

TOMOGRAFIA DI UNA RIFORMA

di Adolfo Scalfati

SOMMARIO: 1. Spendibilità politica e sigillo legislativo sulle prassi. – 2. Inasprimenti sanzionatori vs. estensione dei benefici penitenziari. – 3. Rivisitazione del “doppio binario” affittivo. – 4. Deflazione tramite reati procedibili a querela. – 5. Tentazioni autoritarie: tempi della prescrizione. – 6. (*Segue*): Processo a distanza come regola. – 7. (*Segue*): Dissuasioni a praticare il giudizio abbreviato. – 8. (*Segue*): Riservatezza delle intercettazioni e captatori informatici. – 9. Tempi delle indagini. – 10. Impugnative: ritorsioni sull’appello e sfoltimento dei ricorsi.

1. Spendibilità politica e sigillo legislativo sulle prassi

Si può dire tutto, nel bene e nel male, di questa ennesima riforma della giustizia penale¹, salvo che essa sia sorretta da un impianto di sistema; le previsioni “a pioggia”, per quanto ripartite per settori, eludono un disegno unitario e nemmeno si orientano in una prospettiva di reale novità, salvo alcuni aspetti da sviluppare nelle deleghe.

Ad uno sguardo d’insieme, prevalgono tentazioni autoritarie, logiche deflative, inclinazioni verso forme di “populismo penale” e consolidamenti giurisprudenziali, questi ultimi, quasi a manifestare una complimentosa sudditanza dei compilatori verso le prassi giudiziarie².

Quanto alla evoluzione del processo legislativo, gli ostacoli frapposti ad una

¹ Un’analisi in anteprima è offerta in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pacini Giuridica, Pisa, 2017; G. SPANGHER, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, in *Giurisprudenza penale web*, 2017, n. 3, p. 1 ss.; ID., *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2016, n. 1, p. 88.

² Cfr. L. MARAFIOTTI, *Riforme Zibaldone, legislazione “giurisprudenziale” e gestione della prassi processuale*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 553 ss.

più fluida approvazione del testo, si condensano in due o tre tematiche (in materia di **prescrizione** e **intercettazioni** ma anche, con minore sensibilità, in tema di “**processi a distanza**”) sulle quali gli accordi parlamentari sono stati raggiunti con difficoltà; sul resto della riforma, di certo più ampia, l’attenzione dei compilatori è stata bassa, anche perché in alcuni ambiti (**impugnazioni** e riforma dell’**esecuzione penitenziaria**) erano state già spese risorse in progetti formulati da Commissioni ministeriali.

Al riguardo, non è un dato da sottovalutare la procedura impiegata per l’approvazione della legge in entrambi i rami del Parlamento: le perduranti criticità del testo – concentrate sulle tematiche già menzionate – sono state risolte dal complesso delle forze di maggioranza ricorrendo al voto di fiducia quale strumento per salvaguardare la sopravvivenza dell’attuale *establishment* governativa. Aspetto ancor meno commendevole sta nel sotterraneo dibattito sulla scelta di ricorrere al voto di fiducia, consumatosi nel contesto di compromessi nei quali era in gioco la credibilità del Ministro della Giustizia; insomma, non una dialettica su quanto fossero buoni o cattivi i contenuti della riforma, ma un braccio di ferro tra le diverse anime che compongono il partito di maggioranza, con evidenti ricadute quanto alla spendibilità politica della tempestiva approvazione del testo.

Sul piano del metodo, occorre sottolineare un aspetto non nuovo, ma che approfondisce il solco di una poliedrica dinamica legislativa di conio recente. Da un lato, il consolidamento, talvolta con qualche ritocco, di linee interpretative già indicate dalla giurisprudenza (es., innocuità della incompetenza per territorio o delle invalidità durante il giudizio abbreviato³; più semplice impiego del captatore informatico anche nel domicilio per i delitti associativi non di stampo mafioso⁴; plurime ipotesi di nullità del decreto di archiviazione se alla persona offesa non è permesso di interloquire⁵; richiesta di patteggiamento in subordine alla domanda di giudizio abbreviato eventualmente respinta, fenomeno di largo impiego nella pratica, ecc.); dall’altro, e raramente, l’esplicita introduzione di elementi testuali di segno contrario ad un *self-restraint* adottato dalla prassi (la partecipazione orale nel procedimento per l’impugnativa delle misure cautelari reali dinanzi alla Corte di cassazione⁶). È un segno evidente – se qualcuno non se ne fosse accorto pensando alle figure professionali di supporto presso le principali strutture legislative del Paese – di una conta-

³ *Ex plurimis*, Cass., Sez. VI, 16 ottobre 2012, n. 40610.

⁴ Cass., Sez. Un., 1° luglio 2016, n. 26889.

⁵ Cass., Sez. IV, 26 settembre 2014, n. 47025.

⁶ Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2015, n. 51207, con nota, tra gli altri di E.M. MANCUSO, *Sindacato sul decreto di sequestro e rito camerale non partecipato: le Sezioni Unite mutano indirizzo*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 2, p. 60 ss.

minazione tra poteri dello Stato, con la tendenza a porre il sigillo legislativo sulle esegesi della giurisprudenza meno inclini alla tutela dei diritti dell'individuo; non è un caso che dalla rubrica della legge (*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*) sia scomparso l'originario richiamo, presente nel progetto presentato alla Camera dei Deputati, al *rafforzamento delle garanzie difensive* profilo che, in effetti, si riduce a un paio di regole (agevolazione del colloquio con il detenuto e flessibilità del domicilio *ex lege* presso il difensore d'ufficio), dalla portata assolutamente modesta rispetto all'impianto complessivo.

Sotto tale profilo, le perplessità aumentano quando il dato normativo tende persino a riprodurre il concentrato delle linee guida diffuse presso gli uffici della **Procura della Repubblica**, come nel caso della delega in materia di rimedi contro la diffusione delle notizie relative ai contenuti delle intercettazioni.

