

PARTE PRIMA
INTRODUZIONE ALLA RIFORMA
DEL PROCESSO PENALE

I

UN NUOVO TASSELLO DI UNA INCESSANTE STAGIONE DI RIFORMA

di Giulio Illuminati

SOMMARIO: 1. Alle radici delle modifiche al codice di procedura penale. – 2. Razionalizzazione e semplificazione. Le impugnazioni. – 3. Intercettazioni. – 4. Codificazione di soluzioni giurisprudenziali in tema di archiviazione e di giudizio abbreviato. – 5. Norme inefficaci: i termini per l'esercizio dell'azione penale e per la decisione sull'archiviazione. – 6. Norme superflue: l'inefficacia della riserva di incidente probatorio e la richiesta di informazioni della persona offesa. – 7. Procedimenti speciali e nuovi strumenti di deflazione. – 8. Disposizioni sulla partecipazione dell'imputato al processo.

1. Alle radici delle modifiche al codice di procedura penale.

Anche se in omaggio all'uso corrente possiamo parlare, con riferimento alle ultime modifiche del codice, di riforma del processo penale, il concetto è probabilmente mal speso. È però vero che la legge n. 103 del 2017 di cui ci occupiamo va inserita in un contesto più ampio, sia cronologicamente sia dal punto di vista delle materie toccate dalle modifiche legislative. A partire almeno dal 2012¹ si è infatti susseguita una considerevole serie di interventi normativi, diretti a contenere le maggiori deficienze del nostro sistema giudiziario, vale a dire l'eccessiva durata del processo – ormai prossima all'incapacità di fare giustizia – e il sovraffollamento carcerario (che per la parte dovuta alla custodia cautelare ne rappresenta una diretta conseguenza). Come è noto, l'Italia è

¹Per un esame dei principali interventi legislativi sulla giustizia penale negli anni 2012-2014 si rinvia a G. ILLUMINATI, *Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2015 (4), p. 14 s.

stata più volte giudicata in difetto sotto entrambi i profili per la violazione della c.e.d.u.² e, dopo l'iniziale, consueto disinteresse del nostro governo per i richiami della Corte europea, di fronte al possibile deferimento al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa³ si è potuto assistere ad un affannoso fiorire di iniziative legislative, anche se frettolose e spesso scoordinate fra loro, che hanno in parte ridisegnato o tentato di ridisegnare il sistema, allo scopo di tamponare le falle già da tempo conosciute e denunciate.

Completamente assente, tuttavia, rimane l'indispensabile visione organica che consenta di riconoscere un modello riformatore coerente: il legislatore è intervenuto in maniera frammentaria ed estemporanea su problemi specifici, senza curarsi più di tanto del risultato complessivo. Quando, invece, sarebbe davvero tempo di cominciare a ripensare ed aggiornare, dopo un trentennio dalla riforma del 1988, l'intera struttura del codice di procedura penale, che a tutt'oggi, e fin dai primi anni di vigenza, ha subito così tante torsioni e stravolgimenti da non essere più riconoscibile, con le ovvie conseguenze anche per la pratica, date le inevitabili difficoltà interpretative e applicative di cui continuiamo ad avere esperienza quotidiana. Probabilmente, dunque, la scelta giusta sarebbe quella di dare avvio, con i necessari tempi di riflessione, ai lavori per una nuova legge delega. Strada che era stata intrapresa nella XV legisla-

² Si richiamano qui alla memoria, senza pretese di approfondimento, le condanne più recenti: Corte eur., 21 dicembre 2010, *Gaglione e altri c. Italia*; Id., 6 marzo 2012, *Gagliano Giorgi c. Italia*, che significativamente avevano accertato la trasgressione dell'art. 6 § 1 c.e.d.u. per l'eccessiva durata, non tanto del procedimento penale, quanto del giudizio di riparazione per la violazione del termine ragionevole (c.d. legge Pinto); Id., 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*; Id., 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, per la trasgressione, a causa del sovraffollamento carcerario, dell'art. 3 c.e.d.u. sul divieto di trattamenti inumani o degradanti.

³ La citata sentenza *Torreggiani*, come è noto, ebbe un impatto particolare perché la Corte europea, applicando la procedura delle sentenze pilota prevista per le violazioni di carattere «strutturale e sistemico» dall'art. 61 del regolamento della Corte, aveva assegnato allo Stato italiano un anno di tempo per predisporre rimedi adeguati. In questi casi, ai sensi dell'art. 46 c.e.d.u., la sorveglianza sull'esecuzione della sentenza è demandata al Comitato dei ministri, che nell'ipotesi di inosservanza può investire la Corte della questione: questa, se accerta la violazione, rinvia il caso al Comitato dei ministri per i provvedimenti da adottare. Da ciò l'urgenza di intervenire da parte del legislatore. Va considerato che l'anno successivo, nel giugno 2014, il Comitato dei ministri aveva espresso un giudizio positivo sulle misure che in Italia si stavano prendendo per diminuire il sovraffollamento carcerario, e nel marzo 2016 ha deciso di dichiarare chiuso il fascicolo che aveva aperto nei confronti dell'Italia.

tura⁴, ma poi abbandonata a causa dello scioglimento anticipato delle camere e non più riproposta.

I limiti appena indicati compaiono, in maniera ancora più evidente, nella legge di cui dobbiamo occuparci, che tocca istituti eterogenei senza che sia possibile individuare un filo conduttore univoco. Il testo alla fine entrato in vigore è il risultato di rimaneggiamenti e compromessi, di andirivieni fra i due rami del parlamento, che rendono perfino difficile ricostruire lo stesso *iter* dell'originario disegno di legge e individuare nei vari passaggi una *ratio* unitaria e coerente.

Il disegno di legge governativo presentato alla camera dei deputati il 23 dicembre 2014⁵ si articolava essenzialmente in tre gruppi di disposizioni (ripartite in titoli separati) riguardanti rispettivamente le novità su codice penale e sistema sanzionatorio, sul codice di procedura penale, sull'ordinamento penitenziario. Stando alla relazione di accompagnamento, l'obiettivo principale era rispondere all'esigenza «di recuperare il processo penale ad una durata ragionevole», senza però perdere di vista «lo stretto raccordo tra una maggiore efficienza del sistema e il mantenimento, se non anzi il rafforzamento, delle garanzie dei diritti, specialmente dell'imputato»⁶. Al di là di questa dichiarazione di intenti, tuttavia, e della clausola di stile sul necessario rispetto delle garanzie, è facile in realtà constatare l'eterogeneità e in certi momenti la casualità delle scelte, che in varie occasioni rimangono completamente estranee alla linea di indirizzo prospettata; e che non sempre, bisogna aggiungere, si possono definire coerenti con la tutela delle garanzie dell'imputato.

Se è vero che la ragionevole durata del processo rappresenta di per sé l'espressione di un diritto fondamentale, e alleggerire il sovraccarico degli uffici giudiziari è a questi fini un passaggio imprescindibile, non si può fare a meno di sottolineare come non di rado gli strumenti adottati

⁴Nel 2006 il ministro della giustizia aveva istituito una Commissione di studio per la riforma del codice di procedura penale, presieduta da Giuseppe Riccio, che elaborò un progetto di legge delega, il cui articolato si può leggere sul sito del ministero (https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?contentId=SPS95146&previousPage=mg_1_12).

⁵Disegno di legge recante «*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto al fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena*», in *Atti Camera – XVII legislatura – Disegni di legge e relazioni – Documenti*, n. 2798.

⁶*Relazione al d.d.l. C. n. 2798, cit., p. 1.*

realizzino una deflazione solo immaginaria. Si prenda ad esempio la sospensione della prescrizione: è difficile credere che per ciò solo verranno meno o si ridurranno fortemente le impugnazioni dilatorie. Procrastinare l'irrevocabilità della sentenza di condanna resta infatti un obiettivo che merita comunque di essere perseguito dall'imputato (e anche doveroso per il difensore, quando sia nell'interesse del proprio assistito). Al contrario, il rischio concreto è che venendo meno, sia pure in parte, la mannaia della prescrizione, i tempi del processo finiscano per allungarsi, soprattutto nei gradi di impugnazione.

In ogni caso, secondo le statistiche, non sono le impugnazioni a determinare il maggior numero di prescrizioni, che come è noto si conta nella fase delle indagini preliminari e nel giudizio di primo grado⁷. Che i termini di prescrizione vengano modificati o neutralizzati allo scopo di realizzare l'effettività della sanzione può anche considerarsi legittimo – dato che la prescrizione non rappresenta un diritto soggettivo dell'imputato, ma la rinuncia dello Stato a punire il reato – sempre che sia fatta salva la prevedibilità del risultato. Non è però questa la via per ridurre le impugnazioni: l'unico modo per ottenere ciò sarebbe l'esecuzione immediata della condanna di primo grado, come avviene in altri paesi⁸, che però violerebbe l'art. 27 comma 2 Cost., oltre ad essere in contrasto con la nostra tradizione giuridica.

Per quanto riguarda la parte più strettamente processuale, dalla relazione⁹ risulta che il disegno di legge si era avvalso del lavoro svolto dalla commissione Canzio¹⁰ e teneva conto dei risultati, di più ampio re-

⁷Stando ai dati nazionali (parziali) del *Ministero della giustizia – D.G. di Statistica e Analisi Organizzativa*, nel 2015, a fronte dei 65.447 decreti di archiviazione per avvenuta prescrizione e delle 31.271 sentenze del tribunale ordinario per la stessa causa, in corte d'appello sono state calcolate 24.326 sentenze dichiarative di prescrizione (dati reperibili in <https://reportistica.dgstat.giustizia.it/VisualizzatoreReport.aspx?Report=/Pubblica/Statistiche%20della%20DGSTAT/Materia%20Penale/2.%20Modalita%20di%20definizione/3.%20definiti%20per%20prescrizione/1.%20dati%20nazionali/1.%20tutti%20gli%20uffici%20in%20serie%20storica>).

⁸Nei paesi di *common law*, e in particolare negli Stati Uniti, dove il diritto allo *speedy trial* è oggetto della previsione costituzionale contenuta nel Sesto emendamento e viene preso sul serio, generalmente si presume, a meno di ragioni in senso contrario, che dopo un anno dall'arresto senza che il processo venga celebrato, tale diritto sia violato e l'imputazione viene fatta cadere.

⁹*Relazione* al d.d.l. C. n. 2798, cit., p. 2.

¹⁰Commissione ministeriale di studio sulle possibili riforme del codice di procedura

spiro, della commissione Riccio¹¹ (risultati, questi ultimi, solo virtuali e consegnati all'archivio perché era già noto che il progetto di legge delega non avrebbe fatto in tempo ad essere presentato in parlamento). Occorre anche evidenziare che il mandato della commissione Canzio era espressamente limitato all'esame delle criticità e alla formulazione di proposte di intervento su temi specifici già preventivamente individuati¹², e dunque non contemplava lo studio di una riforma organica¹³. Inoltre, come è accaduto spesso (per esempio con la legge di modifica alla disciplina delle misure cautelari del 2015), nel corso dei lavori parlamentari le proposte della commissione sono state in parte disattese, e talvolta accolte dopo essere state distorte o svuotate di significato.

