necessari progetti organizzativi, e i magistrati che dovranno far propria questa nuova prospettiva della funzione gip-gup.

Occorrerà una sinergia in assenza della quale si perderà un'occasione per avere un processo che, nel rispetto delle garanzie, tenda sempre di più a quella ragionevole durata che la Costituzione prevede e i cittadini reclamano.

Il giudice di cognizione di fronte alla cd. “riforma Cartabia”

di *Andrea Natale*

La legge delega n. 134 del 2021 contiene poche norme dedicate alla riforma della fase del giudizio dibattimentale. Nondimeno, l'impianto complessivo della riforma incide su molti snodi – “a monte” e “a valle” della fase del giudizio – che finiscono necessariamente con il modificare la fisionomia del giudice di cognizione, chiamato a un nuovo approccio nella relazione con le parti processuali e, financo, con il cuore del suo lavoro: il metodo di ricerca della verità processuale, l'assoluzione del non colpevole e l'imposizione al colpevole della “giusta pena”.

1. Premessa / 2. Il giudice e l'imputato: il processo in assenza / 3. Il giudice e l'imputato: altre questioni / 4. Il giudice e la persona offesa / 5. Il giudice, prima del dibattimento / 6. Il giudice e il dibattimento

1. Premessa

La legge delega n. 134 del 2021 sembra contenere solo poche norme dedicate alla riforma della fase del giudizio dibattimentale, soprattutto se queste si paragonano alle numerose previsioni rivolte alla fase delle indagini preliminari, dell'udienza preliminare e dei giudizi di impugnazione (in particolare al giudizio di appello).

Nondimeno, l'impianto complessivo della riforma incide su molti snodi – “a monte” e “a valle” della fase del giudizio – che finiscono necessariamente con il modificare – in qualche modo – la fisionomia del giudice di cognizione, chiamato a un nuovo approccio

nella relazione con le parti processuali e, financo, con il cuore del suo lavoro: la ricerca della verità processuale, l'assoluzione del non colpevole e l'imposizione al colpevole della “giusta pena” (giusta perché non solo retributiva).

2. Il giudice e l'imputato: il processo in assenza

Il disegno riformatore prende sul serio la questione del processo in assenza¹. Il legislatore delegante manifesta infatti di volere assecondare – dandole esplicito riconoscimento normativo – l'idea di fondo

1. Questione di cui questa Rivista si è più volte occupata. Per tutti, in ordine di pubblicazione: L. Vignale, *Domicilio dichiarato o eletto e processo in absentia*, in *Questione giustizia online*, 26 giugno 2014, [Domicilio dichiarato o eletto e processo in absentia \(questionegiustizia.it\)](https://www.questionegiustizia.it/); *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, [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 \(questionegiustizia.it\)](https://www.questionegiustizia.it/); L. Fidelio, *Il processo in assenza preso sul serio*, *ivi*, 20 ottobre 2020, [Il processo in assenza preso sul serio \(questionegiustizia.it\)](https://www.questionegiustizia.it/); L. Vignale, *Processo in assenza: ancora tanti i nodi problematici irrisolti*, *ivi*, 12 ottobre 2021, [Processo in assenza: ancora tanti i nodi problematici irrisolti \(questionegiustizia.it\)](https://www.questionegiustizia.it/); 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, [I “finti inconsapevoli” alla prova del caso Regeni: una questione centrale per il contemperamento delle garanzie dell'imputato e dei diritti delle vittime \(questionegiustizia.it\)](https://www.questionegiustizia.it/).

che traspare da ripetuti arresti della giurisprudenza della Corte Edu², dalla normativa UE (direttiva comunitaria 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio) e dalla stessa giurisprudenza di legittimità³: l'art. 1, comma 7, lett. *a* della legge n. 134/2021 impone infatti al legislatore delegato di introdurre disposizioni con le quali si preveda «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».

Ciò che rileva – nella prospettiva del legislatore delegante – deve essere la consapevolezza della pendenza del “processo” e non del “procedimento”, così chiarendo lo scarto semantico che oggi sembra sussistere sul piano testuale tra le previsioni dettate dall'art. 420-*bis* cpp e la disciplina sovranazionale (scarto testuale che – è bene chiarirlo – è stato limitato con gli interventi della giurisprudenza di legittimità sopra evocati). È in questa prospettiva che i criteri di delega dettati dall'art. 1, comma 7, si soffermano ulteriormente sulle forme di notifica del decreto che dispone il giudizio («a mani proprie, o con altre modalità idonee a garantire che l'imputato venga a conoscenza della data e del luogo del processo» - art. 1, comma 7, lett. *b*, l. n. 134/2021); sul fatto che si possa procedere in assenza quando «il giudice ritenga *provato* che l'imputato ha conoscenza della pendenza del *processo* e che la sua assenza è dovuta a una scelta volontaria e consapevole» (art. 1, comma 7, lett. *c*, l. n. 134/2021).

In questa rinnovata cornice – che evidentemente intende rafforzare i presidi di garanzia dell'imputato in relazione al processo *in absentia* – il giudice si troverà di fronte a due possibilità: (i) le condizioni per procedere in assenza sussistono; (ii) le condizioni per procedere in assenza non sussistono.

Nel caso in cui non siano soddisfatte le condizioni per procedere in assenza, il giudice pronuncerà sentenza inappellabile dichiarativa dell'improcedibilità dell'azione penale [art. 1, comma 7, lett. *e*, l. n. 134/2021).

Il fatto che la sentenza di non doversi procedere sia inappellabile, evidentemente, responsabilizza in modo estremamente significativo il giudice di primo grado, ponendo sulle sue spalle l'osservanza del principio di obbligatorietà della legge penale. Potrebbe suscitare qualche dubbio l'inappellabilità di tale

determinazione del giudice di primo grado (che può sempre sbagliarsi...). Ma il tema si sdrammatizza, posto che la sentenza dichiarativa dell'improcedibilità dell'azione penale è revocabile (come accade per altre ipotesi di improcedibilità – *cfr.* art. 345 cpp).

Dopo la sentenza di “non doversi procedere”, infatti, le ricerche dell'imputato debbono proseguire per un lasso di tempo che deve protrarsi sino al decorso del doppio dei termini di prescrizione (con l'avvertenza che la disciplina della prescrizione, alla luce dell'art. 2 l. n. 134/2021, opera solo in primo grado).

Il corso della prescrizione – nel periodo successivo alla emissione della sentenza di improcedibilità dell'azione penale per insussistenza dei presupposti per procedere in assenza e nel periodo in cui perdurano le ricerche dell'imputato – è sospeso. Nello stesso periodo, il giudice – su richiesta di parte – potrà assumere «le prove non rinviabili, osservando le forme previste dal dibattimento».

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). Decorso il doppio dei termini di prescrizione, potrà cessare ogni ricerca dell'imputato e la sentenza dichiarativa dell'improcedibilità dell'azione penale potrà dirsi consolidata.

Ove, invece, le ricerche dell'imputato abbiano esito positivo, il sistema immaginato dal legislatore delegante prevede che: l'imputato sia invitato a dichiarare o eleggere domicilio; il giudice revochi la sentenza dichiarativa dell'improcedibilità dell'azione penale, fissando udienza per la prosecuzione del procedimento, con provvedimento che dovrà essere notificato all'imputato in modo tale che sia assicurata la sua effettiva conoscenza della data e luogo del “processo”.

Nel caso in cui il giudice ritenga, viceversa, che le condizioni per procedere in assenza sussistono, la disciplina relativa al giudizio di primo grado non presenta particolari novità. Il giudice potrà procedere – come oggi – in assenza dell'imputato.

Decisamente innovativa risulta, però, la soluzione immaginata dal legislatore per l'ipotesi che l'imputato giudicato in assenza nel corso del giudizio di primo grado sia stato condannato. In questo caso, infatti, la sentenza che condanna l'imputato giudicato in assenza dal giudice di primo grado potrà essere impugnata solo dal diretto interessato personalmente (quando

2. 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.

3. *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.

ciò è possibile) o dal difensore dell'imputato assente, in forza di «specifico mandato, rilasciato *dopo* la pronuncia della sentenza» (art. 1, comma 7, lett. *h*, l. n. 134/2021).

L'esistenza di uno specifico mandato rilasciato *dopo* la sentenza di condanna in primo grado, infatti, costituisce un evidente elemento di conoscenza del *processo*.

L'impossibilità per il difensore di procurarsi uno *specifico mandato dopo* l'emissione della sentenza di primo grado, viceversa, può porre in discussione la solidità della valutazione fatta dal giudice di primo grado.

La conseguenza trattenuta dal legislatore delegante è radicale e «molto forte», e mira a evitare di impegnare i giudici dei successivi gradi di giudizio in attività processuali che, potenzialmente, potrebbero essere poste nel nulla con il rimedio della rescissione del giudicato (si allude all'odierno art. 629-*bis* cpp).

Si prevede infatti che la decisione di condanna emessa in primo grado in assenza dell'imputato – ove non vi sia uno specifico mandato a impugnare successivo alla sentenza – sia destinata a diventare irrevocabile e, tendenzialmente, a essere posta in esecuzione.

Il legislatore, però, ha inteso assicurare un recupero di garanzie, demandando al legislatore delegato l'individuazione del catalogo di «rimedi successivi a favore dell'imputato e del condannato giudicato in assenza senza avere avuto effettiva conoscenza della celebrazione del processo» (art. 1, comma 7, lett. *g*, l. n. 134/2021). Il criterio di delega evoca esplicitamente le previsioni dell'art. 9 della direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali⁴. Il contenuto del diritto stabilito dalla fonte nazionale – che gli Stati membri debbono assicurare – è delineato come «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». È presto per dire la direzione che prenderà il decreto delegato, molti essendo i punti su cui dovrà esercitarsi il legislatore delegato: (i) la sede in cui «riesaminare» la sussistenza del presupposto per procedere in assenza (incidente di esecuzione? Altro rimedio rescissorio? Ad opera di quale autorità giudiziaria?); (ii) la delimitazione dei termini entro i quali esperire il rimedio; (iii) nel caso in cui l'esecuzione della condanna sia già in atto, le

modalità con cui decidere sullo *status libertatis*; (iv) il riparto dell'onere probatorio in ordine alla questione della sussistenza/insussistenza di presupposti per procedere in assenza. Molto, dunque, dipenderà dal come verrà esercitata la delega.

Qui ci si può solo limitare a dire che le previsioni dell'art. 1, comma 7, l. n. 134/2021 imporranno al giudice della cognizione di prendere estremamente sul serio la questione del giudizio in assenza.

Le conseguenze delle decisioni sul punto, infatti, saranno estremamente serie: vuoi per il rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale; vuoi per il rispetto delle garanzie che debbono essere assicurate all'imputato (si allude non solo al diritto di difesa, ma anche alla libertà personale, ove la sentenza venga posta in esecuzione).

Ma non solo: con l'esercizio della delega dettata dall'art. 1, comma 7, lett. *h*, si limiterà il numero di giudizi di appello, con evidente effetto deflativo sulle corti di appello; tuttavia, tale effetto deflativo potrebbe essere comunque frustrato da un approccio superficiale alla delibazione sulla sussistenza dei presupposti per procedere in assenza, non potendosi comunque escludere che – una volta esperiti con successo i rimedi rescissori che saranno introdotti – si possa determinare una moltiplicazione delle rescissioni di giudicati e, conseguentemente, una ripetuta duplicazione dell'attività dei giudici di primo grado; il dispendio di attività giudiziaria sarà minore, ma non potrà dirsi escluso.

3. Il giudice e l'imputato: altre questioni

Tornando alla fisiologia e ipotizzando dunque un processo con imputato *in presenza* (o con un assente autenticamente consapevole), occorre dire che il disegno riformatore sembra implicare una serie di ulteriori trasformazioni nella *relazione processuale* tra giudice e imputato.

Il legislatore delegato prevede l'ampliamento del catalogo di reati per cui è possibile disporre la sospensione del procedimento con messa alla prova (istituto da estendere «a ulteriori specifici reati, puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore, compatibili con l'istituto» – art. 1, comma 22, l. n. 134/2021).

4. Art. 9 direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016: «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».

Ciò imporrà al giudice – ma prima ancora a tutto il sistema giudiziario e agli uffici di esecuzione penale esterna – di immaginare un sistema di misure di comunità capaci di dare corpo effettivo alle indicazioni del legislatore delegante; è, cioè, necessario che si assicurino – nel recepimento della delega, ma (in futuro) anche nel comportamento degli organi giurisdizionali – che il riferimento ai «percorsi risocializzanti o riparatori» non si risolva in una elegante formula che ci riconcilia – ma solo sulla carta – con l’art. 27, comma 3, della Costituzione. E il recepimento di tale criterio di delega imporrà ovviamente al giudice di soffermarsi con maggior cura sulla personalità dell’imputato, al quale potrà essere proposto un percorso risocializzante anche per reati che – potenzialmente – hanno una dimensione non necessariamente bagatellare. Calibrare quei percorsi risocializzanti (o riparatori) richiederà occhio attento da parte del giudice; sul reato, ma anche sull’imputato.

Ancora: la legge delega propone una nuova concezione della pena da irrogare all’imputato. L’art. 1, comma 17 della legge n. 134/2021 prevede che il legislatore delegato introduca una nuova disciplina delle sanzioni sostitutive di pene detentive brevi. Il tema è oggetto di altro contributo pubblicato in questo fascicolo⁵. Oltre a far rinvio alle considerazioni ivi sviluppate, qui ci si limita a evidenziare come il complessivo ripensamento del sistema sanzionatorio delineato dalla riforma sembra voler privilegiare in modo forte l’applicazione di misure sanzionatorie *diverse* dalla detenzione in carcere – l’art. 1, comma 17, lett. e, l. n. 134/2021 prevede che le pene detentive brevi possano essere sostituite: con la pena pecuniaria (in sostituzione della pena detentiva sino a un anno); con il lavoro di pubblica utilità (in sostituzione di condanne sino a tre anni di pena detentiva); con la semilibertà o la detenzione domiciliare (in sostituzione di condanne sino a tre anni di pena detentiva).

Con l’ampliamento delle ipotesi di applicazione delle sanzioni sostitutive della pena detentiva (fino a quattro anni di reclusione) e dello stesso catalogo di misure sanzionatorie cui il giudice della cognizione potrà attingere per applicare all’imputato “la giusta pena”, al giudice della cognizione sarà richiesto un deciso mutamento di approccio alla questione sanzionatoria.

Il giudice potrà applicare «le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi (...) solo quando il giudice ritenga che contribuiscano alla rieducazione del con-

dannato» e solo ove il giudice ritenga che esse «assicurino, anche attraverso opportune prescrizioni, la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati» (art. 1, comma 17, lett. c, l. n. 134/2021).

Il recepimento della delega imporrà al giudice di estendere ulteriormente il campo della sua indagine: «l’oggetto del processo penale si dovrà per forza di cose ampliare per ricomprendere una più approfondita indagine sulla personalità dell’imputato e la formulazione di ipotesi trattamentali dei condannati»⁶; il che imporrà al giudice della cognizione di prendere sul serio l’art. 27, comma 3, Cost. e di prendere altrettanto sul serio quanto, già oggi, dispone l’art. 187 cpp per cui sono oggetto di prova anche i fatti che si riferiscono alla determinazione della pena. E ciò imporrà al giudice di «dismettere gli abiti dello storico e di volgere lo sguardo al futuro delle persone giudicate»⁷.

Non è dato sapere ora come il legislatore delegato darà corpo ai criteri di delega dettati dall’art. 1, comma 17, molte essendo le soluzioni ipotizzabili: si costruirà un modello in cui le sanzioni sostitutive verranno “riempite di contenuti” in sede esecutiva dalla magistratura di sorveglianza, ovvero, si tenterà di costruire un modello processuale in cui i contenuti delle sanzioni sostitutive saranno delineati dal giudice della cognizione? E quali saranno gli strumenti processuali messi a disposizione del giudice per compiere tali valutazioni? Si declinerà una procedura in cui si separerà l’affermazione di responsabilità dall’imposizione della sanzione (all’esito di opportuni accertamenti), sul modello del *sentencing* di matrice anglosassone? O si deciderà su responsabilità e sanzione in un unico momento? E quale sarà il coinvolgimento dell’imputato nell’elaborazione di tali alternative alla sanzione detentiva (coinvolgimento che è da ritenere necessario soprattutto per il caso della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, applicabile solo se il condannato “non si oppone” e che potrebbe addirittura determinare - *ex art. 1, comma 13, lett. e, l. n. 134/2021* - l’inappellabilità della sentenza)? E quale sarà il ruolo degli uffici di esecuzione penale esterna (e quanto sarà sostenibile per questi uffici un eventuale coinvolgimento in tali indagini, prima dell’irrogazione di una condanna a pena sostitutiva, considerato il loro impegno in materia di MAP e di misure alternative alla detenzione?).

Ma, al netto di tutte queste incertezze (che dipendono da *come* verrà esercitata la delega), un dato è

5. Cfr. R. De Vito, *Fuori dal carcere? La “riforma Cartabia”, le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio*.

6. Così R. De Vito, *op. ult. cit.*

7. *Ibid.*

certo: la riforma intende imprimere al sistema sanzionatorio un mutamento di prospettiva, fortemente informato alle istanze di risocializzazione. Del resto, «il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie»⁸.

Conseguentemente, al giudice penale sarà richiesto di *prendere estremamente sul serio* la questione sanzionatoria, guardando anche – e, forse, soprattutto – all'imputato. Il giudice penale dovrà interrogarsi – a fondo e autenticamente – su quali possano essere i percorsi sanzionatori maggiormente funzionali alla rieducazione dell'imputato; ciò richiederà un mutamento di approccio culturale rispetto alla tradizionale istanza retributiva e una accresciuta sensibilità culturale del giudice rispetto alla possibilità che – con la condanna – possa instaurarsi un autentico percorso di risocializzazione. Perché – come ha ricordato più volte la Consulta – il «volto costituzionale della pena»⁹ esige che le istanze retributive e special-preventive debbano essere comunque «coerenti con il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena»¹⁰. La realizzazione di tale principio costituzionale – giustamente definito dalla Consulta «impegnativo»¹¹ – potrà forse acquisire nuova forza con il recepimento della delega dettata dall'art. 1, comma 17, legge n. 134 del 2021. Ma molto dipenderà dalla cultura dei giudici.

Se i giudici non si approprieranno di questa nuova visione della pena, il sistema giudiziario finirà con l'offrire alternative rieducative e risocializzanti soltanto a chi è già pienamente integrato in società, offrendo viceversa alle persone socialmente svantaggiate la solita risposta: il carcere.

Il mutamento di approccio e relazione tra giudice e imputato sarà anche imposto dal fatto che il legislatore delegato dovrà introdurre una disciplina che assicuri – «in ogni stato e grado del procedimento penale» – la possibilità di «accesso ai programmi di giustizia riparativa». Il tema della giustizia riparativa è oggetto di altro contributo, pubblicato in questo fascicolo¹². Rimandando a quelle profonde e articolate

riflessioni, qui ci si limita a evidenziare che l'accesso ai programmi di giustizia riparativa – che devono coinvolgere imputato e vittima di reato, su base consensuale e nel rispetto della particolare posizione della vittima di reato – potrà avvenire anche «su iniziativa dell'autorità giudiziaria».

E anche sul terreno della giustizia riparativa, evidentemente, il giudice della cognizione dovrà impegnare una nuova sensibilità e una nuova intelligenza (anche organizzativa): il lavoro del giudice della cognizione non potrà risolversi solo nella verifica della fondatezza/infondatezza dell'ipotesi d'accusa, ma si dovrà spingere un passo oltre: per verificare se – e in che termini e con quale rilievo nel giudizio – sia possibile una ricomposizione della lacerazione sociale prodottasi con il reato.

4. Il giudice e la persona offesa

Il tema della giustizia riparativa, appena introdotto in chiusura del paragrafo che precede, chiaramente chiamerà il giudice a entrare in relazione anche con la persona offesa. Se la legge delega prevede che il giudice possa – anche di propria iniziativa – proporre alle parti l'accesso a «programmi di giustizia riparativa» (art. 1, comma 18, lett. c, l. n. 134/2021), occorre non trascurare che la valutazione sull'opportunità di formulare tale proposta dovrà essere illuminata dalla luce – non di una, ma – di due stelle polari: l'interesse della vittima di reato; l'interesse dell'autore di reato (art. 1, comma 18, lett. a, l. n. 134/2021).

Il giudice – domani più di ieri – dovrà dunque guardare non solo all'imputato, ma anche alla vittima di reato.

Questo sguardo, questa comprensione dell'interesse della vittima di reato costituirà un ulteriore terreno d'impegno per il giudice, che, sino ad oggi, è stato culturalmente formato per governare un processo in cui il principale fuoco di interesse è l'imputato (l'assicurazione del rispetto delle garanzie; l'accertamento della sua responsabilità; la meritevolezza di pena).

Ma sul tema non si può indugiare oltre, pena un eccesso di superficialità. Qui è sufficiente – rimandando per il resto al contributo di Bouchard e Fiorentin

8. Così, superando una precedente giurisprudenza, in cui si tendeva a circoscrivere la valenza del principio rieducativo alla sola fase trattamentale, Corte cost., n. 313/1990.

9. Corte cost., n. 50/1980.

10. Cfr. Corte cost., n. 149/2018 (in materia di limitazione ai benefici penitenziari per i condannati all'ergastolo per i delitti di cui all'art. 630 cp e 289-bis cp aggravati).

11. Corte cost., n. 40/2019 (*considerato in diritto* 5.2).

12. Cfr. M. Bouchard e F. Fiorentin, *Sulla giustizia riparativa*, anticipato su *Questione giustizia online* il 23 novembre 2021, [Sulla giustizia riparativa \(questionegiustizia.it\)](https://www.questionegiustizia.it).

pubblicato in questo fascicolo – segnalare il dato: l'avvento della giustizia riparativa all'interno del processo penale (*anche* all'interno, posto che la giustizia riparativa non si esaurisce *nel* processo) imporrà al giudice un nuovo sguardo sugli attori processuali; gli imporrà l'acquisizione di una diversa sensibilità culturale; gli imporrà l'acquisizione di nuovi saperi, non solo "giudiziari".

Ma lo sguardo del giudice sulla persona offesa non potrà fermarsi alla giustizia riparativa.

Se è immaginabile che i percorsi di giustizia riparativa quantitativamente non rappresenteranno la consuetudine, è, viceversa, immaginabile che la riparazione dei torti subiti dalla persona offesa assumerà un rilievo sempre maggiore nel processo penale che (forse) prenderà corpo: (i) perché si amplia il catalogo dei reati per cui è possibile esperire percorsi di messa alla prova che si prestino a percorsi risocializzanti, ma anche *riparatori* (art. 1, comma 22, lett. a, l. n. 134/2021); (ii) perché si amplia il perimetro di applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, stabilendo che – nella valutazione della particolare tenuità dell'*offesa* – si possa tenere conto anche della condotta susseguente al reato; riferimento – quello relativo alla condotta susseguente al reato – che evoca anzitutto (sebbene non solo) il rilievo da attribuire a condotte riparatorie (art. 1, comma 21, lett. b, l. n. 134/2021)¹³; (iii) perché – nell'ampliare il catalogo dei reati per cui si può applicare la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto – si esclude che detta causa di non punibilità possa essere applicata a reati che rientrano nel perimetro di ap-

plicazione della cd. "Convenzione di Istanbul" «sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica» (il che imporrà al giudice di avere una particolare considerazione della posizione della vittima, soffermandosi anche sulle relazioni tra vittima e autore di reato e sui motivi a delinquere che hanno animato l'imputato)¹⁴; (iv) perché – con l'ampliamento delle ipotesi di perseguibilità a querela (art. 1, comma 15, l. n. 134/2021) – assumerà maggior rilievo la causa di estinzione del reato oggi codificata dall'art. 162-ter cp.

L'ultimo riferimento – relativo all'estinzione del reato in materia di reati perseguibili a querela – introduce un ulteriore tema di riflessione. L'art. 1, comma 15, lett. d, l. n. 134/2021 prevede che «l'ingiustificata mancata comparizione del querelante all'udienza alla quale sia stato citato in qualità di testimone» comporti la remissione tacita della querela. Non sappiamo – mentre si scrive – se il legislatore delegato intenderà tipizzare le ipotesi di mancata giustificazione della comparizione; né sappiamo se il legislatore delegato declinerà una procedura incidentale per accertare il carattere ingiustificato della mancata comparizione.

Ciò che qui preme sottolineare è il fatto che – anche ove il legislatore delegato si limitasse a riprodurre nel decreto delegato la formula dettata dal criterio di delega – il giudice avrebbe il dovere di domandarsi se la mancata comparizione sia – o meno – «ingiustificata». Un simile accertamento – cadendo su un tema rilevante per il giudizio (l'estinzione del reato) – deve necessariamente essere esperibile anche d'ufficio. Il giudice dovrà dunque farsi carico di valutare

13. L'art. 1, comma 21, lett. b della legge delega non vincola il legislatore delegato ad attribuire rilievo alle sole condotte riparatorie per valutare positivamente la condotta susseguente al reato. È, però, di intuitiva evidenza che una condotta riparatoria sarà uno dei principali elementi di valutazione che il giudice si troverà a prendere in considerazione.

14. Cfr. «Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica», approvata a Istanbul l'11 maggio 2011 e resa esecutiva in Italia con legge n. 77 del 2013. L'art. 1, comma 21 della legge n. 134/2021 prevede infatti che l'estensione delle ipotesi di non punibilità per particolare tenuità del fatto non si estenda ai reati tutelati dalla Convenzione di Istanbul. Quest'ultima prescrive infatti agli Stati aderenti di perseguire e *punire* i reati ad essa riconducibili, e tale dovere statutale è alla base della clausola di esclusione (art. 5, § 2 della Convenzione); il che, ragionevolmente, porta a limitare la portata applicativa dell'art. 131-bis cp, in ossequio al dovere di rispettare gli obblighi internazionali. Da notare che la Convenzione identifica il novero dei reati ad essa riconducibili utilizzando una duplice tecnica normativa: da un lato, declina un catalogo di reati ad essa esplicitamente riconducibili (artt. 32 ss.); dall'altro, con una norma definitoria di portata generale, riconduce al proprio perimetro ogni possibile fattispecie che sia riconducibile a una delle situazioni considerate dall'art. 3 della Convenzione. Anche in questo caso, occorrerà vedere come verrà recepita la delega. Qui basti dire che il criterio di delega imporrà – al legislatore delegato prima, ma, verosimilmente, al giudice penale, poi – una particolare considerazione della posizione della vittima, delle relazioni tra vittima e autore di reato e dei motivi a delinquere che hanno animato l'imputato; motivi a delinquere che risultano ampiamente valorizzati dall'art. 3 della Convenzione di Istanbul: «Articolo 3 – Definizioni. Ai fini della presente Convenzione: (a) con l'espressione "violenza nei confronti delle donne" si intende designare una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata; (b) l'espressione "violenza domestica" designa tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima; (c) con il termine "genere" ci si riferisce a ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini; (d) l'espressione "violenza contro le donne basata sul genere" designa qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato; (e) per "vittima" si intende qualsiasi persona fisica che subisce gli atti o i comportamenti di cui ai precedenti commi (a) e (b); (f) con il termine "donne" sono da intendersi anche le ragazze di meno di 18 anni».

il carattere ingiustificato della mancata comparizione della persona offesa; tale accertamento non è certo teso a scongiurare il rischio che vengano dichiarati estinti reati per cui la mancata comparizione del querelante è legata a situazioni di manifesto disinteresse della persona offesa per l'esito di un procedimento per reato perseguibile a querela di parte (situazione purtroppo ricorrente); la doverosa attenzione del giudice alle ragioni della mancata comparizione sarà, piuttosto, necessaria nei casi in cui emergano elementi suggestivi del fatto che la mancata comparizione del querelante possa essere legata a gravi intimidazioni che la persona offesa potrebbe aver subito ad opera dell'autore di reato (situazione che - come insegna l'esperienza - non è mai possibile escludere con riguardo a determinate tipologie di reato).

5. Il giudice, prima del dibattimento

Il dibattimento è una risorsa scarsa. La scarsità di filtri collocati a monte della fase dibattimentale – talora giustificata con la necessità di prestare ossequio al dettato dell'art. 112 Cost., talaltra legata a pigre prassi giurisprudenziali – ha determinato effetti paradossali: una invasione delle aule dibattimentali; un allungamento dei tempi processuali; una scarsa adesione ai riti alternativi; un tasso allarmante di assoluzioni all'esito dei giudizi dibattimentali: allarmante, ovviamente, non per l'esito assolutorio verificatosi nei processi, ma per il fatto che un tasso elevato di assoluzioni – quando si scosta da livelli fisiologici, difficilmente determinabili – segnala una disfunzione, legata a un esercizio dell'azione penale che riesce a essere poco selettivo; con buona pace dell'ossequio che si intende prestare al principio di obbligatorietà dell'azione penale e con buona pace dell'idea che – per l'imputato innocente – lo stesso processo è una pena “in sé”¹⁵.

Per rispondere al fallimento del sistema dei filtri di accesso al giudizio dibattimentale (e, segnatamente, al fallimento dell'udienza preliminare) – che è un oggettivo problema del processo penale accusatorio di matrice italiana –, il legislatore delegante, ricalcando alcuni suggerimenti proposti dalla “Commissione Lattanzi”, immagina di agire su più fronti.

Da un lato, si immagina di rafforzare il vaglio che deve essere operato dal gup, modificando la regola di giudizio da utilizzare in udienza preliminare. Il legislatore delegante prevede sia introdotta una re-

gola di giudizio in base alla quale il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere «quando gli elementi acquisiti non consentono una *ragionevole previsione di condanna*» (art. 1, comma 9, lett. *m*, l. n. 134/2021). Con il che il legislatore delegante preconizza l'abbandono del criterio oggi dettato dall'art. 425, comma 3, cpp, per cui il gup pronuncia sentenza di non luogo a procedere «anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio». Il mutamento della regola di giudizio, evidentemente, intende restringere il numero di casi che giungeranno all'esame del giudice dibattimentale. Il tema sarà oggetto di qualche ulteriore riflessione in conclusione di questo lavoro.

Dall'altro lato, si immagina di rinunciare alla celebrazione dell'udienza preliminare, estendendo il catalogo di reati per cui il pubblico ministero può disporre la citazione diretta a giudizio dell'imputato (per i reati «puniti con la pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni, anche se congiunta alla pena della multa, che non presentino rilevanti difficoltà di accertamento»; art. 1, comma 9, lett. *l*, l. n. 134/2021).

Ma, anche nei casi in cui si prevede di poter rinunciare all'intervento del gup, il legislatore delegante ha ritenuto indispensabile conservare un controllo selettivo dei flussi di processi, necessario a impedire che la rinuncia al filtro dell'udienza preliminare finisca con lo spostare il problema solo a valle, scaricandolo sul giudice del dibattimento; sicché – all'ampliamento del catalogo di reati per cui è possibile procedere a citazione diretta a giudizio ad opera del pm – si accompagna la previsione di introdurre (in sede pre-dibattimentale) un'udienza in camera di consiglio, che nelle aspettative dovrebbe avere la funzione di effettuare un forte filtro, capace di selezionare l'accesso dei processi alle aule dibattimentali.