2. Inasprimenti sanzionatori vs. estensione dei **benefici penitenziari**

Nemmeno stavolta il legislatore si è sottratto al fascino del "**populismo penale**"⁷ quando ha modificato in aumento le pene per talune ipotesi di delitti associativi e reati contro il patrimonio (furto aggravato, in abitazione, rapina, estorsione), accrescendo il limite minimo della cornice edittale e influenzando sul divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti, con l'effetto di impedire la commisurazione sanzionatoria al di sotto di una data soglia. Ancora una volta, l'azione innovatrice ha riguardato una piccola fascia di reati le cui condotte sono percepite come fonte di insicurezza individuale, tralasciandone tanti altri i cui beni giuridici protetti appaiono di rango pari o persino superiore; una scelta, insomma, dalla scarsa ragionevolezza sul terreno dell'eguaglianza e priva di un (ri)disegno complessivo di una materia ancorata all'art. 27, comma 3, Cost.; prevale la logica carcere-centrica, dove l'effetto (giustizialista) è costituito dall'ostracismo temporaneo dell'autore dal contesto sociale, a dispetto di più moderne (ed efficaci) prospettive della risposta penale⁸.

⁷Un fenomeno oggetto, già da qualche anno, di accurato studio; per tutti, da G FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95 ss.; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 12 ss., cui adde, di recente, G. AMARELLI, *Prove di populismo penale: la proposta di inasprimento delle pene per lo scambio elettorale politico-mafioso*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017.

⁸In materia la letteratura è assai vasta; per tutti, delinea le questioni L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in L. PICOTTI-G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè, Milano, 2002, 59.

Peraltro, l'effetto di accrescimento della popolazione carceraria è in radicale controtendenza alla precedente e non lontana stagione legislativa (2011-2014) diretta a diminuire gli ospiti degli istituti penitenziari, sotto tale profilo, ancora ridotti al collasso.

Da altra angolatura, prevedere inasprimenti sanzionatori appare in discutibile conflitto con i contenuti normativi concernenti la delega per la **riforma del sistema penitenziario**, dove sono previsti ampliamenti delle misure alternative alla detenzione e percorsi di **giustizia riparativa** volta ad attenuare tempi e rigore del carcere; cosicché, il legislatore, con una mano scrive le norme sugli inasprimenti della detenzione – costringendo ad innalzare il detto di pena al momento dell'applicazione sanzionatoria – e, con l'altra, disegna percorsi tramite i quali la pena carceraria irrogata non sarà scontata o lo sarà con modalità abbreviate oppure con forme parzialmente extramurarie.

Un compilatore frettoloso e bifronte, affetto dalla debolezza di non deludere nessuno.

3. Rivisitazione del “**doppio binario**” afflittivo

La delega in materia di **misure di sicurezza personali** è senza dubbio interessante; ma bisognerà vedere come e se sarà davvero attuata⁹; il tema è senza dubbio delicato, affrontando un tema frutto delle divergenti quanto originarie matrici ideologiche relative al tipo di risposta penalistica verso le caratteristiche soggettive dell'autore del reato.

Le direttive e i principi espressi sono numerosi e convogliano essenzialmente su due fronti: per un verso, l'*an* e il *quomodo* del cumulo tra misure di sicurezza e pena detentiva, prevedendone l'adozione congiunta solo per reati più gravi e imponendo di fissare la durata massima del contenimento e i criteri di verifica della persistente pericolosità; per altro, l'ampliamento della nozione dell'infermità mentale e la rivisitazione delle misure di sicurezza verso i condannati non imputabili o semi-imputabili in osservanza dell'abrogazione degli ospedali psichiatrici giudiziari.

In ogni caso, i contenuti della delega manifestano due criticità.

In primo luogo, si tende ad allargare la competenza dei Reparti per l'esecuzione delle misure di sicurezza (**REMS**)¹⁰, collocati presso le ASL, imponendo

⁹ Sul tema, in chiave critica, F. PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge AS. 2067 e connessi*, in *www.penalcontemporaneo.it*, 2016, p. 5 ss.; M. PELISSERO, *La politica penale delle interpolazioni. Osservazioni a margine del disegno di legge n. 2067 testo unificato*, in *www.penalcontemporaneo.it*, 2016, p. 3 ss.

¹⁰ In materia, tra i contributi più recenti, la panoramica di G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, in *www.penalcontemporaneo.it*, 2016, p. 3 ss.

di ospitare al loro interno, oltre i non imputabili (o i semi-imputabili) pericolosi, tutti gli altri soggetti detenuti, anche in stadio di custodia cautelare, affetti da patologie psichiatriche o bisognosi di tale accertamento, sempre che la struttura carceraria non abbia adeguati strumenti per garantire la loro tutela; il che, per evidenti motivi di insufficienza delle strutture carcerarie, provocherà ricadute sull'effettiva realizzabilità dei programmi terapeutico-riabilitativi da sviluppare verso i prosciolti pericolosi infermi di mente.

Inoltre, il legislatore ha perso l'occasione di disciplinare il funzionamento dei Reparti per l'esecuzione delle misure di sicurezza, sia quanto ai poteri dei funzionari, sia quanto alle regole di vita degli ospiti (una volta, "internati" negli Ospedali psichiatrici giudiziari) – entrambi profili sui quali regna incertezza circa l'adozione delle regole penitenziarie e i limiti d'intervento della magistratura di sorveglianza – sia, infine, con riguardo alla sicurezza interna ed esterna delle persone presenti in tali strutture. Allo stato, il personale dei Reparti per l'esecuzione delle misure di sicurezza ha difficoltà a fronteggiare talune esigenze dell'ospite le quali, presso le strutture penitenziarie, potevano essere soddisfatti dall'ufficio matricola (es., spedizione di atti all'autorità giudiziaria) e dai poteri della polizia penitenziaria o del direttore dello stabilimento.