Il disegno di legge è successivamente passato attraverso l'unificazione con due proposte di iniziativa parlamentare alla camera, e con altre trentasette al senato; alla fine – dopo quasi tre anni – il testo dell'attuale legge n. 103 del 2017 è risultato essere il prodotto di un maxiemendamento governativo presentato al senato, interamente sostitutivo, sul quale il governo ha posto la questione di fiducia sia al senato¹⁴ sia alla camera¹⁵ per l'approvazione definitiva. La legge, per questo motivo, si compone di un unico articolo, suddiviso in 95 commi. Nonostante ciò, nella sua struttura si possono identificare gli stessi blocchi di disposizioni precedentemente distribuiti, quanto alle modifiche al codice di procedura penale, nei diversi capi del titolo II del testo unificato, e riguardanti rispettivamente la capacità dell'imputato di partecipare al processo, le indagini preliminari e l'archiviazione (capo I), i riti speciali, l'udienza preliminare e la sentenza di merito (capo II), la semplificazione delle impugnazioni (capo III), oltre al titolo III riguardante le disposizioni di attuazione e l'organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero. Il comma 84 dell'articolo unico, inoltre, stabilisce i criteri direttivi delle deleghe al governo per le intercettazioni e per le impugnazioni.

penale, presieduta da Giovanni Canzio, istituita con decreto del ministro della giustizia del 10 giugno 2013.

¹¹ *Supra*, nota 4.

¹² E cioè con riferimento «all'assetto dell'attività di indagine preliminare, al ruolo ed alla funzione del G.i.p., al riequilibrio delle posizioni delle parti, all'applicazione delle misure cautelari e al potenziamento dei riti alternativi» (d.m. 10 giugno 2013, cit.).

¹³ Le proposte della commissione Canzio, con la relazione finale, sono pubblicate in *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2014.

¹⁴ Seduta 14 marzo 2017, n. 784.

¹⁵ Seduta 14 giugno 2017, n. 813.

Rispetto alla proposta originaria, per quello che interessa in questa sede, si possono segnalare le principali novità introdotte nelle successive letture, vale a dire: la pronuncia della sentenza di proscioglimento nel caso in cui l'incapacità dell'imputato a partecipare al processo sia irreversibile; l'assenso del difensore domiciliatario per l'efficacia dell'elezione di domicilio; le informazioni alla vittima del reato e le altre garanzie alla stessa riconosciute; la fissazione di termini predeterminati per l'esercizio dell'azione penale o la richiesta di archiviazione e per i provvedimenti del giudice su quest'ultima; i nuovi criteri di ragguaglio della pena pecuniaria nel procedimento per decreto. Sono invece state eliminate, fra l'altro, la sostituzione del patteggiamento c.d. allargato con un limite unico di pena a tre anni¹⁶, la restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato come requisito della richiesta di applicazione della pena per alcuni delitti contro la pubblica amministrazione¹⁷, nonché l'istituto della condanna su richiesta dell'imputato¹⁸, ispirato alla bozza della commissione Riccio¹⁹.

2. Razionalizzazione e semplificazione. Le impugnazioni.

Se si va alla ricerca di una comune ragion d'essere della riforma, prescindendo dagli aspetti marginali, si può concludere che in linea di massima si tratta di un intervento genericamente volto alla razionalizzazione e alla semplificazione del sistema. Inutile dire che già questo sarebbe un risultato notevole, considerate la progressiva e apparentemente inarrestabile involuzione della normativa processuale, e le bizantine compli-

¹⁶ Art. 14 commi 2, 3 e 4 d.d.l. C. n. 2798.

¹⁷ Art. 14 comma 4 d.d.l. C. n. 2798, che introduceva nell'art. 444 il comma 1-ter: «Nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater e 322-bis del codice penale, l'ammissibilità della richiesta di cui al comma 1 del presente articolo è subordinata alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato».

¹⁸ Art. 14 comma 9 d.d.l. C. n. 2798: «Art. 448-bis. – (*Sentenza di condanna su richiesta dell'imputato*). – 1. Nell'udienza preliminare, fino al momento della discussione, e, se questa manca, in giudizio fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, l'imputato può chiedere personalmente, previa ammissione del fatto e conseguente richiesta di interrogatorio immediato, l'emissione della sentenza di condanna a pena specificamente indicata, non superiore, tenuto conto delle circostanze e diminuita da un terzo alla metà, ad anni otto di reclusione».

¹⁹ Si vedano le direttive 67.8-67.11 della proposta di articolato della commissione (*supra*, nota 4).

cazioni dovute agli innumerevoli rimaneggiamenti – il più delle volte di corto respiro e non adeguatamente meditati – subiti finora dagli articoli del codice, che ne hanno reso ardua anche la semplice lettura, per non parlare dei conseguenti problemi interpretativi di soluzione spesso non univoca, che hanno costretto la giurisprudenza ad una sistematica opera di supplenza alle carenze legislative.

Tuttavia, anche in questa prospettiva, l'impatto della nuova legge sembra, nel complesso, abbastanza modesto. Se poi ci limitiamo ad osservare specificamente la parte riguardante le indagini preliminari e il giudizio di primo grado, che forma oggetto della trattazione in questo volume, l'impressione si rafforza.

A ben considerare, gli interventi più significativi sono quelli sulle impugnazioni e sulle intercettazioni: oggetto peraltro di una complessa procedura di delega al governo, che prevede, oltre alla doverosa indicazione dei criteri direttivi, una stretta interazione con le commissioni parlamentari competenti, nonché scadenze articolate e differenziate per l'esercizio della delega²⁰.

Quanto alle impugnazioni – nonostante la natura “mista” delle relative disposizioni²¹, in parte già entrate in vigore, in parte direttive per la delega – il denominatore comune è alleggerirne il carico, unanimemente riconosciuto eccessivo, sia restringendo l'ambito dei provvedimenti impugnabili e dei motivi consentiti, sia limitando la legittimazione ad impugnare.

Senza entrare nei particolari, si può osservare come particolare cura sia stata posta nel ridurre i ricorsi per cassazione, spesso inutilmente defattigatori e destinati all'inammissibilità. Com'è noto, la Cassazione è sommersa da un numero di ricorsi assolutamente sproporzionato rispetto alle risorse disponibili e – soprattutto – strutturalmente incoerente con il ruolo di suprema corte regolatrice, con effetti negativi anche sulla qualità della giustizia amministrata. L'attribuzione ai giudici di merito della competenza a decidere su impugnazioni in precedenza inopportu-

²⁰ Il decreto legislativo sulle impugnazioni è stato approvato dal Consiglio dei ministri in via preliminare il 2 ottobre 2017; quello sulle intercettazioni, acquisiti i pareri di camera e senato, è stato approvato definitivamente (d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, in *G.U.*, 11 gennaio 2018, n. 8), ma la maggior parte delle disposizioni processuali si applicano alle intercettazioni autorizzate dopo centottanta giorni dalla data di entrata in vigore (art. 9 comma 1).

²¹ 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 (1), p. 5.

namente assegnate alla Cassazione (ad esempio, la rescissione del giudicato) è giusta ma non risolutiva, visti i numeri non particolarmente elevati, anche se segna un'inversione di tendenza. Più efficace, forse, l'eliminazione della facoltà dell'imputato di proporre il ricorso personalmente, anche se la giustificazione concernente l'elevato tecnicismo necessario non convince, dato che nella maggior parte dei casi si trattava di ricorsi redatti da avvocati non abilitati, mentre viceversa l'iscrizione all'albo speciale non è certo, attualmente, garanzia di qualità.

Al di là di questi esempi, si può notare che diverse norme direttamente riguardanti le impugnazioni sono dettate con riferimento ad istituti diversi. Basti menzionare la sentenza di applicazione della pena su richiesta, per la quale sono stati circoscritti i motivi di ricorso (art. 448 comma 2-*bis*) e si è prevista la procedura di correzione dell'errore materiale in caso di rettificazione della specie o quantità della pena (art. 130 comma 1-*bis*). Lo stesso vale per la nuova disciplina dell'archiviazione, che nel razionalizzare la procedura dell'opposizione e i casi di invalidità del decreto per violazione del contraddittorio ha sostituito il ricorso per cassazione, ammesso a suo tempo in seguito all'intervento della Corte costituzionale²², con il reclamo al tribunale monocratico²³; analogamente, i nuovi requisiti della motivazione della sentenza di cui all'art. 546 comma 1 lett. *e* risultano immediatamente connessi con la specificità dei motivi d'appello (come prescritta, a pena di inammissibilità, dall'art. 581 modificato), allo scopo di instaurare una simmetria tra le ragioni esposte nella sentenza, la loro critica e il controllo da parte del giudice dell'impugnazione, nei limiti del devoluto²⁴. Temi, questi ultimi, che fanno parte a buon diritto della trattazione qui svolta, dedicata alle indagini preliminari e al giudizio di primo grado.

²² Corte cost., 16 luglio 1991, n. 353, che, come è noto, con una sentenza interpretativa di rigetto, aveva esteso al decreto di archiviazione la previsione di cui all'art. 127 comma 7, concernente la ricorribilità per cassazione delle ordinanze pronunciate in camera di consiglio.

²³ Si rinvia a F. CASSIBBA, *Archiviazione e nuovi diritti della persona offesa*, *infra*, parte II, Cap. VI.

²⁴ Cfr. A. CAPONE, *La motivazione della sentenza*, *infra*, parte V, cap. X.

3. Intercettazioni.

La delega per le intercettazioni rappresenta un capitolo a parte, che poco o nulla ha a che vedere con la *ratio* dichiarata della legge. Della riforma delle intercettazioni si discuteva da almeno vent'anni, ma senza risultati, perché finora non si era mai trovato un accordo politico. Il problema principale è sempre stato – al di là delle strumentalizzazioni intese a impedirne l'uso nei confronti degli imputati “eccellenti” – quello di tutelare la riservatezza delle persone coinvolte, quando si tratti di terzi estranei al processo o di notizie irrilevanti a fini probatori, senza con ciò pregiudicare l'impiego del mezzo di ricerca della prova e limitando, al contempo, la divulgazione dei contenuti da parte dei mezzi di comunicazione. La disciplina originaria del codice si era rivelata del tutto inefficace a fronte di una prassi lassista, e sotto diversi aspetti illegittima, che di fatto consentiva la pubblicazione di qualunque conversazione intercettata, sotto l'egida del diritto di cronaca²⁵.

Le nuove norme traggono in buona parte ispirazione dal disegno di legge Mastella del 2006, presentato nella XV legislatura²⁶ e poi decaduto. La scelta forse più significativa è rappresentata dall'istituzione di un archivio riservato in cui collocare tutti i risultati delle intercettazioni, sotto la responsabilità di un funzionario amministrativo, e con accessi rigorosamente controllati e documentati volta per volta. Ciò allo scopo di evitare che nel momento in cui le intercettazioni siano depositate a disposizione della difesa, essendo venuto meno il segreto investigativo, il loro contenuto divenga conoscibile da chiunque, permettendo di aggirare il divieto di pubblicazione, della cui violazione diventa difficile individuare la responsabilità. Andrebbero perciò acquisite solo le intercettazioni effettivamente rilevanti, dopo essere state selezionate in prima battuta dal pubblico ministero e dalla difesa e successivamente fil-

²⁵ Al riguardo appare pertinente il commento alle direttive della delega da parte del Garante della privacy, Antonello Soro, il quale – stando alle cronache – avrebbe osservato come l'istituto dell'intercettazione non sia stato pensato per i giornalisti, ma per il magistrato inquirente, contestando l'interpretazione di qualunque forma di cautela da introdurre per la pubblicazione come “bavaglio” alla stampa (in http://www.ansa.it/sito/notizie/politica/2017/11/10/intercettazioni-soro-sciocco-bavaglio_7391fdf7-3938-4cb4-b44b-0562e3b302db.html).