In quell'udienza filtro, il giudice dovrà: (i) vigilare sulla corretta formulazione delle imputazioni, dichiarando – nel caso il pm non provveda alle modifiche necessarie – la nullità dell'imputazione con restituzione degli atti al pm (art. 1, comma 12, lett. *b* e *c*, l. n. 134/2021); (ii) emettere sentenze di non luogo a procedere allorché gli elementi acquisiti «non consentono una ragionevole previsione di condanna» (art. 1, comma 12, lett. *d*, l. n. 134/2021), non essendo escluso che all'interno di tale prognosi rientrino anche le valutazioni sulla particolare tenuità del fatto, il cui ambito applicativo verrà significativamente ampliato, con

15. Si potrebbe giungere – con un paradosso un po' estremo – a dire che qualsiasi sentenza di assoluzione è un errore giudiziario: errore (del giudice) quando si assolve un colpevole; errore (di chi non ha “filtrato”, si chiami pm o gup) quando si è mandato a giudizio un innocente. Ma, evidentemente, si tratta di un paradosso...

estensione della portata di tale causa di non punibilità ai reati punibili con la pena detentiva non superiore – nel minimo – a due anni di reclusione (*cf.* art. 1, comma 21, lett. *a*, l. n. 134/2021, ove si limita l'estensione della portata applicativa della causa di non punibilità ai reati non rientranti nel perimetro di reati considerati dalla Convenzione di Istanbul)¹⁶; (iii) deliberare sulle richieste di definizione del processo con riti alternativi (art. 1, comma 12, lett. *e*, l. n. 134/2021), ivi compresa – evidentemente – la possibilità di disporre la sospensione del processo con messa alla prova (che – giova evidenziare per inciso – dovrebbe trovare un più esteso ambito di applicazione alla luce del criterio di delega dettato dall'art. 1, comma 22, l. n. 134/2021)¹⁷; (iv) verificare se – prima del giudizio – non sia maturata qualche causa di estinzione del reato, eventualmente legata a condotte riparatorie (e, al riguardo, si segnala il maggior rilievo che potrebbe assumere la disciplina dell'art. 162-*ter* cp, in conseguenza dell'estensione del catalogo dei reati contro il patrimonio e contro la persona che il legislatore delegato è chiamato a declinare, in adempimento del criterio di delega contenuto nell'art. 1, comma 15, l. n. 134/2021).

Si tratta, almeno in astratto, di una griglia selettiva molto rilevante, chiaramente indicativa della volontà del legislatore di impegnare la risorsa del dibattimento in un numero di casi decisamente inferiore a quello che si registra oggi.

Ne è riprova il fatto che nella legge delega si prefigura altresì l'introduzione di meccanismi tesi a incentivare significativamente l'adesione ai riti alternativi: prevedendo che – nel decreto penale di condanna – il tasso di sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria¹⁸ sia di maggior favore (art. 1, comma 17, lett. *l*, l. n. 134/2021), così da disincentivare le opposizioni a decreto penale di condanna; rafforzando il carattere premiale del patteggiamento (art. 1, comma 10, lett. *a* e comma 17, lett. *i*, l. n. 134/2021); prevedendo alcune significative novità in materia di giudizio abbreviato.

Le previsioni in tema di giudizio abbreviato meritano qualche ulteriore riflessione.

Da un lato, si prevede che – in caso di mancata impugnazione della sentenza di condanna emessa all'esito del giudizio abbreviato – la pena inflitta sia ulteriormente ridotta di un sesto (art. 1, comma 10, lett. *b*, n. 2, l. n. 134/2021); si tratta di un evidente incentivo per l'accesso al rito abbreviato (e di un altrettanto evidente incentivo a non proporre impugnazioni puramente dilatorie).

Dall'altro lato, va considerata la previsione dell'art. 1, comma 10, lett. *b*, n. 1, l. n. 134/2021: con tale criterio di delega si ipotizza che le condizioni di ammissibilità del giudizio abbreviato condizionato ad acquisizioni probatorie debbano essere meno stringenti: fermo il requisito della *necessità* dell'integrazione probatoria, l'ulteriore criterio di valutazione per la decisione sul giudizio abbreviato condizionato non sarà più rappresentato dalla compatibilità «con le finalità di economia processuale proprie del procedimento»; per valutare l'ammissibilità del giudizio abbreviato condizionato, il giudice dovrà invece chiedersi «se il procedimento speciale produce un'economia processuale in rapporto ai tempi di svolgimento del giudizio dibattimentale». È di tutta evidenza che un simile intervento normativo amplia significativamente il perimetro di casi in cui potrà essere ammessa una richiesta di giudizio abbreviato condizionato; tanto più nei casi in cui – come nel procedimento a citazione diretta – tale valutazione sarà richiesta a un giudice del settore dibattimentale¹⁹; ciò che potrebbe addirittura condurre tale rito speciale a rappresentare la scelta processuale maggiormente coltivata dagli imputati²⁰, che avrebbero maggiore interesse a coltivare la – e maggiore facilità di accesso alla – *cd. «alternativa inquisitoria»*²¹.

Nel caso in cui nessuna di queste possibili definizioni alternative abbia arrestato l'incedere del procedimento (nessun vizio nell'accusa; nessuna richiesta di definizione con riti alternativi; sussistenza di una

16. *Cfr.* Convenzione di Istanbul (vds. nota 14).

17. Con una complicazione (che impegnerà prima il legislatore delegato e, poi, anche i giudici chiamati a deliberare richieste di MAP: i reati per cui si estende la possibile applicazione della MAP dovranno essere reati «che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori da parte dell'autore, compatibili con l'istituto». Si tratterà, dunque, da parte dei giudici e da parte dell'UEPE, di elaborare percorsi di MAP coerenti con una simile indicazione normativa.

18. Anche se occorrerà verificare se il sopravvenire della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 53 l. n. 689/1981 modificherà il quadro – *cf.* Corte cost., n. 28/2022.

19. Commentando l'analogo – seppur non identico – meccanismo immaginato dalla Commissione Lattanzi, è stato osservato come «l'accesso premiale al rito abbreviato condizionato si prospetta come una opportunità da valutare con attenzione anche perché non può escludersi, per intuibili ragioni, una certa disponibilità del giudice del dibattimento a concederlo» – G. Spangher, *Il rito abbreviato condizionato ovvero l'ultima chiamata*, in *Giustizia insieme*, 8 luglio 2021, [Il rito abbreviato condizionato ovvero l'ultima chiamata - Giustizia Insieme](#).

20. Anche G. Spangher, *op. ult. cit.*, ritiene che vari elementi possano «far assurgere a rito privilegiato» il giudizio abbreviato condizionato ad acquisizioni probatorie.

21. Per tale efficace terminologia, vds. A. Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, Giuffrè, Milano, 2007 (10^a ed.).

ragionevole prognosi di condanna), il giudice di questa nuova udienza pre-dibattimentale dovrà fissare la data per la celebrazione del dibattimento. La legge delega chiarisce che il dibattimento dovrà essere celebrato, però, da un giudice diverso da quello dell'udienza filtro (art. 1, comma 12, lett. *a* ed *e*, l. n. 134/2021).

Il reticolo di incompatibilità tra giudice dell'udienza pre-dibattimentale e giudice dell'istruzione dibattimentale che determinerà il recepimento della delega farà sorgere – soprattutto nei tribunali di piccole dimensioni – serie criticità sotto il profilo organizzativo. Esse sono state efficacemente e crudamente messe in luce in altro contributo pubblicato in questo fascicolo²² e dovranno essere tenute in serissima considerazione dal legislatore delegato (prima), da chi ha la responsabilità di disegnare le piante organiche (poi) e da chi – dovendo distribuire le risorse all'interno dei tribunali – ha la responsabilità di dirigere gli uffici giudiziari (sempre).

Ma – al netto di tali criticità (evidenti e difficilmente fronteggiabili) – resta un dato: con l'avvento della riforma, si immagina di dare una risposta al problema dell'inflazione dei giudizi dibattimentali e di assicurare un più accorto impiego di una risorsa che risulta tremendamente preziosa, quanto scarsa: il tempo da impegnare nella celebrazione del dibattimento penale.

6. Il giudice e il dibattimento

Superate le forche caudine dell'udienza preliminare (o dell'udienza filtro in camera di consiglio), può finalmente avere inizio l'avventura dibattimentale.

Gli interventi che il legislatore delegante immagina di introdurre relativamente alla fase dibattimentale sono relativamente pochi. Essi non incidono sulle strutture portanti del giudizio dibattimentale e si limitano a pochi ritocchi, apparentemente di dettaglio.

Una prima previsione intende formalizzare sul piano normativo una prassi che – laddove i carichi di lavoro e i ruoli di udienza lo rendono possibile – è già

positivamente sperimentata: esaurita la fase introduttiva del dibattimento, il giudice dovrà provvedere alla predisposizione di un calendario di udienze per l'istruzione dibattimentale, laddove il processo non possa essere definito in una sola seduta. Il positivo impatto di una simile previsione (salutabile con favore) sull'efficienza processuale è però condizionato da alcuni fattori difficilmente governabili dal magistrato (si allude ai succitati carichi di lavoro).

Una seconda modifica dell'attuale impianto del giudizio dibattimentale prevede che, nella fase relativa alle decisioni sulle prove, «le parti illustrino le rispettive richieste di prova nei limiti strettamente necessari alla verifica dell'ammissibilità delle prove ai sensi dell'articolo 190 del codice di procedura penale» (art. 1, comma 11, lett. *b*, l. n. 134/2021). Si tratta di un criterio di delega di cui è possibile dare una lettura per certi versi ancipite: da un lato, con l'enfasi posta sulla necessità che le richieste di prova siano oggetto di “illustrazione”, il legislatore delegante sembra voler offrire al giudice la possibilità di effettuare un vaglio maggiormente penetrante sull'ammissione delle prove, rinunciando a un'idea di verginità che era stata, viceversa, coltivata dalla cd. “legge Carotti” con la soppressione dell'esposizione introduttiva, originariamente codificata dall'art. 493 cpp; dall'altro lato, però, il criterio di delega pone enfasi sul fatto che l'illustrazione delle parti deve limitarsi a quanto attenga all'ammissibilità della prova e «nei limiti strettamente necessari» a tale valutazione²³. L'impatto di tale criterio di delega sulla possibilità – per il giudice – di acquisire un più consapevole “governo” dell'istruzione dibattimentale (e sulla possibilità di “gestire” in modo più efficiente il processo) dipenderà, dunque, dal *come* verrà attuato il criterio di delega in parola.

Una terza previsione lambisce il tema della prova scientifica. L'art. 1, comma 11, lett. *c*, l. n. 134/2021 declina un criterio di delega per cui si dovrà prevedere che il giudice – prima di procedere all'esame incrociato di consulenti tecnici e/o periti – abbia la possibilità di esaminare gli elaborati scritti predisposti dagli ausiliari del giudice o delle parti²⁴. Secondo taluni si tratta di una novità criticabile, che rischia

22. Cfr. R. Ianniello, *Osservazioni critiche in merito alla udienza filtro per i procedimenti a citazione diretta*, già anticipato su *Questione giustizia online* il 21 gennaio 2022, [Osservazioni critiche in merito alla udienza filtro per i procedimenti a citazione diretta \(questionegiustizia.it\)](https://www.questionegiustizia.it).

23. Nella relazione introduttiva all'emendamento governativo formulato sul ddl Bonafede, al riguardo si richiama un passaggio della relazione illustrativa predisposta dalla Commissione Lattanzi: «la previsione di un momento dialettico che accompagni le richieste di prova delle parti, lungi dal voler riesumare istituti già abbandonati per loro evidenti difetti, si propone come strumento di aiuto al giudice nello svolgimento del complesso onere di applicazione dell'art. 190 c.p.p.: seppur rivolta all'esclusione delle sole prove che siano manifestamente superflue o irrilevanti, la regola dell'art. 190 c.p.p. è applicata da un giudice che ha limitatissima conoscenza del fascicolo, il quale può trarre significativo vantaggio da una illustrazione mirata ad opera della parte che richiede la prova».

24. Art. 1, comma 11, lett. *c*, l. n. 134/2021: «prevedere, ai fini dell'esame del consulente o del perito, il deposito delle consulenze tecniche e della perizia entro un termine congruo precedente l'udienza fissata per l'esame del consulente o del perito, ferma restando la disciplina delle letture e dell'indicazione degli atti utilizzabili ai fini della decisione».

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*)²⁵. Vi sono, però, forti ragioni di segno contrario che portano a guardare con favore a tale previsione. In primo luogo, una simile previsione 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 ingenua 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.

Una terza previsione - che può avere un qualche impatto sulla fisionomia del giudizio dibattimentale - è legata al possibile recepimento del criterio di delega dettato dall’art. 1, comma 8, con cui si immagina la possibilità che - in alcuni casi e con il consenso delle parti - la partecipazione all’udienza possa avvenire a distanza. Il criterio di delega non offre ulteriori indicazioni che, pure, sarebbero preziose: se, cioè, si intenda alludere alla partecipazione a distanza delle sole parti; ovvero se il recepimento della delega possa spingersi perfino a ipotizzare l’assunzione “a distanza” di prove testimoniali; e, ancora, se - oltre al necessario consenso delle parti - residuino

spazi d’intervento da parte del giudice (che potrebbe, nonostante un ipotetico consenso delle parti, ritenere funzionale alle esigenze del giudizio la celebrazione in presenza dell’atto). Molto, dunque, dipenderà da *come* verrà recepita la delega. Qui è sufficiente dire che il riferimento alla necessità di consenso delle parti sdrammatizza molte delle grida di allarme sollevate - soprattutto in ambienti dell’avvocatura - contro il processo a distanza (che può semplicemente rappresentare un elemento di semplificazione di alcuni momenti processuali; a patto che al sistema giudiziario siano forniti adeguati strumenti tecnologici per supportare tale novità e, soprattutto, a patto che ciò avvenga in casi davvero limitati, posto che il processo a distanza non può rappresentare la normalità)²⁶.

Il legislatore delegante dedica poi attenzione a un tema che - con il recepimento della delega - avrà un sicuro impatto pratico sul sistema giudiziario, e sulla fase dibattimentale in particolare. Si allude alla disciplina dettata per i casi di «mutamento del giudice o di uno o più componenti del collegio».

Sono noti gli assetti raggiunti sul punto - nel sistema oggi vigente - dalla giurisprudenza di legittimità a seguito della cd. “sentenza *Bajrami*”²⁷. In questo assetto giurisprudenziale s’innesta la legge delega (art. 1, comma 11, lett. d, l. n. 134/2021), in parte recependo e in parte superando gli equilibri individuati dalla giurisprudenza di legittimità. In linea con la giurisprudenza sopra evocata, si prevede che la riassunzione della prova dichiarativa debba avvenire su richiesta di parte. Tuttavia, il legislatore delegante sembra delineare un diverso assetto dei poteri del (“nuovo”) giudice sulla valutazione dell’ammissibilità di tale richiesta di prova: tale valutazione - in assenza di indicazioni di segno diverso nella legge delega - sembrerebbe dover essere operata alla stregua degli ordinari criteri di ammissione delle prove; il che sembra allargare - rispetto agli approdi giurisprudenziali raggiunti nella sentenza *Bajrami* - il perimetro del diritto delle parti

25. Si è concentrata sul secondo aspetto S. Quattrococo, nel corso dell’audizione del 5 novembre 2020 davanti alla Commissione giustizia della Camera dei deputati in relazione all’analoga 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 - Quattrococo ha evidenziato il rischio di trasformare le perizie e la consulenza tecnica in una prova scritta.

26. 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, [Lontano dagli occhi, lontano dal cuore? Il remoto e la giustizia \(questionegiustizia.it\)](#), 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».

27. Sez. unite, 30 maggio 2019, n. 41736 (dep. 10 ottobre 2019), Rv. 276754.

a ottenere la riassunzione della prova²⁸; la portata di tale intervento è però limitata nei casi in cui la prova dichiarativa di cui si chiede la riassunzione sia stata precedentemente assunta – nel contraddittorio con le stesse parti – e documentata con videoregistrazione; in questo caso, il diritto alla riassunzione della prova è più limitato, potendo il giudice ammettere la reiterazione dell’atto istruttorio «solo quando lo ritenga necessario sulla base di *specifiche esigenze*» (che, evidentemente, sarà onere della parte allegare)²⁹.

Nulla viene detto nella legge delega sulla utilizzabilità degli atti dichiarativi assunti davanti al giudice diversamente composto. Ciò sembrerebbe consentire – salve diverse previsioni da parte del legislatore delegato – di ritenere confermato il principio di diritto affermato in giurisprudenza a ordinamento oggi vigente, per cui tali atti possano e debbano essere utilizzati³⁰. D’altra parte, si tratta di atti non affetti da vizi di nullità; sicché la loro espunzione dal compendio probatorio – ove il legislatore delegante volesse disporre una simile causa di inutilizzabilità – rischierebbe di risolversi in un eccesso di delega. E che il legislatore delegante non abbia inteso introdurre alcuna inutilizzabilità in ordine alle prove precedentemente assunte è conclusione che risulta avvalorata da due dati: in primo luogo, il silenzio del legislatore delegante (in un sistema in cui, salve le prove “incostituzionali”, l’inutilizzabilità attiene alle sole prove acquisite «in

violazione dei divieti *stabiliti* dalla legge» – art. 191, comma 1, cpp); in secondo luogo, il fatto che il legislatore delegante faccia riferimento alla mera «*riassunzione*» e non alla «*rinnovazione*» dell’atto di assunzione della prova dichiarativa (posto che solo la «*rinnovazione*» evoca la categoria della rinnovazione degli atti affetti da patologie, considerata dall’art. 185, comma 2, cpp).

Prima di concludere questa rapida ricognizione sulle *trasformazioni* che la riforma imprimerà al lavoro del giudice di cognizione, è però ineludibile confrontarsi con una domanda: 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»³¹, 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

28. Infatti, secondo sez. unite, *sent. ult. cit.*, Rv. 276754 - 02, «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 cod. proc. pen. anche *con riguardo alla non manifesta superfluità della rinnovazione stessa*». Si allude – nel testo – a un allargamento del perimetro del diritto alla rinnovazione perché, stando al criterio di delega, non sussisterebbe un dovere delle parti di indicare *specificamente* le ragioni della richiesta di rinnovazione; né sussisterebbe – per il giudice – il potere di ammettere *solo* le prove che risultino *non manifestamente superflue*.

29. Le scelte operate dal legislatore delegante trovano – nella relazione illustrativa del maxi-emendamento proposto dal Governo – la seguente spiegazione (che ricalca la relazione illustrativa della Commissione Lattanzi): «Di particolare rilevanza la previsione legata al non infrequente problema della modifica della composizione del giudice o del collegio, che, alla stregua della nullità prevista nell’art. 525 comma 2 c.p.p., imporrebbe la necessaria rinnovazione delle prove già assunte. È ben noto, tuttavia, come la recente giurisprudenza costituzionale e di legittimità abbia inciso, restrittivamente, su tale garanzia di immediatezza. La Commissione ha ribadito unanimemente la necessità che si agisca su tali, frequenti, situazioni – determinate spesso (seppur non esclusivamente) dal trasferimento dei magistrati interno all’ufficio o da un ufficio all’altro – attraverso regole ordinamentali che riducano gli effetti più evidenti e prevedibili di un trasferimento di ufficio: per la verità, sono già previsti spazi organizzativi – tanto da norme primarie che secondarie – per ridurre le disfunzioni collegate al mutamento del giudice; se utilizzati in modo rigoroso ridurrebbero la rilevanza del problema. Sul piano processuale, una plausibile soluzione è quella di sfruttare la previsione della necessaria videoregistrazione dell’assunzione di prove dichiarative (v. art. 2-*quater*). Come già altrove ribadito, tale modalità di verbalizzazione consentirà al nuovo giudice o componente del collegio, di apprezzare, ben oltre il limite intrinseco del verbale tradizionale, le dichiarazioni già assunte in precedenza. Fermo il diritto delle parti di chiedere la rinnovazione della prova orale ad ogni mutamento di composizione del giudice, la situazione oggi affermatasi, a seguito del consolidato indirizzo dettato dalle SU nel caso *Bajrami*, sarebbe significativamente migliorata dalla possibilità, per il giudice, di visionare la videoregistrazione e di disporre successivamente la rinnovazione della prova solo se sussistono specifici motivi».

30. «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» – sez. unite, 30 maggio 2019, n. 41736 (dep. 10 ottobre 2019), Rv. 276754 - 03.

31. Così, F. Caprioli, nel corso 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».

dall'art. 27 Cost.³². 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»³³.

Si tratta, evidentemente, di osservazioni estremamente acute e da prendere in seria considerazione. Tuttavia, ogni analisi e valutazione della novella che 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 discussione³⁴. 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

32. 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 \(camera.it\)](#)).

33. Così F. Caprioli, nel corso del 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.

34. 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, [Con viva e vibrante soddisfazione \(questionegiustizia.it\)](#).

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 esso 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 prospettiva accusatoria sino alla soglia del dubbio ragionevole.

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. Sarà allora (e inevitabilmente) l'esperienza giudiziaria – la viva prassi giurisprudenziale – a dare corpo e interpretazione alla mutata regola di giudizio³⁵; di cui – qui ed ora – è però importante cogliere il segno e la direzione.

35. 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» – F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2006 (8^a ed.), p. 1001.

Osservazioni critiche in merito alla udienza filtro per i procedimenti a citazione diretta

di Rosanna Ianniello

Le previsioni della legge delega relative alla fase dibattimentale – rito monocratico – rischiano di introdurre nel sistema processuale problematiche organizzative di estremo rilievo, tali da porre in discussione la coerenza delle stesse con il complessivo obiettivo perseguito dalla riforma. Non solo problemi organizzativi: la riforma richiederà al giudice dell'udienza filtro un mutamento di prospettiva, imponendogli di formulare prognosi di incerta affidabilità.

1. La 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*» prevede, all'art. 1, comma 12, lett. a, il nuovo istituto della “udienza filtro”, destinata al vaglio dei procedimenti per i quali si procede con citazione diretta a giudizio.

Si tratta, come è noto, dei procedimenti relativi ai reati indicati dall'art. 550 cpp, che da un lato esplicitamente elenca alcune tipologie di reato e, dall'altro, ne individua altri con riferimento alla misura della pena edittale prevista (contravvenzioni ovvero delitti puniti con la pena della reclusione non superiore nel massimo a quattro anni o con la multa, sola o congiunta alla predetta pena detentiva): ma si intende riformare la norma, ampliando la gamma dei reati a citazione diretta per includervi quelli puniti con pena edittale massima di anni sei di reclusione.

2. Nell'udienza filtro il giudice del dibattimento dovrà, innanzi tutto, verificare la precisa descrizione del fatto-reato e la sua qualificazione giuridica anche con riferimento alle circostanze aggravanti e, se il pm sollecitato in udienza non provvede alle opportune precisazioni, potrà emettere sentenza – inappellabile – con la quale dichiara la nullità degli atti, disponendone la restituzione al pm.

Superato tale primo ostacolo, il giudice – ove non vi sia definizione con rito alternativo – dovrà

valutare, nel contesto dell'udienza camerale appositamente fissata, se il processo debba proseguire per il necessario approfondimento dibattimentale o debba invece concludersi con sentenza di non luogo a procedere, difettando una ragionevole previsione di condanna.

3. La scelta del legislatore di istituire l'udienza filtro per i reati a citazione diretta origina dalla constatazione di un imponente numero di assoluzioni (circa il 60%) nella fase dibattimentale, con inutile ingolfamento del primo grado di giudizio, con effetti pregiudizievoli sui costi e sulla durata dei processi e, soprattutto, sulla posizione dell'imputato il quale, in tali casi, patisce la “pena” del processo salvo poi vedersi assolto dalle accuse che gli sono state mosse.

Tuttavia – pur tenendo conto delle esigenze appena indicate, che hanno il loro valore e la loro rilevanza – non sono poche le criticità che si profilano con l'adozione del nuovo sistema.

4. È noto (a chi frequenta le aule di giustizia) che il numero dei procedimenti a citazione diretta è elevatissimo e dunque sarà necessario tenere un elevatissimo numero di udienze filtro.

Il giudice dell'udienza filtro dovrà essere ovviamente diverso da quello che, in seguito – in posizione di terzietà –, potrebbe essere chiamato a celebrare il dibattimento, con ricadute organizzative di notevole impatto.

Negli uffici di grandi dimensioni – ove il numero dei giudici è sicuramente adeguato a garantire sia la celebrazione delle udienze filtro sia di quelle dibattimentali – l'imponenza numerica dei processi a citazione diretta richiederà la tenuta di migliaia di udienze in più rispetto a quelle attuali.

Occorrerà dunque riorganizzare complessivamente il sistema delle udienze, stabilendo le modalità con le quali i giudici si alterneranno per tenere le udienze filtro e quelle dibattimentali: ciò, tra l'altro determinerà – stante il carico attuale delle udienze per ciascun giudice (tre o quattro per settimana, negli uffici di grandi dimensioni) – la soppressione di udienze destinate al dibattimento per consentire la celebrazione di quelle camerale.

Negli uffici di medie e piccole dimensioni, la criticità organizzativa riguarderà non tanto l'imponenza dei numeri quanto il pericolo di assenza di un numero di giudici sufficiente a fronteggiare le nuove esigenze.

Qualche esempio concreto: presso il Tribunale di Terni – dove svolgo la mia attività –, al dibattimento penale sono assegnati solo quattro giudici.

Con numeri così esigui non sarà facile assicurare la celebrazione dell'udienza filtro e la successiva fase dibattimentale innanzi al giudice terzo: basterà a mettere in crisi il sistema qualche assenza per maternità, qualche congedo per malattia, qualche collocamento fuori ruolo al Ministero della giustizia o qualche applicazione extradistrettuale: eventi che, nel quadriennio di mia permanenza presso l'ufficio indicato, si sono tutti puntualmente già verificati, determinando improvvisi vuoti di organico con le conseguenti criticità organizzative.

E occorre poi ricordare che il pm può impugnare la sentenza di non luogo a procedere emessa in esito all'udienza filtro e che, ove l'impugnazione venga accolta, sarà necessario tenere una ulteriore udienza filtro, naturalmente innanzi a giudice diverso da quello che si è già pronunciato e diverso da quello destinato al dibattimento.

Celebrare un'udienza vuol dire, poi, non solo impiego di giudici ma anche di cancellieri: figure professionali (entrambe) per le quali si registrano ormai da decenni gravi e irrisolte carenze, ragione principale della crisi della giustizia e della durata eccessiva dei processi.

A ciò si aggiunga la sconcertante situazione dell'edilizia giudiziaria che – a tacer d'altro – non assicura la disponibilità di aule in numero sufficiente per le nuove esigenze e neppure di spazi sufficienti per inserire adeguatamente gli addetti all'ufficio per il processo (per i quali, non a caso, il Ministero prevede un'ampia flessibilità oraria).

5. La regola e la pratica della specializzazione – elemento caratterizzante di una moderna organiz-

zazione della giurisdizione («*specializzazione quale strumento per garantire professionalità maggiormente qualificate e rendere più efficace e celere la risposta giurisdizionale*» - vds., da ultimo, la circolare sulla formazione delle tabelle degli uffici giudicanti per il triennio 2020-2022) – rischia di essere parimenti messa in crisi dal nuovo istituto.

Presso il Tribunale di Terni, pur con l'esigua presenza numerica di giudici addetti al dibattimento penale, sono state istituite anche per il monocratico le aree di specializzazione (quattro aree, una per ciascun giudice togato, più un'area, nella materia delle contravvenzioni, riservata ai giudici onorari) e ogni giudice – togato od onorario – tratta i processi rientranti nell'area assegnatagli.

Con quale criterio organizzativo dovranno essere scelti i giudici cui assegnare, di volta in volta, le udienze filtro?

Se dette udienze dovranno essere affidate a giudice di area diversa, riservando la trattazione dibattimentale al giudice specializzato, la valutazione della ragionevole previsione di condanna sarà riservata a un giudice meno esperto, che solitamente non tratta quel tipo di reati.

Nel caso contrario, affidando l'udienza filtro al giudice dell'area di specializzazione – forse più adeguato a valutare la consistenza accusatoria –, il successivo processo si svolgerà innanzi a giudice che non tratta la materia specifica.

6. Sul piano culturale, poi, investire il giudice del dibattimento di una valutazione preventiva della consistenza degli elementi accusatori potrebbe indurre preoccupanti mutamenti di prospettiva.

Vi è il rischio di una distorsione nell'atteggiamento culturale del giudice chiamato a celebrare l'udienza filtro: sapendo di dover operare per deflazionare il defatigante dibattimento di primo grado, potrebbe divenire più sensibile a emettere sentenze di non luogo a procedere, dando ingresso – nella formazione del suo giudizio – a esigenze che non attengono alla stretta valutazione dei fatti.

Vi è, altresì, il rischio di una distorsione nell'atteggiamento culturale del giudice terzo chiamato a giudicare nella successiva fase dibattimentale, dopo che un altro giudice del dibattimento ha già valutato la consistenza dell'accusa; ed è prevedibile che tale rischio desterà allarme nei difensori, i quali potenzieranno la loro attività difensiva rendendola più complessa e determinando – sia pure per fondate preoccupazioni – un ulteriore appesantimento del già gravoso dibattimento di primo grado.

7. Le udienze filtro sono definite “camerali” – perché si svolgono in camera di consiglio –, ma la

definizione non basta a renderle semplici o poco preoccupanti.

Valutare la sussistenza di una ragionevole previsione di condanna implica l'esame di un materiale accusatorio che non è ancora divenuto prova, dal momento che questa si forma in dibattimento e nel contraddittorio tra le parti.

Ora, a parte i casi in cui gli elementi accusatori risultino di particolare fragilità – che però determinano, solitamente, la richiesta di archiviazione da parte del pm –, la maggior parte delle pronunce assolutorie trae origine dalla valutazione che il giudice compie solo all'esito del dibattimento, disponendo delle prove legittimamente formate e acquisite.

Anticipare il giudizio in termini di prevedibilità – e cioè verificare se gli elementi accusatori in possesso dell'accusa potranno trasformarsi in solide prove – costituisce una previsione particolarmente difficile e non priva di azzardo.

I testimoni indicati dal pm, che magari nel corso delle indagini preliminari sono stati sentiti come persone informate sui fatti e hanno reso versioni attendibili, reggeranno alla verifica dibattimentale o la loro versione crollerà sotto i colpi di un controesame difensivo ben condotto o nel confronto con la opposta versione dei testi che la difesa proporrà in dibattimento?

La prevedibile irreperibilità di alcuni testimoni è stata correttamente valutata dal pm e ha determinato l'audizione in incidente probatorio oppure, sopraggiungendo nel corso del dibattimento, potrà al massimo determinare l'acquisizione delle dichiarazioni *ex art. 512-bis c.p.p.*, con il limite però della valutazione solo in presenza di «*altri elementi di prova*» non necessariamente presenti?

Gli accertamenti di ordine tecnico (confluiti, ad esempio, in una consulenza tecnica disposta dal pm), saranno contrastati da accertamenti di segno opposto proposti dalla difesa o dall'esito di una perizia disposta dal giudice?

Quelli appena indicati costituiscono soltanto alcuni degli esempi che si possono trarre dall'espe-

rienza del processo e che rendono fortemente problematica la valutazione assegnata al giudice dell'udienza filtro il quale, distaccandosi dalla sua matrice culturale di “esperto della prova”, dovrà divenire esperto nella valutazione della previsione della prova a carico e, dunque, una sorta di moderno aruspice che dall'esame di una materia vile (gli elementi proposti dall'accusa, non ancora assurti a dignità di prova) dovrà ricavare presagi su quanto in seguito dovrebbe avvenire (la ragionevole previsione di condanna).

8. Verrebbe da dire “...molto rumore per nulla...” o quasi nulla.

Quanti dibattimenti saranno evitati dall'udienza filtro?