4. Deflazione tramite reati procedibili a querela

Il fenomeno agisce su due fronti, destinati a suscitare ricadute anche sul procedimento dinanzi al giudice di pace.

Il primo attiene alla nuova disciplina dell'**estinzione del reato per condotte riparatorie**, sempre che si tratti di ipotesi procedibili a querela soggetta a remissione. Si tratta di regole destinate a trovare attuazione nel processo ordinario, stante un corrispettivo istituto già presente per realizzare la terapia deflattiva dinanzi al giudice di pace. È possibile, com'è accaduto con riferimento al proscioglimento per irrilevanza penale del fatto – complessi normativi anch'essi contemplati sia dal codice penale sia dal d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 – che la prassi ritenga la nuova disciplina non estensibile al processo penale di pace, considerando la non integrale sovrapposizione, quanto agli elementi costitutivi, tra i due istituti. Peraltro, le previsioni di nuovo conio prescindono dall'effettivo conseguimento del risarcimento e della riparazione, essendo sufficiente che l'imputato abbia formulato un'offerta reale e che questa, pur non accettata dal destinatario, sia ritenuta congrua dal giudice.

La finalità deflattiva delle nuove regole è lampante. Per un verso, il ruolo della **persona offesa**, pur avendo il diritto di audizione, non è capace di inibire l'estinzione del reato quando l'offerta reale è considerata sufficiente dal giudice, di fatto, marginalizzando il suo diritto di non rimettere la querela; per al-

tro, anche per tale fondamento prettamente materialista, l'istituto è assai lontano dalla categoria della "giustizia riparativa", dove contano i sintomi della elaborazione rieducativa, come le concrete condotte personali di ravvedimento e il tentativo di eliminare ogni frattura, anche di tipo psicologico, tra la vittima e l'autore del reato¹¹.

Non si trascuri, inoltre, che il risarcimento e le restituzioni, quali principali condizioni operative del nuovo istituto, si dirigono inevitabilmente verso il danneggiato che potrebbe non coincidere con la persona offesa, ipotesi non infrequente nei reati contro il patrimonio.

La seconda linea d'intervento in materia attiene alla delega che impone l'ampliamento della procedibilità a querela, permettendo un regime transitorio per la presentazione dell'atto introduttivo nelle ipotesi di reato che fino all'entrata in vigore della riforma non la contemplavano. In verità, l'intervento avrebbe potuto essere più coraggioso, limitandosi ai delitti contro la persona o contro il patrimonio – questi ultimi quando sono privi di talune circostanze – con pena detentiva edittale (non contano le aggravanti) non superiore a quattro anni, soprattutto considerando le ipotesi di lesioni volontarie gravi¹².

Ad ogni modo, alcuni reati, introdotta la procedibilità a querela, potrebbero transitare alla competenza del giudice di pace mentre gli altri, trattenuti presso il tribunale, potranno beneficiare in chiave deflattiva del nuovo istituto dell'estinzione per condotte riparatorie.

5. Tentazioni autoritarie: tempi della prescrizione

In argomento, il dibattito si è diviso tra chi avrebbe voluto tempi massimi di durata del processo – sganciati dalla disciplina della prescrizione la quale avrebbe avuto un suo peso fino all'inizio dell'azione – e chi avrebbe dilatato a dismisura i termini di prescrizione, soprattutto per determinati delitti, e chi, invece, avrebbe lasciato le cose come stanno oggi.

La nuova disciplina costituisce un discutibile compromesso delle distinte prospettive. Da un lato, si amplia la sospensione dei termini di prescrizione (soprattutto) sulla base di un limite massimo stabilito dal legislatore per ciascun grado di giudizio; dall'altro, si interviene precisando taluni presupposti

¹¹ In tema, anche per le relazioni tra diritto e processo, A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2010, *passim*.

¹² In termini non adesivi a ritenere sempre la querela quale criterio selettivo delle scelte legislative in materia, F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Giuffrè, Milano, 1993, *passim*.

dell'interruzione dei termini. Infine, si estende il limite dei tempi di prescrizione per i delitti contro la pubblica amministrazione e, con un *escamotage* più sottile, per i delitti essenzialmente a tutela dell'integrità sessuale.

Il risultato è che, complessivamente, il processo può impegnare tempi di conclusione molto più lunghi rispetto alla previgente disciplina la quale, per converso, spingeva l'apparato giudiziario a maggiore attenzione verso la celerità dell'epilogo giudiziario: se oggi si dilatano i tempi in cui sopraggiunge l'effetto estintivo, anche la gestione del processo, allontanato il rischio di non conseguire un provvedimento sul merito dell'imputazione, potrà essere rallentata.

L'imputato, così, potrà subire un maggior pregiudizio dall'essere sottoposto ad un procedimento penale potenzialmente più duraturo. Invece di recuperare la credibilità del sistema assicurando una giustizia più veloce, magari intervenendo sulle strutture di sostegno alla magistratura e realizzando una strategia di effettiva funzionalità informatica degli uffici, si alimenta l'indifferente inclinazione autoritaria che, alla **ragionevole durata del processo** quale diritto dell'imputato, contrappone l'esigenza di tempi giudiziari più lunghi.

Non mancano rilievi critici sulla intima coerenza di questo intervento novellatore.

Innanzitutto, la scelta di accrescere la durata massima dei termini solo per alcuni reati – in particolare **delitti contro la pubblica amministrazione** – non risponde a criteri di ragionevolezza, bensì a quello di stigmatizzare in chiave di prevenzione generale prassi amministrative devianti senza valutare se davvero emergono esigenze di maggiore complessità (e durata) dell'accertamento giudiziario in materia; né, d'altro canto, i beni giuridici a base dei rispettivi delitti meritano più tutela di altri, di pari se non maggiore rilievo, al punto da generare un trattamento diversificato sui tempi della scure estintiva, salvo a valorizzare impropriamente talune esternazioni di organismi sovranazionali manifestate contro l'Italia nel censurare lo scarso rigore della lotta al fenomeno della corruzione. Tale aspetto – come si ricorderà – aveva indotto il legislatore (legge 27 maggio 2015, n. 69) ad innalzare il trattamento sanzionatorio di taluni delitti contro la pubblica amministrazione proprio allo scopo di determinare il conseguente accrescimento dei termini di prescrizione.