²⁶ Disegno di legge recante «Disposizioni in materia di intercettazioni telefoniche e ambientali e di pubblicità degli atti di indagine», in *Atti Camera – XV legislatura – Disegni di legge e relazioni – Documenti*, n. 1638.

trate dal giudice: le altre, pur rimanendo accessibili ai difensori, dovrebbero restare segrete, ponendo fine alla consuetudine di acquisire in modo indifferenziato tutte le registrazioni. Analoghe precauzioni riguardano la trascrizione sommaria ad opera della polizia giudiziaria del contenuto delle intercettazioni e le modalità della loro utilizzazione in sede cautelare.

Nel corso dei lavori parlamentari, poi, è stata introdotta una dettagliata serie di direttive riferita specificamente all'uso del c.d. captatore informatico, che inoculato come virus nel sistema oggetto di indagine consente di prenderne il controllo a distanza e di effettuare una sorveglianza totale non solo sulle comunicazioni telefoniche e sui dati informatici, ma anche sui comportamenti – e più precisamente i colloqui con persone presenti – del detentore dell'apparato. Il tema dell'utilizzabilità di tale strumento, com'è noto, è diventato di particolare attualità in tempi recenti, ed è approdato alle Sezioni unite, che hanno dovuto conciliare l'ingresso della nuova tecnica fra quelle legittime di investigazione con la necessaria tassatività dei casi in cui l'intercettazione fra presenti è consentita, concludendo che l'impiego del captatore informatico, poiché resta attivo anche nel domicilio privato, va limitato ai delitti di criminalità organizzata²⁷. La delega recepisce in parte questa indicazione, specificando inoltre i presupposti dell'autorizzazione del giudice e le modalità con le quali devono svolgersi le operazioni.

4. *Codificazione di soluzioni giurisprudenziali in tema di archiviazione e di giudizio abbreviato.*

Alcune delle nuove disposizioni che qui ci interessano non fanno che codificare interpretazioni ormai consolidate in giurisprudenza: sotto questo profilo, pertanto, il diritto vivente non sembra destinato a cambiare in modo radicale.

È il caso, già accennato, della nullità del decreto di archiviazione, che in precedenza si desumeva applicando estensivamente l'art. 127 comma 5 c.p.p. (con la conseguente possibilità di ricorso immediato per cassazione ai sensi del comma 7)²⁸, ed ora è espressamente prevista dall'art.

²⁷ Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, Scurato, in *C.e.d.*, n. 266905.

²⁸ Sulla nullità del decreto di archiviazione nel caso di omesso avviso alla persona

410-*bis* in caso di violazione del contraddittorio, insieme al reclamo al tribunale monocratico.

Un'altra modifica che intende recepire gli orientamenti giurisprudenziali prevalenti si può riscontrare nel comma 6-*bis* dell'art. 438 sulla rilevanza delle nullità, delle inutilizzabilità e dell'incompetenza per territorio nel giudizio abbreviato. Le Sezioni unite si erano da tempo pronunciate sugli atti di indagine inutilizzabili, distinguendo le inutilizzabilità "fisiologiche", che non possono più essere fatte valere, da quelle "patologiche"²⁹; successivamente, avevano precisato che le nullità non assolute sono sanate ai sensi dell'art. 183 dalla richiesta (accolta) di giudizio abbreviato, oltre a non essere più deducibili per mancanza di interesse (art. 182)³⁰. Si deve osservare però che in questo caso il linguaggio approssimativo usato dal legislatore ha inutilmente complicato l'interpretazione di un principio sufficientemente chiaro, con esiti discutibili; per altro verso, invece, è stata ignorata la giurisprudenza delle medesime Sezioni unite in tema di incompetenza per territorio, secondo cui l'eccezione non sarebbe preclusa se già proposta e rigettata in sede di udienza preliminare³¹, e ciò sembra risolversi in un contrasto con l'art. 25 comma 1 Cost. sul giudice naturale³².

Sempre in tema di giudizio abbreviato, il nuovo art. 438 comma 5-*bis* riconosce esplicitamente all'imputato che richieda l'abbreviato con integrazione probatoria la facoltà di formulare in via subordinata una richiesta di abbreviato semplice o di applicazione della pena. Ma l'ammissibilità di subordinate era già riconosciuta in giurisprudenza e in ogni caso agevolmente desumibile in via interpretativa³³, quindi la pre-

offesa v., fra le più recenti, Cass., 31 gennaio 2017, Pugliano, in *C.e.d.*, n. 270592; Cass., 19 maggio 2016, Pavia, *ivi*, n. 270592; Cass., 13 novembre 2014, ignoti, *ivi*, n. 261172. La specificazione dei casi di nullità, e la determinazione del mezzo di impugnazione consentito, sono da ritenere tecnicamente più corrette della pura e semplice estensione delle norme di cui all'art. 127 operata in via interpretativa dalla Corte costituzionale (n. 353 del 1991, cit., ribadita da Corte cost., 24 novembre 1994, n. 413) sulla base dell'argomento *a fortiori*, che sembrava piuttosto sottintendere una non dichiarata applicazione analogica, vietata dal principio di tassatività.

²⁹ Cass., Sez. Un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *C.e.d.*, n. 216246.

³⁰ Cass., Sez. Un., 26 settembre 2006, Cieslinsky, in *C.e.d.*, n. 234835.

³¹ Cass., Sez. Un., 29 marzo 2012, Forcelli, in *C.e.d.*, n. 252612.

³² Sui punti critici indicati cfr. B. LAVARINI, *Il nuovo "volto" del giudizio abbreviato tra adeguamento al diritto vivente e aporie sistematiche*, *infra*, parte IV, cap. VII, § 2.

³³ Lo ricorda in motivazione anche Corte cost., 22 luglio 2003, n. 273.

visione risulta sostanzialmente inutile, se non anche sotto certi profili dannosa³⁴.

Bisogna comunque ammettere che la cristallizzazione nella legge degli indirizzi della giurisprudenza ordinaria, od anche costituzionale, non va mai considerata del tutto inutile, a patto che sia espressa in termini tecnicamente ineccepibili. Oltre a consentire un accesso più facile ed immediato alla norma, ha il merito di prevenire eventuali ripensamenti o sbandate giurisprudenziali, ed i possibili conflitti. Anche se a quest'ultimo proposito va tenuto presente che proprio con la legge in esame il valore del principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite è stato rinforzato, in virtù del nuovo comma 1-*bis* dell'art. 618, che impone alla sezione che non intenda dividerlo di rimettere alle stesse la decisione del ricorso.

5. *Norme inefficaci: i termini per l'esercizio dell'azione penale e per la decisione sull'archiviazione.*

Una tipica illusione del legislatore è spesso quella secondo cui per accelerare il corso del procedimento e tagliare i tempi morti (che rappresentano la maggiore causa dei ritardi) sia sufficiente fissare termini prestabiliti per il compimento di certe attività e per l'adozione dei provvedimenti necessari. Al di là dell'eventuale rilevanza in sede disciplinare del mancato rispetto dei termini – che però richiede quanto meno un comportamento colpevole attribuibile ad un soggetto determinato – la durata eccessiva del processo è quasi sempre dipendente dal concorso di più fattori di tipo strutturale, che vanno dalla inadeguatezza delle risorse umane e finanziarie disponibili alle carenze organizzative degli uffici, ed è pertanto difficilmente rimediabile con una semplice previsione di legge. Il più delle volte, allora, si tratta di norme che di fatto individuano semplici criteri di indirizzo e suggeriscono buone pratiche solo tendenzialmente realizzabili. Sotto questo profilo assai più efficaci, anche se poco visibili nel breve periodo, sono gli interventi sui servizi alla giustizia, diretti a migliorare l'efficienza complessiva del sistema³⁵.

³⁴V. ancora B. LAVARINI, *Il nuovo "volto" del giudizio abbreviato*, cit., *infra*, parte IV, cap. VII, § 6.

³⁵In questa direzione va l'istituzione dell'ufficio di collaborazione del procuratore della Repubblica, del quale fanno parte i viceprocuratori onorari ed i tirocinanti, dovu-

Un esempio eloquente del suddetto equivoco è dato dalla introduzione dei termini per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale e per i provvedimenti del giudice nel procedimento di archiviazione³⁶.

L'art. 407 comma 3-*bis* prevede ora che il pubblico ministero è tenuto a esercitare l'azione penale o a chiedere l'archiviazione entro tre mesi dalla scadenza del termine di durata massima delle indagini o dalla loro chiusura secondo le regole dell'art. 415-*bis*. Il termine di tre mesi è tuttavia prorogabile dal procuratore generale per altri tre mesi nel caso di indagini complesse, ed è considerevolmente più lungo (quindici mesi) per i reati più gravi fra quelli elencati dall'art. 407 comma 2 lett. *a*.

Già questa complicata articolazione della durata prescritta segnala che non è possibile imporre rigidi automatismi, e che in ogni caso restano ampi spazi di valutazione discrezionale. Com'è ovvio, poi, i termini sono ordinatori: non c'è spazio per termini processuali perentori in materia di esercizio dell'azione penale, perché si tratta di un potere dello Stato che non è, in linea di principio, soggetto a perenzione (e se mai lo fosse in dipendenza dal comportamento dell'organo dell'accusa sarebbe in palese contrasto con l'obbligatorietà dell'azione penale). L'unico rimedio per il caso di inerzia del pubblico ministero, che peraltro almeno sulla carta già esisteva, è l'avocazione obbligatoria di cui all'art. 412 comma 1 da parte del procuratore generale, al quale ora deve essere data comunicazione dell'avvenuta scadenza, e che viene fatta discendere dall'inosservanza dei nuovi termini introdotti. Va però considerato che, ove il numero di tali comunicazioni diventasse rilevante, si sposterebbe soltanto il problema dall'ufficio della procura della Repubblica a quello della procura generale, oltre tutto non attrezzato per le indagini, e l'ul-

ta all'art. 2 d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116, in tema di riforma organica della magistratura onoraria. Le funzioni dovrebbero essere analoghe a quelle dell'ufficio per il processo (ricerca dottrinale e dei precedenti giurisprudenziali, stesura di relazioni, massimazione di sentenze, collaborazione diretta con il magistrato per la preparazione dell'udienza, rilevazione dei flussi dei dati statistici), che è stato istituito presso tribunali e corti d'appello dall'art. 16-*octies* d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, e attuato con d.m. 1° ottobre 2015. Altrettanto importante è l'acquisizione straordinaria di personale amministrativo, per la quale sono iniziate le assunzioni previste dall'art. 425 legge 23 dicembre 2014, n. 190, come modificato dall'art. 21 legge 6 agosto 2015, n. 132, e dall'art. 16 comma 1 legge n. 122 del 2016.

³⁶Sul tema cfr. rispettivamente D. VICOLI-E. VALENTINI, *Gli epiloghi delle indagini preliminari: una nuova fase dall'incerta fisionomia*, *infra*, p. 91; F. CASSIBBA, *Archiviazione*, *cit.*, *infra*, parte III, cap. VI.

teriore termine di trenta giorni ad esso assegnato – comunque ordinatorio – rischierebbe di essere inadeguato.