E a quale prezzo, in termini di impiego di risorse umane e di mezzi?

Possibile che le procure della Repubblica, pur gravate da un imponente numero di pendenze, non sappiano valutare la scarsa consistenza degli elementi di accusa in loro possesso?

Possibile che tale valutazione, nei processi filtrati dall'udienza preliminare, risulti deficitaria anche da parte dei gup?

Non sarà invece che è proprio la struttura del processo accusatorio – nel quale il dibattimento è riservato alla formazione della prova e non solo alla sua valutazione – a determinare il problema che la riforma intende risolvere?

Mentre si afferma la necessità di ridurre i tempi di durata dei processi – per ricondurli a livelli europei – e a tal fine si mettono in campo anche le nuove risorse destinate all'ufficio per il processo, si introduce un istituto, quello dell'udienza filtro, che rischia di aggravare ulteriormente il lavoro del giudice di primo grado, cambiando i parametri dell'attività valutativa, appesantendo i ruoli dibattimentali, aumentando il rischio di pronunce in appello di improcedibilità dell'azione penale per il superamento del termine di fase.

“Riforma Cartabia” e processo d’appello

di *Giovanna Ichino*

La fase del giudizio di appello è la fase che, oggi, manifesta la maggiore difficoltà di garantire una risposta giudiziaria tempestiva ed efficace. La riforma tenta di incidere su molti dei problemi che la prassi giudiziaria ha rivelato. Nell’articolo qui pubblicato – oltre a considerare tali novità, ipotizzandosi anche quale potrà essere l’effettivo impatto della novella sull’efficienza dei giudizi di appello – si considerano anche due temi di assoluto rilievo: l’impatto che avrà la disciplina dell’improcedibilità dell’azione penale per superamento dei termini massimi previsti per il giudizio di impugnazione e l’innesco della giustizia riparativa in tale fase di giudizio.

1. Premessa / 2. Le modifiche all’art. 161 cpp e in tema di notificazioni: riflessi sul giudizio di impugnazione / 3. Il processo celebrato in assenza e il regime delle impugnazioni / 4. Le sentenze inappellabili e l’inammissibilità dell’impugnazione / 5. Lo svolgimento del dibattimento di appello / 6. Il termine massimo della durata della fase di appello e la sua proroga / 6.1. Decorrenza del termine / 6.2. Il termine massimo per i processi ordinari e la loro sospensione / 6.3. La proroga del termine / 6.4. Le ulteriori proroghe e i dubbi di costituzionalità / 7. Rapporti tra l’improcedibilità dell’azione penale e l’azione civile esercitata nel processo penale / 8. La giustizia riparativa e le “soft skills” del magistrato

1. Premessa

La legge 27 settembre 2021, n. 134 (cd. “riforma Cartabia”)¹ si propone di raggiungere una serie di obiettivi (primo fra i quali quello di accelerare i tempi

del processo penale e garantire una ragionevole durata dello stesso², oltre che rafforzare la tutela della vittima del reato e rendere più consona ai principi costituzionali l’esecuzione della pena) con l’introduzione di alcune direttrici che passano *trasversalmente* attraverso le

* Il presente contributo è stato pubblicato in anteprima su *Questione giustizia online* il 29 novembre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/riforma-cartabia-e-processo-d-appello).

1. Per un esame e confronto dei diversi articolati, si rinvia alle *Schede di lettura* redatte dai Servizi studi del Senato e della Camera (www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01307197.pdf; <https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/gio122c.Pdf>).

Il disegno di legge AC 2435 è stato presentato dal Governo Conte II alla Camera il 13 marzo 2020, e sul testo la Commissione giustizia ha deliberato di svolgere un’indagine. Con la formazione del Governo Draghi, il Ministro della giustizia Cartabia, nel mese di marzo 2021, ha insediato una Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al ddl AC 2435 (cd. Commissione Lattanzi). Sulla base dei lavori di questa commissione, il 14 luglio 2021 il Governo ha presentato una serie di emendamenti al testo originario. La Commissione giustizia ha concluso l’esame del provvedimento (AC 2435-A) il 30 luglio 2021.

2. Sul contesto nazionale e sovranazionale che ha portato alla maturazione della riforma, vds. A. Spataro, *La riforma del processo penale (legge 27 settembre 2021, n. 134)*, in *Politica del diritto*, n. 4/2021, pp. 639 ss.

varie fasi del procedimento e del processo: il processo penale telematico, la modifica della disciplina in tema di notificazioni e di processo in assenza, l'accesso facilitato ai riti alternativi e al concordato in appello, la maggiore speditezza del dibattimento e la riduzione dei momenti di stasi del processo, l'introduzione di criteri per una disciplina organica di giustizia riparativa, nonché l'introduzione della sanzione di improcedibilità nei giudizi d'impugnazione per superamento dei termini "ragionevoli" di durata massima, tema quest'ultimo oggetto di acceso dibattito a livello politico e sugli organi di stampa, che è stato discusso anche in questa Rivista³.

Da più parti si è evidenziato come gli emendamenti – che si sono via via susseguiti tra il disegno di legge delega del Ministro Bonafede (AC 2435), l'articolato normativo proposto dalla cd. Commissione Lattanzi e il complesso degli emendamenti approvati dal Governo – abbiano molto ridotto la portata innovativa e l'efficacia della riforma⁴, soprattutto con riguardo a una significativa contrazione dei tempi del processo penale, perché «figli di una mediazione quasi impossibile tra forze di maggioranza agli antipodi proprio sulle questioni cruciali che [la riforma] ha affrontato»⁵: basti pensare all'eliminazione di scelte coraggiose quali l'"archiviazione meritata", o un filtro più rigoroso dei processi destinati al dibattimento, o una reale riduzione delle impugnazioni delle parti processuali, cosicché da un lato il raggiungimento della ragionevole durata del processo non viene garantito "attraverso percorsi fisiologici", dall'altro viene «drammatizza[to] ulteriormente il nodo, da sempre aggrovigliato, della prescrizione»⁶.

I temi trattati dalla riforma, dalla procedibilità alla giustizia riparativa, alle notificazioni e al giudizio

in assenza, alle innovazioni telematiche e all'ufficio per il processo, riguardano tutte le fasi del procedimento e del processo, e su *Questione giustizia* vengono approfonditi da altri contributi. Ad essi faccio rinvio, limitandomi a esaminare le ricadute specifiche che tali innovazioni hanno nel processo di appello, fase che costituisce il vero "collo di bottiglia" del processo penale italiano⁷, sia per il grande arretrato accumulato che per i tempi di celebrazione dei processi, superiori ai due anni in ben dieci corti d'appello, sette delle quali definite dalla Ministra «in situazioni critiche»⁸: tema che avrebbe meritato, quindi, una speciale attenzione deflattiva da parte del riformatore.

2. Le modifiche all'art. 161 cpp e in tema di notificazioni: riflessi sul giudizio di impugnazione

L'art. 1, comma 6, reca i principi e i criteri direttivi per la modifica della disciplina delle notificazioni all'imputato, stabilendo che solo la prima notificazione in cui prende conoscenza del procedimento e quelle relative alla citazione a giudizio in tutti i gradi dovranno essere effettuate personalmente, mentre le altre potranno essere effettuate al difensore *di fiducia*, al quale l'imputato avrà l'onere di comunicare i propri recapiti e i propri mutamenti (l'indagato dovrà essere espressamente avvisato del fatto che le successive notificazioni saranno effettuate presso il difensore), mentre avrà l'obbligo, sin dal primo contatto con l'autorità procedente, di indicare anche i recapiti telefonici e telematici di cui ha la disponibilità.

Quando l'imputato non detenuto sia assistito da un difensore *d'ufficio*, e non vi sia l'effettiva certezza

3. Da ultimo, vds. N. Rossi, *Sui tempi dei processi si profila un cattivo compromesso*, nella rubrica *Controvento* di questa *Rivista online*, 19 luglio 2021, www.questionegiustizia.it/articolo/sui-tempi-dei-processi-si-profila-un-cattivo-compromesso; M. Daniel - P. Ferrua - R. Orlando - A. Scalfati - G. Spangher, *Sulla disciplina della improcedibilità. Una posizione critica* (30 agosto 2021), in questa *Rivista online*, 6 settembre 2021, www.questionegiustizia.it/articolo/improcedibilita.

4. La stessa Ministra, nel corso di una tavola rotonda tenutasi a Firenze il 19 luglio 2021 («Ufficio per il processo: come farlo funzionare?»), ha dichiarato che «il testo approvato non coincide con la proposta originaria: e se proprio dobbiamo ricorrere a degli slogan, a quelle frasi fatte che si usano nel linguaggio mediatico, più che una riforma Cartabia è una mediazione Cartabia».

5. Così si è espresso il presidente delle Camere penali G.D. Caiazza nell'articolo pubblicato il 27 settembre 2021 sul *Riformista*, dal titolo: *Approvata la riforma, sapete chi scriverà le norme? I magistrati*.

6. N. Rossi, *Sui tempi*, op. cit.

7. Secondo la *Relazione finale* della Commissione Lattanzi del 24 maggio 2021, «il giudizio di appello si connota per una durata media ben al di sopra delle statistiche europee (secondo l'ultimo Rapporto CEPEJ la durata stimata è pari a 851 giorni, a fronte della media europea di 155 giorni) e per il progressivo accumulo di un arretrato assai preoccupante, pari a 260.946 regiudicande nel 2019. Si tratta di una cifra a sua volta più che doppia rispetto al numero di regiudicande esaurite annualmente dalle corti d'appello, il che fa sì che ci vorrebbero oltre due anni a "sopravvenienze zero" affinché i giudici di seconde cure riuscissero ad azzerare il carico residuo, ossia un tempo paradossalmente superiore a quello stabilito dalla legge Pinto per il grado in esame» (vds. pp. 35-36).

8. Così ha dichiarato la Ministra Cartabia durante il discorso citato, tenuto a Firenze. Nell'articolo di V. Maglione e B.L. Mazzei, *Riforma del processo penale, i tre punti chiave per il giudizio in Corte d'Appello*, apparso su *Il Sole 24 ore* il 28 giugno 2021, viene riportato il volume dei carichi pendenti delle varie corti d'appello a fine 2020: 57.326 fascicoli la Corte di Napoli; 49.115 quella di Roma; 18.127 quella di Bologna; 15.238 la Corte di Catania; 14.838 quella di Torino; 14.796 la Corte di Firenze; 13.596 la Corte di Venezia; 12.464 la Corte di Bari; 9099 la Corte di Milano; 8060 quella di Palermo.

circa la conoscenza del procedimento da parte sua, i decreti delegati dovranno prevedere una deroga alla regola generale della consegna al difensore delle notifiche successive alla prima.

Importante è la modifica della disciplina contenuta nel comma 6, lett. a, relativa alla previsione di modifica dell'art. 161 cpp nel senso che l'*imputato non detenuto o internato* ha la facoltà di dichiarare domicilio ai fini delle notificazioni anche presso un proprio idoneo recapito telematico. Trattasi di una innovazione significativa e molto utile ai fini della conoscenza effettiva delle notizie relative al procedimento. Resta tuttavia il grosso problema di come vengono redatti i verbali di identificazione ex art. 161 cpp, scritti con parole di difficile comprensione per un indagato straniero, il più delle volte privo di interprete e di una sufficiente conoscenza della lingua italiana (spesso si legge che l'indagato parla e comprende la lingua, mentre poi il magistrato, in occasione dell'esame, constata di persona l'estrema povertà di linguaggio e di comprensione delle reali conseguenze dell'atto che ha sottoscritto davanti alla polizia giudiziaria) e dei meccanismi delle notifiche e del processo; trattasi di verbali prestampati, in cui il più delle volte la polizia, dopo aver identificato l'indagato, si limita ad apporre delle crocette rispetto alle varie opzioni previste e a invitarlo ad apporre la sua firma in calce. È molto difficile a posteriori, e a distanza di tempo dalla compilazione, ricostruire esattamente quali domande siano state effettivamente poste, quanto l'indagato le abbia comprese, se abbia compreso quali erano i suoi obblighi, oneri e facoltà. Eppure trattasi di un atto fondamentale, foriero di rilevanti conseguenze non solo per l'indagato, ma anche per lo Stato, stante il rischio concreto che venga compiuta un'inutile attività giudiziaria soggetta a rescissione. Non è possibile che l'apposizione di una semplice crocetta, magari per errore, possa da sola determinare conseguenze tanto gravi.

A titolo di esempio, posso riferire che, in un verbale di identificazione predisposto a stampa, in uso mesi orsono presso la Questura di Milano, ho visto che uno dei punti a stampa, barrati dall'agente di polizia giudiziaria con una crocetta, diceva testualmente: «Non sono in grado di eleggere un domicilio e non ho interesse a partecipare al processo». Due circostanze dal contenuto molto diverso tra di loro, unite in un'unica risposta, cosicché la risposta positiva alla prima porta a metter la crocetta anche relativamente alla seconda, indipendentemente dal suo effettivo verificarsi: mentre la prima affermazione può essere frequente per gli stranieri irregolari, privi di dimora, lavoro e conoscenze in Italia, la seconda è assai difficile che venga profferita, soprattutto nella fase preliminare delle indagini e da parte di persona che neppure ha conferito con il suo difensore né conosce esattamente l'accusa

e le conseguenze di un processo. Chi può, a priori, non avere interesse a partecipare al proprio processo, dal suo inizio fino al giudizio di cassazione? Inutile dire che, in quel caso, l'indagato non aveva affermato che non aveva interesse a partecipare al processo, né aveva capito il significato di quanto era stato "barrato" nel verbale di identificazione che era stato invitato dalla polizia giudiziaria a sottoscrivere.

A mio avviso, nel modificare l'art. 161 cpp, bisognerebbe quindi stabilire come regola generale che, in assenza di un interprete e di un difensore, la redazione del verbale di identificazione venga audioregistrata nella sua interezza, eventualmente con l'apposizione in calce di una postilla, scritta dall'interessato, sul fatto che egli ha compreso il contenuto dell'atto che gli è stato riletto ed è consapevole della rilevanza processuale delle sue dichiarazioni. Del resto, l'identificazione dell'indagato può essere equiparata ai preliminari di un interrogatorio che non si svolge in udienza e che, secondo quanto disposto dalla lett. a del comma 8, deve essere documentato attraverso registrazione audiovisiva. Se la videoregistrazione dell'esame effettuato fuori udienza consente di valorizzare i tratti non verbali della comunicazione, la semplice registrazione – di assai più facile attuazione anche presso un ufficio di polizia – consentirebbe comunque di apprezzare se la comunicazione della pendenza del procedimento penale e gli avvertimenti sulle conseguenze processuali delle dichiarazioni rese dall'indagato sono stati a lui fatti in lingua comprensibile, come lo stesso si è espresso, come ha verbalizzato la sua elezione di domicilio, la nomina del difensore e i dati che lo riguardano. E sarebbe assai più facile valutare a posteriori la ricorrenza o meno dei presupposti per un giudizio in assenza.

Perché la riforma possa essere davvero utile ed efficace, è inoltre fondamentale un'attività di formazione degli agenti e ufficiali di polizia giudiziaria sull'importanza di tale atto e sulla responsabilità che si assumono nel caso in cui lo stesso non corrisponda alla realtà dei fatti. È importantissimo, inoltre, che tali verbali – in assenza di un interprete – vengano redatti in una lingua conosciuta dall'indagato (così come deve avvenire per il decreto di espulsione emesso dal questore ai sensi dell'art. 13, comma 7, d.lgs n. 286/1998).

Con riguardo all'impugnazione proposta dall'imputato o nel suo interesse, con l'atto di impugnazione deve essere depositata – a pena di inammissibilità – la dichiarazione o elezione di domicilio ai fini della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio di impugnazione. Si tratta di un'innovazione necessaria perché si verifica spesso che l'imputato, dopo la sentenza di primo grado, sostituisca il difensore e modifichi il domicilio eletto o dichiarato, e che la comunicazione

di tali modifiche non sia contenuta nell'atto di impugnazione e venga separatamente inserita nel fascicolo processuale, senza darne atto sulla copertina. In tal modo, il presidente della corte che emette il decreto di citazione a giudizio è costretto a compulsare tutto il fascicolo per verificare l'attualità della nomina e dell'elezione di domicilio, pena la nullità della notifica e la necessità alla prima udienza di rinviare il processo per sanare la nullità – con un grave dispendio di energie e di tempo e con il rischio che la comunicazione possa comunque sfuggire alla consultazione. Certamente tale innovazione – che mira a evitare che vengano proposti appelli “per mero dovere di difesa” – comporterà per il difensore d'ufficio, che il più delle volte non possiede un recapito aggiornato e valido del proprio assistito, un onere non da poco: quello di reperire l'imputato, comunicargli l'esito del giudizio e fargli eleggere domicilio. Essa avrà, comunque, un sicuro effetto deflattivo⁹.

Nella lett. *f* si delega quindi il Governo a prevedere che la notificazione dell'atto di citazione a giudizio nei confronti dell'imputato sia effettuata presso il domicilio dichiarato o eletto ai fini della notifica dell'atto introduttivo al giudizio di impugnazione.

3. Il processo celebrato in assenza e il regime delle impugnazioni

La legge delega detta alcuni principi con riguardo al *processo in assenza*, per adeguare la disciplina al diritto dell'Unione europea (vds. direttiva UE n. 343/2016, riguardante anche la presunzione di innocenza e il diritto a presenziare al processo). Come emerge dalle schede parlamentari di lettura¹⁰, «la riforma intende riaffermare il principio in base al quale si può procedere in assenza dell'imputato solo se si ha la certezza che la sua mancata partecipazione al processo è volontaria. In mancanza il giudice dovrà pronunciare sentenza inappellabile di non doversi procedere, chiedendo contestualmente che si proceda alle ricerche dell'imputato¹¹. Se e quando l'imputato sarà rintracciato, la sentenza di non luogo a procede-

re sarà revocata¹² e il giudice fisserà una nuova udienza per la prosecuzione del processo».

Con riferimento al giudizio di impugnazione, il comma 7, lett. *h*, delega il Governo: *a*) a prevedere che il difensore dell'imputato assente possa impugnare la sentenza solo se munito di specifico mandato difensivo, rilasciato *dopo* la pronuncia della sentenza; *b*) a prevedere che, con lo specifico mandato a impugnare, l'imputato dichiari o elegga il domicilio per il giudizio di impugnazione; *c*) a prevedere, per il difensore dell'imputato assente, un ampliamento del termine per impugnare.

La Commissione Lattanzi aveva sottolineato come «l'intervento sulla legittimazione del difensore ad impugnare costituisce uno snodo essenziale, sia in chiave di effettiva garanzia dell'imputato, sia in chiave di razionale e utile impiego delle risorse giudiziarie: la misura, infatti, è volta ad assicurare la celebrazione delle impugnazioni solo quando si abbia effettiva conoscenza della conoscenza della sentenza emessa da parte dell'imputato giudicato in assenza e ad evitare l'inutile celebrazione di gradi di giudizio destinati ad essere travolti dalla rescissione del giudicato».

Di conseguenza, il Governo dovrà accordare al difensore un termine più lungo di quello ordinario per impugnare, per consentirgli di munirsi del mandato.

Al di fuori dell'ipotesi di sentenza di condanna *in absentia* non impugnata e quindi passata in giudicato, per cui opera l'istituto previsto dall'art. 629-*bis* cpp, negli altri casi di assenza, lo specifico mandato a impugnare e l'elezione di domicilio attestano la conoscenza del processo ed eliminano i presupposti per i rimedi restitutori.

Il giudice d'appello potrebbe essere investito di questioni inerenti l'"inidoneità" del mandato conferito dal condannato, ad esempio in quanto rilasciato prima dell'emissione della sentenza, o non sufficientemente specifico o privo dell'elezione di domicilio. In questo caso, se non risultano soddisfatte le condizioni perché si proceda al giudizio di impugnazione, la corte dovrà pronunciare ordinanza di inammissibilità dell'impugnazione stessa, con conseguente esecuzione della sentenza.

9. Sul punto vds. L. Scollo, *La riforma penale è piena di buoni propositi, vedremo se basteranno, Domani*, 2 ottobre 2021.

10. Vds. www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01307197.pdf, pp. 22 ss.

11. In questa ipotesi, la disposizione di cui al comma 7, lett. *e*, delega il Governo a prevedere che, fino alla scadenza del doppio del termine di prescrizione del reato, proseguano le ricerche dell'indagato assente e che durante tale periodo possano essere assunte, su richiesta di parte, prove non rinviabili, con le forme previste per il dibattimento, in analogia con quanto già previsto dall'art. 420-*quater* cpp. Sarà competente il giudice di primo grado, non essendosi in questo caso instaurato il processo di impugnazione.

12. Nel frattempo la prescrizione sarà stata sospesa, fatta salva l'estinzione del reato con il superamento del doppio dei termini stabiliti dall'art. 157 cp: si prevede, quindi, un allungamento dei termini di prescrizione per evitare che il meccanismo sospensivo possa indurre l'imputato a sottrarsi volontariamente al processo con l'intento di far maturare la prescrizione.

Con la previsione della lett *g*, il Governo viene delegato ad ampliare la possibilità di rimedi successivi a favore dell'imputato e del condannato giudicato in assenza senza avere avuto effettiva conoscenza della celebrazione del processo, armonizzando la normativa processuale nazionale con quanto previsto dall'art. 9 della direttiva UE n. 343/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 febbraio 2016¹³. Gli imputati devono avere diritto a un nuovo processo o a un altro mezzo di ricorso giurisdizionale, che consenta loro di far riesaminare il merito della causa e introdurre nuove prove al fine di ottenere la riforma della decisione originaria.

4. Le sentenze inappellabili e l'inammissibilità dell'impugnazione

Al fine di ridurre il carico di lavoro nella fase di appello – finalità già perseguita dalla l. n. 103/2017 e dal d.lgs n. 11/2018 – il comma 13 della riforma prevede una serie di misure “deflattive”, purtroppo ridotte nella portata complessiva dal fatto che non sono state approvate alcune proposte della Commissione Lattanzi (tra queste, quella di dichiarare l'inappellabilità delle sentenze di condanna e di proscioglimento da parte del pm, o di prevedere il cd. “appello a critica vincolata”, che consente cioè di impugnare solo per determinati motivi rigorosamente stabiliti dalla legge) né la proposta del ddl n. 2435 di prevedere una composizione monocratica della corte nei procedimenti con citazione diretta.

La nuova legge prevede un'estensione delle ipotesi di *inappellabilità contro le seguenti categorie di sentenze*: quelle di *proscioglimento* e di *non luogo a procedere* relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa (e quindi a delitti quali, ad esempio, quelli previsti dagli artt. 328, 335, 388, 441, 451, 515, 570, 590, 593, 604-bis e 641 del codice penale), mentre attualmente l'inappellabilità riguarda solo le contravvenzioni punite con ammenda o pena alternativa; quelle di *condanna* a pena sostituita con il lavoro di pubblica utilità (tale riforma non lede i diritti della difesa, posto che la sostituzione della pena detentiva - negli specifici casi in cui è prevista dalla legge - presuppone la richiesta, il consenso o comunque la non opposizione dell'imputato). La lett. *f* del comma 13 delega il Governo a disciplinare l'inappellabilità delle sentenze di non doversi procedere negli stessi termini di quelle di proscioglimento, e quindi a rivedere la disposizione di cui all'art. 428 cpp.

Al fine di *ridurre i tempi “morti” di stasi del processo* e coordinare la disciplina del *deposito degli atti di impugnazione* con quella generale prevista per il deposito di tutti gli atti del procedimento, la legge delega prevede l'abrogazione degli artt. 582, comma 2 (sulla presentazione dell'impugnazione da parte delle parti private nelle cancellerie «del luogo in cui si trovano», diverse da quella dell'autorità giudiziaria che ha emesso la sentenza da impugnare), e 583 cpp (eliminando così la possibilità di spedire per raccomandata l'atto di impugnazione o di proporre l'impugnazione con telegramma). In tal modo, scaduti i termini per il deposito in cancelleria – anche con modalità telematiche – dell'atto di impugnazione senza la sua proposizione, la cancelleria della Corte può subito apporre il timbro di irrevocabilità sulla sentenza e spedire l'estratto esecutivo all'autorità competente per l'esecuzione. Del resto, ora che è possibile impugnare anche tramite pec, non vi è più ragione di consentire l'uso della posta ordinaria, con i conseguenti ritardi e disagi che spesso caratterizzano anche lo smistamento dei plichi all'interno dell'ufficio giudiziario. È comunque fatto salvo il diritto sancito dall'art. 123, comma 2, cpp per l'imputato detenuto o internato di presentare le impugnazioni all'ufficiale di polizia giudiziaria e viene inserito nell'art. 123 cpp il comma 2-bis, secondo cui le impugnazioni, le dichiarazioni, compresa quella relativa alla nomina del difensore, e le richieste di cui ai commi 1 e 2 sono contestualmente comunicate anche al difensore nominato (*ex art. 2, comma 14 della riforma*).

La delega al Governo concernente la competenza territoriale mira a evitare che le questioni ad essa relative, sollevate in fase di indagini o nel giudizio di primo grado, si risolvano prima di essere riproposte con i motivi di appello e non si trascinino nel corso dei giudizi di impugnazione. Si prevede infatti (comma 13, lett. *n*) che il giudice chiamato a decidere una questione concernente la *competenza per territorio* possa, anche su istanza di parte, rimettere la decisione alla Corte di cassazione, che provvede in camera di consiglio; che comunque la parte che ha eccepito l'incompetenza, qualora non proponga l'istanza di rimessione della decisione alla Corte di cassazione, non possa riproporre la questione nel corso del procedimento; dal canto suo, la Corte di cassazione, nel caso in cui dichiari l'incompetenza del giudice, ordinerà la trasmissione degli atti al giudice competente.

La riforma prevede l'*inammissibilità dell'appello per mancanza di specificità dei motivi* quando nell'atto manchi la puntuale ed esplicita enunciazione

13. «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».

dei rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto e di diritto espresse nel provvedimento impugnato.

Tale previsione si rifà testualmente all'orientamento giurisprudenziale di legittimità già formatosi dopo la novella n. 103 del 2017, secondo cui l'impugnazione si propone, a pena di inammissibilità, con atto che contiene l'enunciazione specifica dei motivi con l'indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta.

Secondo tale recente orientamento, «l'appello è inammissibile per difetto di specificità dei motivi quando non risultano esplicitamente enunciati e argomentati i rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della decisione impugnata, fermo restando che tale onere di specificità, a carico dell'impugnante, è direttamente proporzionale alla specificità con cui le predette ragioni sono state esposte nel provvedimento impugnato»¹⁴.

A differenza delle altre declaratorie di inammissibilità dell'impugnazione, basate sul controllo della tempestività o sulla presenza dei requisiti formali dell'impugnazione, l'inammissibilità per mancanza di specifici motivi presuppone uno studio non superficiale della sentenza e dei motivi di appello, che non sempre potrà essere demandato ai componenti dell'ufficio per il processo nel corso dello "spoglio" preliminare degli atti di appello. Se tale valutazione deve comunque essere fatta dal collegio, non vi sarà un grande risparmio di tempo nell'effettuarla in sede preliminare, anziché nella fase decisoria in camera di consiglio.

5. Lo svolgimento del dibattimento di appello

In linea con quanto suggerito dalla giurisprudenza della Corte Edu e dalle fonti eurounitarie (tra le altre, si pensi alla direttiva UE n. 29/2012 sulle vittime, che incoraggia all'uso delle «tecnologie di comunicazione»), alcune specifiche disposizioni della legge delega (comma 8) riguardano la documentazione degli atti del procedimento e le modalità di svolgimento delle attività dibattimentali. Nel giudizio di appello, tali indicazioni, e in particolare l'obbligo di registra-

zione audiovisiva, dovranno essere osservate quando si dispone la rinnovazione istruttoria concernente una prova orale o l'esame dell'imputato.

Il comma 8 delega poi il Governo a individuare i casi in cui, con il consenso delle parti, la *partecipazione all'atto del procedimento o all'udienza possa avvenire a distanza*, modalità, come è noto, già utilizzata durante la recente pandemia con esiti non sempre soddisfacenti e, in precedenza, per i processi di terrorismo e di criminalità organizzata indicati nell'art. 146-bis disp. att. cpp.

La questione della partecipazione a distanza dell'imputato¹⁵ è già giunta al vaglio sia della Corte costituzionale (sent n. 342/1999 e successive conformi), che della Corte Edu (sez. III, sent. 5 ottobre 2006, *Viola c. Italia*). La premessa secondo cui solo la presenza fisica nel luogo del processo potrebbe assicurare l'effettività del diritto di difesa può subire dei temperamenti. Ciò che occorre, sul piano costituzionale, è che sia garantita l'effettiva partecipazione personale e consapevole dell'imputato al dibattimento, e dunque che i mezzi tecnici siano del tutto idonei, senza alcun effetto distorsivo, a realizzare quella partecipazione. La Corte europea, pronunciatisi (anche) su questo specifico punto con riferimento all'art. 146-bis delle norme di attuazione del cpp, riguardante la partecipazione a distanza dell'imputato, ha affermato che è di importanza cruciale che l'imputato sia adeguatamente difeso in tutti i gradi del giudizio, ma che l'art. 6 della Convenzione lascia agli Stati la scelta dei mezzi più idonei per assicurare il diritto di difesa, non precisando le condizioni, mentre spetta alla Corte di valutarne la compatibilità con le esigenze di un equo processo, nella prospettiva di una tutela concreta, effettiva e non illusoria dei diritti. La comparizione personale dell'imputato nella fase di appello non riveste la stessa importanza decisiva che ha in primo grado, dove con maggiore incisività l'imputato deve far valere il suo diritto a essere ascoltato e a controllare l'esattezza delle sue affermazioni, e confrontarle con quelle della vittima e dei testimoni. In ogni caso, la compressione del diritto alla riservatezza della comunicazione dell'imputato con il difensore deve essere valutata, con riferimento al diritto a un equo

14. Cass., sez. II, 19 novembre 2019, n. 51531 (dep. 20 dicembre 2019), Rv. 277811, ric. *Greco*, fattispecie in cui la Corte ha confermato la declaratoria di inammissibilità dell'appello presentato avverso sentenza di condanna per ricettazione, con il quale l'appellante si era limitato a richiamare la disciplina generale sull'errore e sull'incauto acquisto, senza specificare per quali motivi tali principi fossero applicabili al caso, e a prospettare, senza argomentarne le ragioni, l'individuazione di un diverso *tempus commissi delicti* e, infine, a richiedere le attenuanti della lieve entità e le generiche, già riconosciute dal giudice di primo grado.

15. Per una sintesi del quadro normativo di riferimento durante l'emergenza Covid, vds. G. Picaro, *Giudizio di appello in presenza e partecipazione dell'imputato a distanza: una ordinanza della Corte d'appello di Milano* (ord. 20 gennaio 2021), in *Sistema penale*, 2 marzo 2021, circa l'applicabilità dell'art. 146-bis norme att. cpp e dell'art. 23 dl n. 137/2020, convertito in l. n. 176/2020 (che al comma 4 prevede che la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate, sottoposte a misura cautelare in carcere o domiciliare, o fermate o arrestate è assicurata «ove possibile» mediante videoconferenze ovvero collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del direttore del DGSIA, e richiama, in quanto compatibili, le disposizioni dell'art. 146-bis).

processo, avendo riguardo all'intero procedimento e, quindi, anche alla fase delle impugnazioni.