In secondo luogo, un aspetto di fondo della disciplina si presenta di dubbia compatibilità costituzionale. La sospensione del decorso temporale della prescrizione riguarda i tempi che intercorrono tra la pronuncia della sentenza di primo grado (o nel giudizio di rinvio) e quella del grado successivo e tra quest'ultima e quella definitiva sempre che l'imputato sia stato condannato; ne consegue che i tempi non sono sospesi in caso di proscioglimento anche dinanzi all'eventuale impugnativa del pubblico ministero.

La differenza, quanto alla potenziale maggior durata del processo collegata alla condanna presenta criticità sul terreno dell'uguaglianza di trattamento (artt. 3,

25, commi 1 e 27, commi 2 e 3, Cost.) che dipende dal tenore della sentenza non definitiva pronunciata nei confronti dell'imputato. Quest'ultimo aspetto pone dubbi di compatibilità costituzionale laddove viola la parità di trattamento tra imputati (prosciolti e condannati): l'impugnazione proposta subisce un regime differenziato sul terreno dei potenziali tempi del processo e del quadro penalistico applicabile, trasformandosi, per taluni, in una celata misura afflittiva.

6. (*Segue*): **Processo a distanza come regola**

L'imputato detenuto per un catalogo di reati gravi previsti dal legislatore dovrà partecipare alle udienze dal proprio istituto penitenziario tramite impianto audiovisivo, salvo che il giudice non ne ritenga necessaria la presenza. La logica relativa alla presenza fisica dell'imputato all'udienza s'inverte, laddove la regola è la sua partecipazione virtuale.

Lo spazio discrezionale del giudice che, eccezionalmente, può valutare la *necessità* della sua presenza si manifesta talmente ampio da rasentare l'arbitrio: è difficile enucleare parametri in base ai quali fissare i presupposti del potere di evitare il collegamento audiovisivo¹³.

Il principio di immediatezza – la percezione del giudice durante la formazione delle prove dichiarative che coinvolgano gli imputati – è in parte compromessa, innestando dubbi di compatibilità con la Carta costituzionale¹⁴. Ma più marcata è la compressione del contraddittorio e dell'**autodifesa**: la non presenza fisica all'udienza non permette all'imputato di percepire tutto quanto si svolge in quell'unità spazio-temporale; analogamente, il difensore dell'imputato è costretto a compiere una scelta del luogo dove collocarsi, sacrificando, alternativamente, un rapporto immediato con l'udienza o un colloquio fluido e costante con il proprio assistito.

Ora, è ben vero che i **collegamenti audiovisivi** dell'imputato sono permessi anche alla luce della giurisprudenza della Corte edu¹⁵; tuttavia, la compressione di diritti partecipativi è legittima quando è bilanciata dalla presenza di altre esigenze concrete, valutabili di volta in volta, nel rispetto del principio di necessità e proporzionalità. Se, al contrario, l'astratta gravità del reato contestato, indipendentemente dalla presenza di pericoli individuati sulla base di circostanze concrete, causa l'automatica compressione dei diritti partecipativi, si ver-

¹³ In termini critici, in linea di fondo, S. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs "autodifesa"*, in *www.dirittipenalecontemporaneo.it*, 2017.

¹⁴ Sostiene che l'immediatezza sia un principio implicito dell'art. 111 Cost., P. FERRUA, *Il giusto processo*, Zanichelli, Bologna, 2012, p. 236.

¹⁵ Corte edu, 5 ottobre 2006, Viola c. Italia, in *Cass. pen.*, 2007, p. 310.

sa dinanzi ad una disciplina che si allontana dalla conformità ai principi fondamentali.

Peraltro, la tipologia di reati che impone la **partecipazione a distanza** è legata perlopiù a delitti associativi o comunque, connessi ad un numero elevato di coimputati; cosicché, l'aula d'udienza corre il rischio di diventare vuota, salvo la presenza del giudice e del pubblico ministero, celando la subliminale idea di modificare lo statuto dell'udienza, da luogo fisico a entità virtuale.

Infine, non si trascurino i costi e l'efficacia delle tecnologie da installare presso gli istituti penitenziari, aspetto non certo marginale, tanto sul piano dell'impegno economico, quanto su quello dell'adeguatezza ed efficacia del collegamento audiovisivo.

7. (*Segue*): Dissuasioni a praticare il **giudizio abbreviato**

Salva la nuova regola secondo cui l'ammissibilità della richiesta di rito abbreviato formulata dall'imputato destinatario del decreto di giudizio immediato va valutata in un'apposita udienza (art. 458, comma 2, c.p.p.), in linea di fondo, la scelta del procedimento a prova contratta presenta costi maggiori che in passato.

In primis la *vexata questio* della produzione del *dossier* investigativo della difesa effettuata immediatamente prima della richiesta del rito alternativo. È noto come la Corte costituzionale avesse ritenuto non fondato l'incidente di legittimità sollevato quanto alla mancata previsione del diritto del pubblico ministero a contraddire, con il deposito di indagini ulteriori, quando la difesa presentasse il fascicolo di indagini difensive contestualmente (o immediatamente prima) alla richiesta del giudizio abbreviato; la Corte, tra l'altro, spiegò che in termini di effettività i poteri d'indagine delle due parti principali non potevano considerarsi paritarie e che, sulla base dell'obbligo di completezza investigativa, il pubblico ministero non poteva dolersi dell'integrazione prodotta dalla difesa che aveva formulato una richiesta di un rito tramite il quale consentiva di utilizzare, dopo aver rinunciato al contraddittorio per la prova, i verbali degli atti d'accusa¹⁶.