Una delle cause primarie del prolungarsi delle indagini preliminari, inoltre, è costituita dai ritardi nell'iscrizione della notizia di reato nel registro *ex art.* 335. Come è noto, la perentoria indicazione della legge (“immediatamente”) è poco più che un *flatus vocis*, poiché – a parte l'opinabilità del concetto stesso, in mancanza di un termine definito – secondo le Sezioni unite nemmeno il giudice avrebbe la possibilità di retrodatare un'iscrizione anche abnormemente tardiva³⁷. Il legislatore ha confermato questa impostazione, rimettendo però il controllo sulla tempestività dell'iscrizione al procuratore della Repubblica e al procuratore generale³⁸ in sede disciplinare. È facile osservare, tuttavia, come pure la decisione di iscrivere la notizia di reato, nonché la scelta del registro nel quale va collocata, richiedono la valutazione degli elementi che consentano di definire come notizia di reato l'informativa pervenuta: e tale valutazione non può che essere rimessa alla discrezionalità del pubblico ministero.

Anche il procedimento di archiviazione è scandito da termini, sempre ordinatori, per i provvedimenti del giudice. L'art. 409 comma 1 prevede che l'udienza in camera di consiglio sulla richiesta di archiviazione non accolta sia fissata entro trenta giorni; l'art. 409 comma 4, che a seguito dell'udienza il giudice provveda sulle richieste entro tre mesi, salvo che disponga ulteriori indagini. Viceversa sono stati prolungati rispettivamente a venti e trenta giorni i termini, da considerare peraltro dilatori, per la presentazione dell'opposizione, a norma dell'art. 408 commi 3 e 3-*bis*.

6. *Norme superflue: l'inefficacia della riserva di incidente probatorio e la richiesta di informazioni della persona offesa.*

Rientra nella logica generale di migliorare l'efficienza del procedimento, contrastando le possibili tattiche ostruzionistiche, la nuova disciplina concernente la riserva di incidente probatorio nei confronti de-

³⁷ Cass., Sez. Un., 24 settembre 2009, Lattanzi, in *C.e.d.*, n. 244376.

³⁸ Rispettivamente, art. 1 comma 2 e art. 6 d.lgs. 26 febbraio 2006, n. 106, come modificati dai commi 75 e 76 dell'articolo unico della legge n. 103 del 2017.

gli accertamenti tecnici non ripetibili disposti dal pubblico ministero. L'art. 360 comma 4-*bis* prevede che se la persona sottoposta alle indagini formula la riserva di incidente probatorio, ha l'onere di promuoverlo entro dieci giorni a pena di perdita di efficacia della riserva, con preclusione a rinnovarla. Dal canto suo il pubblico ministero ha il potere di procedere ugualmente all'accertamento tecnico non solo nel caso che sia indifferibile, ma anche nel caso di inefficacia della riserva. Si vuole cioè evitare che la riserva sia volta esclusivamente ad ostacolare il compimento dell'atto di indagine³⁹ e che in mancanza dell'iniziativa della persona sottoposta alle indagini venga a crearsi una situazione di stallo.

Ora, anche senza valutare la reale incidenza pratica dell'istituto sui tempi globali delle indagini preliminari, non sembra che l'impatto della modifica sia particolarmente significativo. A ben considerare, una vera e propria situazione di stallo, anche a normativa immutata, si poteva verificare solo se al comportamento ostruzionistico della difesa si fosse accompagnata l'inerzia del pubblico ministero. Niente infatti gli vietava di promuovere egli stesso l'incidente probatorio, anche prima degli attuali dieci giorni, senza dover attendere l'iniziativa della persona sottoposta alle indagini; mentre per i casi di particolare urgenza gli rimaneva sempre la possibilità di procedere all'accertamento tecnico in deroga, come risulta confermato dal nuovo testo. In conclusione, la modifica introdotta, anche se non inopportuna, sembra intesa più che altro ad agevolare il compito del pubblico ministero che preferisca sottrarsi alla procedura dell'incidente probatorio, senza un apprezzabile effetto acceleratorio.

Considerazioni in parte analoghe possono essere svolte a tutt'altro proposito, con riferimento alla norma che riconosce espressamente alla persona offesa – nell'ambito del potenziamento dei suoi diritti di partecipazione – la possibilità di chiedere informazioni sullo stato del procedimento all'autorità che procede (art. 335 comma 3-*ter*)⁴⁰. Consentire con un'apposita disposizione l'esercizio di una facoltà già di per sé legittima sembra quanto meno pleonastico, tanto più che la stessa disposizione non prevede alcuna formalità, né uno specifico dovere del pubblico ministero di rispondere: anche a ritenere applicabile l'art. 121 comma 2, il dovere di provvedere in tal senso dipende sempre dall'esistenza di una richiesta scritta e depositata, e può essere assolto dando

³⁹ *Relazione* al d.d.l. C. n. 2798, cit., p. 5.

⁴⁰ Per i problemi esegetici v. F. CASSIBBA, *Archiviazione*, cit., *infra*, parte III, cap. VI.

informazioni non diverse da quelle desumibili nei casi consentiti dal registro delle notizie di reato. Tanto è vero che deve essere salvaguardato, e non poteva essere altrimenti, il segreto investigativo.

È del resto usuale, nella prassi, che la persona offesa denunciante o querelante prenda contatto senza formalità col pubblico ministero, direttamente o per mezzo del suo difensore. Anzi, lascia se mai perplessi la previsione del termine di sei mesi dalla denuncia o dalla querela, previsione da cui si dovrebbe dedurre che prima di sei mesi nessuna richiesta possa essere presentata, ciò che sarebbe parzialmente in contraddizione con l'accesso in ogni tempo al registro delle notizie di reato.

La portata dell'innovazione è dunque molto debole, se non addirittura controproducente. Più utile sul piano pratico, forse, la modifica all'art. 90-*bis* comma 1 lett. *b*, che include, anche se con sintassi alquanto zoppicante, la «facoltà di ricevere comunicazione» ai sensi dell'art. 335 comma 3-*ter* fra le informazioni da portare obbligatoriamente a conoscenza della persona offesa al primo contatto con l'autorità procedente.

7. *Procedimenti speciali e nuovi strumenti di deflazione.*

Sui procedimenti speciali la legge in esame ha inciso secondo due diverse modalità. Da un lato cerca di agevolare e incentivare ulteriormente il loro impiego; dall'altro prosegue sulla via della razionalizzazione e della semplificazione.

Sotto il primo profilo va menzionata la facoltà, di cui s'è già detto⁴¹, di chiedere in via subordinata, per l'eventualità di rigetto della richiesta di giudizio abbreviato con integrazione probatoria, il giudizio abbreviato semplice od anche il patteggiamento (fermo restando che una volta instaurato il rito abbreviato l'imputato non può più chiedere l'applicazione concordata della pena)⁴². Non è però citata, fra le subordinate, la richiesta di messa alla prova, che pure dovrebbe essere ammissibile: qualora l'elencazione si dovesse ritenere tassativa e non meramente esemplificativa, potrebbero sorgere al riguardo dubbi di illegittimità costituzionale.

L'art. 442 comma 2, inoltre, aumenta da un terzo alla metà la riduzione premiale della pena quando la condanna nel giudizio abbreviato

⁴¹ V. *supra*, § 4.

⁴² Cass., 29 gennaio 2015, Dorre, in *C.e.d.*, n. 263747.

riguardi una contravvenzione e non un delitto. Non è facilmente misurabile l'effetto incentivante di questa previsione, dato che per i reati minori è forte la concorrenza del patteggiamento, che offre vantaggi nel complesso notevolmente maggiori, rispetto ai quali l'entità della sanzione – che comunque viene definita in anticipo, e non dipende dal calcolo discrezionale e imprevedibile della pena base come nell'abbreviato – non pare determinante per la scelta, trattandosi per di più di semplici contravvenzioni (e sempre che non continui ad essere più conveniente puntare alla prescrizione, nonostante le nuove regole al riguardo).

Più concreto sembra invece il nuovo criterio di ragguaglio della pena pecuniaria a quella detentiva previsto, per il solo decreto penale, dall'art. 459 comma 1-*bis*. Il valore giornaliero viene determinato caso per caso dal giudice e si colloca in una forchetta tra i 75 euro e il triplo di tale ammontare, ed inoltre la pena può essere rateizzata. La riduzione rispetto alla misura ordinaria di 250 euro per ciascun giorno, che induceva un alto numero di opposizioni al decreto, può risultare anche cospicua, ove il giudice si attenga al minimo previsto, e dovrebbe favorire l'acquiescenza da parte dell'imputato. Resta il fatto che anche in questo caso l'effetto deflativo viene a dipendere da una valutazione discrezionale del giudice, sulla base di criteri difficilmente oggettivabili⁴³.

In tutt'altra direzione va la norma che attribuisce al pubblico ministero il potere di svolgere indagini suppletive nel caso in cui l'imputato chieda il giudizio abbreviato «immediatamente dopo» il deposito dei risultati delle indagini difensive (art. 438 comma 4). A parte la scadente formulazione della disposizione⁴⁴, su cui non è possibile qui soffermarsi, la modifica intende risolvere una questione rimasta aperta dopo gli interventi della Corte costituzionale, che aveva ritenuto legittima, come mezzo per riequilibrare i poteri delle parti, la possibilità per l'imputato di avvalersi delle indagini difensive depositate⁴⁵. In via interpretativa inoltre la Corte, per assicurare la correttezza dell'accertamento e la tutela del contraddittorio, aveva richiamato, da un lato, il potere di integrazione probatoria del giudice ai sensi dell'art. 441 comma 5⁴⁶ e, dall'altro, aveva riconosciuto al pubblico ministero, prima della formale ordi-

⁴³ Si rinvia a G. TODARO, *Nuove disposizioni sul decreto penale*, *infra*, parte IV, cap. VIII.

⁴⁴ Sui problemi che ne derivano v. B. LAVARINI, *Il nuovo "volto" del giudizio abbreviato*, *cit.*, *infra*, parte IV, cap. VII, § 2.

⁴⁵ Corte cost., 22 giugno 2009, n. 184.

⁴⁶ Corte cost., 24 giugno 2005, n. 245.

nanza di ammissione al rito abbreviato, la facoltà di interloquire e di ricercare elementi di prova sui nuovi temi⁴⁷. La disciplina introdotta opera una scelta dirimente, attribuendo come conseguenza all'imputato la facoltà di revocare la richiesta; in questo modo, peraltro, il pubblico ministero ha di nuovo il potere di condizionare, sia pure indirettamente, la scelta del rito da parte dell'imputato.

Si è già menzionata, poi, la questione della sanatoria delle invalidità e della preclusione ad eccepire l'incompetenza (art. 438 comma 6-*bis*)⁴⁸. Anche in questo caso, come si è detto, il linguaggio usato dal legislatore non risulta particolarmente felice: non è chiaro, ad esempio, quali siano le inutilizzabilità "non" derivanti dalla violazione di un divieto probatorio che non possono più essere fatte valere dopo la richiesta (*rectius*, dopo il suo accoglimento); inoltre seri dubbi interpretativi discendono da quello che apparentemente è un difetto di coordinamento con gli articoli riguardanti la trasformazione in abbreviato di altri riti speciali⁴⁹.

Entrambe le modifiche citate avrebbero lo scopo di razionalizzare il procedimento in questione e di chiarire i punti controversi: si è persa però, nonostante le dichiarazioni di principio, l'occasione per rafforzare, come si sarebbe potuto, le garanzie dell'imputato.