Durante l'emergenza pandemica, si trattava di bilanciare la tutela della salute degli attori processuali e della collettività con il necessario rispetto del contraddittorio, dell'immediatezza e dell'oralità del dibattimento, nonché dei diritti difensivi dell'imputato. Ma in una prospettiva di lungo periodo, il processo a distanza non può più essere imposto (com'è avvenuto per la partecipazione da remoto degli imputati detenuti durante il periodo di *lockdown* e come avviene per motivi di sicurezza nelle ipotesi di cui agli artt. 51, comma 3-bis e 407, comma 2, lett. a, n. 4, cpp) e può svolgersi solo se vi è il consenso delle parti.

Certamente si tratta di un utile strumento per evitare costosi, faticosi o non possibili spostamenti di difensori o di testimoni o di parti che si trovano lontani dal luogo di celebrazione del processo, o per consentire agli arrestati in altro circondario di svolgere l'interrogatorio di garanzia ex art. 294 cpp davanti al gip che procede, anziché davanti a un gip delegato, o ai condannati detenuti altrove, che hanno proposto incidente di esecuzione, di partecipare da remoto all'udienza anziché di esser sentiti dal magistrato di sorveglianza del luogo ove sono ristretti. Ma l'esperienza di questi mesi ha mostrato tutta la fragilità dell'applicazione di questo strumento, laddove manchi una vera innovazione tecnologica. La precarietà dei collegamenti con gli istituti penitenziari dove sono custoditi gli imputati, le attese di collegamenti che costringono a ritardare la celebrazione delle udienze e, soprattutto, l'impossibilità di garantire un collegamento costante e del tutto riservato tra difensore e assistito, come prescritto dall'art. 146-bis, non hanno garantito le condizioni minime per assicurare sempre un effettivo diritto di difesa e autodifesa. Infatti, non tutte le aule di udienza sono dotate di un telefono collocato accanto alle postazioni della difesa, direttamente collegato con gli istituti penitenziari; e anche dove tali postazioni esistono, esse possono essere utilizzate solo se il collegamento avviene mediante videoconferenza tramite la rete telefonica e non anche se avviene con "Teams": cosicché, in tale seconda ipotesi, a ogni richiesta dell'imputato o del difensore, nel corso del dibattimento, di conferire l'uno con l'altro, il giudice deve disporre che tutti escano dall'aula per consentire un minimo di riservatezza al colloquio effettuato attraverso il computer. Non tutti gli istituti penitenziari sono infatti dotati di un numero telefonico riservato, che il difensore possa chiamare con il suo cellulare e che gli consenta di mettersi in collegamento con il suo assistito.

Si porrà, inoltre, al Governo il problema di come disciplinare la celebrazione dell'udienza quando solo alcune delle parti abbiano espresso il loro consenso: se solo un difensore chiede di discutere in presenza,

non ha molto senso obbligare a essere presenti anche gli altri difensori che hanno dato il consenso perché si proceda a distanza: potranno, in questo caso, celebrarsi udienze con un sistema "misto"?

E come risolvere il grosso problema dell'*interpretariato*? Nel periodo di *lockdown*, in cui gli imputati stranieri detenuti partecipavano all'udienza dall'istituto penitenziario in cui si trovavano, spesso lontano dal luogo di celebrazione del processo, gli interpreti dovevano recarsi al loro fianco presso l'istituto stesso, per poter tradurre contestualmente tutta l'udienza senza costringere tutte le parti e la corte ad ascoltare la traduzione in differita. E ciò era ancora più importante quando vi erano più detenuti e più interpreti, magari di lingue diverse. Non sempre è stato facile trovare una disponibilità a recarsi in carcere da parte di interpreti, cui vengono riconosciute al massimo quattro "vacazioni raddoppiate" per ogni udienza. In un futuro è assolutamente necessario prevedere la possibilità di disporre di un canale di comunicazione contestuale ma separato tra interprete e detenuto, per consentire una traduzione diretta e a distanza, che non disturbi l'udienza e non allunghi i tempi della stessa.

Inoltre, al Governo spetterà di decidere se, per tutti i processi (o se solo per quelli di terrorismo o criminalità organizzata di cui all'art. 146-bis, comma 1, disp. att. cpp) potrà effettuarsi la celebrazione a distanza anche nella fase in cui vengono assunte delle prove: è indubbio, infatti, che in tali casi molte sono le limitazioni al diritto di difesa, tenuto conto del fatto che, allo stato attuale, quando il collegamento avviene via *Teams*, non è effettivamente garantita all'imputato che si trova a distanza la possibilità di vedere contemporaneamente tutte le parti del processo, e principalmente i testimoni, essendovi in genere una o al massimo due postazioni video. Come si è detto, inoltre, è molto difficile per l'imputato conferire con il difensore durante l'esame, per commentare e contestare risposte o suggerire domande. Questa situazione è senz'altro limitativa del suo diritto allo svolgimento di un equo processo, nelle declinazioni indicate dalle Corti costituzionale ed europea.

Perché il processo a distanza garantisca effettivamente i diritti della difesa, si richiede quindi un forte investimento tecnologico e di qualità del collegamento, soprattutto quando non si utilizza la videoconferenza con linea telefonica, ed è assolutamente necessario garantire un'assistenza informatica quotidiana e costante da parte di personale qualificato, per tutte le problematiche che il giudice si trova a dover affrontare con urgenza.

Il comma 13, lett. g, prevede poi come regola per il giudizio di appello la celebrazione con *rito camerale* non partecipato, salvo che la parte appellante o, in ogni caso, l'imputato o il suo difensore richiedano di partecipare all'udienza. L'esperienza di quest'ultimo anno

presso la Corte d'appello di Milano ha evidenziato un considerevole ricorso a tale modalità di celebrazione nei processi penali "ordinari", che il più delle volte per la loro cartolarità, per la natura delle questioni da trattare, per l'eshaustività dell'atto di impugnazione e delle memorie presentate possono essere decisi in camera di consiglio, senza discussione, senza pregiudizio per la difesa e con un notevole risparmio di tempo. Del resto, a causa del numero di processi fissati per ogni udienza, capita che i dibattimenti d'appello siano spesso dei "simulacri", in quanto le parti rinunciano alla relazione orale in udienza, non viene data lettura del capo di imputazione, i difensori spesso si riportano agli atti scritti, gli imputati liberi il più delle volte non compaiono e quelli detenuti, non di rado a ciò invitati dai loro difensori, non rilasciano alcuna dichiarazione, neppure con riguardo a circostanze inerenti il loro "percorso rieducativo", o la loro attuale situazione, che potrebbero giustificare una diminuzione del trattamento sanzionatorio; inoltre, le camere di consiglio vengono il più delle volte accorpate, con una susseguente lettura unica e veloce di tutti i dispositivi assieme. Questa essendo la situazione dettata dal carico di lavoro che grava sulle corti d'appello, non credo che la celebrazione in camera di consiglio inciderà negativamente sullo studio, sulla discussione e sulla decisione dei processi nei quali tutto è già scritto: ciò a condizione che anche il terzo componente del collegio, che fino ad ora assisteva quanto meno alla discussione orale, abbia a disposizione prima della camera di consiglio una copia delle sentenze e degli atti di impugnazione (i cosiddetti "fascicoletti") e non ne deleghi interamente lo studio al consigliere relatore e al presidente.

Diverso è il discorso con riguardo ai processi relativi a gravi e gravissimi delitti, commessi da singoli o dalla criminalità organizzata e perlopiù di competenza della corte d'assise d'appello, per i quali anche durante il periodo del *lockdown* gli imputati e i pg hanno sempre chiesto la discussione in aula (e, immagino, continueranno a farlo, anche se ora potranno presentare la richiesta solo l'imputato e il suo difensore o la parte appellante, e quindi non il pg che non abbia impugnato la sentenza).

Questo si spiega facilmente con la gravità dei fatti e soprattutto delle pene che vengono irrogate o con l'interesse pubblico alle vicende oggetto del processo, in relazione alle quali le parti giustamente pretendono di poter esporre in contraddittorio le proprie tesi,

controbattere e perorare di persona la propria causa. Lo stesso giudice, prima di irrogare pene della reclusione lunghe e anche a vita, ha la necessità di guardare in viso gli imputati e ascoltare direttamente le loro dichiarazioni, anche se con modalità a distanza. La camera di consiglio, priva della partecipazione dell'imputato, non consente sempre al giudice, a mio parere, di esercitare appieno il suo discrezionale giudizio sull'aspetto sanzionatorio, ai sensi dell'art. 133, comma 2, n. 2 cp, attraverso una valutazione del comportamento successivo al reato e precedente il giudizio di appello. Non credo, quindi, che la riforma inciderà molto sulla celebrazione di questi processi, per i quali tale valutazione discrezionale sulla pena ha un impatto rilevante.

Si spera possa avere un'importante portata deflativa l'*ampliamento dell'ambito applicativo del concordato sui motivi in appello* tramite l'eliminazione di tutte le preclusioni all'accesso a tale istituto di cui all'art. 599-bis, comma 2, cpp (tra gli altri, i processi per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, violenza sessuale aggravata e di gruppo, sequestro di persona a scopo di estorsione, associazione a delinquere finalizzata all'immigrazione clandestina, al traffico di stupefacenti e di tipo mafioso, tratta di persone e riduzione in schiavitù, terrorismo e altro), anche se è vero che tale istituto non ha trovato un'applicazione quantitativamente significativa dalla sua reintroduzione con la novella del 2017 (forse dovuta anche ai criteri, spesso troppo restrittivi, indicati dal procuratore generale per orientare la valutazione dei magistrati del suo ufficio, ex art. 599-bis, comma 4, cpp).

Un'altra innovativa disposizione concernente la fase del dibattimento è quella prevista dal comma 11, lett. d, per l'ipotesi di *mutamento del giudice o di uno o più componenti del collegio*.

Nella maggior parte dei casi, il processo d'appello viene trattato in una sola udienza o in poche udienze ravvicinate e quindi l'impatto della novella sarà minore in questa fase. Ma anche in sede di impugnazione, quando, per la complessità delle imputazioni o per la pluralità di parti o per la necessità di rinnovare l'istruttoria con perizie, o prove dichiarative o rogatorie, il processo si protrae nel tempo, se non vi è il consenso delle parti all'utilizzazione degli atti pregressi, in caso di mutamento del collegio, la normativa costringe a ripetere le prove dinanzi al nuovo giudice¹⁶: tale disciplina è stata definita «incongrua»

16. Le sezioni unite – 30 maggio 2019, n. 41736 (dep. 10 ottobre 2019), Rv. 276754, imp. *Bajrami* –, pur affermando che «il principio d'immutabilità del giudice, previsto dall'art. 525, comma 2, prima parte, cod. proc. pen., impone che il giudice che provvede alla deliberazione della sentenza sia non solo lo stesso giudice davanti al quale la prova è assunta, ma anche quello che ha disposto l'ammissione della prova», fanno salva la valutazione del nuovo giudice, ex artt. 190 e 495 cpp, sulla manifesta o non manifesta superfluità della rinnovazione delle dichiarazioni richieste dalle parti e stabiliscono che «[i]l consenso delle parti alla lettura ex art. 511, comma 2, cod. proc. pen. degli atti assunti dal collegio in diversa composizione, a seguito della rinnovazione del dibattimento, non è necessario con riguardo agli esami testimoniali la cui ripetizione non abbia avuto luogo perché non chiesta, non ammessa o non più possibile».

dalla Corte costituzionale¹⁷, «in quanto l'esperienza maturata in trent'anni di vita del vigente codice di procedura penale restituisce una realtà assai lontana dal modello ideale immaginato dal legislatore», perché i dibattimenti, lungi dal celebrarsi in una sola udienza, durano mesi e «il principio di immediatezza rischia di divenire un mero simulacro e, anche se il giudice che decide resta il medesimo, il suo convincimento al momento della decisione finirà – in pratica – per fondarsi prevalentemente sulla lettura delle trascrizioni delle dichiarazioni rese in udienza, delle quali egli conserverà al più un pallido ricordo». La Corte ha affermato quindi che resta aperta per il legislatore la possibilità di introdurre ragionevoli eccezioni al principio dell'identità tra giudice avanti al quale è assunta la prova e giudice che decide, in funzione dell'esigenza, costituzionalmente rilevante, di salvaguardare l'efficienza dell'amministrazione della giustizia penale, in presenza di meccanismi “compensativi” funzionali all'altrettanto essenziale obiettivo della correttezza della decisione – come, ad esempio, la videoregistrazione delle prove dichiarative, quanto meno nei dibattimenti più articolati. La stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁸ riconosce che il principio dell'immediatezza può essere sottoposto a ragionevoli deroghe, purché siano adottate misure appropriate per assicurare che il nuovo giudice abbia una piena conoscenza del materiale probatorio.

La legge delega, facendo proprio l'indirizzo delle Corti, invita il Governo a prevedere, come linea generale, che in caso di mutamento del giudice venga disposta la riassunzione della prova se richiesta da una parte: tuttavia, in presenza di prova dichiarativa verbalizzata tramite videoregistrazione e nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate, il Governo dovrà prevedere che il giudice “mutato” disponga la riassunzione della prova *solo* quando lo ritenga *necessario sulla base di specifiche esigenze*. La precedente videoregistrazione dell'esame dovrebbe infatti garantire che il nuovo giudice non solo abbia piena contezza del contenuto trascritto delle dichiarazioni rese, ma anche

che riesca a valorizzare e valutare appieno i tratti non verbali della sua deposizione, le espressioni del volto, la celerità e spontaneità delle risposte alle domande piuttosto che le attese, la manifestazione di emozioni, le occhiate, i gesti e così via, con la stessa immediatezza che se fosse stato presente all'esame originario.

Siamo quindi di fronte a un'attenuazione del principio di immediatezza sancito dall'attuale art. 525, comma 2, cpp e strumentale all'equità del processo, il quale peraltro già ha trovato delle limitazioni nell'art. 190-*bis* cpp: trattasi di norma dettata dalla necessità di assicurare la sicurezza dei dichiaranti in relazione a processi per specifici e gravissimi reati o di tutelare i dichiaranti vulnerabili ed evitare vittimizzazioni secondarie dovute al ripetersi delle audizioni.

La Cassazione¹⁹ si è già espressa nel senso della conformità dell'art. 190-*bis* cpp agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione e all'art. 6 della Convenzione²⁰ – nella parte in cui, in presenza di specifiche esigenze, sottrae al contraddittorio dibattimentale la persona offesa maggiorenne dichiarata particolarmente vulnerabile –, atteso che tale peculiare regime, di carattere processuale, si giustifica per l'esigenza di prevenire l'usura delle fonti di prova e atteso che si tratta di dichiarazioni provenienti da soggetti già esaminati nel rispetto dell'oralità e delle regole del contraddittorio: è comunque rimessa alla discrezionalità del legislatore la scelta di graduare forme e livelli diversi di contraddittorio purché sia garantito il diritto di difesa.

Si tratterà di vedere se il legislatore delegato intenderà meglio precisare in cosa debba consistere la «specifica esigenza» tale da giustificare il diniego di rinnovo in caso di mutamento del giudice (ad esempio: evitare una vittimizzazione secondaria per il teste minore o vulnerabile, evitare il rischio di inquinamento della prova dovuto al ripetersi di esami, ragioni di sicurezza per il teste in processi di criminalità organizzata, etc.) o se lascerà all'interpretazione giurisprudenziale la formazione di un orientamento che costituisca la bussola per l'attività interpretativa dei giudici.

È da presumere che venga confermato l'indirizzo secondo cui è legittimo il diniego di nuovo esame di minore o di soggetto vulnerabile già esaminati in

17. Corte cost., n. 132/2019 (*Gazzetta ufficiale* del 05 giugno 2019, n. 23), che ha peraltro dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità sollevata.

18. Tra le tante, vds. Corte Edu: 27 settembre 2007, *Reiner e altri c. Romania*, par. 74; 30 novembre 2006, *Greco c. Romania*, par. 72. Per una disamina della giurisprudenza europea e della Cassazione sul punto, e del differente “linguaggio” utilizzato dalle due Corti, vds. A. Valenti, *Rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello: Corte europea e Corte di cassazione a confronto*, in *Cass. pen.*, n. 3/2021, pp. 1079 ss.

19. Cass., sez. III, 29 novembre 2019, n. 10374 (dep. 20 marzo 2020), Rv. 278546 – 02, imp. *Alessio*; nello stesso senso, sez. VI, 10 aprile 2018, n. 29660 (dep. 2 luglio 2018), Rv. 273443 – 01: pg in proc. *Condello*

20. Secondo l'interpretazione data dalla Corte Edu nelle sentenze del 9 luglio 2002, *P.K. c. Finlandia*, e del 9 marzo 2004, *Pitkanen c. Finlandia*.

incidente probatorio, quando le circostanze dedotte nella richiesta di esame coincidono con quelle oggetto della precedente escussione audiovideo registrata in contraddittorio tra le parti.

Quanto alla necessità di *rinnovazione dell'audizione della persona offesa o dei testi rilevanti in appello susseguente a un'assoluzione in primo grado*, la riforma (comma 13, lett. l) prevede che la stessa sia necessaria solo se le precedenti dichiarazioni sono state assunte in dibattimento. Può, quindi, fondatamente escludersi che debbano essere risentite le persone informate sui fatti esaminate nel corso delle indagini preliminari, qualora il giudizio abbreviato sia avvenuto ai sensi dell'art. 438, commi 1 e 4 cpp, non condizionato all'assunzione di prove²¹.

6. Il termine massimo della durata della fase di appello e la sua proroga

L'art. 344-bis cpp²², introdotto dalla recentissima legge di riforma n. 134/2021 e concernente l'improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione – *sempre che l'imputato non chieda la prosecuzione del processo e che non si tratti di delitto punito con l'ergastolo* –, è immediatamente precettivo e si applica solo ai reati commessi dopo il 1° gennaio 2020, data di entrata in vigore della l. n. 3/2019, nella parte in cui, modificando il secondo comma dell'art. 159 cp, ha comportato la sospensione della prescrizione del reato nei giudizi di impugnazione fino alla data della de-

finitività della sentenza di primo grado o del decreto penale di condanna. L'accordo sulla riforma, intervenuto a livello governativo, prevede inoltre una gradualità nell'applicazione delle nuove norme²³ per consentire agli uffici di riorganizzarsi e di organizzare il nuovo personale che sta per essere assunto ai fini della costituzione dell'ufficio per il processo.

Come già detto in premessa, dopo un breve cenno alla decorrenza e alla sospensione del termine massimo di durata nella fase di appello, mi soffermerò unicamente sul provvedimento di proroga del termine di durata massima, rinviando all'articolo di Andrea Natale²⁴ per l'approfondimento delle numerose problematiche di più ampio respiro connesse all'introduzione dell'art. 344-bis cpp – dal campo di applicazione in relazione alle varie tipologie di reati alle tempistiche, anche alla luce delle disposizioni transitorie.

6.1. Decorrenza del termine

Il periodo di tempo entro cui deve concludersi la fase d'appello comincia a decorrere dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine previsto dall'art. 544 cpp per il deposito della motivazione della sentenza di primo grado, eventualmente prorogato ex art. 154 disp att cpp: termine di decorrenza che, rispetto all'udienza in cui viene letto il dispositivo, si situa dunque tra i 90 (in caso di sentenza con motivazione contestuale) e i 270 giorni successivi (nell'ipotesi di proroga per la redazione della motivazione, disposta dal presidente del tribunale per casi particolari di cui al sopracitato art. 154)²⁵. La *ratio* della

21. In questo senso si è espresso anche G. Canzio, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, in *Sistema penale*, 25 agosto 2021. L'Autore evidenzia l'innovazione costituita dalla «perimetrazione della obbligatoria rinnovazione della prova dichiarativa, per il ribaltamento in appello della pronuncia assolutoria, solo se assunta in udienza di primo grado (quindi non nell'ambito del giudizio abbreviato "secco")». È noto come, a seguito della sentenza delle sez. unite del 19 gennaio 2017, n. 18629 (*Patalano*, Rv 269787), la necessità di rinnovare in appello l'esame del dichiarante sia stata ritenuta necessaria anche per il caso di rito abbreviato non condizionato (e, quindi, quando neppure per il gup sussisteva una immediatezza e oralità della prova) per la necessità di garantire in appello una motivazione "rafforzata" della sentenza; a tale orientamento è seguita poi l'introduzione dell'art. 603, comma 3-bis, cpp, che impone la rinnovazione dibattimentale nel giudizio di impugnazione susseguente l'appello del pm contro sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova (sul punto cfr. A. Valenti, *Rinnovazione*, op. cit.).

22. Vds. la *Relazione finale* della Commissione Lattanzi, p. 54: «L'esigenza di salvaguardare il diritto alla ragionevole durata di quel processo – come nel caso degli *speedy trial limits* dell'ordinamento statunitense – è garantita da termini di durata massima, calibrati sulle diverse fasi di giudizio. Se il processo non si definisce entro il termine di fase, si determina una improcedibilità dell'azione penale. La definizione del giudizio entro il termine di fase è cioè una condizione di procedibilità. Di qui la proposta della Commissione di collocare la disciplina in esame in un nuovo art. 344-bis c.p.p., nel Titolo III del Libro V del Codice di procedura penale, dedicato per l'appunto alle condizioni di procedibilità».

23. Per consentire una graduale applicazione della riforma, le disposizioni transitorie prevedono che, in relazione ai reati commessi dopo il 1° gennaio 2020: se i procedimenti sono già pervenuti al giudice d'appello o alla Corte di cassazione, i termini massimi di durata del processo decorrono dalla data di entrata in vigore della presente legge; se l'impugnazione è proposta entro il 31 dicembre 2024, il termine di durata del giudizio d'appello è di tre anni e quello di durata del giudizio in Cassazione è di un anno e sei mesi. Analoghi termini si applicano in caso di giudizio conseguente a un annullamento con rinvio pronunciato entro il 2024. Vds. *Schede di lettura* del Senato, cit., p. 128.

24. *Il giudice di cognizione di fronte alla cd. "riforma Cartabia"*, in questo fascicolo.

25. La *Relazione* del Massimario della Cassazione sulla legge n. 134/2021, del 3 novembre 2021 (pp. 11 ss.), precisa che, anche ai fini del computo dei novanta giorni di cui all'art. 344-bis cpp, «occorre fare riferimento esclusivamente alla scadenza del termine legale o legittimamente autodeterminato dal giudice, rimanendo, dunque, irrilevanti sia il deposito anticipato della sentenza che l'eventuale

dilazione dell'inizio della decorrenza è evidentemente collegata al tempo necessario per gli eventuali avvisi e il deposito degli atti di impugnazione, nonché per gli adempimenti burocratici e la trasmissione del fascicolo alla cancelleria del giudice competente per l'appello. È noto come i tempi morti legati a tali adempimenti determinino un allungamento notevole della durata della fase di impugnazione; e, ora che il superamento del termine massimo comporterà l'improcedibilità, è assolutamente necessario che negli uffici di cancelleria le vacanze di personale siano prontamente colmate e che l'organico degli uffici più gravati venga adeguatamente rinforzato.

6.2. *Il termine massimo per i processi ordinari e la loro sospensione*

Quando si andrà "a regime", il 1° gennaio 2025²⁶, il termine massimo di durata sarà di due anni per il giudizio di appello e un anno per il giudizio di cassazione: si tratta di termini corrispondenti a quelli di ragionevole durata, previsti dalla "legge Pinto" per i rispettivi gradi di giudizio. È prevista la *sospensione del termine* nell'ipotesi di rinnovazione istruttoria dibattimentale (sospensione disciplinata in analogia con quella del legittimo impedimento del difensore, e cioè nel senso che il periodo di sospensione tra un'udienza e quella successiva non può comunque eccedere i sessanta giorni). Il termine è pure *sospeso*, nei confronti di tutti gli imputati, quando si debba procedere a nuove ricerche dell'imputato irripetibile per la notificazione del decreto di citazione per l'appello e per gli avvisi che devono esser fatti ai difensori e all'imputato, ex art. 613, comma 4, cpp.

Alla scadenza del termine, la corte pronuncia sentenza di improcedibilità che, una volta definitiva, «travolge la sentenza impugnata, sia essa di condanna o di assoluzione»²⁷.

6.3. *La proroga del termine*

Il giudice può disporre una *proroga del termine* (nella misura massima di un anno per l'appello e di sei mesi per la cassazione, così da giungere rispettivamente a tre anni e a due anni), ma deve trattarsi di

giudizi *particolarmente complessi*, in ragione del numero delle parti o delle imputazioni o del numero o della complessità delle questioni di fatto o di diritto da trattare.

Contro l'ordinanza che dispone la proroga, l'imputato e il suo difensore possono proporre entro cinque giorni un *ricorso per cassazione*, privo di effetto sospensivo, che dovrà essere deciso entro trenta giorni e, se respinto, non potrà più essere riproposto con l'impugnazione della sentenza. Sembra potersi arguire che questa possibilità di ricorso esista solo con riferimento alla proroga disposta nella fase di appello e non a quella emessa dalla stessa Cassazione, in relazione a un processo avanti a lei pendente.

Qualora la Cassazione pronunci sentenza di annullamento (e fatti salvi i casi di passaggio in giudicato delle parti della sentenza che non hanno connessione con l'annullamento ex art. 624 cpp), i termini di cui al comma 1 dell'art. 344-bis cpp ricominceranno a decorrere nel *giudizio di rinvio* (a partire dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine di deposito della sentenza previsto dall'art. 617 cpp) e saranno possibili proroghe nel caso di processi particolarmente complessi relativi ai gravi delitti sotto precisati; inoltre, saranno applicabili le disposizioni dei commi 5, 6 e 7 dell'art. 344-bis cpp.

6.4. *Le ulteriori proroghe e i dubbi di costituzionalità*

Ulteriori proroghe rispetto a quella sopra menzionata possono essere concesse quando, *oltre* al requisito della complessità, ricorra *anche* quello della tipologia del reato, e cioè si tratti dei delitti di cui agli artt. 270, comma 3, 306 comma 2, 416-bis, 416-ter e 609-bis nelle ipotesi aggravate di cui agli artt. 609-ter, 609-quater, 609-octies cp, del delitto di cui all'art. 74 Tu n. 309/1990, nonché dei delitti aggravati ai sensi dell'art. 416-bis, comma 1, cp.

Nondimeno, recita il comma 4 dell'art. 344-bis novellato, quando si procede per questi ultimi delitti (puniti con pena diversa dall'ergastolo e commessi avvalendosi delle condizioni dell'art. 416-bis cp - cd. aggravante mafiosa), i periodi di proroga non possono superare complessivamente tre anni nel giudizio

ritardo» (c.vi aggiunti). Inoltre, qualora il *deposito della sentenza avvenga in periodo feriale*, «mentre si applica la sospensione per il termine assegnato alle parti per l'impugnazione della sentenza», ciò non ha «alcuna influenza, in assenza di una diversa previsione di legge, sul computo del periodo di novanta giorni nell'ambito del quale andrà, dunque, considerato anche l'eventuale periodo in cui opera la sospensione feriale dei termini».

26. Per i primi tre anni, in via transitoria, la riforma prevede tre anni di durata per il giudizio di appello e un anno e sei mesi per il giudizio di cassazione per tutti i processi, con possibili proroghe motivate rispettivamente di un anno e di sei mesi, nelle ipotesi di complessità richiamate nel testo.

27. G.L. Gatta, *Prescrizione del reato e riforma della giustizia penale: gli emendamenti approvati dal Governo su proposta della Ministra Cartabia*, in *Sistema penale*, 10 luglio 2021.

di appello e un anno e sei mesi nel giudizio di cassazione (e quindi, per questi soli delitti, si giunge a un termine massimo di sei anni in appello e di tre anni in Cassazione²⁸). Quando si procede invece per gli altri reati sopra menzionati, non è previsto un limite temporale massimo di durata²⁹.

Al di fuori dalle ipotesi disciplinate dal regime transitorio, si delinea quindi un sistema che prevede, a seconda dei reati per cui si procede, un diverso regime di improcedibilità e di durata massima della fase delle impugnazioni e che – per le ragioni che sotto si esporranno – pone qualche dubbio di conformità alla Costituzione:

- per i reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, di associazione mafiosa e di scambio elettorale politico-mafioso, di violenza sessuale aggravata e di traffico di stupefacenti, il termine dei due anni in appello e di un anno in Cassazione può essere prorogato, sempre per ragioni inerenti la complessità del giudizio, con successive proroghe, *senza limiti di tempo*;

- per i delitti aggravati dal metodo mafioso e dall'agevolazione mafiosa ai sensi dell'articolo 416-bis.1, possono essere concesse *proroghe fino a un massimo di tre anni* per l'appello e un anno e sei mesi per il giudizio di legittimità;

- per tutti gli altri reati, è possibile solo una proroga di un anno per il giudizio di appello e di sei mesi per il giudizio in Cassazione: la *durata massima di fase è quindi di tre anni* per l'appello e di un anno e sei mesi per la Cassazione, sempre che ricorrano i motivi di complessità che giustificano la proroga.

Il nostro codice conosce già l'istituto della "proroga di termini massimi", ma con riguardo alla custodia cautelare (art. 305 cpp). Si tratta di un istituto di carattere eccezionale, che può essere attivato solo quando ricorrano simultaneamente i requisiti delle gravi esigenze cautelari, della necessità di procedere ad

accertamenti di particolare complessità, della indispensabilità della protrazione della custodia affinché detti accertamenti possano essere espletati, dovendo il giudice espressamente motivare in relazione a tale ultimo profilo³⁰: è comunque previsto che, con la proroga, non possano essere superati di oltre la metà i termini di fase di cui all'art. 303, comma 1, cpp.

A differenza del nuovo art. 344-bis, l'art. 305 cpp indica alcune ipotesi molto precise, in relazione alle quali è assai limitato l'ambito di discrezionalità del giudice: l'espletamento di una perizia sullo stato di mente dell'imputato, la sussistenza di gravi esigenze cautelari che, in relazione ad accertamenti particolarmente complessi o a nuove indagini disposte dal pm ai sensi dell'art. 415-bis, comma 4, cpp, rendano indispensabile il protrarsi della custodia. La *valutazione della complessità* si riferisce quindi agli accertamenti³¹ e non, come nell'art. 344-bis novellato, al giudizio di impugnazione nel suo complesso. È ben vero che la norma introdotta dalla riforma fornisce degli indicatori su cui parametrare il giudizio di complessità (numero delle parti o delle imputazioni; numero o complessità delle questioni di fatto o di diritto da trattare), ma si tratta di indicazioni generiche e non viene seriamente vincolata la discrezionalità della corte nel valutare i parametri della complessità.

In questo modo, è concreto il rischio che il giudice diventi l'arbitro ultimo dei tempi del processo, mentre secondo l'art. 111, comma 2, Costituzione è la legge che deve assicurarne la ragionevole durata³² e fissarne in modo tassativo la cornice temporale a seconda della gravità dei reati e della complessità dei relativi giudizi. Come ha recentemente affermato la Corte costituzionale³³, «è il legislatore che – secondo scelte di politica criminale legate alla gravità dei reati – valuta l'affievolimento progressivo dell'interesse della collettività alla punizione del comportamento penalmente illecito e determina quando il decorso del tempo, in

28. Vds., in questo senso, le *Schede di lettura* del Senato, *cit.*

29. In questo senso, *ivi*, p. 124.

30. Vds. sez. VI, 5 dicembre 2019, n. 434 (dep. 9 gennaio 2020), Rv. 278214.

31. La giurisprudenza ha precisato che tale giudizio di complessità deve essere collegato al fatto che gli accertamenti ancora da espletare, o in corso di espletamento, non siano esauribili nei termini ordinari di durata delle indagini, proprio perché particolarmente complessi; tra le attività investigative di particolare complessità, ha compreso anche le eventuali attività valutative di un'ingente mole di documenti sequestrati e quelle dirette a rendere utilizzabili, nella successiva fase dibattimentale, i risultati delle indagini svolte – sez. II, 8 marzo 2013, n. 12811 (dep. 19 marzo 2013), Rv. 255549. La complessità degli accertamenti deve essere comunque accompagnata dalla necessità di ricercare un giusto temperamento tra le opposte esigenze del diritto alla libertà dell'imputato, oltre i termini prefissati di durata massima della custodia cautelare, e della tutela della collettività, in presenza di concrete peculiarità dell'indagine processuale – sez. VI, 20 aprile 1999, n. 1434 (dep. 06 ottobre 1999), Rv. 214784. Sui criteri di valutazione della "particolare complessità" e per un raffronto con gli altri istituti che si fondano sulla "complessità del procedimento", vedi le interessanti considerazioni della *Relazione* del Massimario della Cassazione, *cit.*, pp. 22 ss.