¹⁶Corte cost., 26 giugno 2009, n. 184, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2039 ss. In tema, sono state manifestate divergenti opinioni. Tra gli altri, E. AMODIO, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 17 ss.; V. GREVI, *Basta il solo «consenso dell'imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, *ivi*, 2009, p. 3671 ss.; G. LOZZI, *Il contraddittorio in senso oggettivo e il giudizio abbreviato*, *ivi*, 2009, p. 2055 ss.; G. SPANGHER, *Indagini difensive e giudizio abbreviato*, *ivi*, 2009, p. 2062 ss.; G. UBERTIS, *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2072 ss.

Senonché, un dato orientamento, con alcune conferme in letteratura, aveva prospettato la possibilità integrativa del pubblico ministero in tali casi¹⁷.

Ora il legislatore aderisce a quest'ultima soluzione, aggiungendo tuttavia che l'imputato, dinanzi all'accrescimento investigativo d'accusa, può revocare la richiesta del rito.

Nessuno dubita che, così concepita, si tratta di una statuizione compatibile con le regole della Carta fondamentale, giacché niente vieta di privilegiare ragionevoli riequilibri del **diritto a contraddire del pubblico ministero**, sempre che non nuocciano al diritto di difesa. Tuttavia, al di là dell'insaziabile esigenza di affidare al magistrato d'accusa ulteriori prerogative oltre quelle che già possiede, la scelta legislativa non è in linea con l'esigenza di favorire la definizione giudiziaria alternativa (che, invece, è perseguita con la nuova previsione che accresce la premialità del rito quando ha ad oggetto una contravvenzione anziché un delitto).

Dissuade all'opzione del giudizio abbreviato anche la nuova regola che vieta, una volta ammesso il rito, di eccepire la **competenza per territorio**, le **nullità non assolute** e le **inutilizzabilità** non dipendenti da *divieti probatori*; soprattutto sotto tale ultimo profilo, sembra che l'instaurazione del giudizio abbreviato sani persino le ipotesi di **inutilizzabilità patologiche** derivanti (non da difetti ammissibilità della prova ma) dalla violazione delle procedure acquisitive (es., artt. 268, commi 1 e 3, 271, c.p.p.).

8. (**Segue**): **Riservatezza delle intercettazioni e captatori informatici**

È contenuto in una delega da approvare in tempi rapidi l'insieme delle linee di riforma del settore relativo alle captazioni di contenuti comunicativi. L'impianto si ripartisce in due prospettive: evitare il diffondersi dei risultati acquisiti sin quando vige il segreto investigativo, nello sforzo di frenare un deprecabile fenomeno al quale non sono estranei i mezzi d'informazione¹⁸; regolare l'uso del captatore informatico, infernale macchina virale che si insinua in modo occulto negli strumenti elettronici adatti alla comunicazione (cellulari, tablet, ecc.)¹⁹.

¹⁷ Mostra aperture nella prospettiva di recupero del potere investigativo del pubblico ministero, pur pronunciando l'inammissibilità della questione, Corte cost., 7 aprile 2011, n. 117, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011, con nota di S. CASSIBBA, *La Corte costituzionale fa chiarezza sul regime di ammissione di atti e documenti nell'udienza preliminare*.

¹⁸ La ritiene, a grandi linee, una buona legge delega, da verificare nel momento attuativo, S. LORUSSO, *La giustizia penale tra riforme annunciate e riforme sperate*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 6.

¹⁹ In letteratura, tra gli altri, S. ATERNO, *Digital forensics (investigazioni informatiche)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII Agg., Utet, Torino, 2014, p. 217 ss.; R. FLOR, *Lotta alla "criminalità*

Cominciando dal primo aspetto, la maggiore riservatezza di dati comunicativi è realizzata tramite l'istituzione di un archivio, gestito dal pubblico ministero, una "cassaforte" che funziona fin quando viene meno il divieto di pubblicare il contenuto degli atti; in occasione della richiesta di misura cautelare, il magistrato esclude i contenuti comunicativi irrilevanti o inutilizzabili, collocandoli in tale archivio. La difesa e il giudice, tuttavia, possono esaminare e ascoltare il materiale sino alla conclusione della procedura di stralcio, ma non estrarre copia. Si qui, non si profila all'orizzonte un maggior pregiudizio dei diritti partecipativi, considerando che, già oggi, il pubblico ministero può non mostrare, finché dura il segreto investigativo, gli elementi a suo giudizio irrilevanti o inutilizzabili, salvo il suo obbligo, in occasione della richiesta di misura cautelare, di produrre e rendere noti gli elementi della captazione a favore dell'indiziato.

Ora, ferma la buona intenzione di tutelare la riservatezza, le modalità attuative non migliorano il diritto di difesa nella parte in cui impediscono la tempestiva conoscenza delle comunicazioni captate, incluse quelle che il pubblico ministero, con scelte autonome, ha ritenuto irrilevanti o inutilizzabili; non è pensabile, soprattutto nei procedimenti dove le intercettazioni hanno avuto una lunga durata o riguardino una pluralità di soggetti, che la difesa risulti effettiva se le si consente la sola disamina del materiale nei locali della Procura della Repubblica senza ottenere copia su un supporto informatico.

Inoltre, è dubbio che la costituzione dell'**archivio riservato**, data la filiera di persone destinata all'opera investigativa, possa davvero essere un rimedio alla prematura diffusione dei flussi comunicativi intercettati.