Anche se non attiene soltanto al procedimento di primo grado, va inoltre ricordata, in quanto si inserisce nella medesima logica, la norma che considera semplice correzione di errore materiale, nella sentenza di patteggiamento, la rettificazione della specie o della quantità della pena per errore di denominazione o di computo (art. 130 comma 1-*bis*, già citato). Si introduce cioè una procedura molto semplificata, di competenza del giudice che ha emesso il provvedimento, che ha lo scopo indiretto di alleggerire il carico della Corte di cassazione, alla quale altrimenti la questione avrebbe dovuto essere devoluta. Al tempo stesso si accelera sensibilmente la conclusione del processo con una sentenza irrevocabile.

Più decisamente nel senso della deflazione vanno le norme miranti a contrastare alla radice il sovraccarico della giustizia penale attraverso la fuoriuscita dal processo. Fra queste si segnala, nelle modifiche inserite nel codice penale, la nuova causa di estinzione del reato rappresentata

⁴⁷ Corte cost., 7 aprile 2011, n. 117.

⁴⁸ V. *supra*, § 4.

⁴⁹ B. LAVARINI, *Il nuovo "volto" del giudizio abbreviato*, cit., *infra*, parte IV, cap. VII, § 3 p. 20 s.; G. TODARO, *op. cit.*, p. 13 s.

dalle condotte riparatorie dell'imputato (art. 162-ter c.p.)⁵⁰. Evidenti i riflessi sul piano del giudizio nonché sull'azione civile per le restituzioni o il risarcimento del danno⁵¹, anche se nel codice di procedura penale non è stata prevista una specifica disciplina per la sua applicazione.

Trattandosi dei soli reati procedibili a querela soggetta a remissione, la vera novità introdotta da questo istituto è rappresentata dall'estinzione del reato anche contro la volontà della persona offesa, che ha solo il diritto di essere sentita. È sufficiente un'offerta reale non accettata, che sia ritenuta congrua dal giudice: valutazione quest'ultima discrezionale e molto delicata, che deve temperare l'obiettivo di offrire ponti d'oro per la chiusura anticipata del processo con la tutela effettiva degli interessi, patrimoniali e non patrimoniali, della persona offesa.

Infine, sempre in materia penale sostanziale, effetti deflativi vengono perseguiti pure attraverso la delega al governo per la modifica della disciplina del regime di procedibilità, con riferimento ai reati contro la persona puniti, anche congiuntamente, con la pena pecuniaria o con la pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni⁵². L'ampliamento della procedibilità a querela si inserisce nella tendenza più generale a ridurre il numero dei reati da perseguire, già manifestatasi con la profonda depenalizzazione operata dai d.lgs. nn. 7 e 8 del 15 gennaio 2016, ed espressione di un'esigenza ormai insopprimibile, dato l'esorbitante numero di fattispecie penali previste dalla legge.

8. Disposizioni sulla partecipazione dell'imputato al processo.

Modifiche frammentarie e di segno diverso riguardano la posizione dell'imputato, e tutte incidono, più o meno direttamente, sul diritto di difesa.

La capacità di partecipare coscientemente al processo è preconditione essenziale per l'esercizio dell'autodifesa. Il codice a suo tempo aveva cor-

⁵⁰Per gli approfondimenti v. C. PERINI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, *infra*, parte IV, cap. IX.

⁵¹Sui quali v. S. QUATTROCOLO, *Condotte post factum ed estinzione del reato: il nuovo art. 162-ter c.p. conferma il terzo principio della dinamica?*, *infra*, parte IV, cap. X.

⁵²Comma 16 dell'articolo unico della legge n. 103 del 2017. Il Consiglio dei ministri ha approvato in via preliminare il decreto legislativo il 2 novembre 2017.

rettamente scisso l'incapacità di intendere e di volere al momento del fatto, che fa venir meno l'imputabilità, dall'incapacità mentale di partecipare al procedimento, che può anche non coincidere ed essere sopravvenuta⁵³, prevedendo in tal caso la sospensione del procedimento. Restava però una seria lacuna, poiché la sospensione diventava di fatto a tempo indeterminato, dato che la prescritta revisione semestrale dello stato di mente dell'imputato non giustificava quasi mai la revoca del provvedimento, riducendo così l'imputato alla condizione di "eterno giudicabile"⁵⁴.

L'art. 71 prevede ora che il processo debba essere sospeso solo quando lo stato mentale dell'imputato che ne impedisce la cosciente partecipazione al procedimento sia reversibile, in attesa dunque che il procedimento possa riprendere o che viceversa, in seguito ai successivi accertamenti, risulti che l'incapacità sia diventata irreversibile. In caso di irreversibilità (accertata subito o in un secondo momento) dev'essere pronunciata sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere: si tratta di una causa di improcedibilità, che non esclude il nuovo esercizio dell'azione penale ove l'incapacità venga meno o sia stata erroneamente dichiarata (art. 345 comma 2 modificato).

La sospensione è esclusa quando si debba applicare una misura di sicurezza diversa dalla confisca, in caso cioè di pericolosità sociale dell'imputato. Qui il coordinamento diventa problematico, perché la medesima soluzione si applica a chi era incapace di intendere e di volere al momento del fatto e a chi è diventato solo successivamente incapace di partecipare coscientemente al processo. Inoltre, mentre l'applicazione delle misure di sicurezza è comunque destinata a cessare con la prescrizione del reato, che deve essere dichiarato estinto potendo la sentenza di proscioglimento essere sempre pronunciata, rimane senza limiti la sospensione del procedimento e l'applicazione delle misure di sicurezza quando il reato per il quale si procede è imprescrittibile⁵⁵.

La modifica dell'art. 104 sui colloqui col difensore dell'imputato in

⁵³ Ma non necessariamente sopravvenuta, poiché la norma trova applicazione anche nel caso in cui l'infermità di mente, non coincidente con la totale incapacità di intendere o di volere, risalga al *tempus commissi delicti* e perduri nel corso del procedimento: così Corte cost., 20 luglio 1992, n. 240, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'inciso «sopravvenuta al fatto».

⁵⁴ G.P. VOENA, *La difficile scomparsa degli "eterni giudicabili"*, *infra*, p. 27.

⁵⁵ Sulle questioni esposte si rinvia a G.P. VOENA, *La difficile scomparsa*, *infra*, parte II, cap. II.

custodia cautelare riguarda direttamente le modalità di esercizio del diritto di difesa dell'imputato.

La facoltà della persona, anche se in stato di custodia cautelare, di conferire riservatamente con il proprio difensore è condizione essenziale per l'effettività della difesa tecnica, e requisito basilare di un processo equo, come è stato evidenziato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo nonché dalla direttiva dell'Unione europea sul diritto ad avvalersi di un difensore nel processo penale (213/48/UE)⁵⁶. Ed anche l'art. 111 comma 3 Cost., nel garantire che l'accusato «disponga del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa» riconosce in maniera puntuale il diritto a prendere contatto col difensore, peraltro già in precedenza desumibile dall'inviolabilità della difesa di cui all'art. 24 comma 2 Cost.

Il differimento del colloquio fino a cinque giorni previsto dall'art. 104 comma 3 è evidentemente da collegare con la possibilità per il pubblico ministero e per la polizia di interrogare la persona sottoposta alle indagini, in condizioni di minorata difesa. Da tempo se ne sollecitava l'eliminazione: il legislatore del 2017, sulla scorta delle indicazioni della commissione Canzio, ne ha limitato la portata alle sole indagini preliminari per i delitti di cui all'art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater*. Da questo come da altri indici appare sempre più evidente l'esistenza di un "doppio binario" procedimentale dipendente dalla gravità del reato (anche se con numerose incongruenze nella definizione della categoria).

Va segnalata, infine, l'introduzione nell'art. 162 del comma 4-*bis*, che subordina l'efficacia dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio all'assenso espresso del domiciliatario. La norma intende promuovere una più consapevole partecipazione del difensore, tanto più che ai sensi dell'art. 420-*bis* comma 2 l'elezione di domicilio è uno dei criteri che giustificerebbero il procedimento in assenza dell'imputato.

Esclusivamente nel senso dell'accelerazione del processo sono i nuovi casi di partecipazione al procedimento a distanza. La norma base interpolata è l'art. 146-*bis* disp. att., riferito al dibattimento, e di riflesso sono stati modificati anche gli artt. 45-*bis* e 134-*bis* disp. att., concernenti rispettivamente la partecipazione a distanza nei procedimenti in camera di consiglio e nel giudizio abbreviato che si celebri in udienza pubblica.

Secondo il nuovo comma 1 dell'art. 146-*bis*, quando l'imputato è detenuto per i delitti indicati negli artt. 51 comma 3-*bis* e 407 comma 2

⁵⁶C. FIORIO, *Libertà personale e diritto di difesa dell'imputato detenuto*, *infra*, parte II, cap. III.

lett. *a* n. 4, la sua partecipazione a distanza al dibattimento diventa automatica: non è più necessario, cioè, il decreto motivato del giudice che dia conto dei presupposti in precedenza previsti ed ora venuti meno (vale a dire, ragioni di sicurezza, particolare complessità del dibattimento, sottoposizione del detenuto al regime dell'art. 41-*bis* ord. penit.). La partecipazione a distanza è obbligatoria anche per le udienze relative a reati per i quali il detenuto sia in libertà, nonché per le udienze civili o penali nelle quali debba essere esaminato come testimone.

L'art. 146 comma 1-*bis* prevede inoltre che le persone sottoposte a programmi o misure di protezione partecipino a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali sono imputate. Qui la previsione ha lo scopo di tutelare i collaboratori di giustizia, e al contempo alleggerire l'onere dell'amministrazione penitenziaria di assicurare le particolari condizioni di sicurezza richieste per la traduzione del detenuto.

Gli automatismi sono tuttavia temperati dal potere del giudice, qualora lo ritenga necessario, di disporre con decreto motivato, anche su istanza di parte, la presenza alle udienze delle persone sopra indicate. Ciò non è comunque consentito quando siano state applicate le misure di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. (art. 146-*bis* comma 1-*ter*).

Infine, ai sensi dell'art. 146-*bis* comma 1-*quater*, la partecipazione a distanza può essere in ogni caso disposta dal giudice con decreto motivato, fuori dei casi espressamente previsti, quando sussistano ragioni di sicurezza o sia necessario evitare ritardi nello svolgimento di dibattimenti particolarmente complessi o quando si deve assumere la testimonianza di un detenuto. Si prescinde in questa ipotesi dal presupposto che si tratti dei procedimenti di criminalità organizzata di cui al comma 1 o delle persone ammesse a programmi di protezione di cui al comma 1-*bis*. Per l'esame testimoniale di queste ultime resta comunque applicabile l'art. 147-*bis* commi 2 e 3 disp. att.

Gli artt. 146-*bis* e 147-*bis* disp. att. sono ora estesi anche all'esame dei testimoni nel procedimento di prevenzione disciplinato dal codice delle leggi antimafia (d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), in virtù della modifica all'art. 7 comma 8 dovuta al comma 80 dell'articolo unico della legge n. 103 del 2017.

Dal punto di vista della procedura, il nuovo art. 146-*bis* comma 2 disp. att. prevede che nella fase degli atti preliminari o nel dibattimento debba essere data comunicazione alle autorità competenti nonché alle parti e ai difensori della partecipazione al dibattimento a distanza (anche se non sono specificati i tempi e i modi); il nuovo comma 4-*bis* dello

stesso articolo prevede che il giudice, in questi processi, possa consentire anche alle altre parti e ai loro difensori di intervenire a distanza, assumendosi i costi del collegamento.

Prima che la nuova disciplina entri a pieno regime è prevista una parziale *vacatio legis* di un anno⁵⁷, presumibilmente allo scopo di predisporre le attrezzature necessarie.