32. Così N. Rossi, *Lasciar decidere al giudice sulla durata dei processi: cancellate quest'assurdità, Il Dubbio*, 3 agosto 2021.

33. C. cost., n. 140/2021 (*Gazzetta ufficiale* del 7 luglio 2021, n. 27), riguardante la costituzionalità dell'art. 83, comma 9, dl 17 marzo 2020, n. 18, che prevede la sospensione del corso della prescrizione per il tempo in cui i procedimenti penali sono rinviati ai sensi del comma 7, lett. g.

riferimento ad ogni fattispecie di reato, ne comporti l'estinzione» e stabilisce la «durata, per così dire “tabellare”, prevista in generale dall'art. 157 cod. pen». A ben vedere, la Corte si riferisce in questo caso all'istituto della prescrizione, che attiene al diritto sostanziale e non a quello processuale della improcedibilità, però la Consulta amplia le sue riflessioni anche agli aspetti processuali che hanno ricadute sostanziali sul termine entro cui si può giudicare un reato, e afferma che «una persona accusata di un reato deve poter conoscere *ex ante* (ossia al momento della commissione del fatto) sia la fattispecie di reato, sia l'entità della pena con proiezione, entro certi limiti, anche alle modalità della sua espiazione in regime carcerario (sentenza n. 32 del 2020), sia la durata della prescrizione (art. 157 cod. pen.). (...) Ciò comporta – come già rilevato – non già l'esatta prevedibilità *ex ante* del *dies ad quem* in cui maturerà la prescrizione e il reato sarà estinto (...) ma la *predeterminazione per legge del termine entro il quale sarà possibile l'accertamento nel processo, con carattere di definitività, della responsabilità penale*».

Alla luce delle indicazioni della Corte, può dirsi che la valenza sostanziale della prescrizione, mediata dalla regola processuale dell'improcedibilità introdotta dall'art. 344-bis cpp, ricade comunque nell'area di applicazione del principio di legalità, il quale richiede che, incidendo sulla possibilità di giudicare un determinato reato, l'improcedibilità sia determinata nei suoi elementi costitutivi, sì da assicurare un sufficiente grado di conoscenza o di conoscibilità.

Quale grado di conoscibilità può avere *a priori* un imputato, riguardo alle situazioni che potranno giustificare una o più proroghe della durata del processo, se la formulazione dei criteri di valutazione della complessità è assolutamente generica? Quanto al numero di parti, è evidente che lo stesso reato commesso dal medesimo numero di imputati e con il medesimo numero di parti civili potrà essere valutato complesso o meno, a seconda che venga giudicato nell'una o nell'altra corte d'appello, a seconda della sussistenza di condizioni non facilmente ponderabili *a priori*, quali le risorse umane e l'arretrato pendente nell'ufficio, che consentano di celebrare celermente quel processo. Quanto al numero di imputazioni, una serie innumerevole di imputazioni per reati seriali può non determinare la stessa complessità di poche imputazioni per un reato associativo o socioeconomico, difficile da approfondire sotto il profilo probatorio; e non è valutabi-

le oggettivamente neppure l'aspetto relativo al numero o alla complessità delle questioni di fatto o di diritto da esaminare, che rischia di creare forti disuguaglianze di trattamento tra chi è giudicato da un collegio composto da magistrati di grande esperienza, piuttosto che da magistrati meno esperti nella materia da trattare.

Inoltre, non sembra sia stato previsto un termine massimo insuperabile per le proroghe relative alle tipologie di reato previste dal comma 4 dell'art. 344-bis cp (è previsto un “tetto” alla durata complessiva delle proroghe per il solo caso dei reati aggravati ai sensi dell'art. 416-bis.1 cp³⁴).

Ci si domanda quindi se l'istituto della proroga, singola o plurima, senza la previsione di un termine massimo per alcuni gravi reati, troppo incerto nel “se”, nel “per quanto tempo” e nel “per quali tipologie di processi in relazione ai criteri dettati dall'art. 344-bis cpp”, non venga a ledere oltre al principio della ragionevole durata del processo che il legislatore deve “assicurare”, cui si ispira pure la riforma, anche quelli di legalità e di uguaglianza tra gli imputati giudicati per gli stessi reati da corti diverse³⁵.

I principi delineati nel nuovo art. 344-bis entreranno in vigore il 19 ottobre 2021, prima che venga esercitata la delega da parte del Governo in relazione ai punti di cui all'art. 1. In assenza di una “correzione di rotta” da parte del legislatore, bisogna sperare in un'attività interpretativa giurisprudenziale precisa e uniformatrice, che costituisca un serio vincolo per l'esercizio della discrezionalità dei magistrati delle corti d'appello, in ordine alla concessione o meno delle proroghe e alla durata delle stesse.

7. Rapporti tra l'improcedibilità dell'azione penale e l'azione civile esercitata nel processo penale

Il comma 13, lett. d, delega al Governo la disciplina dei rapporti tra l'improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione e l'azione civile esercitata nel processo penale, nonché i rapporti tra la medesima improcedibilità dell'azione penale e la confisca disposta con la sentenza impugnata; invita quindi ad adeguare la disciplina delle impugnazioni per i soli interessi civili, assicurando una regolamentazione coerente della materia.

34. In questo senso, vds. A. Spataro, *La riforma, op. cit.*

35. Aspetti di criticità sotto il profilo costituzionale vengono evidenziati anche dalla *Relazione* del Massimario, *cit.*, p. 21, secondo cui «dalla mera lettura della norma emergono una pluralità di problematiche, essenzialmente collegate al deficit di tassatività del parametro di valutazione al quale ancorare la necessità della proroga, nonché alla notevole diversità di regime tra reati “ordinari” e reati per i quali le proroghe sono potenzialmente *sine die*. Si tratta di questioni che, peraltro, potrebbero presentare aspetti di criticità sotto il profilo dei principi costituzionali, nella misura in cui si consideri che, mediante una valutazione fondata su criteri non particolarmente stringenti, è rimessa al giudice che procede la possibilità di incidere in maniera determinante sulla durata del giudizio e sul conseguente accertamento del reato».

Le persone offese costituite parte civile, il più delle volte, rimangono sconcertate di fronte alla pronuncia in appello di una sentenza di non doversi procedere, che riforma una condanna di primo grado, contenente anche disposizioni a loro favore, quali la condanna al risarcimento del danno o alle restituzioni, e non per questioni attinenti a una diversa valutazione delle prove, bensì unicamente per il decorso del tempo. Ai sensi dell'art. 578 cpp, il giudice d'appello che dichiara ndp per estinzione del reato per prescrizione o amnistia è tenuto, però, a decidere sull'impugnazione quanto ai soli aspetti civili, e potrà confermare o riformare la sentenza solo con riguardo alle questioni civilistiche. Più volte la giurisprudenza di merito ha dubitato dell'opportunità di lasciare al giudice penale questa competenza anche dopo l'estinzione del reato, ritenendo che sarebbe stato più logico che in questo caso la competenza a decidere passasse al giudice civile. Ma la Cassazione ha ribadito che, nell'ipotesi in cui, a seguito di appello proposto dall'imputato, il giudice dichiara non doversi procedere per intervenuta prescrizione, l'accertamento giudiziale deve proseguire ai soli fini dell'accertamento della responsabilità civile, ai sensi dell'art. 578 cpp, *secondo le regole e le garanzie del processo penale e davanti al collegio penale*³⁶.

Con la legge n. 134 si è voluto invece – con una modifica immediatamente precettiva – ampliare la rubrica dell'art. 578 cpp e aggiungere un comma 1-bis, secondo cui il giudice dell'impugnazione, nel dichiarare l'improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di durata massima di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 344-bis cpp, in relazione a un processo in cui è stata pronunciata condanna anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato, a favore della parte civile, rinvia per la prosecuzione al giudice civile competente per valore in grado di appello, che deciderà valutando le prove acquisite nel processo penale.

Il novellato articolo 578 cpp (così come il nuovo art. 344-bis cpp) si applica solo ai reati commessi dopo il 1° gennaio 2020 (vds. art. 2, comma 3) e, se i relativi procedimenti saranno già pervenuti al giudice

dell'impugnazione, i termini massimi decorreranno dal 19 ottobre 2021, data di entrata in vigore della legge che introduce la nuova ipotesi di improcedibilità. L'intento della riforma è quello di concludere definitivamente il processo penale ed evitare un sovraccarico di lavoro presso la corte penale, impedendo la prosecuzione di un giudizio di appello che già si è protratto per più di due anni senza arrivare a una decisione sugli aspetti penalistici³⁷. Si è voluto, quindi, sollevare il giudice penale da un accertamento spesso non semplice sulle questioni civilistiche e non far gravare sulla parte civile un obbligo di riassunzione della causa davanti al giudice civile. La mancata estensione dello spostamento di competenza al giudice civile, anche nell'ipotesi di prescrizione o amnistia, può giustificarsi con il fatto che, una volta a regime, i processi pendenti in appello per reati commessi dopo il 1° gennaio 2020 non si prescriveranno più e quindi non sarà ad essi applicabile il comma 1 dell'art. 578 cpp, bensì unicamente il comma 1-bis, nell'ipotesi di superamento dei termini massimi di durata della fase di impugnazione. E in questo caso, allora, sarà il giudice civile a doversi occupare delle questioni civilistiche.

Il tema dei rapporti tra l'improcedibilità dell'azione penale e la confisca disposta con la sentenza impugnata, già oggetto di ampio dibattito in giurisprudenza e in dottrina, dovrà essere affrontato dal Governo, ai sensi del comma 13, lett. d, sia con riguardo alla confisca ex art. 240 cp, che a quella «in casi particolari» di cui all'art. 240-bis, oggetto della novella del 2018.

8. La giustizia riparativa e le “soft skills”³⁸ del magistrato

Le disposizioni riguardanti la giustizia riparativa³⁹ costituiscono una delle innovazioni più significative e importanti della riforma, che, se adeguatamente assistita da un ingente investimento di risorse umane specializzate e materiali, se accompagnata da un mutamento della mentalità plurisecolare dell'opinione pubblica sulla valenza del principio biblico “occhio

36. Vds., tra le altre, sez. II, 10 maggio 2017, n. 28959 (dep. 9 giugno 2017), Rv. 270364.

37. Vds., in questo senso, G.B. Tona, *Se scatta l'improcedibilità in appello nuova causa civile per i danni da reato*, *Il Sole 24 ore*, 27 settembre 2001 (<https://ntplusdiritto.ilssole24ore.com/art/se-scatta-l-improcedibilita-appello-nuova-causa-civile-i-danni-reato-AEw11ak>), secondo il quale si sono volute così contemperare le ragioni della parte civile che ha scelto di far valere nel processo penale le proprie pretese e quelle dell'imputato, che matura il diritto a ottenere una dichiarazione di improcedibilità, attraverso il transito del residuo contenzioso dinanzi al giudice civile competente.

38. Con questo termine ci si riferisce generalmente alle “competenze trasversali”, cioè a quelle abilità personali diverse dalle competenze giuridiche e tecnico-scientifiche (*hard skills*): tra queste, le capacità comunicative e di ascolto, le sensibilità etiche, le capacità gestionali, di risoluzione dei problemi, di adattamento alle nuove realtà. Con riferimento alla figura del magistrato, si rinvia all'interessante articolo di R. Russo, *Ruolo del giudice, soggetti vulnerabili e soft skills*, in *Giustizia insieme*, 17 dicembre 2019.

39. Il comma 18, lett. a, b, c ed e, invita il Governo a: introdurre, nel rispetto della direttiva UE 2012 sulle vittime di reato e dei principi sanciti a livello internazionale, una disciplina organica della giustizia riparativa quanto a nozione, principali programmi, criteri di accesso, garanzie, persone legittimate a partecipare, modalità di svolgimento dei programmi e valutazione dei suoi esiti, nell'interesse

per occhio, dente per dente”, se attuata con intelligenza e passione da tutti gli attori del processo, opportunamente formati, potrà veramente cambiare le prospettive dell’esecuzione della pena ed attuare il principio costituzionale della finalità rieducativa.

Il tema è ampiamente trattato nel presente fascicolo da Marco Bouchard e Fabio Fiorentin, al cui contributo faccio rinvio. Mi preme qui sottolineare alcuni aspetti più generali, attinenti alla possibilità di iniziare percorsi di giustizia riparativa anche nella fase della cognizione e alla formazione del magistrato.

È veramente importante che l’accesso ai programmi di giustizia riparativa sia consentito non solo in fase esecutiva, dopo il passaggio in giudicato della sentenza, e non solo in relazione ai reati di minore gravità di competenza del giudice di pace o a quelli commessi da minorenni, ma riguardi tutti gli imputati e tutti i reati, in ogni stato e grado del procedimento, come prescrive il comma 18. Il dialogo tra vittima e offensore non può essere riservato solo alla fase esecutiva.

L’esperienza di altri Paesi che hanno introdotto una disciplina specifica sulla giustizia riparativa (in particolare, il Belgio⁴⁰) evidenzia che, ben prima che intervenisse una normativa nazionale a regolare la materia, i pubblici ministeri e i giudici suggerivano o ricorrevano a istituti di giustizia riparativa anche nella fase della cognizione, e in qualche modo tenevano conto degli elementi positivi che nascevano dai percorsi con il riconoscimento di attenuanti o la derubricazione

degli illeciti, o una più mite determinazione della pena. Del resto, anche in Italia l’esperienza dei primi anni di applicazione dell’istituto della messa alla prova – che pur mancando di alcuni presupposti della giustizia riparativa, quali la volontarietà e la partecipazione della vittima del reato, ha però finalità e connotati simili⁴¹ – ha dimostrato che un approccio riparativo, e in taluni casi anche l’incontro riparativo con la vittima, ben possono avvenire con successo fin dall’inizio delle indagini e lungo tutto l’arco del processo.

La “riforma Cartabia” si è certamente giovata dell’esperienza di altri Paesi⁴², non solo europei, ladove ha previsto (comma 18, lett. c) che in ogni stato e grado del procedimento penale e durante l’esecuzione della pena sia la stessa autorità giudiziaria a prendere una iniziativa diretta a proporre la mediazione, dopo una positiva valutazione sull’utilità del programma e previo consenso libero e informato delle parti⁴³. L’informazione che la parte, necessariamente, deve ricevere dal magistrato fin dall’inizio delle indagini apre uno sguardo su prospettive parallele rispetto a quella strettamente processuale: prospettive che magari le parti non sono in grado di affrontare nell’immediatezza del fatto-reato, ma che è bene vengano delineate fin da subito, per favorire una loro graduale maturazione nel tempo.

La possibilità di intraprendere un incontro tra reo e vittima dipende, oltre che dalla situazione personale delle parti, anche dal crimine, dal luogo e tempo

della vittima, previa definizione della stessa, e dell’autore del reato; prevedere la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento penale e durante l’esecuzione della pena, su iniziativa dell’autorità giudiziaria competente, senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità, sulla base del consenso libero e informato della vittima del reato e dell’autore del reato e della positiva valutazione da parte dell’autorità giudiziaria dell’utilità del programma in relazione ai criteri di accesso definiti ai sensi della lett. a.

40. Con legge del 22 giugno 2005, il Belgio ha introdotto disposizioni relative alla mediazione nel «Titolo preliminare» del «Codice di procedura penale» e nel «Codice di istruzione criminale»; in Irlanda, nel 2017, è stato adottato il «*Victims of Crime Act*»; per quanto riguarda le disposizioni adottate in Scozia, si rinvia alla «*Scottish Government Guidance for the Delivery of Restorative Justice in Scotland*» del 2019 (www.gov.scot/publications/guidance-delivery-restorative-justice-scotland/pages/2/); per una disamina, peraltro risalente al 2015, delle «*implementation strategies and outcomes in 36 European Countries*», si rinvia a F. Dünkel - J. Grzywa-Holten - P. Horsfield (a cura di), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters* (nell’ambito del progetto finanziato dal *Criminal Justice Programme of the European Union*), Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach (DE), 2015.

41. La giustizia riparativa è la giustizia dell’incontro volontario e non solo la giustizia della riparazione, perché la riparazione è solo un risultato eventuale e non indispensabile del percorso dell’incontro; non è l’attività conciliativa svolta tra querelante e querelato dal giudice, che non può essere comunque un buon mediatore, rappresentando il ruolo ben differente del giudice, qualora la conciliazione non riesca. La giustizia riparativa deve avvenire in presenza di un terzo indipendente. Non è la messa alla prova, a cui il più delle volte l’imputato si sottopone per evitare la condanna e che non presuppone l’incontro con la vittima diretta o mediata; e non è neppure il lavoro di pubblica utilità che, anch’esso, non presuppone alcun incontro; entrambi, inoltre, non hanno il requisito della confidenzialità; e ancora non è il risarcimento del danno (o la riparazione pecuniaria), che può essere compiuto anche da una terza persona (ad esempio, l’assicurazione) per conto dell’imputato; non sono le attività socialmente utili o i percorsi di recupero previsti dall’art. 165 cp, cui può essere subordinata la concessione della sospensione condizionale della pena per certi reati, e neppure l’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, presupposto per ottenere l’oblazione condizionata (art. 162- bis cp).

42. La *Relazione finale* della Commissione Lattanzi cita (vds. p. 73) la *normativa irlandese* («*Victims of Crime Act*», 2017) che, in particolare alla sez. 26 («*Restorative Justice*»), prevede una norma generale lineare e completa sulla giustizia riparativa.

43. Ad esempio, in Belgio, l’art. 553, § 2 della legge 22 giugno 2005 introduce la mediazione «in ogni fase della procedura penale e dell’esecuzione della pena» e prevede che siano proprio il pubblico ministero, il giudice istruttore e il giudice ad *attivarsi* affinché le parti coinvolte in una procedura giudiziaria siano informate sulla possibilità di chiedere una mediazione; prevede inoltre che, nella misura in cui gli stessi magistrati lo ritengono opportuno, essi possano proporre una mediazione alle parti.

di commissione del reato, dalla fase processuale, dal “momento opportuno” che anche il magistrato, con la sua sensibilità, può cogliere.

Con riferimento alle *indagini preliminari*, ho percepito perplessità da parte degli uffici di procura non minorile, in quanto si ritiene che sia preliminare, rispetto alla mediazione, un accertamento del fatto. Si ritiene anche che vi sia il rischio che l’inizio di un percorso riparativo tra reo e vittima, in questa prima fase, possa comportare un inquinamento probatorio (soprattutto per l’ipotesi in cui la giustizia riparativa non abbia esito positivo e si debba proseguire il processo), o addirittura possa comportare la non emersione di fatti-reato per i quali, invece, sarebbe obbligatorio esercitare l’azione penale: e ciò anche per la confidenzialità che deve caratterizzare i percorsi riparativi, tale per cui tutto quanto viene detto durante l’incontro, da un lato, non può essere utilizzato a fini penali; dall’altro lato, è però idoneo a modificare l’intimo delle persone e a incidere sui contenuti del loro successivo esame in qualità di testimoni o di indagati, nel momento in cui venissero esaminati nel processo. Inoltre, molti indagati, fino a quando non hanno la certezza della sussistenza di prove decisive nei loro confronti, confidano in un’archiviazione o assoluzione e non sono minimamente incentivati ad accedere a un percorso riparativo.

Ma quando si arriva alla *fase del giudizio* (come l’esperienza della messa alla prova dimostra), gli spazi per l’inizio di percorsi riparativi che abbiano successo non mancano. In particolare, nella fase di appello, che si svolge in genere a una notevole distanza rispetto al fatto (distanza che consente a reo e vittima di ripensare agli eventi, di attenuare i primi violenti sentimenti dell’ingiustizia subita o del danno recato, di lenire la sofferenza), ho spesso trattato casi⁴⁴ in cui ho percepito l’esistenza di uno spazio per un incontro reo-vittima e per l’inizio di un percorso riparativo. In questi casi, l’ho suggerito alle parti, tramite i loro difensori, come percorso parallelo rispetto a quello giudiziario, perché poteva condurli a un risultato insperato in termini rieducativi e di riappacificazione con se stessi e con l’altro: risultato che gli esiti del processo non avrebbero potuto dare alle parti. A mio parere, vi può essere uno spazio di intervento anche in caso di proscioglimento (si pensi alle ipotesi di applicazione dell’art. 131-*bis* cp, in cui l’offesa è di particolare tenuità, quando un danno, pur piccolo, è stato causato alla vittima o alla società).

Se è vero che questi percorsi devono essere attivati fuori dal processo penale e seguiti nei centri di giustizia riparativa e da mediatori adeguatamen-

te formati, è anche vero che al magistrato è richiesto un atteggiamento nuovo che gli consenta di tenere in maggiore equilibrio i bisogni delle vittime e del reo, di guardare loro come soggetti capaci di incontrarsi e di comprendere e, forse, anche risolvere i loro conflitti. Non si tratta quindi di avere dei magistrati mediatori, perché la mediazione non può che attuarsi davanti a un soggetto “terzo”: si tratta piuttosto di iniziare a ragionare in un’ottica che valorizza le persone, parti del processo, e che consente di percepire, in taluni casi, l’esistenza di uno spazio per un incontro tra autori, vittime e comunità – anch’esse, spesso, lese gravemente dal delitto – con un approccio diverso e complementare rispetto a quello della giustizia tradizionale, che mira a recuperare ciò che il reato ha offeso. Del resto, l’art. 29, comma 4 del d.lgs n. 274/2000 già conferisce al giudice di pace la facoltà, anche di propria iniziativa, di inviare le parti alla mediazione esterna di centri e strutture pubbliche e private presenti sul territorio, al fine di favorire una conciliazione tra le parti laddove vi sia una possibilità di incontro.

Attivando le sue “*soft skills*”, la capacità di ascoltare e comprendere cosa veramente è successo alle parti e alla comunità, di capire quali danni il reato ha causato alla vittima e quali sono le sue esigenze, quale comportamento l’imputato ha tenuto dalla commissione del reato in poi, il magistrato può favorire un percorso di mediazione.

Quest’ulteriore compito del magistrato non è certamente facile e non sempre è compatibile con il suo carico di lavoro: perché, ad esempio, sentire personalmente la persona offesa – anziché delegarne l’esame alla polizia giudiziaria – anche su aspetti attinenti al danno materiale e soprattutto morale che il reato le ha causato, e non solo al fine di acquisire elementi utili per l’accertamento del fatto, comporta un impegno lavorativo non da poco per un pm. E per il giudice può essere talora difficile svolgere tale attività mantenendo un’immagine di terzietà.

I magistrati che si occupano di questioni minori o della famiglia e delle persone sono già abituati a usare queste competenze trasversali. Ora, anche il giudice penale “ordinario” dovrà prendere conoscenza di aspetti che non sono solo quelli strettamente tecnici e giuridici del reato e magari dovrà entrare in relazione con gli altri attori che partecipano al processo di giustizia riparativa: le reti di soccorso alle vittime, i centri di mediazione e giustizia riparativa, etc. E ciò perché la giustizia riparativa è un “servizio” che deve poter essere accessibile a tutti, anche se non può assolutamente essere imposto a nessuno.

44. Ricordo, ad esempio, casi di diffamazione a mezzo stampa, di colpa professionale medica, di maltrattamenti in famiglia e anche casi di delitti gravissimi contro la persona.

È ben possibile che per determinate categorie di reato, in particolare i reati patrimoniali o cd. “d’impresa”, che pure tanta sofferenza provocano alle persone offese⁴⁵, più che la mediazione tra le persone prevista dalla riforma possano esser valorizzate – anche ai fini previsti della valutazione di cui all’art. 1, comma 18, lett. e della riforma – condotte riparative quali quelle previste dalla legge n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche⁴⁶: ad esempio, la messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca, l’eliminazione di conseguenze dannose o pericolose del reato, l’eliminazione delle carenze organizzative o di sicurezza degli ambienti di lavoro che hanno determinato alcuni reati. Si tratta di programmi differenti da quello che prevede l’incontro tra reo e vittima, anche “indiretta” o “surrogata”⁴⁷, anche se questi percorsi potrebbero «trarre grande beneficio dal supporto di facilitatori esperti e dagli strumenti della Giustizia Riparativa, sia per favorire un *dialogo costruttivo* tra l’ente, le vittime, eventuali rappresentanti della comunità o enti e associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, sia per rappresentare in seguito all’autorità procedente che le iniziative remediali sono state assunte coinvolgendo effettivamente i titolari dei beni giuridici offesi dal reato»⁴⁸ (c.vo aggiunto).

Non è sempre facile per un giudice penale tenere insieme la fedeltà al proprio ruolo e lo “sporgersi” verso qualcosa che non è più solo diritto, l’attivare una sorta di «empatia giudiziaria *praeter legem*», come l’ha chiamata Elvio Fassone, parlando dell’etica del magistrato ai magistrati in tirocinio⁴⁹: una capacità

che riguarda le sue competenze non tecniche e le interdipendenze con le conoscenze scientifiche. Inoltre, il giudice penale si occupa in principalità di accertare la sussistenza del reato e la responsabilità dell’autore dello stesso, mentre la giustizia riparativa mette in rilievo soprattutto il danno che il reato ha determinato e le conseguenze che dallo stesso sono derivate. La formazione dovrà quindi aiutare il magistrato ad approfondire anche questi aspetti e a coltivare le sue competenze trasversali.

Quanto agli esiti del percorso e alla loro incidenza sul processo penale, la legge delega invita il Governo a prevedere sia che l’esito favorevole dei programmi di giustizia riparativa possa essere valutato nel procedimento penale e in fase di esecuzione della pena, sia che l’impossibilità di attuare un programma di giustizia riparativa o il suo fallimento non producano effetti negativi a carico della vittima del reato o dell’autore del reato nel procedimento penale o in sede esecutiva.

Si può pensare ad attenuanti, a riduzioni di pena, a benefici premiali o addirittura a ipotesi di estinzione del reato, come avviene per le oblazioni condizionate.

Ma certamente la legge non potrà mai determinare in modo tassativo quali devono essere gli effetti positivi della giustizia riparativa sulla decisione, perché resta necessariamente al giudice uno spazio di discrezionalità nel valutarli e nel commisurarli al caso concreto. E il giudice, anche su questo fronte, deve essere formato ad esercitare la sua discrezionalità e ad essere il *garante del rispetto delle garanzie procedurali e dell’incorporazione, nella sua decisione, dei risultati positivi del percorso*.

45. Si rinvia, sul punto, alle *Linee guida per la valutazione individuale dei bisogni delle vittime di corporate violence*, maggio 2017 (<https://publicatt.unicatt.it/retrieve/handle/10807/104103/165196/Linee%20guida%20valutazione%20individuale%20bisogni%20ovitime%20corp.violence.ITA.2017.pdf>), e alle *Linee guida nazionali per la polizia giudiziaria, le Procure della Repubblica e i magistrati giudicanti*, luglio 2017 (https://asgp.unicatt.it/asgp-VicCorpLinee_guida_pg_pm_e_giudicanti2017.pdf), redatte a conclusione del progetto europeo sulla direttiva UE n. 29/2012 sulle vittime.

46. Molto interessante, su questo tema, è l’articolo di D. Stendardi, *Disposizioni del D. Lgs. 231/2001 a matrice riparativa e possibili intrecci con gli strumenti tipici della Restorative Justice*, in *Giur. pen.*, n. 4/2020, pp. 10 ss., nel quale si precisa che il d.lgs n. 231/2001 ha promosso un rovesciamento di prospettiva per molti versi affine a quello proposto dalla *restorative justice*: il decreto, infatti, scommette su un progetto di prevenzione orientato non alla punizione, bensì alla *compliance*.

47. Laddove la persona offesa dal reato non sia disponibile a un percorso di giustizia riparativa con l’autore del reato, oppure non sia più in vita o reperibile, può essere attivata la mediazione con la vittima di un altro reato simile (ad esempio, la vittima di un altro scippo) o con un rappresentante della comunità lesa dal reato (ad esempio, il sindaco della città in cui l’autore ha imbrattato i muri delle case e gli edifici pubblici). Si legge, in proposito, nella *Relazione finale* della Commissione Lattanzi (p. 72): «la Raccomandazione del Consiglio d’Europa CM/Rec(2018)8 afferma che: “La giustizia riparativa prende sovente la forma di un dialogo (diretto o indiretto) tra la vittima e l’autore dell’illecito, e può anche includere, eventualmente, altre persone direttamente o indirettamente toccate da un reato. Ciò può comprendere persone che sostengono le vittime o gli autori dell’illecito, operatori interessati e membri o rappresentanti delle comunità colpite” (paragrafo 4)».

48. Così D. Stendardi, *Disposizioni, op. cit.*, p. 14. L’A. cita numerose pronunzie della Cassazione, che hanno affermato, anche con riferimento a queste attività riparative, la *necessità di includere e interpellare i soggetti lesi dal reato* per definire le attività riparative previste dal d.lgs n. 231/2001 ai fini del contenimento delle sanzioni a carico dell’ente.

49. Di quella bellissima relazione, tenuta nel 2015 presso la Ssm. Ho solo qualche appunto, ma ricordo che Fassone parlò di un’istanza etica che suggerisce al magistrato, nel proprio comportamento, di andare «al di là di quanto prescritto» dall’ordinamento giudiziario e dai codici etici, ed esortò i giovani magistrati a «fare molto di più del nostro dovere» e a «sentire la sorte delle persone come propria».

Appunti sulla disciplina dell'improcedibilità per irragionevole durata dei giudizi di impugnazione

di Aniello Nappi

Per superare le polemiche suscitate dalla riforma della prescrizione attuata con la legge n. 3/2019 – che disponeva la definitiva sospensione del relativo termine dopo la pronuncia della sentenza di primo grado –, la legge n. 134/2021 stabilisce che il corso della prescrizione del reato cessi definitivamente con la pronuncia della sentenza di primo grado, prevedendo però termini di durata massima dei giudizi di impugnazione, superati i quali si determina l'improcedibilità dell'azione penale. La soluzione non è priva di incoerenze, ma l'equilibrio faticosamente raggiunto ha una sua ragionevolezza. Nell'articolo si esaminano alcuni problemi interpretativi che si porranno con la novella; essi esigono una soluzione condivisa, onde evitare che applicazioni contraddittorie comportino danni irreparabili.

1. La legge 27 settembre 2021, n. 134 e il diritto alla ragionevole durata del processo / 2. Il concorso tra la causa di improcedibilità ex art. 344-bis cpp e le cause di proscioglimento previste dall'art. 129 cpp / 3. La sopravvenuta improcedibilità ex art. 344-bis cpp e il giudicato parziale / 4. I problemi interpretativi relativi alla disciplina transitoria

1. La legge 27 settembre 2021, n. 134 e il diritto alla ragionevole durata del processo

La riforma della prescrizione attuata con la legge 9 gennaio 2019, n. 3, che disponeva la sospensione del relativo termine dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, aveva suscitato forti polemiche.