La soluzione accolta dal legislatore assume una portata più audace nella parte in cui la delega autorizza gli organi di polizia giudiziaria deputati all'ascolto dei contenuti comunicativi di non trascrivere quelli ritenuti irrilevanti o inutilizzabili, fermo un successivo controllo del pubblico ministero; si presenta il rischio che la polizia giudiziaria (legittimando una prassi oscurantista) diventi il reale filtro dei contenuti probatori, soprattutto quelli utili alle richieste cautelari, escludendo dalla documentazione le parti considerate non pertinenti all'ipotesi investigativa. Si tratta di un'opzione a sfondo autoritario: il legislatore presidia la riservatezza compromettendo la trasparenza nell'acquisizione probatoria.

Passando ai principi della delega in materia di **captatore informatico**²⁰, in-

informatica e tutela di tradizionali e nuovi diritti fondamentali nell'era di internet, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2012; E. LORENZETTO, *Il perimetro delle intercettazioni ambientali eseguite mediante "captatore informatico"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016; S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: Una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 760 ss.; A. TESTAGUZZA, *I sistemi di controllo remoto: tra normativa e prassi*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 759 ss.; M. TROGU, *Le intercettazioni di comunicazioni a mezzo Skype*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, p. 102 ss.

²⁰ Di recente, con l'esplicazione delle direttive fissate dal legislatore, M. TORRE, *Il captatore informatico*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 142 ss.

nanzitutto – sullo sfondo di un autorevole orientamento giurisprudenziale²¹ – il legislatore ne autorizza l'impiego senza limiti nel domicilio esclusivamente per taluni gravi reati, tra i quali i delitti associativi anche di stampo mafioso, stabilendo una sorta di motivazione rafforzata sulle ragioni per le quali occorre il captatore e non bastino le intercettazioni tradizionali.

La disciplina nel suo complesso, consapevole del suo alto grado intrusivo, tenta di regolare (e, dunque, comprimere) gli effetti del captatore, istituendo obblighi di accensione e spegnimento da remoto del microfono, ordinando l'impiego di mezzi omologati, prevedendo il trasferimento automatico dei dati sul server della Procura a garanzia della genuinità, imponendo limiti più rigidi di utilizzazione.

Lo strumento consente di captare senza limiti la voce del destinatario ovunque si trovi, con un grado di pervasività che supera i confini spaziali, inclusa l'usuale protezione domiciliare; sotto tale profilo, sarebbe stato opportuno restringerne l'uso alle indagini per una cerchia più ristretta di delitti.

Ma la delega disciplina l'impiego dello strumento per la sola finalità di captazione di voci, stante l'inequivoco linguaggio del legislatore; la qual cosa può voler dire, nell'ottica di maggior garanzia, che il captatore è precluso per l'approvvigionamento di altri **dati relativi alla persona**, come le sole immagini in movimento (installazione di una videocamera) o l'enorme massa di dati archiviati nel contenitore elettronico di destinazione.

Nella prospettiva autoritaria, più semplice da ipotizzare, l'assenza di utili richiami del legislatore a tal riguardo potrebbero indurre ad un uso indiscriminato dell'apparecchiatura ogni volta che, con modalità occulte, si vogliono captare continuativamente dati non comunicativi rilevanti per l'indagine (spostamenti personali, fotografie, filmati, messaggi in giacenza, ecc.) trovando una legittimazione normativa nella disciplina della **prova atipica**.

Un'ottica del genere servirebbe a spiare la vita degli altri senza regole, né sigilli giurisdizionali, in difformità al regime di legalità dell'intervento investigativo e al principio di proporzione tra tasso di libertà violata e necessità dell'intrusione giudiziaria.

²¹ Cass., Sez. Un., 1° luglio 2016, n. 26889, in *Proc. pen. giust.*, p. 100, con nota di P. FELICIONI, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*. Si leggano inoltre, A. CAMON, *Cavalli di troia in Cassazione*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, p. 76 ss.; A. BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2274 ss.; G. CORASANITI, *Le intercettazioni "ubiquitarie" e digitali tra garanzia di riservatezza, esigenze di sicurezza collettiva e di funzionalità del sistema delle prove digitali*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2016, p. 88 ss.; A. GAITO-S. FURFARO, *Le nuove intercettazioni "ambulanti": tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza per la collettività*, in *Arch. pen.*, 2016, II, p. 309 ss.; G. LASAGNI, *L'uso di captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni "fra presenti"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016.

9. Tempi delle indagini

La parte che avrebbe meritato una più attenta riflessione, la fase delle indagini preliminari (in particolare, quanto all'autonomia effettiva del giudice rispetto alle richieste del pubblico ministero, profilo nemmeno sfiorato dalla riforma) ha subito ritocchi di corto respiro e, per alcune categorie di operatori giudiziari, persino indigesti.

Nell'illusoria prospettiva di ridurre i tempi della fase, il legislatore ha imposto termini di speditezza per la procedura e le pronunce sulla richiesta di archiviazione; ma si tratta di termini ordinatori, che difficilmente produrranno risultati utili.

A parte un reticolato di ipotesi in cui il provvedimento di archiviazione è affetto da nullità (anche qui, poco di nuovo rispetto agli orientamenti tracciati dalla giurisprudenza), una parte molto contestata – tutto sommato per ragioni di principio più che per motivi di oggettivo pregiudizio per le indagini – riguarda l'obbligo imposto al pubblico ministero di presentare le proprie conclusioni entro tre mesi (prorogabili di altri tre) dalla scadenza dei **termini massimi delle indagini** (o di quelli contemplati dall'art. 415-*bis* c.p.p.), salvo per reati più gravi in relazione ai quali il, *dies ad quem* si dilata notevolmente.