Anche se sono comprensibili le ragioni dell'adozione questa speciale procedura, e conseguentemente del considerevole ampliamento dei presupposti, introdotto dalla legge in esame, non si può nascondere che si tratta pur sempre di una considerevole limitazione del diritto di difesa, posto che nessun collegamento audiovisivo, per quanto tecnicamente perfetto, potrà mai equivalere alla presenza fisica nell'aula di udienza. Restano pertanto delle perplessità, anche di ordine costituzionale⁵⁸, sull'uso sempre più generalizzato della partecipazione a distanza⁵⁹.

⁵⁷ Ai sensi del comma 81 dell'articolo unico della legge n. 103 del 2017, le disposizioni che estendono i casi di procedimento a distanza acquistano efficacia decorso un anno dalla pubblicazione della legge nella Gazzetta Ufficiale, fatta eccezione per le modifiche all'art. 146-*bis* disp. att. «relativamente alle persone che si trovano in stato di detenzione per i delitti di cui agli articoli 270-*bis*, primo comma, e 416-*bis*, secondo comma, del codice penale, nonché di cui all'articolo 74, comma 1, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni».

⁵⁸ Nonostante Corte cost., 22 luglio 1999, n. 342 avesse a suo tempo escluso ogni violazione del diritto di difesa.

⁵⁹ V. le considerazioni critiche sull'istituto di S. BUZZELLI, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione a distanza, infra*, parte II, cap. IV.

PARTE SECONDA
INTERVENTI RAPSODICI
TRA RIASSESTAMENTO
DEI DIRITTI INDIVIDUALI
E SNELLIMENTI PROCEDURALI

II

LA DIFFICILE SCOMPARSA DEGLI “ETERNI GIUDICABILI”

di Giovanni Paolo Voena

SOMMARIO: 1. Ragioni e limiti di una manovra legislativa. – 2. L’incapacità reversibile. – 3. L’incapacità irreversibile come condizione di improcedibilità. – 4. Questioni sull’operatività dell’art. 129 c.p.p. – 5. La ripresa del procedimento. – 6. L’applicazione di misure di sicurezza e la circoscritta sopravvivenza degli “eterni giudicabili”.

1. *Ragioni e limiti di una manovra legislativa.*

La creazione da parte del codice del 1988 dell’autonomo requisito della partecipazione cosciente dell’imputato al procedimento è stata una scelta felice¹. Non solo si è rafforzata la componente personale del diritto inviolabile riconosciuto dall’art. 24 Cost., tanto più rilevante in un processo di stampo accusatorio, ma si è operato un saggio sganciamento dal tema dell’imputabilità: la mancanza della prima attiene ad un fatto processuale come è l’incapacità di difendersi, la mancanza della seconda ad un fatto sostanziale come è “l’incapacità di intendere o di volere”. Il legislatore non era, però, riuscito a liberarsi dell’antica figura

¹ V., ad esempio, il positivo giudizio subito espresso da R. KOSTORIS, sub *art. 70*, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Utet, 1989, p. 347.

Sul terreno psichiatrico la distinzione ben si coglie quando si afferma che l’infermità posta alla radice della capacità di partecipare al processo assume una portata più estesa di quella considerata a proposito del vizio di mente per l’imputabilità. Ai fini della normativa processuale, rileverebbe, invero, un quadro patologico di qualunque tipo purché suscettibile di incidere sull’autodifesa dell’imputato: cfr. U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, VI ed., Utet, 2015, p. 142.

degli “eterni giudicabili”². La formula, alquanto immaginifica, si riferisce alla situazione in cui si trovano gli imputati i quali, affetti da un’infermità psichica di natura irreversibile che impedisce loro di difendersi, restano nondimeno assoggettati alla giurisdizione penale per tutto il resto della vita. Infatti, la sospensione del procedimento penale decretata dall’art. 71 c.p.p., a causa dell’accertata incapacità di partecipare coscientemente al processo, si saldava con la sospensione del corso della prescrizione imposta indiscriminatamente dall’art. 159 comma 1 c.p. ogni qual volta la sospensione del procedimento o del processo fosse «imposta da una particolare disposizione di legge».

La riforma in commento nasce come lo sbocco di una vivace dialettica instauratasi con la Corte costituzionale, sicché diviene passaggio inevitabile prendere le mosse dalla successione delle prese di posizione in argomento³.

Da un punto di vista generale, il Giudice delle leggi ha mostrato di apprezzare la scelta autonomistica effettuata dal codice: anzi, ne ha addirittura approfondito le valenze quando ha ampliato la portata dell’incapacità processuale col dichiarare illegittimo il limite costituito da

²Per unanime consenso l’espressione è stata coniata da B. FRANCHI, *Riforma carceraria scientifica, manicomii e misure di sicurezza*, in *Scuola pos.*, 1908, p. 679-680. Nel senso che non sembra scorretto estendere analogicamente l’espressione anche ai soggetti colpiti da infermità fisica tale da rendere impossibile la loro comparizione davanti al giudice G. UBERTIS, *Gli “eterni giudicabili”*, in *Verso un “giusto processo” penale*, Giappichelli, 1997, p. 73-74, nota 1.

³Tra le rassegne più complete, v. M.G. AIMONETTO, *Le situazioni di impedita o limitata capacità autodifensiva*, in G. CONSO (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 264 ss.; A. CADOPPI-M. CELVA, *Competency to Stand Trial in Italy*, in R. MACKAY-W. BROOKBANKS, *Fitness to Plead. International and Comparative Perspectives*, di prossima pubblicazione presso Oxford University Press, 2018; M. CHIAVARIO, *Incapacità processuale e autodifesa: il «novum» del codice vigente e gli avalli della Corte costituzionale*, in S. VINCIGUERRA-F. DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Editrice scientifica italiana, 2010, p. 195 ss. A. FAMIGLIETTI, *Sospensione del processo per incapacità dell’imputato: linee ricostruttive e permanenti incertezze*, in *Proc. pen. giust.*, 2014 (1), p. 124 ss.; R.G. GRASSIA, *L’incapacità dell’imputato di partecipare al processo e l’elezione del domicilio presso il difensore d’ufficio: le novelle modifiche apportate alla disciplina codicistica (commi 21-24 L. n. 103/2017)*, in A. MARANDOLA-T. BENE (a cura di), *La riforma della giurisdizione penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario (L. 103/2017)*, Giuffrè, 2017, p. 67 ss.; L. SCOMPARI, *Prescrizione del reato e capacità di partecipare coscientemente al processo, nuovamente sub iudice la disciplina degli «eterni giudicabili»*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1826 ss.

un'infermità «sopravvenuta al fatto»⁴. Ciò significa che rileva pure l'infermità risalente purché perdurante al tempo del procedimento. In seguito, ha poi chiarito che nella sfera dell'incapacità processuale debbono annoverarsi non solo le malattie definibili in sede clinica come psichiche, ma pure quelle che rendano «non sufficienti o non utilizzabili le facoltà mentali (coscienza, pensiero, percezione, espressione) dell'imputato», così da impedirgli di esercitare il diritto all'autodifesa. In altre parole, dalla sfera dell'art. 70 c.p.p. va escluso il caso in cui l'impossibilità assoluta a partecipare al giudizio derivi unicamente da una patologia di natura fisica che non investa la sfera psichica dell'imputato⁵.

Per lunghi anni, la Corte ha, invece, perseverato nel dichiarare non fondate o inammissibili una serie di questioni di legittimità che le venivano prospettate, da diverse angolature, ogni qual volta si fosse accertata l'irreversibile incapacità dell'imputato a partecipare coscientemente al procedimento. Riesce, tuttavia, impossibile ricostruire una linea unitaria⁶. Nel 1995 la Corte esprime un giudizio positivo sull'impianto codicistico poiché tra il diritto al giudizio, che implica l'eventualità di una condanna ed il diritto all'autodifesa dell'imputato deve sempre prevalere il secondo. Non poteva così essere condivisa la prospettazione del giudice remittente secondo cui il procedimento ben potrebbe proseguire nei confronti del curatore speciale che già rappresenta l'incapace ai fini dell'impulso probatorio. Il ricorso all'istituto della rappresentanza non era, infatti, in grado di assicurare la difesa personale⁷.

Nel 2003 la Corte costituzionale veniva chiamata a misurare la disciplina codicistica sul nuovo parametro costituzionale della ragionevole du-

⁴Corte cost., 20 luglio 1992, n. 340, con nota di M.G. AIMONETTO, *Sospensione del processo penale per infermità di mente dell'imputato*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2744 ss. V., pure, R. KOSTORIS, sub *art. 70 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II Agg., 1993, p. 50 ss.

⁵Corte cost., 26 gennaio 2004, n. 39, in *Giur. cost.*, 2004, p. 570 ss. La sentenza è stata analizzata da C. PANSINI, *La Consulta allarga le ipotesi di sospensione del processo*, in *Dir. e giust.*, 2004 (10), p. 9 ss.

⁶EsPLICITAMENTE, nel senso che sul tema «deve riconoscersi che la sensibilità della Corte costituzionale è maturata con una certa lentezza» M. CHIAVARIO, *Processo penale: sulla bilancia della Corte, da un codice all'altro, garanzie, funzionalità della giustizia ... et autres*, in AA.VV., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Giuffrè, 2017, p. 459.

⁷Corte cost., 28 giugno 1995, n. 281, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3236. Per una valorizzazione, invece, del ruolo del curatore speciale, anche per le malattie irreversibili, cfr. S. Lonati, *Sulla disciplina normativa degli «eterni giudicabili» è il legislatore che può (e deve) intervenire*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 544-545.

rata del procedimento. Il giudice remittente aveva richiesto una pronuncia additiva che integrasse l'art. 71 comma 1 c.p.p. mediante l'introduzione di una declaratoria di improcedibilità idonea a superare lo stallo processuale ed a conseguire, per questa via, l'obiettivo della durata ragionevole, laddove «il meccanismo delle verifiche semestrali appare, in questa situazione, una finzione giuridica che maschera una sospensione in realtà non revocabile». L'ordinanza di inammissibilità *in parte qua* acquista particolare interesse oggi, alla luce della soluzione adottata dalla legge in commento, ma non suscitò all'epoca soverchia attenzione⁸. Consueta l'impostazione laddove il ragionamento si ancorava alla impossibilità di entrare nella sfera discrezionale del legislatore, tanto più che si sarebbe trattato di un'immissione che avrebbe fatto «eccezione all'opposta e generale regola dell'azione penale incondizionata», ma discutibili gli svolgimenti ulteriori. Secondo la Corte una sentenza che dichiarasse l'improcedibilità dell'azione potrebbe vanificare un'eventuale ripresa del procedimento tutte le volte in cui la previsione in ordine alla natura irreversibile dello stato psichico fosse, in seguito, giudicata erronea. Al di là dell'operatività dell'art. 345 c.p.p., rispetto al caso prospettato si deve convenire come appaia sfuggente l'assunto secondo cui la decorrenza della prescrizione, in quanto non sospesa dalla dichiarazione di improcedibilità, potrebbe impedire «l'eventuale ripresa del procedimento ove, in ipotesi, risultasse errata la prognosi di irreversibilità»⁹.

Solo a seguito di un cambiamento di prospettiva, ossia muovendo dalla considerazione dell'effetto sospensivo indotto sul termine prescrizionale, la questione degli eterni giudicabili ha trovato accoglimento. Nel 2013 una prima decisione¹⁰ ravvisava l'irragionevolezza dell'indefinito protrarsi nel tempo della sospensione del procedimento, «giacché entra in contraddizione con la *ratio* posta a base, rispettivamente della prescrizione dei reati e della sospensione del processo». La prima determina effetti permanenti che contrastano con il progressivo venir meno, a seguito del trascorrere del tempo, «dell'interesse della comunità alla punizione del com-

⁸ Corte cost., 4 febbraio 2003, n. 33, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1891.