Infatti, nella nostra esperienza giudiziaria, la prescrizione del reato funge di fatto da limite temporale dei processi, le cui cadenze vengono programmate appunto in ragione dell'esigenza di concludere il giudizio prima che il reato si estingua, ove possibile.

La sospensione del corso della prescrizione dopo la sentenza di primo grado evitava, così, che si concludesse con un sostanziale *non liquet* un processo già pervenuto a una prima decisione sul merito, ma comportava la conseguenza di privare di fatto di un predeterminato limite di durata i processi penali¹.

Un intento di contemperamento tra le opposte esigenze ha condotto, con la legge 27 settembre 2021, n. 134, alla conclusione per cui, ribadito più chiaramente che il corso della prescrizione del reato cessa definitivamente – non è solo sospeso – con la pronuncia della sentenza di primo grado (art. 161-bis cp), si sono previsti termini di durata massima dei giudizi

* Il presente contributo è stato pubblicato in anteprima su *Questione giustizia online* il 9 dicembre 2021 (www.questionegiustizia.it/articolo/appunti-sulla-disciplina-dell-improcedibilita-per-irragionevole-durata-dei-giudizi-di-impugnazione).

1. A. Nappi, *Prescrizione e ragionevole durata del processo*, in *Giustizia insieme*, 23 marzo 2020.

di impugnazione, la cui violazione comporta l'improcedibilità dell'azione penale (art. 344-bis cpp). Ma, anche in questa articolazione delle due prospettive, non mancano le incoerenze.

Sono infatti incompatibili con la logica della durata ragionevole del processo sia la previsione che la violazione dei termini massimi di durata non rileva, e dunque «la declaratoria di improcedibilità non ha luogo quando l'imputato chiede la prosecuzione del processo» anche oltre il prescritto termine (art. 344-bis, comma 7, cpp), sia la previsione che l'improcedibilità per durata irragionevole del processo non opera per i delitti puniti con l'ergastolo, indipendentemente dalla complessità dell'accertamento (art. 344-bis, comma 9, cpp).

Infatti il diritto alla ragionevole durata del processo è ovviamente riconosciuto dalla legge 24 marzo 2001, n. 89, anche all'imputato di un reato punito con l'ergastolo, e la richiesta dell'imputato di prosecuzione del processo oltre i termini imposti dall'art. 344-bis non esclude il diritto della parte civile «alla ragionevole durata del processo, con le connesse conseguenze indennitarie in caso di violazione»².

Tuttavia, l'equilibrio faticosamente raggiunto ha una sua ragionevolezza.

L'art. 344-bis cpp prevede che costituisce causa di improcedibilità dell'azione penale la mancata definizione, con la lettura del dispositivo della decisione, entro il termine di due anni del giudizio di appello (art. 344-bis, comma 1, cpp), oltre che del giudizio conseguente all'annullamento della sentenza con rinvio al giudice competente per l'appello (art. 344-bis, comma 8 cpp), e la mancata definizione del giudizio di cassazione entro il termine di un anno (art. 344-bis, comma 2, cpp): termini che decorrono dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine per il deposito della motivazione della sentenza previsto per il giudizio d'appello dall'art. 544 cpp, come eventualmente prorogato ai sensi dell'art. 154 disp. att. cpp, e per il giudizio di cassazione dall'art. 617, comma 2, cpp (art. 344-bis, comma 8, cpp).

Ma sono previste proroghe diversificate in ragione della gravità dei reati, quando «il giudizio di impugnazione è particolarmente complesso, in ragione del numero delle parti o delle imputazioni o del numero o della complessità delle questioni di fatto o di diritto

da trattare», con la conseguenza che, per i reati aggravati ai sensi dell'art. 416-bis.1, comma 1, cp, la durata massima del giudizio può determinarsi in complessivi cinque anni in appello e in complessivi due anni e sei mesi in cassazione.

Tre dei molti problemi interpretativi che la nuova disciplina certamente porrà³ paiono esigere una urgente soluzione condivisa, onde evitare che applicazioni contraddittorie comportino danni irreparabili.

2. Il concorso tra la causa di improcedibilità ex art. 344-bis cpp e le cause di proscioglimento previste dall'art. 129 cpp

Viene innanzitutto in rilievo il caso del concorso tra la causa di improcedibilità ex art. 344-bis cpp e le cause di proscioglimento previste dall'art. 129 cpp.

Secondo la giurisprudenza, «la declaratoria di improcedibilità per difetto di querela prevale su quella determinata dall'estinzione del reato per morte dell'imputato giacché la mancanza di una condizione di procedibilità osta a qualsiasi altra indagine in fatto»⁴.

Se ne è desunto che «potrebbe, dunque, ritenersi che, ove sia maturato il termine di durata del giudizio di impugnazione, al giudice sia ormai preclusa la possibilità di emettere una sentenza di proscioglimento dell'imputato secondo una delle formula contemplate dall'art. 129, comma 1, c.p.p., trattandosi, comunque, di una pronuncia sull'azione penale che ne presuppone la procedibilità e la possibilità di esaminare il merito dell'imputazione»⁵.

Senonché questa giurisprudenza, che si riferisce all'originaria mancanza di una condizione di procedibilità, come la querela, e al suo concorso con una causa di estinzione del reato, non può ritenersi riferibile anche alla sopravvenuta improcedibilità ex art. 344-bis dell'azione penale, cui deve ritenersi quantomeno applicabile in via analogica l'art. 129, comma 2, cpp, con la conseguenza che, anche quando risultino scaduti i termini previsti dall'art. 344-bis cpp «ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla

2. A. Nappi, *Nuova guida al codice di procedura penale*, Carabba, Lanciano (Ch), 2019, § 73.3.

3. Per un elenco di problemi aperti, vds. G. Spangher, *Art. 344 bis c.p.p.: questioni di incostituzionalità e criticità applicative*, in *Giustizia insieme*, 2 dicembre 2021.

4. Cass., sez. unite, 24 settembre 2009, *Martinenghi*, m. 245163; Cass., sez. II, 22 ottobre 2015, *Gioia*, m. 265098.

5. Vds. *Riforma della giustizia penale: la relazione del Massimario sulla "legge Cartabia", con focus sul nuovo istituto della "improcedibilità"*, in *Sistema penale*, 16 novembre 2021 (www.sistemapenale.it/it/documenti/relazione-massimario-legge-2021-134-riforma-cartabia).

legge come reato, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere con la formula prescritta»⁶.

Né sembra condivisibile l'analogo orientamento giurisprudenziale per cui «la deliberazione della sentenza di non luogo a procedere prevista dall'art. 13, comma 3-*quater*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, per il caso di avvenuta espulsione dello straniero, preclude la pronuncia di proscioglimento nel merito ai sensi dell'art. 129, comma 2, c.p.p., in quanto l'esecuzione dell'ordine di espulsione è causa sopravvenuta di improcedibilità dell'azione penale che impedisce l'instaurazione del rapporto processuale»⁷.

È vero, infatti, che l'art. 129, comma 2, cpp si riferisce solo al concorso tra le cause di proscioglimento nel merito e una causa di estinzione del reato; ma non pare possa dubitarsi che la ratio della norma possa estendersi anche al caso del concorso tra cause di proscioglimento nel merito e sopravvenuta improcedibilità *ex art. 344-bis* cpp.

L'imputato potrebbe certo rinunciare all'improcedibilità, come è possibile a norma dell'art. 344-*bis*, comma 7, cpp, ove ritenesse che vi siano gli estremi per un immediato proscioglimento nel merito.

Ma l'art. 129, comma 2, cpp riconosce al giudice un potere officioso, e sarebbe davvero singolare se l'irragionevole durata del processo precludesse al giudice di riconoscere la già raggiunta evidenza «che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato».

3. La sopravvenuta improcedibilità *ex art. 344-bis* cpp e il giudicato parziale

Altra questione problematica si pone perché l'art. 344-*bis*, comma 8 cpp prevede che i termini di procedibilità dell'azione penale «si applicano anche nel giudizio conseguente all'annullamento della sentenza con rinvio al giudice competente per l'appello», «fermo restando quanto previsto dall'art. 624».

Senonché l'art. 624 cpp prevede la formazione progressiva del giudicato nei casi di annullamento parziale in cassazione della sentenza di merito, che

acquista appunto autorità di cosa giudicata rispetto alle parti che non hanno connessione essenziale con la parte annullata.

Si pone così il problema di stabilire se la sopravvenuta improcedibilità *ex art. 344-bis* cpp travolga anche il giudicato parziale già formatosi, posto che, secondo la giurisprudenza, per parti della sentenza, deve intendersi qualsiasi statuizione avente un'autonomia giuridico-concettuale, e, quindi, occorre fare riferimento, «non solo alle decisioni che concludono il giudizio in relazione a un determinato capo d'imputazione, ma anche a quelle che, nell'ambito di una stessa contestazione, individuano aspetti non più suscettibili di riesame»⁸.

Così, può ad esempio accadere che si sia formato il giudicato sulla responsabilità dell'imputato e il giudizio debba proseguire in sede di rinvio solo per la determinazione della pena, e secondo la giurisprudenza è esclusa la rilevabilità di cause di estinzione del reato, sopravvenute o preesistenti, quando l'annullamento parziale abbia ad oggetto statuizioni diverse dall'accertamento del fatto e della responsabilità dell'imputato⁹.

In realtà, non può dubitarsi che il giudicato formato in relazione a distinti capi di imputazione definisca l'intero giudizio per quei capi e renda, perciò, inapplicabile l'improcedibilità *ex art. 344-bis* cpp.

Ma nei casi in cui il giudicato si sia formato solo su distinti punti della decisione relativa a un capo di imputazione interessato dall'annullamento per le parti residue, lo stesso giudizio di rinvio deve concludersi entro i termini previsti dall'art. 344-*bis* cpp: con la conseguenza che l'improcedibilità eventualmente sopravvenuta travolge anche il relativo giudicato parziale.

Se con la disciplina previgente il giudicato parziale precludeva in ogni caso l'estinzione del reato, anche per la sopravvenuta prescrizione, con l'art. 344-*bis* cpp il giudicato parziale non preclude la dichiarazione della sopravvenuta improcedibilità.

Né potrebbe avere rilievo il fatto che, secondo la giurisprudenza, il giudicato parziale risulti addirittura eseguibile per la certezza della pena irrogata, perché l'art. 344-*bis* cpp prevede comunque l'improcedibilità dell'azione penale se lo stesso giudizio di rinvio non sia definito entro i termini prescritti.

6. A. Nappi, *Nuova guida*, *op. cit.*, § 73.3.

7. Cass., sez. V, 7 maggio 2021, *K*, m. 281681.

8. Cass., sez. unite, 11 maggio 1993, *Ligresti*, m. 193419; Cass., sez. V, 24 marzo 2021, *Cataldo*, m. 281106.

9. Cass.: sez. IV, 16 aprile 2004, *Arcidiacono*, m. 228593; sez. II, 14 marzo 2007, *Mazzei*, m. 236462; sez. IV, 20 novembre 2008, *Talarico*, m. 242494; sez. II, 9 febbraio 2010, *Guerrero*, m. 246806; sez. III, 3 aprile 2013, *Del Bergiolo*, m. 256377; sez. I, 24 settembre 2015, *Catanese*, m. 264815; sez. II, 12 gennaio 2016, *Serafino*, m. 265792. Sicché la stessa applicabilità dell'art. 129 è impedita dal giudicato: Cass.: sez. unite, 26 marzo 1997, *Attinà*, m. 207640; sez. I, 18 gennaio 2001, *Picone*, m. 218217; sez. IV, 28 novembre 2018, *Malventi*, m. 274828; sez. I, 24 settembre 2015, *Catanese*, m. 264815.

Quand'anche la pena sia eseguibile, nondimeno il giudizio di rinvio non è definito, e l'art. 344-*bis* cpp prevede l'improcedibilità in ogni caso in cui il giudizio di impugnazione o di rinvio non sia appunto definito.

Questo aspetto certamente problematico della nuova disciplina dovrebbe indurre la Corte di cassazione a un più esteso impiego dei poteri ad essa riconosciuti dall'art. 620, lett. *l*, cpp¹⁰.

Occorre infatti distinguere tra la valutazione delle prove, che è funzionale al giudizio di fatto, e la valutazione del fatto, che è funzionale sia al giudizio di diritto sia alla determinazione delle sue conseguenze. E la Corte di cassazione non può ovviamente valutare le prove, ma può certamente valutare i fatti, così come accertati dai giudici del merito, al fine di «rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito o di adottare i provvedimenti necessari» (art. 620, lett. *l*, cpp).

L'alternativa sarebbe il superamento di una giurisprudenza consolidata da decenni e il recepimento della dottrina secondo la quale il giudicato ex art. 624 cpp si forma sui capi, vale a dire sui reati o sulle domande, non sui punti e sulle questioni¹¹.

4. I problemi interpretativi relativi alla disciplina transitoria

I problemi interpretativi più gravi si pongono, tuttavia, con riferimento alla disciplina transitoria dettata dallo stesso art. 2 della legge 27 settembre 2021, n. 134, commi 3-5, che sono del seguente tenore:

«3. Le disposizioni di cui al comma 2 del presente articolo si applicano ai soli procedimenti di impugnazione che hanno a oggetto reati commessi a far data dal 1° gennaio 2020.

4. Per i procedimenti di cui al comma 3 nei quali, alla data di entrata in vigore della presente legge, siano già pervenuti al giudice dell'appello o alla Corte di cassazione gli atti trasmessi ai sensi dell'articolo 590 del codice di procedura penale, i termini di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 344-*bis* del codice di procedura penale decorrono dalla data di entrata in vigore della presente legge.

5. Nei procedimenti di cui al comma 3 nei quali l'impugnazione è proposta entro la data del 31 dicembre 2024, i termini previsti dai commi 1 e 2 dell'articolo 344-*bis* del codice di procedura penale sono, rispettivamente, di tre anni per il giudizio di appello e di un anno e sei mesi per il giudizio di cassazione. Gli stessi termini si applicano nei giudizi conseguenti

ad annullamento con rinvio pronunciato prima del 31 dicembre 2024. In caso di pluralità di impugnazioni, si fa riferimento all'atto di impugnazione proposto per primo».

Il 1° gennaio 2020 è la data di entrata in vigore dell'art. 159, comma 2, cp, così come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. *e*, l. 9 gennaio 2019, n. 3, che disponeva la sospensione della prescrizione dopo la pronuncia della sentenza di primo grado.

L'art. 159, comma 2, cp è stato poi abrogato dall'art. 1 l. 27 settembre 2021, n. 134, che ha altresì inserito l'art. 161-*bis* cp, del seguente tenore:

«Cessazione del corso della prescrizione. Il corso della prescrizione del reato cessa definitivamente con la pronuncia della sentenza di primo grado. Nondimeno, nel caso di annullamento che comporti la regressione del procedimento al primo grado o a una fase anteriore, la prescrizione riprende il suo corso dalla data della pronuncia definitiva di annullamento».

Sicché il corso della prescrizione si arresta comunque per i reati commessi a far data dal 1° gennaio 2020, e solo per questi reati trova applicazione la nuova disciplina dettata dall'art. 344-*bis* cpp, intesa appunto a sostituire all'estinzione del reato per prescrizione l'improcedibilità dell'azione penale per eccessiva durata dei giudizi di impugnazione.

Del tutto ragionevolmente si è previsto, dunque, che per i reati non più soggetti a prescrizione nei giudizi di impugnazione (in applicazione dell'abrogato art. 159, comma 1, cp o del sopravvenuto art. 161-*bis* cp) vigano i termini di procedibilità dell'azione penale; per i reati commessi in precedenza, può invece sopravvenire l'estinzione per prescrizione anche nel corso dei giudizi di impugnazione, in applicazione della disciplina vigente prima della l. 9 gennaio 2019, n. 3.

Nei procedimenti che hanno ad oggetto reati commessi a far data dal 1° gennaio 2020, cui la nuova disciplina si applica (comma 3), se l'impugnazione è proposta entro il 31 dicembre 2024, i termini previsti dai commi 1 e 2 dell'art. 344-*bis* cpp sono, rispettivamente, di tre anni per il giudizio di appello e di un anno e sei mesi per il giudizio di cassazione (comma 5).

Tuttavia, qualora alla data di entrata in vigore della l. 27 settembre 2021, n. 134 (19 ottobre 2021) gli atti del procedimento siano già pervenuti al giudice dell'appello o alla Corte di cassazione, si applicano comunque i più brevi termini previsti dai commi primo e secondo dell'art. 344-*bis* cpp, sebbene con decorrenza dalla data di entrata in vigore della legge (comma 4): la deroga transitoria alla normativa a regime è dunque

10. A. Nappi, *Nuova guida*, op. cit., § 73.3.

11. F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1995 (III ed.), p. 801.

limitata, in questi casi, alla sola decorrenza dei termini di procedibilità dell'azione penale¹².

Nella già citata relazione del Massimario della Corte di cassazione si sostiene invece che, anche quando gli atti del procedimento siano già pervenuti al giudice dell'appello o alla Corte di cassazione, ai relativi giudizi di impugnazione si applichino i più lunghi termini previsti dal comma 5 (tre anni per il giudizio di appello e un anno e sei mesi per il giudizio di cassazione)¹³.

Sennonché è vero che quella del comma 5 è la norma generale, applicabile a tutte le impugnazioni proposte entro il 31 dicembre 2024, ma è altresì vero che quella del comma 4 è una norma speciale, applicabile a tutte le impugnazioni che, pur proposte entro il 31 dicembre 2024, erano già pervenute con i relativi atti al giudice competente a pronunciarsi su di esse all'entrata in vigore della l. 27 settembre 2021.

Gli ambiti di applicazione dei commi 5 e 4 sono dunque concentrici, come sempre avviene nel rapporto tra norme generali e norme speciali; ma la disciplina dettata dal comma 4 prevale appunto in ragione della sua specialità. E, contrariamente a quanto si sostiene, questa differenziazione dei termini ha una chiara *ratio* nella considerazione che solo nel caso previsto dal comma 5 i tempi di trasmissione degli atti al giudice competente sono computati ai fini della ragionevole durata del giudizio.

È previsto poi che i termini stabiliti in via transitoria dal comma 5 si applichino anche «nei giudizi conseguenti ad annullamento con rinvio pronunciato prima del 31 dicembre 2024».

Sicché il regime transitorio non si applica ai giudizi di rinvio se, pur essendo stato proposto il ricorso per cassazione entro il 31 dicembre 2024, l'annullamento con rinvio sia stato pronunciato a decorrere dal 1° gennaio 2025.

Ma, nei giudizi di rinvio disposti entro il 31 dicembre 2024, il termine di procedibilità dell'azione penale è di tre anni davanti al giudice d'appello e di un anno e sei mesi per l'eventuale nuovo giudizio di cassazione, mentre non sono previsti termini

di procedibilità se il rinvio è disposto al giudice di primo grado, perché, come prevede l'art. 161-bis cp, «nel caso di annullamento che comporti la regressione del procedimento al primo grado o a una fase anteriore, la prescrizione riprende il suo corso dalla data della pronuncia definitiva di annullamento».

Il comma 5 dell'art. 2 l. 27 settembre 2021, n. 134 aggiunge infine che, «in caso di pluralità di impugnazioni, si fa riferimento all'atto di impugnazione proposto per primo».

Sicché, quando contro la medesima sentenza siano state proposte più impugnazioni, di cui solo alcune successive al 31 dicembre 2024, si applicano per tutte le impugnazioni i termini di durata del giudizio relativi alla prima.

Tuttavia questa disposizione non può trovare applicazione quando solo per una delle impugnazioni proposte contro la stessa sentenza gli atti siano già pervenuti al giudice dell'appello o alla Corte di cassazione alla data di entrata in vigore della legge (19 ottobre 2021).

La già indicata *ratio* del comma 4 presuppone infatti che al giudice competente a pronunciarsi siano pervenuti gli atti relativi a tutte le impugnazioni proposte.

Vero è che, secondo quanto si è affermato talora in giurisprudenza, «la trasmissione integrale alla corte d'appello degli atti del processo di primo grado ex art. 590 c.p.p., e la conseguente emissione del decreto di citazione in appello ex art. 601 c.p.p., deve essere effettuata immediatamente a seguito della presentazione del gravame e non dopo l'intero decorso dei termini di impugnazione, al fine di assicurare la ragionevole durata del processo»¹⁴.

Ma quando siano più d'uno gli imputati legittimati a impugnare, l'integralità degli atti trasmessi a norma dell'art. 590 cpp va riferita a tutte le impugnazioni effettivamente proposte. Sicché, se alla data del 19 ottobre 2021 non erano pervenuti al giudice dell'impugnazione gli atti relativi a tutte le impugnazioni proposte, non può trovare applicazione il quarto comma dell'art. 2 l. 27 settembre 2021, n. 134¹⁵.

12. G. Spangher, *Irretroattività e regime transitorio della declaratoria di improcedibilità (l. n. 134 del 2021)*, in *Giustizia insieme*, 22 novembre 2021.

13. *Riforma della giustizia penale: la relazione del Massimario*, cit. (vds. nota 5).

14. Cass., sez. II, 27 settembre 2017, *Bouazdia*, m. 271201.

15. A. Nappi, *Nuova guida*, op. cit., sub art. 344-bis.

Il processo penale in “ambiente” digitale: ragioni e (ragionevoli) speranze

di *Benedetta Galgani*

Nella legge delega n. 134 del 2021 non c'è tutto ciò che potrebbe assicurare una transizione fluida e sicura del rito penale su binari tecnologici assiologicamente orientati, ma di sicuro c'è molto. Pertanto, procedendo con acume e sorvegliato coraggio all'interno delle linee perimetrali tracciate nel progetto di riforma, il delegato potrà portare a compimento un'opera di rinnovamento tanto impegnativa quanto ormai irrinunciabile.

1. Notazioni introduttive alla cd. “riforma Cartabia” / 2. La “riscrittura” degli atti e la loro “modellizzazione” / 3. Le notificazioni telematiche all'imputato non detenuto / 4. *Changing lenses*. Il rito penale... nell'epoca della sua riproducibilità tecnica

1. Notazioni introduttive alla cd. “riforma Cartabia”

L'analisi dell'ecosistema giustizia penale dalla peculiare angolazione dell'“ambiente” digitale in cui esso risulta viepiù “immerso” è tematica di quelle notoriamente destinate a far storcere bocche e sollevare sopraccigli... anche se non riteniamo (né, per vero, l'abbiamo mai ritenuto¹) che si tratti di destino ineluttabile o immodificabile.

Si tratta, semmai e piuttosto, dei danni prodotti da una “cattiva pubblicità”, frutto, per un verso, della deficitaria messa a terra delle prime sperimentazioni di informatizzazione delle procedure e, per un altro,

dell'erronea convinzione secondo cui il fenomeno della digitalizzazione integrerebbe *ex se* un grimaldello funzionale a scardinare (ciò che rimane de) il principio di legalità processuale *lato sensu* inteso.

L'intento delle riflessioni che seguiranno è quello di fornire, se non una vera e propria “bussola”, almeno qualche utile “mollica di pane” per orientarsi nel percorso che il legislatore delegato è chiamato a intraprendere per esercitare le direttive di cui alla legge n. 134/2021.

Un progetto riformatore, quest'ultimo – preme sottolinearlo fin da queste prime battute –, che non soltanto «è di propositi tecnologicamente avanzati»², ma che proprio nell'implementazione della digitaliz-

* Già anticipato su *Questione giustizia online* il 17 gennaio 2022 (www.questionegiustizia.it/articolo/il-processo-penale-in-ambiente-digitale-ragioni-e-ragionevoli-speranze), il presente contributo è una prima rielaborazione della relazione svolta alla giornata di studi dal titolo «*Il modello di riforma “Cartabia”: etica, estetica, oblio*», tenutasi all'Università “La Sapienza” di Roma il 18 novembre 2021 (la versione finale è destinata al volume che raccoglierà i relativi scritti).

1. Sia consentito rinviare al nostro primo scritto in materia, che beneficiò dell'accoglienza (allora visionaria) dei Curatori dell'opera collettanea in cui venne inserito: B. Galgani, *Il processo penale paperless: una realtà affascinante, ancora in divenire*, in L. Luparia - L. Marafioti - G. Paolozzi (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 265 ss.

2. Così T. Padovani, *La “sottile linea rossa” della riforma condizionata dai nodi organizzativi*, in *Guida dir.*, 23 ottobre 2021, n. 40, p. 65.

zazione rinviene «uno dei suoi snodi centrali»³ e lo fa mettendo in campo, con alto tasso di audacia da un lato, e di consapevolezza dall'altro, un approccio del tutto innovativo: è la prima volta, infatti, che nella storia del nostro *drafting* legislativo il rapporto tra tecnica e diritto processuale penale viene affrontato, per così dire, olisticamente, tenendo in egual considerazione tre profili tra loro complementari: il piano organizzativo⁴, la dimensione extraprocessuale e quella endoprocessuale⁵.

A confermare una visione di così ampio respiro sarebbe già di per sé sufficiente una delle ultimissime disposizioni dell'articolato di delega, in cui si dimostra piena contezza del fatto che la cd. “*e-justice*” può contribuire all'*efficienza* della sistema giustizia non tanto nell'accezione (più opinabile e opinata) di “competitività” aziendalistica volta o allo smaltimento dell'arretrato, o all'accelerazione dei procedimenti, quanto, anche e soprattutto, nella veste di motore e produttore di “valore pubblico” da declinarsi, tra l'altro, come doveroso impiego delle risorse giudiziarie secondo il principio di proporzionalità⁶, come maggiore trasparenza nell'esercizio della giurisdizione e nell'accessibilità a essa e, dunque,

come esaltazione (e non certo svilimento) del suo *standard* qualitativo⁷.

Del resto, depone in questo senso la stessa giurisprudenza della Corte Edu, che, sottolineando come l'attuazione di qualsiasi iniziativa in ambito di giustizia telematica sia condizionata all'osservanza dei requisiti del diritto a un equo processo di cui all'articolo 6 della Convenzione, ne legittima e al contempo ne avvalorava l'impiego⁸.

Ebbene, accennavamo come ai commi 18-20 dell'art. 2 della delega (e dunque nella sezione della riforma immediatamente precettiva) sia prevista la costituzione di un «Comitato tecnico scientifico» quale organismo di consulenza e supporto nel cammino di transizione al digitale dell'amministrazione della giustizia, cammino che ci si premura subito di sottrarre alla logica deleteria del *day by day*, per affidarlo a una programmazione di medio-lungo termine la cui concretizzazione starà nell'adozione – da parte del Ministro della giustizia, di concerto con quello dell'innovazione tecnologica e di quello per la p.a. – di un piano triennale ove siano sinergicamente previsti «l'adeguata dotazione tecnologica dei servizi tecnici e informatici del Ministero della giustizia, il

3. G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia”*, in *Sist. pen.*, 15 ottobre 2021, p. 3.

4. ... sulla cui mai sufficientemente riconosciuta importanza è spesso tornato anche il presidente emerito della Corte di cassazione G. Canzio (*Le linee del modello “Cartabia”. Una prima lettura*, in *Sist. pen.*, 25 agosto 2021), mettendo in evidenza come siano proprio le disfunzioni nella gestione degli uffici a determinare «sensibili differenze di *performance* sul territorio», rispetto alle quali nulla possono le “sole” modifiche in rito.

È esattamente nell'alveo di una rinnovanda componente organizzativa-ordinamentale che si colloca la prospettata modifica dell'ufficio per il processo, originariamente istituito con dl n. 90/2014. Com'è noto, in seno a questo ufficio – avente sede presso i tribunali e le corti d'appello – sarà creata una sezione dedicata al processo penale finalizzata, tra l'altro e non a caso, a un più diffuso ed efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (art. 1, comma 26, lett. b della delega). Cfr., tra i molti scritti dedicati al tema nella sua complessità: N. Graziano, *Investimenti e riforme indirizzate a “tagliare” la durata dei giudizi. L'Ufficio del processo*, in *Guida dir.*, 26 giugno 2021, n. 25, p. 78; M.G. Civinini, *Il “nuovo ufficio per il processo” tra riforma della giustizia e PNRR. Che sia la volta buona!*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 3/2021, www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/il-nuovo-ufficio-per-il-processo-tra-riforma-della-giustizia-e-pnrr-che-sia-la-volta-buona; I. Pagni, *L'Ufficio per il processo: l'occasione per una (ulteriore) osmosi virtuosa tra teoria e pratica, con uno sguardo alle riforme processuali in cantiere*, in questa *Rivista online*, 17 novembre 2021, www.questionegiustizia.it/articolo/l-ufficio-per-il-processo; e, ancora, S. Sottani, *Le norme del PNRR in tema di giustizia: opportunità e nuovi problemi*, ivi, 14 ottobre 2021, www.questionegiustizia.it/articolo/le-norme-del-pnrr-in-tema-di-giustizia-opportunita-e-nuovi-problemi, il quale, nell'osservare in particolare la realtà penale, rileva come l'«obiettivo di ridurre se non proprio abbattere l'arretrato [abbia] presumibilmente indotto a prevedere l'innesto di personale amministrativo solo per gli uffici giudicanti, senza alcuna previsione di rafforzamento per gli uffici requirenti». Il che – sottolinea lo stesso Autore – sembrerebbe non «tener conto del carattere necessariamente lineare del processo penale, in cui l'esito finale del giudizio in Cassazione risente inevitabilmente della capacità di dialogo e del flusso di affari in linea orizzontale, tra gli uffici frontalieri di primo e secondo grado, cioè tra le procure, di primo grado e Generali con i rispettivi tribunali e Corti d'appello, oltre che in linea verticale, tra gli uffici circondariali e quelli distrettuali».

5. Si era espressa in questi termini la stessa Ministra della giustizia, Marta Cartabia, fin dalla presentazione delle *Linee programmatiche sulla giustizia*, il 14 marzo 2021.

6. A questo riguardo, sarebbe semanticamente più opportuno parlare di “efficacia”, ossia di corrispondenza tra energie temporali e organiche impiegate da un lato, e obiettivi cognitivi conseguiti dall'altro.

7. In questa stessa logica si spiega come nel PNRR, tra le cosiddette “*milestone*” – ovvero tra gli obiettivi qualitativi ai cui raggiungimento è condizionata l'erogazione delle risorse del NGEU – campeggi la Q4-2021, il cui contenuto testuale è il seguente: «[a]dozione delle riforme per la giustizia penale che devono includere almeno le seguenti misure: i) revisione del sistema di notifica, ii) un più ampio uso delle procedure semplificate e iii) di strumenti di conservazione digitale dei documenti; iv) norme semplificate sulle prove; v) definizione di limiti alla durata delle indagini preliminari e misure per evitare la stagnazione della fase investigativa, vi) estensione della possibilità di estinguere il crimine se il danno è stato riparato; vii) introduzione di un sistema di monitoraggio a livello di Tribunale e aumento della produttività tramite incentivi per assicurare una ragionevole durata dei processi e uniformare le performance tra i tribunali».

8. Cfr., ad esempio, Corte Edu, *Lawyer Partners A.S. c. Slovacchia*, 16 giugno 2009.

potenziamento infrastrutturale degli uffici giudiziari nonché l'adeguata formazione e l'aggiornamento del personale dell'amministrazione giudiziaria, del personale di magistratura, degli appartenenti all'avvocatura e dei soggetti che esercitano la propria attività nel settore della giustizia».