Ora, al di là del fatto che, in vista delle sue richieste finali (rinvio a giudizio – archiviazione), il codificatore aveva già imposto al pubblico ministero un termine (artt. 405, comma 2 e 408, comma 1, c.p.p.) e che pertanto, l'attuale disciplina lo legittima (secondo una comune prassi) a beneficiare di tempi più lunghi, lo sconfinamento temporale – ed è questo il profilo ritenuto più implausibile – determina l'**avocazione** obbligatoria da parte del **Procuratore generale della Corte d'appello**. Anche qui, francamente, alcuna novità ma solo un ulteriore *memento* agli uffici requirenti di rispettare i termini: era già prevista l'avocazione obbligatoria nell'ipotesi di assenza di richieste del pubblico ministero nei termini; ma la procedura funzionava poco, salvo la sollecitazione delle parti private, giacché l'organo di vertice non era formalmente a conoscenza dei ritardi. La differenza sta nel fatto che, secondo la nuova disciplina, sarà il magistrato presso il tribunale ad “autodenunciarsi”, dovendo egli stesso comunicare la propria inerzia al Procuratore generale.

Un rimedio alla durata delle indagini che, però, ha le armi spuntate: se la prassi non modificherà le proprie abitudini, la Procura generale presso la Corte d'appello rischia di essere sommersa di comunicazioni relative alle mancate richieste conclusive nei termini, con intuibile difficoltà di smaltimento delle procedure nei limiti cronologici (trenta giorni) contemplati dall'art. 412, comma 1, c.p.p.; senza considerare che, non essendo dotata di sezioni di polizia giudiziaria, la **Procura generale della Repubblica**, se intende svolgere ulteriori indagini, ricorrerà principalmente ai servizi esterni di polizia o alle stesse se-

zioni presenti presso la **Procura della Repubblica**, con inevitabili ulteriori congestioni.

10. Impugnative: ritorsioni sull'**appello** e sfoltimento dei **ricorsi**

La parte più significativa della riforma invade la trama delle impugnazioni²², dove alcuni ritocchi – apparentemente innocui – potrebbero ricadere, se male intesi, sulla struttura del giudizio d'appello.

In linea di fondo, facendo salva la nuova disciplina indotta dall'orientamento della Corte ed laddove richiede di rinnovare la prova dichiarativa nel caso di appello della sentenza di proscioglimento proposto dal pubblico ministero che censura il ragionamento probatorio²³, l'intervento legislativo sembra sorretto da una doppia anima: l'una, sostiene l'esigenza di semplificazione, per conseguire più rapidamente un risultato giudiziario definitivo; l'altra, manifesta la tendenza a limitare l'impiego dei rimedi impugnatori, con l'accentuato obiettivo di sfoltire il carico della Corte di cassazione.

Nella prima categoria di soluzioni si iscrive il ripristino del **concordato sui motivi in appello**; fenomeno dalla vita tormentata: prima ridimensionato dalla Corte costituzionale (per "eccesso di delega") con sentenza n. 435/1990²⁴, poi ripristinato dalla legge 19 gennaio 1999, n. 14, per essere di nuovo abrogato dal legislatore, allora pervaso da un'etica della giurisdizione, con d.l. 23 maggio 2008 convertito con modifiche dalla legge 24 luglio 2008, n. 125: non era tollerabile che le parti si accordassero ancora nel giudizio d'appello non avendo sfruttato le *chances* del patteggiamento. Ma la prassi, durante gli anni a seguire, ha superato il legislatore, ricorrendo di fatto alla rinuncia reciproca dei motivi e all'intesa, previamente accolta dal giudice, sul trattamento sanzionatorio *in melius*; del resto, il rimedio ben si presta al conseguimento di risultati rapidi e all'esecuzione veloce della pena.

I compilatori di oggi prendono atto della sua sopravvivenza *praeter legem* e reintroducono il concordato sui motivi, senza mutamenti strutturali; nemmeno

²² Si leggano gli interessanti rilievi di M. BARGIS, *Primi rilievi sulle proposte di modifica in materia di impugnazioni nel recente D.D.L. governativo*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2015, n. 1, p. 5 ss., e di G. SPANGHER, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, cit., p. 4. Inoltre, volendo, rispetto alla proposta rimasta pressoché identica alla disciplina approvata, la sintesi di A. SCALFATI, *Processo penale, ragionevole durata e recenti proposte*, in *Cass. pen.* 2015, p. 1312 s.

²³ Sulla manipolazione normativa, in chiave critica, M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello tra malinteso garantismo e spinte deflative. A proposito dell'imminente varo del d.d.l. C 4368 (e dei recenti interventi delle Sezioni Unite)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2017, p. 2 s.

²⁴ Pubblicata anche su *Giur. cost.*, 1990, p. 2593.

i moralisti restano delusi dall'intervento innovatore, considerati i limiti d'impiego dell'istituto, inabile ad operare nei procedimenti per delitti particolarmente gravi e nei confronti di talune situazioni soggettive indici di inclinazione al delitto (art. 599-*bis* c.p.p.); sono i medesimi limiti preclusivi – ad eccezione della recidiva che non impedisce l'accordo in appello – contemplati per il patteggiamento “allargato” dall'art. 444, comma 1-*bis* c.p.p.: quando la giurisdizione non si negozia in primo grado è coerente ritenere che altrettanto avvenga in appello, malgrado la diversità strutturale ed effettuale tra patteggiamento e concordato sui motivi.

Più delicato è il ridisegno dei requisiti di **ammissibilità dell'impugnazione** (art. 581 c.p.p.) che, sebbene riferito a tutti i rimedi esperibili, di fatto, influenza l'atto d'appello e, in linea ipotetica, altre iniziative di merito a matrice straordinaria: il requisito della *specificità* attiene ad ogni profilo costitutivo e non più solo ai motivi; si esige la censura relativa all'esame delle prove effettuato dal giudice *a quo*; si pretende l'esplicita richiesta di rinnovazione istruttoria. Sul piano sistemico, è indubbio che la statuizione rappresenti il *pendant* dell'art. 546, comma 1, lett. *e*), c.p.p., laddove riscrive la **struttura formale della motivazione** e spinge il giudice a produrre un contributo “per paragrafi” alludendo, con piglio didattico, ad una puntuale e scandita illustrazione dei punti affrontati; l'idea è scongiurare motivazioni contorte, logicamente discontinue e inutilmente prolisse. In questi termini, le due statuizioni (artt. 546, comma 1, lett. *e*) 581 c.p.p.) si completano in termini di rigore concettuale, imposto a giudici e parti, nell'illusoria speranza di maggiore fluidità della gnosi giudiziaria.