⁹ In senso critico, sul punto, ma anche per altre ragioni, R. DEDOLA, *La Corte costituzionale elude il principio della ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 486.

¹⁰ Corte cost., 20 febbraio 2013, n. 23, in *Giur. cost.*, 2013, p. 370, con nota critica di O. MAZZA, *L'irragionevole limbo processuale degli «eterni giudicabili»*, insistendo sull'opportunità, da più punti di vista, che la sospensione del procedimento non debba influire sul decorso della prescrizione. V., pure I. GUERINI, *Imprescrittibilità di fatto e processo eterno: la Corte costituzionale si pronuncia sulla prescrizione del reato commesso dall'eternamente giudicabile*, in *Legisl. pen.*, 9 dicembre 2015, p. 1 ss.

portamento penalmente illecito» e del "diritto all'oblio" da parte dei cittadini, mentre la seconda poggia sull'effettivo esercizio del diritto di difesa. Ma se è accertata la natura irreversibile dell'incapacità, risultano frustrate «entrambe le finalità insite nelle norme sostanziali e processuali richiamate», di modo che «le garanzie ivi previste si rovesciano inevitabilmente nel loro contrario». La riconosciuta rilevanza della questione proposta rispetto al diritto ad essere giudicato in un tempo ragionevole e la complessiva irrazionalità della composizione degli interessi costituzionali in gioco sfociavano però in una (formale) declaratoria di inammissibilità non essendo «ravvisabile nella fattispecie una conclusione costituzionalmente obbligata dell'anomalia». Nondimeno, la Corte elevava un solenne ammonimento al legislatore ordinario avvertendolo «come non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato dalla presente pronuncia».

Alla "sentenza monito" ha prestato sollecito ascolto, una volta tanto, il Governo. Nell'ambito di un ambizioso quanto eterogeneo progetto riformatore, presentato alla Camera dei Deputati sul finire del 2014, trovava una facile collocazione la manovra volta a porre rimedio allo stato degli eterni giudicabili¹¹.

Nel frattempo, veniva riproposta, con una fretta forse eccessiva, la questione di legittimità della normativa sulla prescrizione¹². Nel 2015 la Corte, con un diverso il relatore, non si è più trincerata dietro un *self-restraint*, ma ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 159 comma 1 c.p. nella parte in cui, ove lo stato di mente dell'imputato sia tale da impedire la cosciente partecipazione al procedimento e questo venga sospeso, non esclude la sospensione della prescrizione quando risulti accertato che tale stato è irreversibile.

Agli argomenti ormai noti, la sentenza del 2015 ne aggiungeva uno

¹¹ Cfr. l'art. 9 del d.d.l. n. 2798 presentato il 23 dicembre 2014 dal Ministro della Giustizia alla Camera dei Deputati che, sotto la rubrica «Modifiche in materia di incapacità irreversibile dell'imputato», apportava cambiamenti all'art. 71 comma 1 c.p.p. ed introduceva l'art. 72-bis c.p.p.: *Atti Camera, XVII leg., Disegni di legge e relazioni*, stampato n. 2798, p. 53-54.

¹² Tuttavia la Corte, dichiarando la manifesta infondatezza, con ordinanza 21 ottobre 2013, n. 243, di una questione circa l'assoluta incapacità di comparire a giudizio per infermità non coinvolgente lo stato mentale, già mostrava di orientarsi, in assenza di interventi legislativi, verso una declaratoria di illegittimità dell'art. 159 c.p.: così G. ROMEO, *Gli "eterni giudicabili": di nuovo alla Consulta il problema della sospensione del processo e della prescrizione nei casi di capacità processuale esclusa da infermità mentale irreversibile*, in *Dir. pen. cont.*, 4 novembre 2011.

nuovo, sistematicamente accattivante. L'incompatibilità della sospensione della prescrizione con situazioni destinate a protrarsi nel tempo in maniera indefinita aveva trovato, a suo dire, un punto di equilibrio con l'introduzione dell'art. 159 comma 4 c.p. ad opera dell'art. 12 comma 2 della legge 28 aprile 2014, n. 67: in caso di sospensione del procedimento per l'irreperibilità dell'imputato si è apposto un limite finale alla sospensione della prescrizione¹³. Alla visione realistica della Corte non sfuggiva, però, che il rimedio non riusciva affatto «appagante» perché, «quando il tempo necessario a prescrivere è ancora lungo, è ugualmente lunga la durata della sospensione del procedimento, con l'onere per il giudice di periodici, inutili accertamenti peritali». Da qui la menzione del d.d.l. governativo n. 2798 nella parte in cui preconizzava la «definizione del procedimento con una sentenza di non doversi procedere per incapacità irreversibile dell'imputato».

Se l'avvio dell'*iter* legislativo per introdurre «una disciplina specifica» non è apparso fattore determinante per procrastinare la declaratoria di illegittimità, vero è che il passaggio appena rammentato suona come un forte viatico al varo della manovra legislativa. L'annotazione assume maggior peso considerando che la sentenza non aveva prodotto una vera e propria lacerazione nel sistema: trascorso vanamente il termine prescrizionale senza sospensioni di sorta per il reato addebitato, gli effetti si sostanziano (e si sostanziano) nel dovere del giudice di pronunciare una sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato per la maturata prescrizione.

Nondimeno, la sentenza non poteva assumere valore davvero risolutivo stante l'indiscutibile inconveniente che ne derivava, del resto, già colto dalla stessa Corte. Se il termine prescrizionale è lungo, anche la durata della sospensione del procedimento era destinata a protrarsi nel tempo in quanto il soggetto restava pur sempre astrattamente «giudicabile»¹⁴. Il peso del rilievo critico si accresce considerando che nella prassi giudiziaria gli accertamenti successivi al primo assumono spesso

¹³ In particolare, la durata della sospensione della prescrizione non può oltrepassare i termini contemplati dall'art. 161 comma 2 c.p., ora parzialmente modificato ad opera dell'art. 1 comma 14 legge n. 103 del 2017.

¹⁴ Sul carattere non pienamente risolutivo della decisione costituzionale e, quindi, sull'opportunità di un intervento legislativo pressoché tutti gli interpreti concordavano: cfr., esplicitamente nel senso che la sentenza costituzionale si sia risolta in una «soluzione-tampone», L. SCOMPARIN, *La nuova causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell'imputato: il traguardo di una soluzione attesa e i residui dubbi sui margini dei poteri proscioglitori del giudice*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 14 novembre 2017, p. 4.

una valenza meramente formale sebbene, a volte, sfiorino la scadenza massima semestrale prevista dall'art. 72 comma 1 c.p.p.

L'inconveniente ancora più grave, anch'esso tosto individuato¹⁵, nasce dalla deroga apposta all'ordinario regime della prescrizione. Se per il delitto addebitato è prevista la pena dell'ergastolo, pure quale conseguenza dell'applicazione di circostanze aggravanti (art. 157 comma 8 c.p.), la prescrizione non opera. Ne discende, dunque, che la figura dell'"eterno giudicabile" non risultava (e non risulta) affatto bandita dal nostro ordinamento in quanto per i reati imprescrittibili solo la morte dell'imputato produceva (e produce) l'effetto di chiudere definitivamente la vicenda giudiziaria con una sentenza estintiva emessa ai sensi dell'art. 150 c.p.

La manovra, ai sensi dei commi da 21 a 23 dell'art. 1 della legge in commento, si sostanzia in due circoscritte modifiche apportate agli artt. 71 e 345 c.p.p. e nell'introduzione dell'art. 72-*bis* c.p.p. L'accentuato carattere tecnico-giuridico delle norme non ha suscitato interesse nel dibattito sviluppatosi sul disegno di legge governativo, né in sede parlamentare, né in seno all'opinione pubblica. Si comprende così perché, a parte un marginale ritocco e la tardiva immissione del riferimento alla riproponibilità dell'azione penale, l'impianto originario sia rimasto stabile, a differenza di quanto è accaduto per molte altre modifiche in materia processuale.

A quel che consta, l'unico segno di attenzione si rinviene nel parere reso, sull'ultima versione del testo legislativo, da parte dell'Associazione Nazionale Magistrati. Il breve contributo sul punto si conclude segnalando che, ad ogni modo, permane l'esigenza che la giurisprudenza operi le integrazioni rese indispensabili dalla sentenza n. 45 del 2015 della Corte costituzionale¹⁶. Se la diagnosi è corretta (e parrebbe che lo sia), la normativa *de qua* si pone in contraddizione con una delle linee portanti della stessa riforma di cui è parte: stabilizzare per via legislativa una serie di traguardi già raggiunti per via giurisprudenziale. Qui avviene il contrario. L'ampiezza delle integrazioni ritenute necessarie presenta solo due spiegazioni: o vi è stata in sede di elaborazione legislativa una scarsa consapevolezza delle implicazioni sistematiche coinvolte dalla manovra rispetto

¹⁵ V. R. BRICHETTI, *L'estinzione del reato farà dichiarare l'improcedibilità*, in *Guida al diritto*, 2015, fasc. 16, p. 64 ss. Sulla dialettica tra prescrittibilità e imprescrittibilità nel diritto penale, v. F. GIUNTA-D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, 2003, p. 48-52.

¹⁶ ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *Parere redatto dalla Commissione permanente di studio ANM diritto processuale penale*, in *www.associazionemagistrati.it*, 11 aprile 2017, p. 61.

alla delega in materia di misure di sicurezza¹⁷ oppure, anche su questa tematica, si manifesta la debolezza di un legislatore storico che «finisce per riconoscere la centralità della giurisprudenza nella definizione degli equilibri processuali»¹⁸ e che, quindi, ad essa si affida supino¹⁹.

2. *L'incapacità reversibile.*

La premessa fattuale su cui ruota la manovra emerge già dalla modifica apportata all'art. 71 comma 1 c.p.p. laddove considera autonomamente uno degli esiti degli accertamenti *ex art. 70 c.p.p.* Se da essi risulta che «lo stato mentale dell'imputato è tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento e che tale stato è reversibile, il giudice dispone con ordinanza che il procedimento sia sospeso, sempre che non debba essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere».

Non essendo stato, quanto al resto, intaccato l'impianto codicistico, nulla continua ad esser detto sulla consistenza degli accertamenti richiesti per diagnosticare lo stato reversibile o no delle condizioni psichiche dell'imputato. Premesso che l'espressione "accertamenti" non equivale nel lessico giuridico a "perizia", la giurisprudenza prevalente²⁰ era orientata in passato, con il conforto di parte della dottrina²¹, a ritenere che

¹⁷ Si allude alla delega contenuta nell'art. 1 comma 16 lett. *d*, su cui *infra*, § 6.

¹⁸ Così M. GIALUZ, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 20 giugno 2017, p. 35. In una prospettiva accentuatamente critica verso l'atteggiamento del potere legislativo (ed esecutivo), cfr. P. FERRUA, *L'inammissibilità del ricorso: a proposito dei rapporti tra diritto 'vigente' e diritto 'vivente'*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3006 ss.; L. MARAFIOTI, *Riforme-zibaldone, legislazione giurisprudenziale e gestione della prassi processuale*, in *Proc. pen. giust.*, 2017 (4), p. 554 ss.; A. SCALFATI, *Tomografia di una riforma*, in A. SCALFATI, *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Giappichelli, 2017, p. 1 ss.