2. La “riscrittura” degli atti e la loro “modellizzazione”

Al di là, quindi, dell'indiscutibile novità metodologica che punta dritto a manovre infrastrutturali, alla valorizzazione del capitale umano e alla sua più appropriata preparazione rispetto a competenze che di solito esulano dalla cultura umanistica degli operatori del processo, per quanto più specificamente attiene alla novellazione codicistica, tre risultano le linee di intervento, rispettivamente rinvenibili nei commi 5, 6 e 8 dell'art. 1.

La prima affronta di petto il “tema dei temi” del processo penale telematico, riconoscendo la necessità di rivisitare i requisiti formali e comunicativi dell'atto penale e allocando quest'ultimo – finalmente – in una dimensione di *privilegiata* natività digitale.

Il cambio di paradigma rispetto all'impostazione, finora invalsa, di giustapposizione di una dimensione fisica-cartacea predominante a una digitale, residuale e mal tollerata, non pare necessitare di particolari sottolineature quanto a importanza⁹. Basti ricordare che l'atto nativo digitale è la *conditio sine qua non* affinché il fascicolo telematico sostituisca una volta per tutte il faldone cartaceo.

Dunque, il legislatore delegato dovrà disciplinare modalità che consentano di creare e conservare gli atti processuali in formato digitale, garantendo la loro autenticità e integrità (mediante l'impiego delle tecniche crittografiche, ad esempio), la leggibilità,

l'agevole reperibilità e, laddove previsto dalla legge, la segretezza.

Ciò significa, in altri termini, dismettere la politica degli innesti normativi puntiformi per mettere mano a una “riscrittura” profonda del libro II del codice per l'appunto dedicato agli atti, una riscrittura che non si limiti a “scimmiettare l'analogico” tra una riga e l'altra delle disposizioni originarie, ma che si misuri con l'esigenza di costruire una cornice legislativa salda, declinata in base ai nuovi strumenti tecnologici, in cui si proceda alla rivisitazione dei requisiti formali dell'atto, delle difformità eventualmente censurabili alla stregua di vizi e delle sanzioni a questi eventualmente ricollegabili.

Va da sé che per accogliere simili intenti modernizzatori sarà necessario finalmente coordinare l'orbito codicistico con il «*Codice dell'amministrazione digitale*» (CAD) e con le «*Linee Guida sulla formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici*», adottate ai sensi dell'art. 71 del medesimo¹⁰: diversamente, a titolo esemplificativo, mentre ai sensi dell'art. 20 CAD l'atto processuale munito di firma digitale sembrerebbe soddisfare il requisito della forma scritta e risulterebbe firmato in maniera valida, un'eventuale copia scansionata di atto nativo analogico sottoscritto in calce, recando, di fatto, la mera riproduzione tramite *mezzi tecnici* della firma apposta a mano, potrebbe collidere con il divieto di cui al secondo comma dell'art. 110 cpp.

S'intuisce, poi, come nella redazione materiale delle nuove disposizioni sarà fondamentale il confronto con i tecnici, in particolar modo con gli informatici e gli ingegneri gestionali, onde evitare – tanto per fare un esempio tra i molti – la sproporzione tra la sanzione processuale eventualmente comminata per una violazione formale e il pericolo cui risulti effettivamente esposto il bene¹¹ di volta in volta protetto dal prefigurato modello legale¹².

9. Si rinvia, *si licet*, a quanto già osservato in B. Galgani, *Digitalizzazione e processo penale: riflessioni sul dover essere di una nuova “cartografia”*, in *Discrimen*, 3 giugno 2021, pp. 1 ss.

10. Le ultime sono quelle datate maggio 2021 e reperibili all'indirizzo www.agid.gov.it/sites/default/files/repository_files/linee_guida_sul_documento_informatico.pdf.

11. ... sia esso l'integrità del documento processuale, la riconducibilità al suo autore, e così via dicendo...

12. Un chiaro esempio di *mismatching* si può rintracciare nel combinato disposto dei commi 6-bis e 6-sexies dell'art. 24 dl n. 137/2020, a proposito dei documenti allegati agli atti di impugnazione che, laddove «privi di firma digitale “conformizzante”», provocano addirittura l'inammissibilità dell'intero atto d'impugnazione: cfr. sul punto F. Porcu, *Il “portale del processo penale telematico”: un passo in avanti (e qualche inciampo) verso la digitalizzazione*, in *Dir. pen. proc.*, n. 10/2021, p. 1414. Sul tema, poi, del rapporto di ragionevole proporzionalità che deve comunque sussistere tra scopo perseguito e mezzi impiegati nell'ambito del cd. “diritto di accesso a un tribunale” garantito dalla Cedu, vds. specificamente Corte Edu, *Kaufmann c. Italia*, 19 maggio 2005 («§ 31. *Il ressort de la jurisprudence de la Cour que ce droit n'est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises, notamment quant aux conditions de recevabilité d'un recours, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation (voir, parmi d'autres, Levages Prestations Services c. France, arrêt du 23 octobre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V, p. 1543, § 40). Toutefois, ces limitations ne sauraient restreindre l'accès ouvert à un justiciable de manière ou à un point tels que son droit à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, les limitations appliquées ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (Cordova c. Italie (no 1), no 40877/98, § 54, CEDH 2003-I; voir également le rappel des principes pertinents dans Fayed c. Royaume-Uni, arrêt du 21 septembre 1994, série A no 294-B, pp. 49-50, § 65)*»).

Da ultimo, a proposito del metter mano, in profondità, alla revisione della struttura e dei contenuti del libro II, ci sembra una suggestione da non trascurare quella proveniente dal parallelo percorso di riforma del rito civile: nella legge delega n. 206/2021¹³, l'art. 1, comma 17, lett. d, trattando della forma dei provvedimenti giurisdizionali e degli atti di parte, prima rinvia ai principi di chiarezza e sinteticità quali loro attributi coessenziali¹⁴, poi fa espresso riferimento «alla strutturazione di campi necessari all'inserimento delle informazioni nei registri del processo», che sembra alludere a una sorta di “schema informatico dell'atto”, ossia all'opportunità di implementare un modello di atto secondo criteri redazionali uniformi, sì da rendere davvero virtuoso il connubio tra impiego delle tecnologie informatiche ed esercizio della funzione giurisdizionale¹⁵.

La tematica dell'uniformità editoriale e stilistica degli atti, e in particolare delle sentenze, non è peraltro nuova, né attiene a profili meramente “estetici” del provvedimento di volta in volta preso in considerazione: come sappiamo, trattasi di strada già da tempo intrapresa e dalla Corte costituzionale e dalla Corte di cassazione¹⁶, che, in una prospettiva *de iure condendo* come quella cui ci stiamo per l'appunto affacciando, varrebbe la pena coltivare in via più generalizzata¹⁷.

D'altra parte, nessuno può mettere seriamente in dubbio come un linguaggio vieppiù lineare e intelligibile da una parte¹⁸, e una struttura semplificata e tendenzialmente standardizzata del provvedimento dall'altra, contribuirebbero non soltanto all'elevazione della qualità degli atti in genere, ma consentirebbero altresì una migliore “processazione informatica” dei medesimi¹⁹, con positivi riverberi di non poco

13. Il cui titolo, per esteso, è «Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata».

14. Rispetto a questi due canoni, su cui sono stati spesi e ancora si potrebbero spendere fiumi d'inchiostro, ci limitiamo a richiamare, per il versante per l'appunto civilistico, le recenti riflessioni di L.R. Luongo, *Il «principio» di sinteticità e chiarezza degli atti di parte e il diritto di accesso al giudice (anche alla luce dell'art. 1, co. 17 lett. d ed e, d.d.l. 1662)*, in *Judicium*, 9 ottobre 2021 e, in ambito penalistico, senza alcuna pretesa di completezza, B. Galgani, *Esercizio della funzione decisoria*, in *Legislazione penale*, 29 luglio 2020, pp. 6 ss.

15. Paventa che l'uso del mezzo informatico e, soprattutto, la predisposizione di moduli *ad hoc* da parte del Ministero della giustizia possa condizionare l'esercizio del diritto d'azione da parte del difensore (art. 24 Cost.) o la stessa funzione del giudicare (art. 101 Cost.) G. Scarselli, *Contro l'idea che l'esercizio dell'azione giudiziale possa darsi compilando formulari predisposti dal Ministero della Giustizia*, in *Judicium*, 23 giugno 2021. Di certo più “confidente” si rivela il giudizio complessivamente espresso da F. De Stefano, *La Riforma prossima ventura del giudizio di legittimità – note a lettura immediata sulla legge 206/21*, in *Giustizia insieme*, 13 dicembre 2021.

16. Si pensi, in particolare, a sez. unite, 23 giugno 2016 – 29 settembre 2016, n. 40516 (vds. *De Jure*). Com'è noto, ivi si “tirano le orecchie” ai giudici di merito sullo stile di motivazione, tant'è che in uno dei passaggi principali della pronuncia è dato leggere: «[L]a pronuncia pone difficoltà di lettura, presentando talune patologie quanto all'esame delle questioni cruciali: la distonia tra motivazione e dispositivo; elefantiasi che offusca le ragioni della decisione; la disorganica esposizione delle prove e dei fatti, senza che ne sia chiaramente esplicitata la rilevanza in ordine alla risoluzione delle questioni controverse. L'atto consta di oltre duecento pagine, ma la parte di gran lunga preponderante del testo è costituita dalla integrale, acritica trascrizione di deposizioni assunte nel giudizio. Non solo il documento è macroscopicamente sovrabbondante, ma neppure esplicita le ragioni di tanta profusione, né soprattutto indica quali siano i passaggi degli atti acriticamente trascritti che esercitano un ruolo nella logica della decisione. Si tratta di uno stile che si rinviene spesso nella produzione giurisprudenziale, alimentato anche dalla tecnologia di riproduzione dei testi. Tale stile ostacola la comprensione del senso della decisione, tradisce la funzione euristica della motivazione, disattende precise indicazioni di plurime norme processuali» (§ 9).

17. A questo proposito, meritano sicura attenzione le *Linee Guida in tema di redazione dei capi di imputazione e motivazione della sentenza* elaborate ad esito della collaborazione tra Corte d'appello di Firenze, Procura generale e Ssm - Struttura territoriale della formazione di Firenze. Sul percorso e il significato di tale “laboratorio distrettuale” vds. altresì la *Relazione sull'Amministrazione della giustizia nel Distretto della Corte d'Appello di Firenze per l'anno 2017*, tenuta dall'allora presidente M. Cassano e reperibile all'indirizzo www.ca.firenze.giustizia.it/.

Sollecitano un “ripensamento” generale dello stile redazionale di tutti gli atti del processo, a partire da quelli iniziali, che per l'appunto “innescano” il procedimento, le osservazioni di M.T.M. Rubeira, *Suggerimenti pratici per “deflazionare” il lavoro degli uffici di Procura*, in Aa.Vv., *L'obbligatorietà dell'azione penale*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 109-110.

18. Cfr. anche R. E. Kostoris, *Predizione decisoria, diversione processuale e archiviazione*, in *Sist. pen.*, 23 luglio 2021, pp. 7-8.

19. Da ultimo, insiste sulla centralità di quest'aspetto anche la *Relazione sullo stato della Giustizia telematica – anno 2021*, approvata dal plenum del Csm nella seduta del 21 dicembre 2021 e il cui testo è reperibile all'indirizzo www.csm.it/web/csm-internet/lavori-del-consiglio/dal-plenum.

Ivi, una volta premesso che «[l]’atto processuale telematico deve essere correttamente strutturato e profilato, sintetico e finalizzato all’immediata individuazione dei dati essenziali alla sua comprensione, nonché stilisticamente uniforme», si fa cenno all’esperienza avviata nel 2019 col tavolo di lavoro “*modelli consolle CSM/CNF/MinisteroGiustizia*”, «finalizzato alla predisposizione e diffusione di modelli base di provvedimenti giurisdizionali in formato elettronico secondo schemi strutturati, privi di parti motivazionali, per incentivare la redazione di provvedimenti nativi digitali da parte dei magistrati negli applicativi ministeriali» in uso in sede civile, e che dovrà altresì «occuparsi nel prossimo futuro anche dei modelli da utilizzare nel processo penale telematico» (pp. 10-11).

momento in tema, ad esempio, di funzionalità dei sistemi di OCR («*Optical Character Recognition*»)²⁰ e di ricerca nelle banche dati²¹. E in quest'ottica non stupiscono le sollecitazioni provenienti anche di recente dal Consiglio d'Europa: è sufficiente scorrere le «*Saturn Guidelines for Judicial Time Management*» nella versione licenziata il 9 dicembre 2021 a seguito del 37° *meeting* plenario della CEPEJ, per rintracciare non soltanto un convinto incoraggiamento all'uso generalizzato delle nuove tecnologie «all'interno dei tribunali» ma, più nello specifico, un chiaro invito all'elaborazione di «*standard electronic templates*» funzionali alla redazione delle decisioni sia da parte del giudice che del suo *staff*²².

Ancora, ne uscirebbe grandemente potenziata la fruibilità stessa degli atti processuali che, a maggior ragione in un contesto come quello odierno di cooperazione giudiziaria «spinta», in cui tutto si fonda sulla circolazione transfrontaliera, devono risultare facilmente traducibili e classificabili in archivi informatici interoperabili.

Su questo versante, oltre a quanto già significativamente emerso in riferimento all'ingresso in attività del nuovo Procuratore europeo (EPPO)²³, deve di necessità porsi attenzione a ciò che si va prefigurando in forza della «*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the digitalisation of judicial cooperation and access to justice in cross-border civil, commercial and criminal matters, and amending certain acts in the field of judicial cooperation*», licenziata dalla Commissione europea il 1° dicembre 2021²⁴.

Come dichiarato nel par. 2 di questo recentissimo documento, l'ambizione è quella di dar vita a «una nuova base giuridica autonoma per la digitalizzazione degli strumenti di cooperazione giudiziaria» a livello eurounitario, in modo da «avere regole comuni applicabili a tutti gli strumenti di cooperazione giudiziaria dell'Ue in un unico atto vincolante»²⁵. E così la proposta, che allo stato consta di 25 articoli, in prima battuta delinea i propri ambiti operativi fornendo altresì alcune definizioni «di base» (artt. 1-2), poi si intrattiene sugli effetti legali dei documenti elettronici (art. 10) e, infine, si concentra sulle modifiche di dettaglio da apportare alle distinte procedure di collaborazione (anche) penale (artt. 19 ss.). Ma ciò che preme soprattutto osservare nell'economia di questo contributo è la più volte ribadita volontà del legislatore europeo di prendere a canale di riferimento la piattaforma «*e-CODEX*»²⁶. Giudicato come la soluzione tecnicamente più appropriata per gli scambi informativi tra organi giudiziari e autorità competenti (ivi comprese, se del caso, le agenzie Gai e gli organismi Ue)²⁷, il sistema informatico decentralizzato in questione annovera tra i suoi caratteri strutturali – per l'appunto e non a caso – quello della «modellizzazione» standardizzata di ogni dato o documento suscettibile di essere telematicamente condiviso.

Tornando alla lettera della delega penale, il Governo dovrà altresì assicurare l'obbligatorietà del ricorso alle modalità telematiche tanto per il deposito di atti e documenti (ivi compresa, *expressis verbis*, la presentazione delle impugnazioni, come si ricava dal dettato del comma 13, lett. b), quanto per le comunicazioni e le notificazioni²⁸.

20. Nel rilevare automaticamente le righe di testo e i caratteri utilizzati nel corpo dell'atto, questi sistemi sono in grado di «riconoscere» il contenuto e di catalogarlo onde agevolarne la validazione da parte delle cancellerie o, comunque, il reperimento ad opera dell'autorità giudiziaria e delle parti.

21. E sul ruolo delle banche dati anche «locali» fa molto affidamento il delegante, che collega espressamente l'incremento della «capacità produttiva dell'ufficio» alla «messa a disposizione dei precedenti, con compiti di organizzazione delle decisioni, in particolare di quelle aventi un rilevante grado di serialità, e con la formazione di una banca dati dell'ufficio giudiziario di riferimento» (art. 1, comma 26, lett. b, n. 3 della delega).

22. Vds. *Revised Saturn Guidelines for judicial time management (4th revision)*, il cui testo è reperibile all'indirizzo <https://rm.coe.int/cepej-2021-13-en-revised-saturn-guidelines-4th-revision/1680a4cf81> (lett. A, punto 3, p. 8).

23. Sulle dinamiche procedurali che si innescano tra ufficio europeo e uffici nazionali fin dagli esordi del procedimento, e con specifico riguardo all'iscrizione e alla comunicazione della notizia di reato «domestiche» così come integrabili nel sistema informatizzato di gestione dei casi (cd. *Case Management System*, ex art. 45 del regolamento EPPO), ci eravamo già interrogati in B. Galgani, *Digitalizzazione*, op. cit., pp. 14-16, a cui ci si permette di rinviare anche per le indicazioni bibliografiche ivi richiamate.

24. Il testo, classificato COM/2021/759 *final*, è reperibile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0759>.

25. La traduzione è nostra.

26. Per dei riferimenti essenziali su questa infrastruttura, vds. M.A. Biasiotti - S. Conti - F. Turchi, *La raccolta transnazionale della prova digitale in ambito europeo: una proposta per l'adozione di uno standard*, in A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa (a cura di), *Cybercrime*, Utet Giuridica, Milano, 2019, p. 1651.

27. COM/2021/759 *final*, p. 10.

28. Una «generalizzazione dell'utilizzo di modalità telematiche non solo per le notificazioni, ma anche per le comunicazioni e il deposito di atti, istanze e documenti» era già prevista nel ddl intitolato «*Deleghe al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per*

Conosciamo bene le “guerre di religione” che si sono consumate tra Suprema corte e classe forense intorno alla disposizione che per lungo tempo ha rappresentato l’unico *anchorage* normativo dell’informatizzazione delle procedure, ossia l’art. 16, comma 4, dl n. 179/2012²⁹; così come sono noti i contrasti ermeneutici innescati nel corso della più recente crisi sanitaria da previsioni legislative dalla formulazione incoerente o laconica³⁰; per non dire come, a regime ordinario, l’architettura si fondi tuttora sulla facoltatività della presentazione telematica e, soltanto in via di deroga “a tempo”³¹, sia prevista la doverosità del deposito attraverso il portale *ad hoc*.

Non occorre, pertanto, insistere sull’originalità dell’impostazione da ultimo prospettata che, pur nella prudente previsione di una gradualità da garantire attraverso un regime transitorio (lett. c), intende limitare l’impiego di modalità *non* telematiche a ipotesi di tutto eccezionali.

Al contempo, tocca segnalare come la lett. d del comma 5 ammetta che, attraverso un regolamento ministeriale da emanare *preferibilmente* (ma non necessariamente) previo parere di Csm e Cnf, il Dicastero individui specifici uffici giudiziari e peculiari

tipologie di atti per i quali potranno essere adottate anche modalità non telematiche di deposito, comunicazione o notificazione.

Il che, tradotto in concetti molto elementari, significa, da una parte, aver fatto tesoro delle lezioni del passato, giusta le quali le sperimentazioni in punto di innovazione tecnologica informate alla severa logica del “*top-down*” – come tali deficitarie e di una reale compartecipazione da parte di tutti gli *stakeholder*, e della effettiva presa in carico delle asimmetrie che contraddistinguono le realtà giudiziarie disseminate sul territorio – sono destinate a fallire; e, dall’altra, aver accettato l’idea di un’implementazione iniziale “a geometria variabile” da governare con estrema cura, pena il riaffacciarsi di difformità trattamentali che potrebbero pregiudicare l’unitarietà del rito così come era già stato denunciato nel corso della prima ondata pandemica³².

È ancora al regolamento ministeriale che viene assegnato il compito di dettare regole tecniche riguardanti depositi, comunicazioni e notificazioni, modificando ove necessario il dm n. 44/2011. Ogni ulteriore specifica e disposizione attuativa potrà poi essere adottata con atto dirigenziale.

la *celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso la Corte d’appello*» e presentato alla Camera dei deputati il 13 marzo 2020 (AC 2435). Per una puntuale analisi del testo anche sotto questo profilo vds. N. Triggiani, *La “Riforma Bonafede” della giustizia penale: un anno dall’approvazione della delega per ridare celerità ed efficienza al processo penale (... anche a scapito delle garanzie difensive)*, in *Proc. pen. giust.*, n. 3/2020, pp. 761 ss.

29. Cfr., volendo, il già richiamato B. Galgani, *Il processo penale paperless*, op. cit., pp. 259 ss.

30. Si pensi, per esempio, alla lettera dell’art. 24, comma 4, dl n. 137/2020, da cui è scaturita la pronuncia della Suprema corte che ha ritenuto inammissibili i motivi nuovi presentati dal procuratore generale ex artt. 585, comma 4, e 311, comma 4, cpp mediante posta elettronica certificata: Cass., sez. I, 3 novembre 2020, n. 32566, in *Dir. giust.*, 20 novembre 2020 e, successivamente, Cass., sez. II, 1° dicembre 2020, n. 3436, in *Il Processo telematico*, 17 marzo 2021 (<https://ilprocessotelematico.it/articoli/giurisprudenza-commentata/dalla-corte-di-cassazione-ancora-parole-chiare-sulluso-della-pec>).

Per un’esaustiva rassegna della produzione giurisprudenziale degli ultimi anni in tema di PPT, vds. per tutti L. Giordano, *La giurisprudenza di legittimità sulle prime applicazioni del processo penale telematico*, in *Sist. pen.*, 21 maggio 2021.

31. ... seppure ormai svincolata dalla durata dello stato di emergenza, il cui termine è attualmente fissato al 31 marzo 2022. Recita infatti l’art. 16 («*Disposizioni in materia di giustizia civile, penale, amministrativa, contabile, tributaria e militare*») del dl n. 228/2021, recante «*Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi*»: «1. Le disposizioni di cui all’articolo 221, commi 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 10 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, nonché le disposizioni di cui all’articolo 23, commi 2, 4, 6, 7, 8, primo, secondo, terzo, quarto e quinto periodo, 8-bis, primo, secondo, terzo e quarto periodo, 9, 9-bis e 10, e agli articoli 23-bis, commi 1, 2, 3, 4 e 7, e 24 del decreto-legge 28 ottobre 2020 n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, in materia di processo civile e penale, continuano ad applicarsi fino alla data del 31 dicembre 2022».

Sul “rinnovato” termine di durata della normativa emergenziale e, in particolare, sul mantenimento del contestato istituto della camera di consiglio da remoto indipendentemente dalla necessità di contenere il rischio di contagio, non si è fatto attendere il severo giudizio dell’Unione camere penali (comunicato del 31 dicembre 2021, https://camerepenali.it/cat/11262/il_governo_proroga_le_camere_di_consiglio_da_remoto_per_tutto_il_2022_la_denuncia_dei_penalisti_italiani.html).

Anche il Consiglio nazionale forense si dichiara contrario alla “stabilizzazione” di quest’ultima misura che, peraltro, introdotta dai decreti “Ristori” e “Ristori bis”, risulta non essere stata praticamente mai applicata in diverse corti d’appello del territorio nazionale sulla scia del protocollo siglato tra Camera penale di Roma e Corte d’appello della medesima città: cfr. V. Stella, *Sentenze decise in videochat: arriva l’altolà dell’avvocatura*, *Il Dubbio*, 4 gennaio 2021, p. 1. L’auspicio condiviso dai due organismi è che il Parlamento non converta il provvedimento “Milleproroghe” per incoerenza delle motivazioni addotte nella relazione illustrativa («consentire una più rapida trattazione dei processi civili e penali» allo scopo di attuare gli «obiettivi di smaltimento dell’arretrato assunti dall’Italia in sede di Pnrr») a sostegno della conservazione dell’istituto nell’ordinamento. Sul punto vds. ancora *Ead.*, *Camere di consiglio, così il governo prova a forzare la mano*, *ivi*, p. 2.

32. Vds. le censure di F. Ruggieri, *Il processo penale al tempo del Covid-19: modelli alternativi di gestione della crisi*, in *Legislazione penale*, 18 maggio 2020, pp. 4-5 con riguardo alla “babele di protocolli” stilati dai capi degli uffici che, di fatto, avevano operato una vera e propria delocalizzazione della disciplina.

Ebbene, sarebbe *in parte* superfluo e *in parte* erroneo ripetere considerazioni già svolte altrove in merito al pericolo di “fluidificazione” del principio *ex art. 111, comma 1, Cost.*, di per sé sotteso al ruolo senza dubbio ingombrante ascrivito all’apparato governativo e ad alcune delle sue diramazioni; un ruolo che – è evidente – non può ritenersi aprioristicamente estraneo all’introduzione di profili patologici degli atti penali e, dunque, alla creazione, *de facto*, di inedite e carsiche forme di compressione dei diritti.

Nondimeno, proprio l’auspicata formazione, finalmente, di un robusto *corpus* legislativo atto a disciplinare il processo penale telematico, dovrebbe ridurre quella insidiosa incognita a nulla più che una sfocata immagine del passato, senza che perciò sia necessario rinunciare alla fisiologica “flessibilità” delle fonti di rango subordinato, singolarmente funzionale all’adeguamento rapido agli *standard* tecnologici via via fissati a livello sovranazionale.

Resta poi da osservare come la coda del comma 5 (lett. *e*) si occupi e si preoccupi delle ipotesi di *mal-funzionamento* dei sistemi informatici dei domini del Ministero della giustizia.

Il lemma prescelto rimanda indietro col pensiero al primo dei provvedimenti normativi che ne ha fatto sfoggio, il dl n. 44/2021³³, e al *caos* che quel provvedimento aveva preceduto, ossia le gravi criticità e i *bug* di sistema palesati dal PDP (Portale deposito atti penali), che ha “sdoganato” la presentazione telematica di atti anche da parte dell’utente esterno.

Ebbene, certo non dimentico di quell’esperienza – peraltro prorogata nella sua attuale veste giuridica fino al 31 dicembre 2022³⁴ – e dell’accesso scontro in merito ai pregiudizi difensivi provocati dalle frequenti *impasse* dell’applicativo, nonché dagli iati temporali che non di rado si frappongono tra il

primo segmento di controllo automatizzato dei documenti e l’effettiva acquisizione ad opera del personale di cancelleria³⁵, l’intervento di riforma non si affida a un “fideistico soluzionismo tecnologico”, ma elenca tra le priorità l’adozione di modalità alternative di deposito che consentano, comunque, il proficuo svolgimento delle attività processuali, nonché la predisposizione di sistemi di accertamento dell’inizio e della fine del malfunzionamento e un contestuale sistema di *alert* per l’utenza.

Semmai, vista la particolare cura che si dovrà prestare nell’esercizio della delega onde scongiurare la dimenticanza di ipotetiche forme di garanzia, viene da chiedersi perché la lettera *f* preveda come meramente facoltativo (e non, invece, come obbligatorio sempre e comunque) l’impiego di applicativi capaci di meglio presidiare il valore della certezza mediante la generazione di una ricevuta di avvenuto perfezionamento del deposito e, dunque, in grado di offrire una migliore controllabilità *a posteriori* della correttezza dell’adempimento³⁶.

Incidentalmente, vale la pena rammentare che dal 3 dicembre 2021 ha preso avvio il processo costituzionale telematico per i giudizi incardinati a partire da quella data³⁷.

A valle di un cammino di riflessione che aveva visto, tra l’altro, l’istituzione di un gruppo di lavoro misto, composto da assistenti di studio, personale amministrativo, personale di cancelleria e personale informatico³⁸, con la pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale* della delibera della Corte costituzionale del 22 luglio 2021, contenente norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, e il decreto del presidente della Corte costituzionale del 28 ottobre 2021, recante le regole tecniche per l’attuazione, si sono infine poste le fondamenta normative del nuovo assetto

33. In merito alle perplessità suscitate dal dl n. 44/2021 («*Misure urgenti per il contenimento dell’epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici*»), convertito con modificazioni dalla l. n. 76/2021, ci si permette di rinviare ancora una volta a B. Galgani, *Digitalizzazione, op. cit.*, p. 20 e note correlate.

34. Vds. *supra*, nota 31.

35. Illuminante l’analisi a questo proposito offerta da R. Patcot, *Il restyling del portale deposito atti penali. PEC o PDP: quando l’una, quando l’altro?*, in V. Bove e R. Patcot, *Processo penale telematico emergenziale (PPT)*, in *Il Processo telematico*, 14 aprile 2021, par. 4.

36. L’obiettivo deve essere quello di apprestare un rimedio in grado di evitare contestazioni sulla tempestività del deposito e, prima ancora, sul compimento del medesimo, nei casi in cui l’atto in questione non venga rinvenuto nel fascicolo. Vds., nell’ambito del contenzioso di “era pandemica”, una pronuncia recente come Cass., sez. III, 7 dicembre 2021, n. 45127, in *Quotidiano giuridico*, 23 dicembre 2021, a proposito della comunicazione via pec della richiesta di trattazione orale dell’udienza di appello ai sensi dell’art. 23-bis dl n. 137/2020.

37. Cfr. A. Cherchi, *Coraggio: «La Consulta alla svolta. Sopravvissuti grazie alla tecnologia»*, *Il Sole 24 ore*, 2 dicembre 2021, p. 1, nonché l’informativa *E-Cost: il nuovo portale per il processo costituzionale telematico*, in *Il Processo telematico*, 4 novembre 2021 (<https://ilprocessotelematico.it/articoli/news/e-cost-il-nuovo-portale-il-processo-costituzionale-telematico>).

38. Sull’accelerazione impressa dalla crisi pandemica allo sforzo di dematerializzazione dei documenti e al recupero di un progetto di processo telematico, già in fase di collaudo e modellato sul sistema sperimentato dalla Corte di giustizia europea, si vedano le parole dell’allora presidente della Corte costituzionale, Marta Cartabia, nell’ambito di un *webinar* di cui puntuale resoconto è offerto da R. Dagostino, *Il Processo nell’emergenza pandemica* (Università LUM “Giuseppe Degennaro”, 28 settembre 2020), in *Il Processo*, n. 3/2020, p. 987. A ulteriore riprova della preziosa capacità della Corte costituzionale di adattarsi alle novità tecnologiche e di “accoglierle” all’interno delle sue dinamiche procedurali onde meglio tutelare la partecipazione delle parti, si veda una pronuncia come Corte cost., 20 novembre 2020, n. 242, con commento di M. Nardelli, *La notifica dei ricorsi avanti alla Corte Costituzionale a mezzo PEC*, in *Il Processo telematico*, 19 gennaio 2021.

processuale, regolandone appunto il funzionamento anche dal punto di vista prettamente operativo.

Molti gli aspetti che, al netto delle numerose peculiarità che contraddistinguono il processo davanti al Giudice delle leggi rispetto a quello penale (il numero decisamente più esiguo dei procedimenti instaurati, la varietà di tipologie di giudizio, i soggetti che interagiscono con la Corte... solo per fare alcuni esempi), meriterebbero un'attenta considerazione anche da parte del "nostro" legislatore delegato. Pur con tutti i *caveat* dovuti alla specificità di giurisdizione, potrebbero rintracciarsi utili spunti e modelli di confronto nelle scelte effettuate in punto di verifica del deposito degli atti ad opera della cancelleria, di metodiche di segnalazione delle eventuali anomalie, di comunicazione dell'esito dei controlli e di decorso dei termini. Nel recente "pacchetto" di strumenti, infatti, a delinearci con un certo nitore è la volontà di fornire ai soggetti interessati dal processo costituzionale un compendio di regole chiare e semplici, atte a prevenire soluzioni estemporanee e plasmate dall'alea dell'approccio casistico³⁹.