Tuttavia, il risoluto intervento in tema di requisiti di ammissibilità, non solo è il frutto di un recente orientamento che ha prescritto l'esigenza di **specificità dei motivi** introdotti dall'atto d'appello²⁵ – propiziando un'evoluzione giurisprudenziale sul significato di “specificità” tutta da realizzare –, ma tende a trasformare il gravame, tradizionalmente a devoluzione piena, in un mezzo a critica vincolata, con potenziali ricadute in termini di pretesa “autosufficienza” dell'atto introduttivo (soprattutto) quanto alla censura sul ragionamento probatorio; anche l'atto d'appello, adesso, richiede una qualità tecnica che sfugge alle cognizioni dell'imputato di media cultura, nonostante permanga il suo diritto a presentarlo personalmente.

Quanto, infine, alla prospettiva di ridurre il carico della Corte e, in parte, fluidificarne la procedura, il legislatore, diffonde una serie di statuizioni, muovendosi su tre fronti²⁶.

²⁵ Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2017, n. 8825, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 686, con nota di A. PULVIRENTI, *La specificità estrinseca dei motivi come requisito di ammissibilità dell'appello: la fine del favor impugnationis*.

²⁶ Volendo, A. SCALFATI, *Fluidificare il procedimento in Cassazione: proposte concrete e non rivoluzionarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 129 ss.

Da un lato, si attribuisce alla Corte d'appello (o, persino al tribunale, nel caso di reclamo contro la nullità del provvedimento di archiviazione) il controllo su provvedimenti sino ad ora riservato all'organo di legittimità (es., impugnazione della sentenza di non luogo a procedere, rescissione del giudicato), istituendo una griglia tramite la quale, evidentemente, si auspica che le pronunce del giudice d'appello non siano, poi, oggetto (tuttora possibile) di successivo ricorso; intento deflattivo al quale si aggiunge l'ampliamento della procedura di correzione degli errori materiali nelle ipotesi di censure sulla denominazione o sul computo della pena relativi alla sentenza di patteggiamento.

Dall'altro, al di là del divieto per l'imputato di presentare ricorso personalmente²⁷, con riguardo a talune decisioni si riduce il perimetro del giudizio, escludendo la verifica sui **vizi della motivazione** (ricorso contro la sentenza di non luogo a procedere, impugnativa del pubblico ministero a seguito della "doppia conforme" di proscioglimento) o limitando (nel caso della sentenza di patteggiamento) rigorosamente l'oggetto dell'impugnativa.

Infine, si rafforzano forme procedurali non partecipate (verifica d'inammissibilità del ricorso per violazioni formali, impugnativa della sentenza di patteggiamento o pronunciata sul concordato in appello) e si istituisce una **correzione dell'errore materiale** sulle sentenze della Corte da effettuare "senza formalità": una formula ambigua, con la quale non è possibile capire se e come le parti intervengano, pur dinanzi a questioni capaci di incidere sul trattamento sanzionatorio.

Spiccano, inoltre, due statuizioni inclini ad accentuare il potere verticistico-decisionale della Corte.

In primo luogo, l'obbligo di rimettere la **quaestio juris** alle **Sezioni Unite** se la sezione semplice ritiene di doversi discostare da un principio già espresso dalle prime (art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p.); si comprime l'evoluzione interpretativa in cambio di una stabilità "conservativa". In secondo luogo, la capacità di statuire l'**annullamento senza rinvio**, se non sono necessari ulteriori acceramenti di fatto, anche quando occorre adottare *provvedimenti necessari* (art. 620, comma 1, lett. *l*), c.p.p.): qui l'ambito del potere si amplia senza parametri normativi, anche a costo di vanificare la tradizionale natura rescindente dell'impugnativa, in verità, già messa in crisi dalle frequenti incursioni nel merito effettuate dalla prassi.

Infine le direttive che postulano manipolazioni sulla disciplina delle impugnazioni non proprio coerenti rispetto all'intero intervento in materia: nei punti fissati dalla delega è soprattutto l'appello a recuperare in termini di deflazione,

²⁷In tema, rilievi critici sulla soluzione, anche quanto all'effetto deflattivo, sono stati già espressi altrove (A. SCALFATI, "Considerazioni inattuali" sulla suprema Corte, in *Proc. pen. giust.*, 2013, n. 1, p. 2).

nonostante la disciplina vigente si sia mossa in prospettiva opposta, tentando di smaltire il carico della Corte regolatrice con aggravio sulle giurisdizioni di secondo grado.

Salvo un limite ai ricorsi (consentito per le sole “violazione di legge”) contro le sentenze d’appello emesse nei procedimenti per reati attribuiti alla cognizione del giudice di pace, il resto delle direttive attiene ai limiti all’appello del pubblico ministero contro le sentenze dibattimentali, sembra attribuire al solo imputato la legittimazione al gravame incidentale, restringe il potere di proporre appello del Procuratore generale, impedisce l’impugnativa di merito contro le sentenze di proscioglimento per contravvenzioni punte con pena alternativa e prescrive, infine, alcuni punti inutili: o già frutto di orientamenti consolidati (inammissibilità dell’appello per carenza d’interesse contro le sentenze che dichiarano “il fatto non sussiste” o “l’imputato non l’ha commesso”) o contemplati dalla disciplina in vigore (preclusione al gravame contro sentenze di condanna alla sola ammenda).

A parte i futuri interventi sul potere di appello del pubblico ministero – che forse qualche frutto in termini deflattivi potrebbe determinarlo – il resto della delega risponde ad una manovra del tutto contingente, senza alcuna pretesa di rivisitare il sistema delle impugnazioni.