¹⁹ Sicché «coloro che per Costituzione dovrebbero essere soggetti alla legge ne diventano, loro malgrado, artefici»: così icasticamente A. CONZ, *Presentazione*, in A. CONZ-L. LEVITA, *La riforma della giustizia penale*, Dike, 2017, p. 1.

²⁰ Cfr. Cass., Sez. VI, 26 febbraio 2008, Nereo ed a., in *C.e.d.*, n. 241105; Cass., sez. II, 8 luglio 2004, Alcamo ed a., in *Cass. pen.*, 2006, p. 721, n. 206; Cass., Sez. VI, 23 gennaio 1997, p.m. in c. Tolone, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, p. 274.

²¹ V., tra i tanti, M.G. AIMONETTO, *L'incapacità dell'imputato per infermità di mente*, Giuffrè, 1992, p. 122, nonché, se del caso, G.P. VOENA, *Soggetti*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, VIII ed., Cedam, 2016, p. 102.

l'espletamento di un'apposita perizia sulla capacità di partecipare non fosse passaggio ineludibile. La conclusione può ora vedere ristretto il proprio ambito applicativo, posto che la natura reversibile o no dell'incapacità costituisce un ulteriore necessitato oggetto dell'accertamento che, in precedenza, non era sempre considerato neppure tra i quesiti peritali, ma non ha, di per sé, perso validità, tanto più perché soddisfa le esigenze di economia processuale perseguite dal legislatore²². Pertanto, lo stato reversibile dell'incapacità, può ben trarsi, ad esempio, da perizie espletate all'interno di altri procedimenti o da un'adeguata documentazione medica versata in atti.

Per il resto, di fronte ad una patologia ritenuta reversibile, gli effetti rimangono quelli consueti: il procedimento si sospende, scatta la sospensione dei termini prescrizionali, seguono i consueti accertamenti semestrali in quanto il carattere dell'impedimento consente di pronosticare una sospensione temporalmente circoscritta talché il procedimento possa ancora proseguire una volta sopravvenuta la capacità di partecipazione.

3. *L'incapacità irreversibile come condizione di improcedibilità.*

Opposta è la fattispecie considerata dall'art. 72-*bis* c.p.p. in cui, fin dal primo accertamento o da uno di quelli successivi «previsti dall'art. 70», lo stato di incapacità processuale dell'imputato manifesti carattere irreversibile. Qui emerge il nucleo forte della manovra: il giudice, revocata, se del caso, l'ordinanza sospensiva, «pronuncia sentenza di non luogo a procedere o sentenza di non doversi procedere, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca». Il nuovo dettato codicistico, non tanto per la sua concisione quanto per le implicazioni che sottende, abbisogna di un'interpretazione attenta al dato letterale come a quello sistematico per sfuggire il pericolo, già concretatosi, di incorrere in interpretazioni fantasiose.

La premessa, destinata a condizionare la risoluzione dei singoli que-

²² Nel senso che anche dopo la modifica legislativa «gli accertamenti non devono necessariamente estrinsecarsi nella forma della perizia», salvo l'obbligo imposto dall'art. 72 comma 1 c.p.p., relativamente alle verifiche periodiche successive alla prima sospensione, v. L. SCOMPARIN, *La nuova causa di improcedibilità*, cit., p. 6 e nota 17; *contra* A. GIARDA, *Le nuove indagini preliminari: rinforzo di garanzie ed accelerazioni funzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1303, sia pure con specifico riguardo all'incidente probatorio.

siti esegetici, è costituita dall'individuazione dell'istituto processuale a cui il legislatore ha fatto ricorso. Dai lavori preparatori, dalla formula terminativa menzionata dall'art. 72-*bis* c.p.p. e, soprattutto, dalla postilla introdotta nell'art. 345 comma 2 c.p.p. si ricava che l'incapacità irreversibile a partecipare coscientemente al procedimento è stata concepita come causa di una pronuncia di non doversi procedere, ossia come una situazione di fronte alla quale il processo si deve arrestare definitivamente. Una simile soluzione, già indicata da un'approfondita analisi dottrinale come lo strumento processuale per porre fine agli "eterni giudicabili"²³, non ha riscosso l'approvazione di tutti gli interpreti.

Per un verso, la costruzione di una condizione di improcedibilità è stata giudicata "discutibile"²⁴ ma tale, in effetti, non appare guardando ai parametri sui quali si è soliti costruire le condizioni in discorso. Si pensi alla tradizionale impostazione secondo cui esse investono profili estrinseci al reato, quali, classicamente, il comportamento della persona offesa, come accade nella querela, e costituiscono il portato di un bilanciamento di interessi. Paradigmatico è, in proposito, un recente dibattito. L'inquadramento tra le condizioni di procedibilità oppure tra quelle di punibilità è stato tema discusso, infatti, a proposito dell'introduzione, questa volta all'interno del sistema codicistico, dell'archiviazione per la particolare tenuità del fatto. L'inequivoca opzione legislativa nel senso di concepire una nuova condizione di punibilità in concreto, seppure con caratteri anomali perché bisognosa di integrazioni processuali, e il conseguente abbandono della costruzione di una condizione di procedibilità, come avevano suggerito le Commissioni ministeriali succedutesi nel tempo²⁵, è stata apprezzata²⁶ guardando all'oggetto su cui cade

²³ L. SCOMPARIN, *Sospensione del processo per incapacità irreversibile dell'imputato: una normativa suscettibile di perfezionamenti, nuovamente "salvata" dalla Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 953 ss.

²⁴ G. SPANGHER, *Gli "eterni giudicabili"*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando*, Pacini giuridica, 2017, p. 101. Nel senso che «la capacità dell'imputato non può essere considerata una condizione di procedibilità» v. L. NUCCIO, *sub art. 1, comma 23 - Riforma Orlando*, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *op. cit.*, p. 3483.

²⁵ Cfr., sul punto e per tutti, F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 8 luglio 2015, p. 22-23; A. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2015, p. 3.

²⁶ F. PALAZZO, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze ed imperfezioni*, in C. CONTI-A. MARANDOLA-G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Cedam, 2014, p. 149. Cfr. pure F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni*, *cit.*, p. 22.

l'istituto, ossia al fatto di reato di cui si predica la particolare tenuità.

La riconduzione dell'incapacità irreversibile nell'ambito delle condizioni di improcedibilità si armonizza con l'inclinazione, sempre più forte, a creare nuove condizioni atipiche: la tendenza si comprende alla luce dei vantaggi che ne discendono sul terreno dell'economia processuale²⁷. Come è noto, ad un simile indirizzo non è sfuggita neppure la Corte costituzionale quando si è spinta a raffigurare il decreto di riapertura delle indagini alla stregua di una condizione del procedere²⁸. Il riferimento è utile per cogliere un elemento di affinità tra le due fattispecie: tanto l'assenza di un formale provvedimento che riapra le indagini quanto l'incapacità a partecipare coscientemente al procedimento investono due fatti processuali e non già il fatto storico addebitato, neppure considerandolo nella sua componente soggettiva. È appena il caso di aggiungere che all'impostazione codicistica non si possono elevare critiche muovendo dalla considerazione che le condizioni di procedibilità non si pongano tanto in contrasto con l'art. 112 Cost., quanto con la «necessità che l'esercizio della giurisdizione avvenga nel rispetto del principio di eguaglianza»²⁹. La disciplina introdotta ruota attorno ad una condizione dell'imputato tale da pregiudicare la componente personale del diritto riconosciuto dall'art. 24 comma 2 Cost.: quindi, da un punto di vista costituzionale, la soluzione è ragionevole.

Sul terreno della politica criminale le obiezioni alla soluzione adottata assumono maggiore, ma non decisivo spessore. La sentenza "monito" n. 23 del 2013 aveva sì avvallato la costruzione in chiave di condizione di improcedibilità, ma, al contempo, accreditato anche un'altra opzione, indicata come una delle due da mettere in campo. Una strada percorribile, «con più gradualità», consisteva, a suo dire, nel prevedere «il compimento di un dato numero di accertamenti ai sensi dell'art. 72 c.p.p., ovvero la decorrenza di una data frazione del termine prescrizione, prima della declaratoria di cui all'art. 129 c.p.p.». Si badi che tale strategia, pure dopo la declaratoria di illegittimità costituzionale operata dalla sentenza n. 45 del 2015 e ancora dopo la presentazione del d.d.l.

²⁷ Riscontra una simile tendenza M. MONTAGNA, *Condizioni di procedibilità*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. III (a cura di G. GARUTI), Utet, 2009, p. 110.

²⁸ Cfr. nota 10.

²⁹ R. ORLANDI, *Procedibilità (condizioni di)*, in *Dig. pen.*, X, Utet, 1995, p. 49.

governativo n. 2798, è stata considerata con favore da una parte degli autori. Si suggeriva così l'introduzione di un termine prescrizionale più lungo rispetto a quello ordinario, «che tenesse però anche conto della lunghezza del periodo di sospensione della prescrizione operata nel momento in cui l'incapacità non era stata riconosciuta come irreversibile»³⁰. Si può convenire che la proposta alternativa offrisse «una maggior salvaguardia della pretesa punitiva», ma nel presente momento storico tale astratto vantaggio non può che essere soccombente a quelli concreti che derivano dalle economie processuali realizzabili dalla scelta governativa³¹.

Da un lato, la manovra praticata è in grado di ovviare all'inefficacia dalla declaratoria di illegittimità costituzionale nei confronti di coloro ai quali fosse stato addebitato un reato imprescrittibile: stante la sospensione del termine prescrizionale, solo la sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato per morte del reo ai sensi dell'art. 150 c.p. chiudeva la vicenda degli «eterni giudicabili». La pronuncia di una sentenza di improcedibilità pone invece, salva la deroga di cui si dirà, un termine anticipato all'*iter* processuale che opera pure per gli imputati nei confronti dei quali massimo era l'impegno di risorse reclamato dall'originale sistema codicistico.

Da un altro lato, la novella incrementa l'efficienza degli apparati giudiziari e propizia consistenti economie di risorse di fronte ad una prassi giudiziaria che conosceva reiterati accertamenti semestrali che si risolvevano in pareri troppo spesso ripetitivi in quanto necessariamente privi di nuovi svolgimenti.

Ad una prima lettura, la tensione verso obiettivi di economia processuale non sembra portata troppo innanzi posto che l'art. 72-*bis* c.p.p. allude, quale atto dichiarativo dell'improcedibilità, ad una sentenza, ossia ad un provvedimento che comporta sempre il previo esercizio dell'azione penale, donde la sottintesa esclusione di un provvedimento archiviativo. Eppure l'accertamento circa la capacità di partecipare consapevolmente al procedimento è compiuto, specie quando si tratti dei

³⁰ Così M. DANIELE, *Il proscioglimento per prescrizione dei non più eterni giudicabili*, in *Dir. pen. cont.*, 20 maggio 2015.

³¹ Pure chi manifestava adesione all'originario impianto, al più suggerendone aggiustamenti (M. CHIAVARIO, *Incapacità processuale e autodifesa*, cit., p. 204) ha, dopo la sentenza cost. n. 45 del 2015, scritto con onestà intellettuale che «in parte inadeguate mi appaiono invero, oggi, le risposte al problema» (M. CHIAVARIO, *Processo penale: sulla bilancia della Corte*, cit., p. 459, nota 157).