3. Le notificazioni telematiche all'imputato non detenuto

La seconda linea d'intervento è racchiusa nel comma 6 dell'art. 1. Si tratta di un profilo più circoscritto (... sebbene non del tutto privo di insidie) e complementare a quanto fin qui già osservato, dal momento che riguarda la disciplina delle notificazioni telematiche – successive alle prime e diverse dalla citazione in giudizio di primo grado e in sede di impugnazione⁴⁰ – di cui sia destinatario l'imputato in stato di libertà il quale, finora, era stato escluso da questo peculiare regime notificatorio.

Si interseca qui il tema del processo in assenza, che il delegante intende riformare secondo i criteri dettati al successivo comma 7: sulla scorta delle censure mosse dalla Commissione Lattanzi tanto alla riforma del 2014 quanto all'impianto normativo risultante dall'intervento della legge n. 103/2017, l'obiettivo è quello di ri-affermare (o, *rectius*, di affermare davvero) il principio per cui il processo può svolgersi in assenza dell'imputato soltanto quando vi sia la certezza che tale assenza è volontaria e consapevole.

In breve, allo scopo di semplificare le modalità di rintraccio della persona e di contrarre i tempi occorrenti per il perfezionamento degli adempimenti connessi alle notifiche, il delegante prevede l'obbligo (comunque non sanzionato in caso di violazione⁴¹) per l'imputato non ristretto in carcere o in altri istituti, di fornire all'autorità procedente il numero di cellulare e l'indirizzo *email* di cui abbia disponibilità fin dal primo contatto; nonché, ancora, la facoltà di dichiarare domicilio ai sensi del modificando art. 161 cpp anche presso un idoneo recapito telematico⁴². Sarà a quello stesso recapito che il difensore potrà inoltrare tutte le comunicazioni⁴³, senza risultare passibile di inadempimento degli obblighi derivanti dal mandato, laddove l'omissione o il ritardo nella comunicazione siano imputabili a un fatto del cliente.

4. Changing lenses. Il rito penale... nell'epoca della sua riproducibilità tecnica

Veniamo, quindi, alla terza linea di intervento del disegno riformatore, la linea che – almeno *prima facie* – è destinata ad attirare più potentemente l'attenzione degli studiosi e degli operatori del processo, non foss'altro perché chiamata a "comporre" e "tradurre"

39. Di sicuro interesse è anche la *Guida per l'utente all'utilizzo di e-Cost*, disponibile sul sito della Corte dal 18 novembre 2021. Oltre a illustrare gli adempimenti strumentali all'accreditamento utente, l'accesso alla piattaforma informatica e-Cost ed il suo utilizzo, la *Guida* si premura di spiegare come richiedere assistenza "certificata" a fronte di possibili disfunzioni informatiche.

40. ... rispetto alle quali è tuttora richiesta una garanzia di effettività della conoscenza dell'atto che si ritiene "assicurabile" soltanto tramite la consegna *brevi manu*: cfr. E.N. La Rocca, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *Arch. pen.*, n. 3/2021, p. 12.

41. Sottolineano quest'aspetto ravvisandovi la ragione per cui l'indicazione dell'obbligo sarebbe destinata a rimanere «lettera morta» R. Nerucci e A. Trinci, *Riforma Cartabia: la delega in tema di notificazioni*, in *Il Processo telematico*, 28 settembre 2021, par. 4, i quali al contempo riconoscono la sostanziale incoercibilità della collaborazione da parte dell'imputato nel meccanismo notificatorio.

42. ... quale, ad esempio, la posta elettronica certificata.

43. Si è giustamente osservato come «la consegna dell'atto al domicilio convenzionale [e, dunque, anche a quello eletto presso recapito telematico – *nda*] rappresent[er] la forma di comunicazione che offre al destinatario una possibilità di conoscenza inferiore solamente alla consegna a mani proprie»: così R. Nerucci e A. Trinci, *Riforma Cartabia*, *op. cit.*, par. 2. Non può, in ogni caso, essere ignorato un dato di realtà in cui, tra le altre, anche l'innovazione relativa al "recapito telematico" viene a essere calata: stando anche all'ultima edizione (2021) dell'«*Indice di digitalizzazione dell'economia e della società*» (cd. DESI, reperibile all'indirizzo <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/countries-digitisation-performance>), l'Italia si colloca al 20° posto fra i 27 Stati membri dell'Ue, registrando livelli di competenze digitali di base e avanzate molto bassi sul fronte del cd. "capitale umano", e un ricorso corrispondentemente basso da parte degli utenti ai servizi pubblici digitali.

in testo normativo tendenzialmente durevole le diatribe dogmatiche che hanno accompagnato l'iter di "ridefinizione" del canone dell'immediatezza, così come avviato dai famosi *dicta* della Consulta e della Suprema corte⁴⁴, e poi proseguito nelle "giravolte" della legislazione emergenziale per ciò che attiene allo svolgimento in via telematica di determinate attività processuali.

Seguendo l'ordine interno al comma 8 dell'art. 1, si scopre che sotto la lente d'ingrandimento c'è la disciplina della documentazione degli atti, a ulteriore conferma di quanto profonda e organica dovrà essere la rivisitazione del libro II.

Come noto, il procedimento documentativo degli atti, connotato da un forte grado di flessibilità, rinvie la sua forma elettiva nella redazione del verbale⁴⁵.

Risulta invece circoscritto il ricorso a tecniche di documentazione pur più affidabili dal punto di vista della fedeltà rappresentativa quali la riproduzione fonografica e quella audiovisiva perché, all'epoca della stesura del codice, esse erano percepite come particolarmente costose e non si voleva sovraccaricare il sistema con impegni superiori alle risorse disponibili.

Così, nonostante un chiaro *favor* verso le nuove tecnologie fosse già rinvenibile nella legge delega n. 81/1987⁴⁶, si era poi optato per una soluzione compromissoria e riduttiva, tutta incentrata sulla priorità della verbalizzazione, in cui la fono-audio registrazione assolveva e assolve una funzione servente ed eventuale, salva l'introduzione, nel corso degli anni, di sporadiche e talora asimmetriche eccezioni⁴⁷.

Oggi, alla luce delle lett. *a* e *b* del comma 8, sembra per converso delinearsi un ricorso *par défaut* proprio a quelle forme documentali "rafforzate" a

spiccato tasso tecnologico: premessa la solita clausola di salvaguardia relativa all'eventuale penuria delle risorse strumentali ed organiche, ciò che Cordero definiva il «lusso supremo»⁴⁸, ovvero la registrazione audiovisiva, assurge a elemento *ulteriore* (intendendo "ulteriore" come "in aggiunta", cioè, al verbale che assume così valenza complementare) e *indefettibile* di documentazione (anche se non è posto a pena di inutilizzabilità) di ogni *performance* dichiarativa resa dall'indagato/imputato fuori udienza, o da altri soggetti purché in sede garantita. Residualmente, dovranno essere individuate le ipotesi in cui l'assunzione di sommarie informazioni da fonti che possono riferire circostanze utili alle indagini *ex art. 351* o *ex art. 362* cpp venga *almeno* fonoregistrata: qui, a mero titolo esemplificativo, il pensiero corre alla "delicatezza di contesto" in cui a essere ascoltata sia una persona minorenni o affetta da disturbi psichici⁴⁹.

Certo, è di agevole disvelamento la "curvatura" teleologica che ha plasmato la scelta del delegante, il quale – come confermato poco dopo dal comma 11, lett. *d* dello stesso art. 1 – intende così assolvere il compito "affidatogli" dai giudici di Palazzo della Consulta con la sentenza 132, ove si parlava di rimedi compensativi per consentire al mutato giudice dibattimentale di rigettare richieste intese alla rinnovazione probatoria⁵⁰.

A prescindere da ogni più approfondita analisi circa la cennata finalizzazione⁵¹, l'opzione della delega, in sé, non può che essere apprezzata: tenuto conto dei costi irrisori con cui oggi si può procedere a siffatta modalità documentativa, non si comprende, anzi, perché non ci si sia spinti a prevederne l'operatività per tutte le dichiarazioni suscettibili a vario titolo di

44. Cfr., volendo, B. Galgani, *Istanze di deflazione, principio di immediatezza e... smaterializzazione del processo penale*, in G. De Francesco - A. Gargani - E. Marzaduri - D. Notaro (a cura di), *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 211 ss.

45. Cfr. A. Pulvirenti, sub *Art. 134*, in A. Giarda e G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Ipsoa, Milano, 2017, pp. 1471 ss., e F. Siracusano, sub *Art. 134*, in G. Canzio e G. Tranchina (a cura di), *Codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 1326 ss.

46. Art. 2, n. 8): «adozione di strumenti opportuni per la documentazione degli atti processuali; previsione della partecipazione di ausiliari tecnici nel processo per la redazione degli atti processuali con adeguati strumenti, in ogni sua fase; possibilità che il giudice disponga l'adozione di una diversa documentazione degli atti processuali in relazione alla semplicità o alla limitata rilevanza degli stessi ovvero alla contingente indisponibilità degli strumenti o degli ausiliari tecnici».

47. Ci si riferisce, com'è ovvio, all'art. 141-bis cpp e alle modifiche introdotte con il d.lgs n. 212/2015 di recepimento della direttiva 2012/29/UE.

48. F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012 (IX ed.), p. 332.

49. Per una soluzione di questo genere vds. già N. Pascucci, *Le dichiarazioni del minorenni informato sui fatti dopo l'attuazione della Direttiva 2012/29/UE*, in *Cass. pen.*, n. 7-8/2016, p. 3067, che pure privilegiava l'idea della "videoregistrazione".

50. Cfr., *supra*, il già richiamato contributo nella nota 44.

51. Su cui, sempre in sede di prima lettura, cfr. E.N. La Rocca, *Il modello di riforma "Cartabia", op. cit.*, pp. 36 ss., e L. Ludovici, *Riforma del processo penale: principi e criteri direttivi per le modifiche delegate in materia di giudizio*, in *Il Penalista*, 20 ottobre 2021.

essere lette in dibattimento o, ancora, per gli atti di indagine in cui la “cristallizzazione” delle risultanze sia particolarmente importante⁵². Inutile sottolineare, per contro, come la previsione per così dire routinaria di questa forma “potenziata” di documentazione non dovrebbe fornire facili pretesti per alimentare uno scomposto recupero dibattimentale di quelle risultanze dichiarative⁵³.

Certamente, nel quadro che si è appena abbozzato, sarà indispensabile por mano alla riformulazione, tra le molte, di una disposizione come l’art. 139 cpp, definendo in maniera nitida i rapporti che si vorranno instaurare tra riproduzione (audiovisiva e fonografica) da una parte, e verbale convenzionale dall’altra (verbale nel quale, *per incidens*, dovrà darsi atto dell’inizio e della fine della registrazione, della tipologia di apparecchiature tecniche impiegate, e a cui si potrà far riferimento per cogliere i passaggi essenziali dell’attività documentata senza perciò dover procedere alla gravosa incombenza trascrittiva), onde sottrarli alle incertezze interpretative che hanno riguardato il valore fidefacente del verbale sintetico⁵⁴.

In conclusione, e non certo perché goda di minor *appeal* scientifico, il tema della cd. “*remote justice*”, ossia della modalità di svolgimento di talune attività processuali con soggetti che com-partecipano da luoghi fisici diversi, grazie ai sistemi di videoconferenza o, più di recente, attraverso l’impiego di piattaforme informatiche.

Con un’ approssimazione che si potrebbe definire “brutale”, veniamo subito al cuore della questione, dando ovviamente per scontati i dettagli del dibattito che si riproduce più o meno uguale a se stesso fin dall’apparire, nell’ordito del nuovo codice, delle

matrici di una “gestione” a distanza di certuni incombenenti processuali, se non della stessa partecipazione al procedimento (vale a dire fin dall’introduzione delle disposizioni dell’art. 147-*bis* e 146-*bis* disp. att.⁵⁵).

Cosa auspicare dinanzi alla direttiva (lett. c del comma 8) che delega il Governo a individuare i casi in cui, con il consenso delle parti, la partecipazione a un atto del procedimento o all’udienza possa avvenire a distanza?

Se, per un verso, era del tutto naturale che il delegante, avendo presenti le multiformi esperienze maturate in forza dei prodotti normativi degli ultimi due anni, ne volesse conservare alcuni selezionati esempi, per un altro, una disciplina “a regime” deve innanzitutto affrancarsi dal paradigma del *quick and safe* che, comunque, ha occasionato la maggior parte delle sperimentazioni di “giustizia de-spazializzata”, e confrontarsi laicamente con le *chances* di mantenere nel perimetro costituzionale la trattazione del procedimento su canale telematico, quand’anche nelle sue espressioni più “estreme” come quella della cd. “*virtual hearing*” (in cui nessuno dei protagonisti processuali condivide uno spazio fisico comune).

Ora va da sé che, laddove si accedesse alla tesi per cui la sottrazione della dimensione fisica all’aula d’udienza manomette e compromette i capisaldi della *fairness* processuale, se non gli stessi cardini della giurisdizione penale⁵⁶, ogni barlume di discussione sarebbe destinato a spegnersi all’istante.

Qualora, invece, volessimo assumere l’impegno di provare a ricercare nuove forme di garanzia, ricalendarne alcune e accrescendone altre proprio grazie all’ausilio delle tecnologie (come, peraltro, sembra ammonirci a fare lo stesso Antoine Garapon nella sua

52. Hanno formulato questo identico auspicio, a metà degli anni novanta, G. Voena, *Atti*, in G. Conso e V. Grevi (a cura di), *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 1996, p. 174, e, in tempi a noi molto più vicini, la proposta di legge AS 1709 presentata il 10 febbraio 2020 e intitolata «*Modifiche agli articoli 134, 139 e 141-bis del codice di procedura penale in materia di riproduzione fonografica e audiovisiva degli atti del processo penale e delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari*» (www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/52760.htm). Vds., da ultimo, lo scritto di G. Ichino, “*Riforma Cartabia*” e processo d’appello (anticipato su questa *Rivista online*, 29 novembre, p. 3 www.questionegiustizia.it/articolo/riforma-cartabia-e-processo-d-appello), ora in questo fascicolo, la quale propone di estendere l’operatività dell’audioregistrazione anche all’atto di cui all’art. 161 cpp, giacché la verificabilità della correttezza e dell’accuratezza con cui si procede a fornire le comunicazioni e gli avvertimenti destinati all’indagato renderebbe più “sicura”, *ex post*, la valutazione in ordine alla sussistenza o meno dei presupposti per un eventuale giudizio in assenza.

53. Si dice l’ovvio se si sottolinea, a mo’ di esempio, come dai *file* audiovisivi contenenti dichiarazioni oggetto di contestazione dibattimentale dovranno allora essere stralciate e acquisite solo e soltanto le dichiarazioni per l’appunto fatte oggetto di critica.

54. Vds. i rilievi di G. Voena, *Atti*, in Aa.Vv., *Compendio di procedura penale*, Cedam (Wolters Kluwer), Milano, 2020, p. 189 e F. Siracusanò, sub *Art. 139*, in G. Canzio e G. Tranchina (a cura di), *Codice, op. cit.*, pp. 1345-1346.

55. Vds. per tutti D. Curtotti Nappi, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2006, *passim*.

56. In questo senso vds. M. Bontempelli, *Intervento* in «*Di ragionevole durata soltanto se giusto. Le proposte UCPI: dialogo con gli studiosi del processo penale*», evento online tenutosi il 18 aprile; L. Marafioti, *Il processo penale di fronte all’emergenza pandemica*, in *Discrimen*, 26 aprile 2021, pp. 18-19; O. Mazza, *Distopia del processo a distanza*, in *Arch. pen.*, n. 1/2020, pp. 1 ss., e *Id.*, *Immediatezza e crisi sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2021, pp. 461 ss., ove si asserisce perentoriamente che «l’udienza penale è fatta di riti, di forme esteriori, come le toghe indossate dalle parti e dal giudice, di mosse e contromosse, anche corporee, che postulano l’empatia assicurata solo dalla compresenza sulla scena processuale di tutti i soggetti protagonisti», e che «[a]nche all’epoca dell’intelligenza artificiale e della digitalizzazione diffusa il processo penale rimane una immane tragedia che richiede unità di tempo, di luogo e di azione».

penultima e pluricitata opera⁵⁷), il discorso intorno alle eventuali alternative alla celebrazione in presenza dell'udienza penale potrebbe essere sviscerato e ulteriormente approfondito⁵⁸.

Di certo, nell'immediato, esso andrebbe a posizionarsi sul piano della "ragionevole sintesi" tra interessi di rilievo costituzionale.

È su questo "pendio" (non di rado scivoloso) che la Corte costituzionale, nella pronuncia di inammissibilità n. 96 del 2021⁵⁹, ha additato il requisito del consenso delle parti alla stregua di chiave di volta di uno degli assetti normativi di epoca pandemica.

Ed è appunto sulla scia di tale pronunciamento, oltre che delle suggestioni provenienti da molti ordinamenti stranieri⁶⁰ nonché, in ultimo, dalle «*Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings*» adottate dalla CEPEJ nel giugno 2020⁶¹, che sembra volersi muovere il delegante.

Nutrendo qualche dubbio in merito a una scelta forse "deresponsabilizzante" per il legislatore, viene da domandarsi se non si sarebbe potuto tentare di gettare il cuore oltre l'ostacolo, e immaginare la percorribilità, magari, di un rito "digitale", a giurisdizione in qualche modo semplificata, allorché l'illecito da

accertare fosse sganciato dalla possibilità di attingere la pena detentiva così da legittimare a monte una differenziazione in punto di disciplina processuale.

Più prosaicamente, dal momento che la partecipazione "in diretta" del giudice e delle parti alle dinamiche dell'attività di udienza, quand'anche "filtrata" dall'uso del videocollegamento, parrebbe comunque idonea a integrare uno *standard* garantistico qualitativamente superiore rispetto al regime di "trattazione scritta" da ultimo elevato a canone generale del giudizio di appello (cfr. art. 1, comma 13, lett. g), si potrebbe quantomeno auspicare che il delegato si determinasse a estendere il raggio d'azione della direttiva in esame fino a ricomprendervi anche le udienze di impugnazione⁶².

Di sicuro – e torniamo al "qui e ora" della delega –, nel testo non mancano alcune zone d'ombra, che constano per lo più di omissioni, di "non detto".

Si rifletta, in primo luogo, sul silenzio serbato in ordine alla tematica, dai risvolti problematici enormi, della sicurezza, della riservatezza e della qualità del dato giudiziario, ivi compresi i profili di responsabilità soggettiva: si può forse negare che il trattamento dei dati (e dei metadati) giudiziari è l'anima stessa del

57. Difatti, al netto delle molte censure mosse alle prime manifestazioni della cd. "telegiustizia" e alla perdita di rituali e simboli che ad essa sarebbe inevitabilmente connessa, a ben vedere le argomentazioni dell'illustre Autore non escludono la possibilità di accogliere una despaializzazione del processo, purché siano rinnovate appunto le forme del rituale, ridefinite secondo diversi codici semiotici e comunicativi – cfr. A. Garapon, *La despaializzazione della giustizia*, Mimesis, Milano-Udine, 2021, pp. 101-133, ove viene a snodarsi uno dei quattro appassionanti itinerari in cui l'Autore coinvolge il lettore, e per l'esattezza quello dedicato allo "spazio processuale". "De-spaializzazione" non significa, a nostro parere, uscire dallo spazio e, soprattutto, dalla sua "capacità ordinante" anche simbolica, quanto, semmai, accogliere la possibilità di spazi "altri" rispetto a quello fisico, in grado, a loro volta, di strutturare la realtà e di veicolare i valori essenziali della giurisdizione attraverso simboli differenti.

58. Si posizionano in un orizzonte favorevole a un impiego (anche) "ordinario" dell'udienza penale a distanza due esponenti dell'avvocatura: cfr. C. Intrieri, *La riforma Cartabia e il processo digitale: il fantasma tecnologico nel processo penale*, in *Il Processo telematico*, 30 settembre 2021, e L. Ponzoni, *Unhorthodox: in favore del processo penale da remoto*, in *Discrimen*, 26 aprile 2020. Per un'acuta riflessione sullo "stress test" senza meno rappresentato dall'avvento della normativa emergenziale sulle garanzie dibattimentali, vds. G. Borgia, *Dibattimento a distanza e garanzie costituzionali: spunti di riflessione a partire dall'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2020, pp. 181 ss.

59. Si vedano, in proposito, i commenti di C. Minnella, *Processo penale da remoto: l'intervento della Corte costituzionale*, in *Dir. giust.*, 13 maggio 2021, e di A. Marandola, *Legislazione d'emergenza: garanzie e limiti (temporali) provengono dalle alte Corti*, in *Il Penalista*, 17 maggio 2021; precedentemente, sull'ordinanza di remissione che aveva investito la Corte, vds. G. Santalucia, *I ripensamenti sul processo da remoto all'esame della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 1° giugno 2020.

60. Vds. A. Sanders, *Video-Hearings in Europe Before, During and After the COVID-19 Pandemic*, in *International Journal for Court Administration*, n. 2/2020, pp. 1 ss.

61. Il testo delle *Guidelines*, presentate il 16 ottobre 2021 all'evento inaugurale dell'*European Cyberjustice Network*, è consultabile all'indirizzo <https://rm.coe.int/cepej-2021-4-guidelines-videoconference-en/1680a2c2f4>. Nella sezione specificamente dedicata ai procedimenti penali, si legge: «21) *If legislation does not require the free and informed consent of the defendant, the court's decision for his or her participation in the remote hearing should serve a legitimate aim.* 22) *The legitimate aim of remote hearing in criminal proceedings should be based on such values as the protection of public order, public health, the prevention of offences, and the protection of the right to life, liberty, and security of witnesses and victims of crimes. Compliance with the right to a trial within a reasonable time can be considered by the court in particular at stages in the proceedings subsequent to the first instance.*».

62. *Mutatis mutandis*, una suggestione di questo genere, tesa ad operare una sorta di "graduazione" delle garanzie al cospetto dell'ingresso del fattore tecnologico nel rito penale, ci proviene dal saggio di R. Orlandi, *Immediatezza ed efficienza del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3/2021, pp. 815-816. A proposito delle complesse interazioni tra oralità e immediatezza, l'Autore distingue tra la riproduzione in dibattimento della videoregistrazione di una *performance* dichiarativa assunta altrove e l'assunzione dibattimentale di un esame mediante videoconferenza. Ebbene, quest'ultimo istituto, per quanto – si afferma – integrante una forma di immediatezza «degradata», è più "soddisfacente", in punto di corredo garantistico, rispetto a una forma seppure «arricchita» di «lettura dibattimentale» a cui, invece, sostanzialmente si riduce la prima.

processo telematico tutto, sia sul fronte documentale che su quello gestionale, e che, proprio per questa ragione, non può essere blandamente abbandonato a implicite o incerti rinvii alla direttiva 2016/680/UE, alle disposizioni ad essa correlate o, ancora, al contenzioso che potrebbe scaturirne?

Si pensi, ancora, alla mancanza di qualunque riferimento al *côté* esecutivo della remotizzazione dell'udienza.

Eppure, sembra ormai acclarata l'indispensabilità di procedere a un'accurata regolamentazione delle forme di prestazione del consenso ad opera delle parti; della verifica della genuinità del medesimo; delle tipologie di inquadratura da assicurare a ciascun soggetto⁶³; del servizio di interpretariato eventualmente necessario per uno o più dei partecipanti all'udienza; dei test propedeutici alla corretta instaurazione della dialettica processuale; della certificazione dell'identità dei partecipanti; della modalità di rilevazione di eventuali incidenti o disconnessioni telematiche... Si allude, insomma, a tutto quel "disciplinare" tecnico che è chiamato a dar "corpo" alle garanzie difensive in sede digitale e in ordine al quale, non a caso, le appena richiamate «*Linee Gui-*

da» formulano precise raccomandazioni all'indirizzo dei diversi ordinamenti⁶⁴.

In ultimo, merita senz'altro di essere superato il disinteresse riservato dal delegante alla tematica della pubblicità delle udienze allorché queste si svolgano in "stanze" virtuali, visto che la collettività deve essere sempre e comunque messa nelle condizioni di esercitare un controllo sull'amministrazione della giustizia funzionale a scongiurare condotte abusive⁶⁵.

In definitiva – fermo il fisiologico margine di approssimazione che accompagna ogni valutazione a "prima lettura" –, pare potersi concludere che nelle direttive della "riforma Cartabia" non c'è tutto ciò che potrebbe assicurare una transizione fluida e sicura del rito penale su binari tecnologici assiologicamente orientati, ma di sicuro c'è molto⁶⁶. E sarà, appunto, procedendo con acume e sorvegliato coraggio all'interno delle linee perimetrali tracciate nel progetto di riforma (da ultimo, nitidamente rimarcate nell'«*Atto di indirizzo per l'anno 2022*» presentato dal Ministero della giustizia il 26 novembre 2021⁶⁷), che il delegato potrà condurre a compimento un'opera di rinnovamento tanto impegnativa quanto ormai irrinunciabile.

63. Agli albori del "nuovo" codice di rito, in forza di un accordo tra Cnr e Ministero della giustizia, aveva coordinato gli esperimenti di ingresso delle tecnologie video nel processo penale G. Di Federico (*Cari avvocati, non demonizzate l'uso delle nuove tecnologie, Il Riformista*, 30 aprile 2020, pp. 1 e 6), il quale rammenta come, già in quell'epoca ormai risalente, in Kentucky, avesse assistito all'utilizzo di riprese video che, nel corso dell'udienza, si posizionavano automaticamente sui soggetti che di volta in volta parlavano, assicurando così una rappresentazione fedele non soltanto delle cose dette ma, altresì, delle modalità e delle tempistiche con cui esse venivano dette.

64. Cfr. in particolare alcune disposizioni delle sezioni *Effective participation of the defendant e Legal representation*, nonché tutta la seconda parte del documento intitolata *Organisational and technical issues of videoconferencing*.

65. Vds. in proposito l'ampia casistica della Corte di Strasburgo, di cui ci si limita a ricordare: *Bocellari e Rizza c. Italia*, 13 novembre 2007, § 34; *Perre ed altri c. Italia*, 08 luglio 2008, § 23; *Krestovskiy c. Russia*, 28 ottobre 2010, § 24.

Prendendo spunto, oltre che da molte esperienze straniere, da quanto avvenuto in sede domestica ad opera della Corte costituzionale (vds., nella specie, il decreto 16 marzo 2021 del presidente G. Coraggio, reperibile all'indirizzo www.cortecostituzionale.it), è ipotizzabile assicurare una forma di pubblicità delle udienze in linea con l'architettura costituzionale mediante la diretta *streaming* della trattazione della causa su canali istituzionali o, comunque, attraverso la registrazione e la successiva pubblicazione della medesima.

66. In tutt'altra prospettiva si colloca la posizione di recente espressa in seno al *Bilancio di responsabilità sociale 2019-2020* della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, e il cui testo integrale è reperibile all'indirizzo www.procura.milano.giustizia.it/bilancio-sociale.html.

Premesso un quadro desolante della realtà in cui verserebbe l'attuale gestione "telematica" dell'attività giudiziaria – «organizzazione ottocentesca legata a strutture e ripartizioni territoriali tipiche di quando si viaggiava a piedi o a cavallo; centralità del fascicolo cartaceo e del suo trasferimento fisico attraverso carrelli del secolo scorso; inutilizzazione delle piattaforme giudiziarie sia per la vetustà dei programmi (impostati circa 15/20 anni orsono) sia per il loro rifiuto culturale soprattutto da parte dei magistrati. Il costoso ed anacronistico paradosso della nostra organizzazione è emblematicamente costituito dal fatto che, da tempo, si ricevono unicamente file PDF ovvero nativi digitali che vengono costantemente ed indefessamente stampati per creare il fascicolo processuale cartaceo!» –, ciò che stupisce e lascia interdetti è il carattere apodittico (oltre che "sganciato" dalla *littera legis* della delega qui passata in rassegna) delle statuizioni formulate subito dopo, secondo cui «[p]urtroppo, la riforma del processo penale mantiene questa organizzazione preistorica: non si parla più del processo penale telematico, della firma digitale, delle nuove piattaforme dotate di programmi di intelligenza artificiale, di un nuovo sistema di notifiche collegato all'identità digitale. La giustizia resta esclusa dalle nuove forme di organizzazione del lavoro, dal superamento degli uffici in senso fisico, dalla liberazione delle risorse e dalla riduzione dei tempi di trasmissione delle informazioni e dei fascicoli come sarebbe ampiamente consentito dalle moderne piattaforme».

67. Il testo completo delle priorità politiche che il Ministero intende conseguire nel corso del 2022 è disponibile all'indirizzo www.giustizia.it/giustizia/it/contentview.page?contentId=ART357573&previousPage=mg_1_29_6.

Vale la pena osservare come, al par. 2 del documento in oggetto, per l'appunto dedicato all'«ulteriore avanzamento delle politiche di digitalizzazione», si fa espresso riferimento alla necessità di procedere al rafforzamento delle politiche di sicurezza dei sistemi informatici anche attraverso «la realizzazione di un *security operation center*» nonché, eventualmente, tramite l'avvio di un «*Virtual private cloud* interno a giustizia».

L'idea portante, infatti, non è (né deve essere) quella di ridurre il “rendere giustizia” a una pratica burocratica o, peggio, all'offerta di un qualsivoglia servizio *online*, ma di sfruttare le potenzialità offerte da un'esistenza ormai connotata anche da una terza

dimensione, quella “*phygital*”⁶⁸, «per assicurare» – prendiamo a prestito, qui, le parole della relazione della Commissione Lattanzi – «maggiore efficienza e rapidità al procedimento penale», incrementando altresì «le garanzie della difesa»⁶⁹.

68. Si tratta chiaramente di un neologismo, crasi dei termini inglesi “*physical*” e “*digital*”, per mezzo del quale si intende per l'appunto descrivere l'interazione di mondo analogico e mondo digitale grazie a tecnologie in grado di creare esperienze del tutto nuove, pienamente immersive, in cui la cesura tra le due dimensioni tende inevitabilmente a sfumare.

Per una prima ricognizione delle possibili interazioni tra *agentes* e tecnologie emergenti (anche se, in questo caso, dallo specifico angolo visuale della comunicazione delle *humanities*), si veda uno studio tanto chiaro quanto ormai (e paradossalmente) “datato”: M. Carrozzino, *Nuove tecnologie per le humanities*, in V. Neri (a cura di), *Nuove tecnologie, immagini e orizzonti di senso. Prospettive interdisciplinari contemporanee*, Pisa University Press, Pisa, 2017, pp. 11 ss.

69. *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.d.l. A.C. 2435*, p. 16 (www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LATTANZI_relazione_finale_24mag21.pdf).

Gli autori

Giuseppe Battarino, giudice del Tribunale di Varese

Marco Bouchard, presidente della Rete Dafne

Giampiero Buonomo, consigliere parlamentare, capo dell'Ufficio dell'Archivio storico del Senato della Repubblica

Riccardo De Vito, giudice del Tribunale di Nuoro

Linda D'Ancona, giudice del Tribunale di Napoli

Fabio Di Vizio, sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Firenze

Fabio Fiorentin, giudice dell'Ufficio di sorveglianza di Venezia

Benedetta Galgani, associato di Diritto processuale penale, Università di Pisa

Rosanna Ianniello, presidente del Tribunale di Terni

Giovanna Ichino, già presidente di sezione presso la Corte d'appello di Milano

Ezia Maccora, presidente aggiunto della sezione gip del Tribunale di Milano

Aniello Nappi, già consigliere della Corte di cassazione

Andrea Natale, giudice del Tribunale di Torino

Saulle Panizza, ordinario di Diritto costituzionale, Università di Pisa

Nello Rossi, direttore di *Questione giustizia*

Gaetano Ruta, procuratore europeo delegato

Armando Spataro, già procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Torino